

ISSN: 2357 - 5247

CONTACTO IUS

Jurisdicción Contencioso Administrativa del Quindío

Octubre/2016 - EDICIÓN: 004



Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo

Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo





JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DEL QUINDÍO-CONTACTO IUS
ARMENIA - QUINDÍO - COLOMBIA
OCTUBRE / 2016



Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo



Director

Luis Javier Rosero Villota

Consejo Editorial

Luis Javier Rosero Villota

Claudia Milena Vélez Ortiz

Corrector de textos

René Alejandro Quintián Muñoz

Diseño y Diagramación

Yony Alejandro Cortaza Rodríguez

Fotografía

Yony Alejandro Cortaza Rodríguez

Juan Carlos Angel Jaramillo

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA
PUBLICACIÓN SON RESPONSABILIDAD
EXCLUSIVA DE SUS AUTORES Y
NO COMPROMETE LA POSICIÓN DE LA
JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA DEL
QUINDÍO



CONTENIDO

10

La jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de desaparición forzada
Danilo Rojas Betancourth

24

Indemnización del perjuicio por daño a la salud
John Libardo Andrade Flórez

32

Las decisiones judiciales, como pilares de la legislación ambiental en Colombia
Luis Carlos Alvarado Ocampo

40

Sobre la justicia social
Leonardo Efraín Cerón Eraso

52

La felicidad según Aristóteles
Claudia Milena Vélez Ortiz

60

El derecho de “resistencia al derecho”
Justificaciones jurídicas
Oliverio Gómez Hernández

68

Árbol nacional de Colombia (Poesía)
Carlos Ernesto Mejía Villegas

70

Caricatura

72

Cacique Calarcá (Cuento)
Daniel Alzate Mejía

76

AVES
NOMBRES



50 años

**TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO
DEL QUINDÍO**



Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo



Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo

EDITORIAL

Cada vez la administración de justicia en materia administrativa avanza hacia el reconocimiento integral de indemnización por daños en tratándose, especialmente, de hechos relacionados con las dolorosas desapariciones forzadas, que de manera lamentable y dolorosa han marchitado y enlutado el país. Esta temática se aborda con suficiencia en este cuarto número de la revista, gracias a la colaboración entusiasta del Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH, quien funge durante este año, 2016, como Presidente del H. Consejo de Estado de Colombia.

De igual manera bajo la misma temática, esto es, de indemnización de daños, se trata el tema del reconocimiento de perjuicios morales, siguiendo las voces autorizadas del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

La relación de la jurisprudencia y la legislación ambiental, lo mismo que la justicia social, son también puntos de reflexión importantes en esta oportunidad, dada su indiscutible actualidad.

En cuanto hace a lo iusfilosófico, se incluyen dos temas de vital connotación: la felicidad y la resistencia al derecho; los dos ensayos son tratados bajo la óptica del ámbito jurídico y a la vez filosófico por dos autores apasionados con esa temática.

En lo que concierne a lo literario la revista está acompañada de un poema que recoge la imagen simbólica de la palma de cera, que identifica, como paisaje singular, esta hermosa tierra quindiana; junto a un cuento que se aproxima con datos históricos y de ficción al legado de un gran caudillo de la región que ofreció una resistencia mayúscula al sometimiento español.

A fin de hacer llamativa y agradable a la vista esta edición, está adornada de hermosas fotografías que capturan parte de la inmensa fauna (aves) que surcan el cielo azul de la topografía cafetera: barranqueros, colibríes, tucanes, azulejos, carpinteros; entre otros, son las imágenes que en esta oportunidad nos regalan un solaz de tranquilidad.

No podemos dejar de mencionar con mucho entusiasmo que el Tribunal Administrativo del Quindío cumple en esta anualidad 50 años de labores – fue creado mediante Ley 2 de 1966 - a través de los cuales varias generaciones de servidores judiciales han brindado todo su esfuerzo, dedicación y disciplina para cumplirle a la comunidad quindiana la importantísima tarea de administrar justicia en materia administrativa. Varios equipos de trabajo han entregado lo mejor de sus días durante estas cinco décadas, en medio de los miles de expedientes que han hecho su tránsito judicial por la Corporación. Contacto IUS se complace en resaltar esas labores, que como bien se sabe son de nunca acabar, por el gran volumen de expedientes que se maneja al interior de la misma.



LA JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO DE
ESTADO EN MATERIA
DE

DESAPARICIÓN FORZADA

DANILO ROJAS BETANCOURTH
CONSEJERO DE ESTADO
SECCIÓN TERCERA



Resumen

En muchos temas relacionados con la desaparición forzada, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha encontrado en la misma línea de reflexión de aquella producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como puede constatarse en el tratamiento de los medios probatorios, los elementos requeridos para la imputación de la responsabilidad del Estado y el carácter de la reparación. Merced a este desarrollo jurisprudencial, puede afirmarse que la acción que en Colombia tienen las víctimas de desaparición forzada para reclamar sus derechos del Estado, está llamada a convertirse en un recurso judicial efectivo del tipo exigido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con las consecuencias que ello comporta.

Palabras claves

Desaparición forzada, medios probatorios, imputación, responsabilidad.

Abstrac

On many issues related to forced disappearance, the jurisprudence of the Council of State has been in the same line of thought of that produced by the Inter-American Court of Human Rights, as can be seen in the treatment of evidence, the elements required for imputation of State responsibility and the nature of the repair. Thanks to this jurisprudential development, we can say that the action in Colombia are victims of forced disappearance to claim their rights the state is called upon to become an effective judicial remedy of the type required by the American Convention on Human Rights, with the consequences this entails.

Keywords

Forced disappearance, evidence, imputation responsibility.

Voy a tratar de dar algunos elementos para sustanciar parte de la siguiente hipótesis: los casos fallados por el Consejo de Estado relacionados con la reparación de las víctimas de desaparición forzada, constituyen (i) una jurisprudencia en construcción que ha dado muestras de estar en línea con las elaboraciones jurisprudenciales de la Corte IDH sobre el tema e incluso con el avance del DIDH. Pero igualmente se trata de una jurisprudencia que todavía necesita (ii) decantar e incorporar la crítica doctrinaria que se ha hecho a la propia jurisprudencia de la Corte IDH (como la elaborada por ex presidente de la Corte Cecilia Medina) y (iii) avanzar para hacer de la acción reparación directa un auténtico recurso judicial efectivo.

Lo investigado hasta ahora solo me permitirá decir algo en torno al primer punto y hacer apenas un esbozo sobre el último, consecuencia de los hallazgos iniciales. Quedará para otro momento la reflexión sobre la importancia de incorporar en la jurisprudencia que, elabore el Consejo de Estado en torno a la reparación de víctimas de desaparición forzada, las importantes críticas hechas a la construcción jurisprudencial de la Corte IDH en torno al entendimiento conceptual y normativo del fenómeno, en especial a partir de la expedición del Estatuto de Roma de la CPI, tales como los elementos del tipo penal, su carácter o no de delito de lesa humanidad, etc.

I. La jurisprudencia en construcción sobre reparación de víctimas de desaparición forzada

En la legislación colombiana existen varios recursos judiciales y administrativos⁽¹⁾ a través de los cuales las víctimas del delito de desaparición forzada pueden hacer efectivo su derecho a obtener reparación. Uno de esos recursos es la llamada acción de reparación directa.

Prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.) esta acción tiene por objeto ofrecer reparación a cualquier persona que ha sufrido un daño (sea material o inmaterial) por causa de una actuación activa u omisiva de una autoridad pública⁽²⁾. Si bien no fue instituida en el ordenamiento jurídico colombiano con el propósito específico de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia a través de la firma y posterior ratificación de distintos tratados de derechos humanos, que imponen al Estado la obligación de ofrecer a las víctimas del delito de desaparición forzada una protección judicial efectiva⁽³⁾, en la práctica esta acción ha demostrado ser un instrumento idóneo

para permitirles obtener reparación y, al mismo tiempo, para juzgar la responsabilidad del Estado por hechos constitutivos de desaparición forzada y de otras graves violaciones de derechos humanos.

El que la acción de reparación directa se haya constituido en un instrumento idóneo para los fines anotados se debe, en parte, a su configuración normativa pues para su ejercicio no es necesario que exista un pronunciamiento judicial, proferido por la jurisdicción ordinaria, que establezca la ocurrencia del hecho ni que determine que el mismo fue cometido por un agente oficial. Basta que exista un daño –que debe tener el carácter de antijurídico⁽⁴⁾ 4– y que éste pueda ser imputado desde el punto de vista fáctico o normativo al Estado.

No obstante, también la jurisprudencia ha jugado un papel relevante en este aspecto pues, al resolver las distintas demandas de reparación directa, el Consejo de Estado ha desarrollado importantes criterios hermenéuticos para facilitar que quienes acuden ante la jurisdicción contencioso administrativa obtengan –dentro de los límites de su competencia– una protección judicial efectiva.

Esos criterios son: i) la flexibilización de las reglas sobre caducidad de la acción; ii) la admisibilidad de la prueba indiciaria para declarar probada la existencia del hecho –aún en ausencia de investigación y sanción penal–, y para adelantar una atribución fáctica de responsabilidad; iii) la aplicación del concepto de garante para realizar una imputación jurídica de responsabilidad, incluso cuando no existe suficiente material probatorio para formular una imputación fáctica y; iv) la incorporación de los estándares de reparación integral del daño, desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos. En lo que sigue se hará una presentación de cada uno de ellos.

i) La flexibilización de las reglas sobre caducidad de la acción

Por regla general, la acción de reparación directa caduca al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa (C.C.A., artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998). No obstante, en los casos de desaparición forzada, no es el hecho de la desaparición o la noticia de su ocurrencia el que sirve como límite inicial para el cómputo del término de caducidad. Tampoco lo es la declaración judicial de muer-

te presunta por desaparicimiento(5) . De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 136 del C.C.A., el cual fue adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000(6) , en estos casos el plazo de dos años debe empezar a contarse “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición” .

Esta regulación se explica porque, desde un punto de vista normativo y jurisprudencial, la desaparición forzada ha sido considerada como un delito de ejecución permanente, lo cual significa que la conducta permanece en el tiempo mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima(7) . Entonces, si se entiende que la comisión del delito no termina hasta tanto no se sepa la suerte que corrió la persona desaparecida, es razonable exigir que el término para intentar la acción de caducidad comience a computarse a partir del momento en que se verifica la cesación de la conducta o se esclarecen judicialmente los hechos.

No obstante, debe señalarse que existe una postura minoritaria al interior de la Sección Tercera de la Corporación que considera que el artículo 136 del C.C.A., resulta inaplicable en casos de crímenes que, como la desaparición forzada, son considerados de lesa humanidad. A partir de defender la prevalencia de las normas internacionales sobre derechos humanos en el orden interno, el magistrado Enrique Gil Botero ha señalado que las disposiciones sobre caducidad deben ceder frente al derecho de las víctimas de crímenes graves conforme al derecho internacional a una reparación integral y al principio de la imprescriptibilidad de las acciones que se relacionen con la persecución, sanción, y reparación de los responsables y de las conductas atentatorias de los derechos humanos:

(1)El proceso penal es un recurso de carácter judicial a través del cual las víctimas de los delitos pueden obtener reparación. En materia administrativa se destacan los recursos consignados en la Ley 288 de 1996, por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos; en el Decreto 1290 de 2008, por el cual se creó el programa de reparación individual administrativa para las víctimas de los grupos armados al margen de la ley; y en la Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

(2)La de reparación directa, “es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de un trabajo público o de cualquier otra causa, sucedidas dentro del territorio nacional, podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho”. (Jaime Orlando Santofimio. Tratado de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, tomo III, p. 211.)

(3) Entre estos tratados se encuentran los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Ley 707 de 2001) y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Ley 1418 de 2010).

(4)La propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 de la Constitución Política estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana. La propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 de la Constitución Política estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

(5)Así lo estableció la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto del 21 de febrero de 2011, exp. 39.360, C.P. Olga Valle de la Hoz, al revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño que rechazó la demanda presentada por varios ciudadanos por caducidad de la acción de reparación directa. Si bien encontró que la acción fue promovida luego de dos años desde que se produjo la declaración de muerte presunta por desaparicimiento, consideró que no se había producido el fenómeno de la caducidad por cuanto la víctima se encontraba aún desaparecida al momento de la presentación de la demanda y no se había proferido sentencia dentro del proceso penal respectivo.

(6)La Ley 589 de 2000, que entró a regir el 6 de julio del mismo año, tipificó por primera vez el delito de desaparición forzada en cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano con la firma y posterior ratificación de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

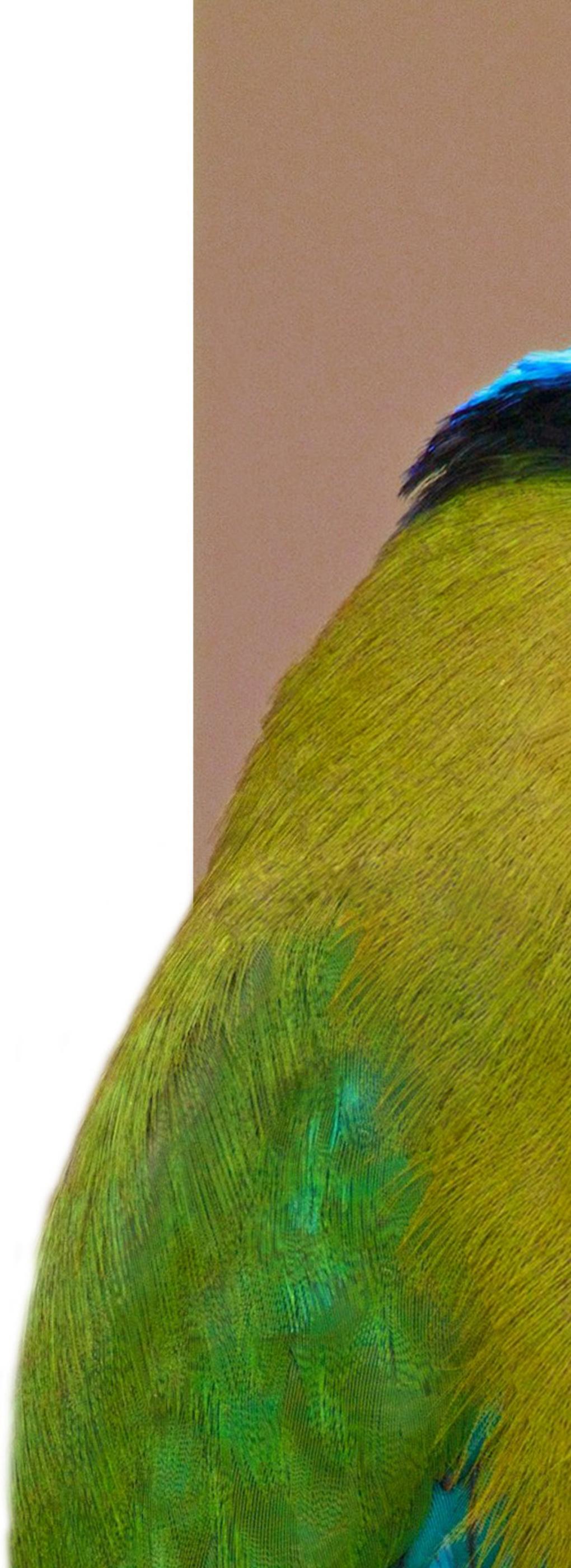
(7)Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo III; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 8-b; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, artículo 17.1; Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 106 y ss; caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 128; caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; sentencia de julio 29 de 1998, párr. 155.

Existe, por lo tanto, un deber jurídico, consistente en la obligación a la cual se enfrenta el Estado, de brindar todos los mecanismos e instrumentos para que el principio de reparación integral sea una realidad. Ahora bien, con fundamento en este postulado no se puede, en todos los casos, aligerar o distensionar la vigencia de las normas de caducidad; a contrario sensu, esta regulación tiene como objetivo garantizar, como se precisó, la seguridad jurídica, motivo por el cual, debe enfatizarse, las normas de caducidad por regla general, tienen plena validez y vigencia, de acuerdo con cada respectiva acción, en los términos del artículo 136 del C.C.A.

No es que se disponga sin razón que en algunos eventos, las normas de caducidad no operan, lo cual implicaría, de suyo, una vulneración al derecho fundamental de igualdad (art. 13 C.P.). Lo que debe quedar claro es que, en aquellas situaciones en las cuales el juez del proceso evidencie que de los hechos y pruebas allegadas con la demanda donde se debate y se reclama la responsabilidad del Estado a causa de una vulneración de derechos humanos, la caducidad no puede llegar a enervar la acción judicial, toda vez que el carácter de imprescriptible de la persecución de la violación, así como el imperativo de reparar integralmente a las víctimas, prevalecen en esos casos concretos, en cuanto se refiere a la posibilidad de acudir al aparato jurisdiccional para reclamar la indemnización y la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del daño antijurídico(8).

Por tratarse de un delito de ejecución permanente, el Consejo de Estado ha señalado que el ámbito de aplicación temporal del artículo 7º de la Ley 589 de 2000 no se limita a los hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia (julio 6). En consecuencia, ha considerado que es posible dar aplicación a esa norma, incluso cuando se demanda la reparación de hechos de desaparición forzada que se presentaron con anterioridad a esa fecha, sin que ello signifique una aplicación retroactiva de la ley(9):

En efecto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se tiene que la desaparición forzada es un delito de carácter continuado, que se encuentra constituido por un conjunto de actos que se extiende en el tiempo. Se inicia con la privación de la libertad de la víctima, continúa con la negativa de los victimarios de reconocer su realización. Su ocultamiento y





finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su paradero, en el estado en que se encuentre.

De la lectura de la demanda se entiende que los perjuicios cuya indemnización se reclama tienen por causa el desaparecimiento del señor Héctor Jaime Beltrán Fuentes, en hechos ocurridos durante la toma del Palacio de Justicia, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, sin que a la fecha se tenga conocimiento de su paradero. Así las cosas, la Sala verifica que existe una permanencia en el tiempo de la conducta vulnerante que da lugar al daño cuya reparación se reclama, como quiera que hasta el momento se desconoce la suerte del afectado.

Por lo anterior, no puede predicarse la caducidad de la acción dentro del presente asunto, porque la conducta vulnerante no ha cesado, por el contrario, se ha extendido en el tiempo, situación que permite que esta facticidad sea regulada por la ley 589 de 2000, toda vez que a la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es el 7 de julio de 2000, la desaparición forzada que se demanda continuaba y en consecuencia el daño no se había consolidado(10).

Es más, la Corporación ha admitido que en vigencia del texto original del artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de la acción de reparación también tendría que empezar a computarse desde el momento en que se verifica la cesación de la conducta, pues mientras ello no ocurra, los daños que se reclaman tienen la calidad de continuados porque se producen de manera sucesiva en

(8)Salvamento de voto a la sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 36.282, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

(9)En este punto, el Consejo de Estado ha aplicado el mismo razonamiento utilizado por la Corte IDH para resolver casos de desaparición forzada en los que la conducta comenzó a ejecutarse antes de que el Estado demandado reconociera su competencia en materia contenciosa.

(10)Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de julio de 2007, exp. 31135, C.P. Enrique Gil Botero.

el tiempo, esto es, día a día sin que exista solución de continuidad(11).

Por último, es importante mencionar que así como la Ley 589 de 2000, no establece en qué condiciones debe verificarse la cesación de la conducta violatoria para efectos de empezar a contabilizar el término de caducidad de la acción de reparación directa, el Consejo de Estado tampoco ha establecido restricciones o limitaciones al respecto, por lo que debe entenderse que el plazo de dos años empieza a correr a partir del momento en que la persona reaparece con vida o se produce el hallazgo de su cadáver(12). Si bien a primera vista ésta pudiera parecer una observación intrascendente, lo cierto es que tiene relevancia porque, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, el delito de desaparición forzada puede configurarse incluso cuando la persona reaparece con vida. La muerte, en consecuencia, si bien es un resultado frecuente (y tristemente esperado) en este tipo de casos, no es un elemento constitutivo del tipo, por lo que la conducta igual puede configurarse cuando la persona logra escapar con vida o cuando el sujeto activo decide dejarla en libertad.

ii) La admisibilidad de la prueba indiciaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se fundamenta en la existencia de un daño antijurídico proveniente de hechos, acciones u omisiones imputables a una autoridad pública. Desde un punto de vista normativo, no es necesario, entonces, que exista ilicitud en la conducta del agente oficial o que se acredite que éste ha obrado con culpa o dolo para que surja a cargo del Estado la obligación de reparar.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la prueba de la responsabilidad penal individual o disciplinaria del funcionario presuntamente involucrado en la desaparición forzada no es condición previa y necesaria para que pueda adelantarse el juicio de responsabilidad administrativa. Es más, en algunas ocasiones, el Tribunal ha proferido sentencias indemnizatorias contra el Estado pese a que los procesos penales adelantados ante la jurisdicción ordinaria o penal militar han concluido con pronunciamientos absolutorios(13).

Se tiene, entonces, que en los casos de desaparición forzada –como en todos aquellos en los que el daño antijurídico sea el resultado de una acción, omisión o actuación

administrativa de las autoridades públicas– la responsabilidad del Estado puede resultar comprometida aún o si el carácter doloso o culposo del proceder oficial no ha sido declarado judicialmente, pues para que surja la obligación de reparar basta con que exista un daño antijurídico imputable, desde el punto de vista fáctico o normativo, a la administración.

La carga de la prueba en estos casos recae, por regla general, en la parte interesada en que se condene al Estado. No obstante, es evidente que la desaparición forzada es un hecho de difícil demostración porque “esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento o evidencia que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”(14).

Es por ello que el Consejo de Estado ha acogido el criterio, reiteradamente utilizado por la Corte IDH, según el cual es posible demostrar la ocurrencia de un hecho constitutivo de desaparición forzada e imputar al Estado responsabilidad por ello con base en pruebas indiciarias o circunstanciales:

Es necesario precisar que esta Sala ha puesto de presente que la actividad probatoria es muy compleja en tratándose del fenómeno de la desaparición forzada de personas como que enfrenta una evidente dificultad al momento de acreditarse en el proceso, en tanto de ordinario no es posible acudir a pruebas directas para demostrar la autoría de ese ilícito, como tampoco de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutó y en consecuencia decretar la responsabilidad patrimonial de la administración. Al decir de la jurisprudencia administrativa: “Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios”(15).

En efecto, suele acudirse a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una “prueba imposible”, lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experien-

cia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso(16).

A través de la prueba indiciaria, el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado por hechos de desaparición forzada y de ejecuciones extrajudiciales que ocurren con posterioridad a la detención. En general, esto ha sido posible porque dentro del expediente existen pruebas suficientes para tener por probados ciertos hechos que sirven como indicativos de la conducta punible(17). Estos hechos son, en la mayoría de los casos, (i) la retención de la persona por agentes estatales; (ii) la negativa a suministrar información sobre su paradero, sea que se formule o no un requerimiento expreso a las autoridades; (iii) y el total desconocimiento sobre la suerte que corrió la víctima o el posterior hallazgo de su cadáver con signos de haber fallecido de manera violenta.

Nótese que los hechos que sirven como indicadores de que se ha cometido una desaparición forzada y que ésta es imputable al Estado coinciden con los elementos constitutivos del tipo penal: la privación de la libertad y la falta de información sobre su paradero o la negativa a reconocer tal privación de la libertad. Esto es relevante, porque muestra que la responsabilidad estatal surge de un análisis autónomo que facilita el acceso directo de las víctimas a la administración de justicia, pues para tener acreditado el daño no se exige prueba de la sentencia penal ni la declaración judicial de muerte presunta por desaparecimiento. De hecho, en casos como los del Palacio de Justicia, donde subsiste hasta el día de hoy la incertidumbre sobre el paradero de la víctima, la prueba del daño lo constituye el hecho mismo del desaparecimiento(18).

Tampoco cuando la desaparición forzada ha sido seguida de una ejecución extrajudicial, el Tribunal ha exigido prueba sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el homicidio. Si la muerte está acreditada, es posible responsabilizar al Estado cuando existen otro conjunto de hechos probados a partir de los cuales puede inferirse razonablemente que ésta ha sido cometida por un agente estatal o, en otras palabras, que existe un nexo causal entre el daño (la muerte) y la actuación de los agentes estatales (la detención seguida de la falta de información sobre su paradero).

Obviamente, en estos casos, el Consejo de Estado ha exi-

gido que exista un enlace o conexión precisa y directa entre el hecho indicativo y lo que de él se infiere pues, de lo contrario, el hecho indicado aparecerá como el producto de un análisis amañado y caprichoso, y no como el resultado de un razonamiento lógico o de una inferencia cognitiva(19). Así, si bien se reconoce que el juez goza de autonomía para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento para la elaboración de la inferencia, así

(11)Ibíd. Al respecto, es importante aclarar que el Consejo de Estado ha distinguido entre los daños instantáneos o inmediatos y los daños continuados o de tracto sucesivo. Los primeros son aquellos susceptibles de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, producen perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, éstos como tal, existen únicamente en el momento en que se producen. Por su parte, el daño continuado o de tracto sucesivo es aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se aclara que la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. Sentencia de 18 de octubre de 2007, rad. 200100029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero.

(12)En la citada sentencia del 3 de marzo de 2010, el Consejo de Estado se ocupó de la acción de reparación directa promovida por un integrante de la policía nacional que fue raptado por la guerrilla de las FARC en la toma a la base de la Policía Antinarcoóticos de Miraflores en el Guaviare, pero que alegaba ser víctima del delito de desaparición forzada. Al margen de que pueda cuestionarse si la conducta en realidad constituye una desaparición forzada, es relevante que la Corporación haya dado aplicación al inciso segundo del artículo 136 del C.C.A., adicionado por el artículo 7º de la Ley 589 de 2000, y haya tomado como límite para el inicio del término de caducidad el día en que el soldado recuperó su libertad.

(13)Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 13.922, C.P.

(14)Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 134.

(15)Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 12.812, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

(16)Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 3 de 2007, exp. 19.286, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

(17)De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, “el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido”. Sentencia de Casación Penal 04-05-94 Gaceta Judicial No. 2469, página 629, M.P. Ricardo Calvete Rangel.

(18)Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, exp. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo.

(19)La ausencia de esta conexión o enlace, sirvió como argumento a la Sección Tercera del Consejo de Estado para revocar la sentencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la responsabilidad administrativa del Estado en un caso de desaparición forzada. Consideró la Sala que la prueba de (i) las llamadas amenazantes recibidas por la víctima; (ii) su posterior desaparición en la ciudad de Bogotá; y (iii) la existencia de una investigación adelantada por el DAS contra la ONG en la cual esta persona trabajaba, por supuestos nexos con la guerrilla del ELN, no podían tenerse como indicios de que la desaparición había sido cometida por agentes de esa institución porque no existía una adecuada conexión entre esos hechos y el hecho indicado. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 3 de 2007, exp. 19.286, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



como para deducir sus consecuencias⁽²⁰⁾, tal construcción está sujeta a las restricciones consignadas en los artículos 248 y 250 del C. de P.C., conforme al cual los ratiocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados y sean apreciados en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y su relación con las demás pruebas que obran dentro del proceso.

Interesa destacar en este punto, que entre el conjunto de elementos que han sido utilizados por el Consejo de Estado para la construcción y valoración de la evidencia indiciaria, no sólo se encuentran las pruebas que han sido practicadas dentro del proceso contencioso administrativo o que han sido trasladadas de los procesos penales o disciplinarios. También están los informes sobre Colombia elaborados por organismos del sistema universal de protección de derechos humanos, y que denuncian las prácticas o hechos que son atribuibles al Estado e incompatibles con el respeto y protección de los derechos humanos. Estos documentos deben ser considerados no solo como parte del bloque de constitucionalidad –como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana- sino también como de lo que podría llamarse el “bloque de elementos probatorios a ser analizados”.

Así, en un caso reciente, el Tribunal valoró las pruebas aportadas al proceso en conjunto con el informe elaborado en el año 2010, por el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales⁽²¹⁾, y concluyó que el Estado era responsable de la muerte de cuatro personas que habían sido presentadas como guerrilleros muertos en combate, cuando en realidad se trataba de campesinos de la región. La coincidencia existente entre los hechos que fueron probados en el curso del proceso y las prácticas denunciadas por el Relator Especial, le permitieron concluir que se trataba en realidad de un caso de “falso positivo” (22).

iii) La aplicación del concepto de garante

Antes de que la Corte IDH empleara este concepto para atribuir responsabilidad al Estado colombiano por las masacres cometidas por grupos paramilitares, el Consejo de Estado –siguiendo de cerca la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos de las personas privadas de la libertad– ya había señalado que el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, sea de forma definiti-

va o transitoria, de manera que si éstas no regresan a la sociedad en las mismas condiciones en que fueron retenidas, aquél debe reparar el daño, aunque el hecho que lo ocasiona no le sea imputable desde el punto de vista fáctico, esto es, aunque el hecho no haya sido cometido por uno de sus agentes:

En síntesis, frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad, porque éstos se encuentran en una situación de particular sujeción, en razón de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad y por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.

(...)

Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado(24).

El concepto de “garante” se refiere, entonces, a la posición jurídica que ocupa una autoridad pública frente a un particular y que lo obliga, no sólo a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda poner en peligro su vida, su seguridad o su integridad física o mental, sino también a adoptar medidas para prevenir y enfrentar amenazas a sus derechos fundamentales que provengan de terceros particulares o de otras autoridades oficiales.

El Consejo de Estado se valió de este criterio –inicialmente utilizado en casos de detenciones injustas, sin desapa-

recimiento- para imputar responsabilidad al Estado por casos de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales en los que solamente existía prueba de que la persona había sido detenida por agentes oficiales y que posteriormente había sido asesinada. Ante la imposibilidad de hacer una atribución fáctica de responsabilidad por falta de elementos probatorios, el Tribunal consideró que el juicio de imputación debía ser de naturaleza jurídica y fundarse en el incumplimiento de la obligación de proteger y garantizar los derechos de la persona detenida, o de ponerla a disposición de las autoridades judiciales competentes, en los casos en que ésta fuera capturada en flagrancia:

(20)Esta es la razón por la que Taruffo anota que “todo hecho, en el sentido más amplio de la palabra, puede ser asumido como un medio de prueba circunstancial. El único criterio significativo para la consideración de que una circunstancia tiene valor probatorio es que, a partir de ella, el juez puede obtener conclusiones inferenciales sobre la verdad o falsedad de un hecho en disputa. En cierto sentido, entonces, un hecho se convierte en medio de prueba circunstancial simplemente porque el juez lo considera como tal. Cualquier hecho puede ser calificado como un elemento de prueba circunstancial exclusivamente sobre la base de su relevancia para la determinación de un hecho en litigio”. Michel Taruffo, *La prueba*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 105.

(21)Dice el informe del Relator: “Las fuerzas de seguridad han perpetrado un elevado número de asesinatos premeditados de civiles y han presentado fraudulentamente a esos civiles como “bajas en combate”. Aunque al parecer estos llamados falsos positivos no respondían a una política de Estado, tampoco fueron hechos aislados. Esos homicidios fueron cometidos por un gran número de unidades militares y en todo el país. Se produjeron porque las unidades militares se sintieron presionadas para demostrar que su lucha contra las guerrillas tenía resultados positivos a través del “número de bajas”. Hubo además algunos alicientes: un sistema oficioso de incentivos ofrecidos a los soldados para que produjeran bajas y un sistema oficial de incentivos ofrecidos a los civiles para que proporcionaran información que condujera a la captura o muerte de guerrilleros. Este último sistema careció de supervisión y transparencia. En general, hubo una falta fundamental de rendición de cuentas y problemas en todas las etapas de los procesos disciplinarios y de investigación”. Sobre la dinámica utilizada por las fuerzas del orden, el informe también señala: “En algunos casos, un “reclutador” pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez. En otros casos, las fuerzas de seguridad sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera. Las víctimas también pueden ser escogidas por “informantes”, que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria. Una vez que estas víctimas son asesinadas, las fuerzas militares organizan un montaje de la escena, con distintos grados de habilidad, para que parezca un homicidio legítimo ocurrido en combate. El montaje puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate”.

(22)Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

(23)Caso de la masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006.

(24)Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 12.812, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase, sentencia de 17 de junio de 1998, exp. 10.650, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Si bien sobre las circunstancias que rodearon la muerte del señor Leiber Castillo no se tiene pleno conocimiento en el proceso, pues no hay testigos presenciales del homicidio cometido contra él o, si fue causado por miembros de la fuerza pública, de lo que sí existe absoluta certeza, es que las últimas personas que aseguran haberlo visto con vida, coinciden en afirmar que fue retenido por los agentes de policía Efraín Mercado y Carlos Capdevilla el día 20 de agosto de 1995, quienes desatendieron las obligaciones referentes a proteger la vida e integridad del señor Castillo, al no ponerlo a disposición de las autoridades judiciales competentes, o devolverlo a la sociedad en las mismas condiciones de salud en que fue retenido(25).

Posteriormente, según ya se vio, el Tribunal comenzó a valerse de la prueba indiciaria para hacer una imputación fáctica del delito y condenar al Estado. Sin embargo, no abandonó el criterio según el cual el Estado es el garante de las personas detenidas. De hecho, lo hizo extensivo a los casos en los que la víctima aparece muerta (ejecución extrajudicial) pero en los que ni siquiera existen pruebas directas o indirectas para concluir que la desaparición y posterior asesinato ha sido cometido por agentes estatales.

Así, en la sentencia de 28 de febrero de 2008 (26), el Tribunal responsabilizó a la Policía Nacional y al municipio de Tuluá por la desaparición y posterior ejecución extrajudicial de un grupo de hermanos que fueron sacados por la fuerza por desconocidos mientras se encontraban detenidos en la inspección de policía del municipio por un caso de lesiones personales y riña callejera. Debido a que las víctimas se encontraban bajo la custodia y cuidado de las autoridades del Estado, el Consejo de Estado consideró que el homicidio les era imputable pese a que las pruebas aportadas al proceso no permitían concluir con certeza que fueron agentes estatales quienes se los llevaron y luego los asesinaron.

iv) La incorporación de los estándares de reparación integral

En las primeras decisiones proferidas por casos de desaparición forzada, el Consejo de Estado dio aplicación al principio indemnizatorio básico –daño emergente, lucro cesante, daño a las condiciones de existencia-. Si bien la Ley 446 de 1998 dispuso que la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso tramitado ante la administración de justicia, de-

bía atender a los principios de reparación integral y de equidad, el paradigma dominante y aceptado establecía que para la reparación del daño, fuera de carácter material o inmaterial, bastaba con el otorgamiento de una suma de dinero (27).

No obstante, se tiene conocimiento de un caso en que, además de indemnizaciones, los demandantes solicitaron medidas no pecuniarias de reparación. Fue el caso de la guerrillera Irma Franco, quien fue desaparecida durante los hechos del Palacio de Justicia, ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985. Los familiares de esta persona solicitaron que se ordenara a Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional devolver el cadáver de Irma Franco a su familia. Si bien el Consejo de Estado desestimó dicha solicitud no lo hizo por considerar que la misma fuera improcedente o incompatible con el objeto de la acción de reparación directa sino porque “no estaba probado en el expediente que ella hubiese fallecido, que hubiese sido hallado el cadáver y por ende que la autoridad tenga alguna información del lugar donde pueda encontrarse”(28).

La prevalencia del principio indemnizatorio básico se mantuvo hasta 2008. Ese año la Corporación introdujo el concepto de reparación integral, el cual ya había incurrido con fuerza en las decisiones de la Corte IDH. Así, en la sentencia de 20 de febrero de ese año, con ocasión del juicio de responsabilidad adelantado contra la Policía Nacional y el municipio de Tuluá por la desaparición y posterior asesinato de cuatro hermanos que previamente habían sido detenidos por integrantes de la fuerza pública, reconoció la insuficiencia del criterio indemnizatorio y dispuso el otorgamiento de medidas de satisfacción y garantías de no repetición(29).

Para llegar a esta decisión, el Consejo de Estado consideró que, tratándose de graves violaciones de derechos humanos, el principio de reparación integral debe ceder ante los principios de congruencia y de jurisdicción rogada, de manera que, aunque no exista una petición expresa de las partes para el reconocimiento de medidas de reparación distintas a la indemnización, el juez debe adoptar las medidas que estime necesarias para retrotraer, en la medida de lo posible, los efectos de la violación y para procurar el resarcimiento pleno del perjuicio ocasionado. Por consiguiente, resulta perfectamente viable que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y al tipo y a la gravedad de daño sufrido, se ordenen medidas pecuniarias y no pecuniarias en similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte IDH ha decantado.

Con posterioridad, el Consejo de Estado ha reiterado este criterio en otras decisiones también referentes a casos de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales, y ha ordenado (i) medidas de rehabilitación, que se han concretado en tratamientos psiquiátricos, psicológicos y terapéuticos para procurar la readaptación, integración social y superación individual de las víctimas; (ii) medidas de satisfacción que tienen un carácter simbólico y que han consistido en solicitudes oficiales de perdón, publicación de apartes de la sentencia, construcción de monumentos en desagravio y memoria de las víctimas y; (iii) garantías de no repetición que se han materializado en el diseño e implementación de sistema de promoción y respeto de los derechos humanos, mediante charlas con la comunidad y en la orden para que se compulsen copias de la actuación a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que adelante las investigaciones correspondientes para establecer las responsabilidades penales de tipo individual⁽³⁰⁾.

En cuanto a las indemnizaciones, si bien se considera que son insuficientes, siguen siendo una medida importante para el resarcimiento de los daños materiales (lucro cesante y daño emergente) e inmateriales (daño moral y daño a la vida de relación⁽³¹⁾) causados a las víctimas de desaparición forzada.

El criterio general, es que tanto los daños materiales como el daño a la vida de relación deben probarse, mientras que el daño moral puede presumirse a partir del parentesco, sin perjuicio de que pueda acreditarse mediante prueba testimonial:

Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hijo, padre y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

El monto de las indemnizaciones por concepto de daño material está sujeto en todos los casos, a lo que logre acreditarse dentro del proceso, sin que en ningún caso pueda hacerse más gravosa la situación del apelante único⁽³²⁾. No obstante, cabe señalar que para el cálculo del

lucro cesante, el Consejo de Estado ha admitido que si éste no se encuentra debidamente probado, debe presumirse para estos efectos que la víctima devengaba, por lo menos, el salario mínimo.

II. La acción de reparación directa como recurso judicial efectivo

El conocimiento detallado de la estipulación normativa sobre la acción de reparación directa y los avances jurisprudenciales que a partir de allí se han hecho –conforme a la descripción sucinta antes realizada–, permite arriesgar la tesis de que estamos en presencia de un recurso judicial efectivo -a despecho de lo considerado por la Corte IDH sobre el punto- que sin duda requiere de ajustes conceptuales y prácticos pero que se encuentra en la ruta de las exigencias hechas por la Corte IDH sobre lo que es un

(25) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 13.922, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En similar sentido, véase la sentencia de 17 de junio de 1998, exp. 10.650, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

(26) Exp. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.

(27) Enrique Gil Botero, Responsabilidad extracontractual del Estado, editorial Temis, 5ª edición, Bogotá, 2011, p. 123.

(28) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997, exp. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo.

(29) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.

(30) Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz; sentencia de 28 de enero de 2009, exp. 30.340, C.P. Enrique Gil Botero.

(31) Mediante la sentencia de 23 de agosto de 2001, exp. 13.745, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, el Consejo de Estado reconoció el daño a la vida de relación solicitado por la madre de un joven que fue capturado por agentes de la Policía Nacional en momentos en perpetraba un robo a un supermercado y cuyo cadáver apareció posteriormente enterrado como N.N. con señales de tortura: “Una vez valoradas las anteriores probanzas de carácter testimonial y pericial, se encuentra acreditado plenamente que con la muerte de su hijo, la señora María Rocío Tabares experimentó un sufrimiento de tal intensidad, que le produjo un trastorno mental, diagnosticado como duelo patológico, el cual le modificó su vida en los siguientes aspectos: la vida matrimonial que llevaba con el señor José Daniel Becerra se terminó; al igual que su vida laboral, dado que dejó de realizar sus actividades profesionales, lo cual condujo a que la responsabilidad económica pasara a su progenitora Carolina Calderón; también su vida social se limitó a su madre, con quien vivía después de su separación; y, su vida personal se concentró en venerar la memoria de su hijo en el cementerio, en las condiciones relatadas por los referidos testigos.// En tales condiciones, la Sala considera que está demostrada la existencia de perjuicios a la vida de relación, sufridos por la madre del joven José Fernelly Becerra, de manera grave y definitiva en su vida personal, familiar, laboral y social, en las circunstancias antes descritas; razón por la cual, conforme al prudente juicio que le compete al juzgador para tasar el valor de la indemnización de estos perjuicios extrapatrimoniales, debe condenarse a pagar a la entidad demandada, por este concepto, la suma de dinero equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, a favor de la señora María Rocío Tabares”.

(32) De acuerdo con el Consejo de Estado, ni siquiera en casos de violaciones de derechos humanos, el juez de segunda instancia puede agravar la condena económica del apelante.

recurso judicial efectivo.

En efecto, una acción que permite (i) el acceso a la justicia flexibilizando la caducidad en casos como la desaparición forzada, (ii) la afirmación de lo que ocurrió –premisas fácticas del caso- a partir de un análisis probatorio indiciario, (iii) la imputación de responsabilidad no necesariamente fáctica, sino jurídica del Estado –por la posición de garante- y (iv) la reparación integral en los términos concebidos por la propia Corte IDH y el DIDH; es una acción bastante parecida, a mi juicio, a un recurso judicial efectivo en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo que en la práctica judicial colombiana desnaturaliza la acción de reparación directa como recurso judicial efectivo es aquella propiedad atribuida por la Corte IDH relacionada con el plazo razonable, pues que un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, iniciado por la mencionada acción, dure como ocurre actualmente, hasta 15 años, desvirtúa cualquier posibilidad de asimilar este importante mecanismo judicial como un recurso judicial efectivo.

Pero más que atribularnos esa realidad, debe constituirse en un reto para los jueces que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El reto de hacer valer el principio de celeridad judicial cuando se esté ante el juzgamiento de la responsabilidad del Estado por casos de graves violaciones a los derechos humanos, como es el caso de la desaparición forzada de personas. Para el efecto, en Colombia los instrumentos legales están dados. Solo falta decisión, sentido de responsabilidad con las víctimas de este crimen y voluntad de acción.

Bibliografía

Autos

1. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de julio de 2007, exp. 31135, C.P. Enrique Gil Botero.

2. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 21 de febrero de 2011, exp. 39.360, C.P. Olga Valle de la Hoz.

Sentencias

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de

1997, exp. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo.

2. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 1998, exp. 10.650, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

3. Consejo de Estado, sentencia de 23 de agosto de 2001, exp. 13.745, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

4. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 12.812, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002, exp. 13.922, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 3 de 2007, exp. 19.286, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

7. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 2007, rad. 200100029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero.

8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.

9. Consejo de Estado sentencia del 3 de marzo de 2010, exp. 36.282, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; y salvamento de voto de Enrique Gil.

10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, exp. 20.145, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 106 y ss; caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 128; caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; sentencia de julio 29 de 1998, párr. 155; Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 134; caso de la masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006.



Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo

INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO POR DAÑO A LA SALUD

John Libardo Andrade Flórez
Juez Once (11) Administrativo del Circuito de Ibagué





Resumen

El Consejo de Estado de Colombia se ha pronunciado a través de tres sentencias de unificación sobre la indemnización del perjuicio por daño a la salud. Se cambió de una concepción primordialmente cuantitativa, en donde el criterio de tasación consistía en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria.

Palabras clave

Consejo de Estado, jurisprudencia, daño a la salud, gravedad, alteración psicofísica.

Abstrac

The Council of State has ruled Colombia through three sentences unification on compensation for damage for damage to health. It was changed from a primarily quantitative conception, where the criterion of appraisal consisted of a percentage, to a qualitative understanding of the objective damage, where what prevails is the notion of gravity of the psychophysical alteration, against which there is probation.

Keywords

Council of State, law, health damage, gravity, psychophysical alteration.

En el presente artículo se analizan tres jurisprudencias de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014 que se refieren a la indemnización del perjuicio por daño a la salud. En el expediente distinguido con la radicación interna No 28.804 se refiere a la valoración cualitativa del mencionado daño, en el radicado No 31.170 sobre la indemnización cuando las lesiones son permanentes y en la No 28.832 cuando son temporales.

En este orden de ideas, no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

En el caso de lesiones permanentes deberá tenerse en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizó a manera de comparación los siguientes parámetros:

Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

En el caso de lesiones temporales para la tasación de la indemnización debe establecerse una comparación con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación de carácter permanente y a partir de allí determinar la indemnización en función del periodo durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.

Introducción

En las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011 expedientes No 19.031 y 38.222(4) se adoptó el concepto de daño a la salud, que es aquel que proviene de una afectación a la integridad psicofísica; así mismo, lo tuvo como categoría autónoma y redujo a una sola los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc. y excluyó el reconocimiento de otro tipo de daños como la alteración de las condiciones de existencia o el de vida en relación.

Es decir, que el daño a la salud está encaminado no solo a cubrir la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, con lo que se consigue la sistematización del daño no patrimonial, porque consideró la sección que en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

Asimismo, el daño a la salud al comprender diversas esferas de la persona no puede subdividirse pues el perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo de forma más o menos objetiva de acuerdo con el porcentaje de invalidez decretada por el médico legista.

En este orden de ideas, el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) Uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Asimismo, en las sentencias de unificación antes mencionadas se precisó que cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (Daño corporal), solo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios, siempre que estén acreditados en el proceso:

- i) i) Los materiales de daño emergente y lucro cesante.
- ii) ii) Y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.

Radicación interna No 28.804

En la sentencia proferida dentro de la radicación interna No 28.804(5) la Sala decidió el caso de una mujer embarazada que perdió a su bebé en un Hospital por la demora en atender el parto.

En este precedente se indicó que de las sentencias del 14 de septiembre de 2011, mencionadas al principio de este artículo, se precisó que la reparación que se gene-

ra a causa de la violación del concepto de salud, no está limitada a la mera funcionalidad orgánica cuantificable en porcentajes de invalidez; es así como la Sala acogió la definición de la Organización Mundial de la Salud de este bien jurídico en términos de "estado completo de bienestar físico, psíquico y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades".

En dicha jurisprudencia se sostiene que resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad; es decir, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce.

En ese orden de ideas, se sostuvo que se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior, el Juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, para estos efectos se podrán considerar entre otras variables las siguientes:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (Temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones a nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupaciones.

- La edad.
- El sexo.
- El dolor físico, considerado en sí mismo.
- El aumento del riesgo vital o a la integridad.

• Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (V. gr. Pérdida de una pierna para un atleta profesional).

En esta sentencia se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consistía en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria.

Sobre ese punto la Sala insistió que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

Asimismo, se aclaró que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En esos casos puede el Juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas que obran en el proceso.

Sin embargo, la afirmación anterior debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura

(1) C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. No 23001 23 31 000 2001 00278 01. Demandado: Hospital San Vicente de Paúl de Lórica (Córdoba).

(2) Sección Tercera sala plena C.P. Enrique Gil Botero. Rad. No 05001 23 31 000 1997 01172 01. Demandante: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

(3) C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. No 25000 23 26 000 2000 00340 01. Demandado: Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

(4) Ambas con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

(5) C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. No 23001 23 31 000 2001 00278 01. Demandado: Hospital San Vicente de Paúl de Lórica (Córdoba).





Radicación interna No 31.170

Es la sentencia proferida dentro de la radicación interna No 31.170(7) la Sección Tercera decidió el caso de un ciudadano que resultó herido en su brazo derecho por el Ejército Nacional.

En este precedente se reiteró la regla en materia indemnizatoria que es de 10 a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV); sin embargo, en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV siempre que esté debidamente motivado(8).

Lo anterior, en ejercicio del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizó a manera de comparación los siguientes parámetros:

científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica o demás pruebas documentales o testimoniales; es decir, la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en lo que éste no resulta suficientemente conclusivo.

En lo que se refiere a la indemnización del perjuicio por daño a la salud en esta jurisprudencia se reitera la tabla antes expuesta(6), indicando que esta no podrá superar los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es así como el Juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del cartulario, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Aclaró la sección tercera que los porcentajes explicados al principio de este artículo son indicativos de gravedad, por lo que pueden traducirse a categorías cualitativas, de ahí que los porcentajes iguales o superiores se pueden entender como daños cualitativamente graves e intensos, mientras que los de menor porcentaje se entenderán de mayor gravedad y permite atenerse a los criterios porcentuales, aun cuando se carezca de un valor certificado.

GRAVEDAD DE LA LESIÓN

Víctima

Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

En el proceso obraba dictamen de pérdida de capacidad laboral donde se indicó que era del 30.17% y por lo tanto la indemnización por daño a la salud se tasó en sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Radicación interna No 28.832(9)

En el expediente con radicado interno 28.832 la sección tercera del Consejo de Estado se ocupó del caso de un ciudadano extranjero en estado de paraplejía, que fue capturado en el Aeropuerto de la ciudad de Barranquilla

(6)Establecida en la radicación No 31.170.

(7)Sección Tercera sala plena C.P. Enrique Gil Botero. Rad. No 05001 23 31 000 1997 01172 01. Demandante: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

(8)Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de unificación del 27 de agosto de 2014 exp. No 31172, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

(9)C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. No 25000 23 26 000 2000 00340 01. Demandado: Nación- Ministerio de Justicia y del Derecho- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

el 11 de septiembre de 1997 por violación del artículo 33 de la ley 30 de 1986.

Al rendir la indagatoria manifestó que requería de condiciones especiales para el acceso a los servicios sanitarios, circunstancia que fue corroborada por medicina legal el 8 de octubre de ese mismo año, encontró que el detenido presentaba entre otras patologías una infección urinaria de diez (10) días de evolución y ulcera por presión en el glúteo izquierdo.

El demandante fue recluido en la cárcel distrital de varones de Barranquilla y posteriormente fue trasladado al pabellón de sanidad de la penitenciaría de la Picota en Bogotá en donde se le abrió historia clínica el 6 de noviembre de 1997 y se le brindó atención médica constante hasta el 8 de febrero de 1998, cuando fue remitido al Hospital San Ignacio en donde le diagnosticaron gangrena de fournier y carcinoma de colon.

En este precedente se planteó el criterio decantando de la Sección Tercera en concordancia con los de la Corte Constitucional, que las personas que se encuentran detenidas en centros de detención oficial se encuentran respecto del Estado en una relación de especial sujeción, en virtud de la cual ven limitados algunos de sus derechos y libertades y restringida la autonomía para responder por su propia integridad.

Por las anteriores razones, en concordancia con lo expuesto por las dos altas Corporaciones mencionadas y el informe de la comisión interamericana de 2011 sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas se sostuvo que el Estado *"Se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad"*. Es así como bajo esa óptica, cuando se demuestra la existencia de un daño antijurídico en la integridad corporal de quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que éste es imputable al Estado.

La Sección Tercera ha considerado que el régimen bajo el cual se estructura la responsabilidad del Estado por los daños causados por cuenta de la reclusión, pero que no pueden considerarse como inherentes a la misma es el objetivo.

Lo anterior, sin que se deje de lado la aplicación del régimen general de responsabilidad; es decir, el fundado en la falla del servicio. En este orden de ideas, en los even-

tos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo.

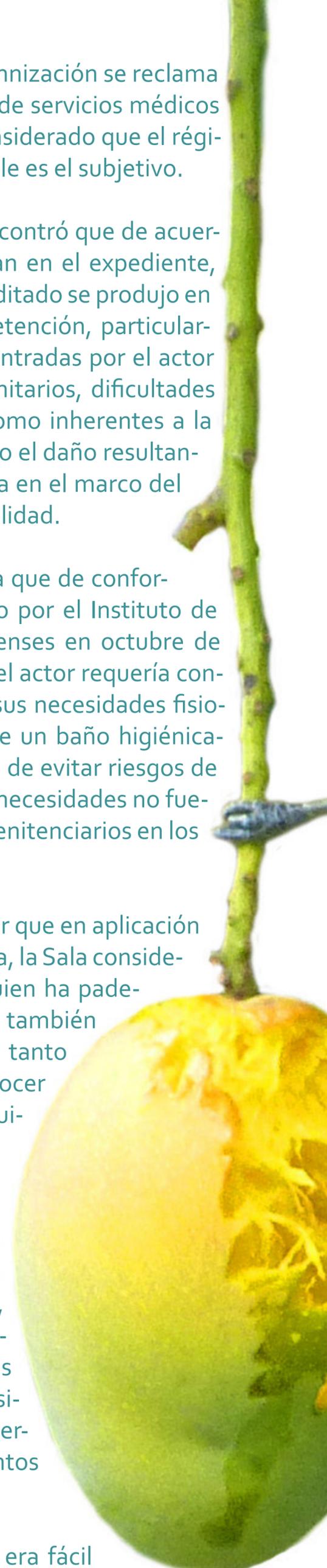
En ese caso concreto la Sala encontró que de acuerdo con las pruebas que obraban en el expediente, era fácil inferir que el daño acreditado se produjo en virtud de las condiciones de detención, particularmente, de las dificultades encontradas por el actor para acceder a los servicios sanitarios, dificultades que no pueden considerarse como inherentes a la privación de la libertad y por ello el daño resultante es imputable a la demandada en el marco del régimen objetivo de responsabilidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en octubre de 1997, dada la condición física del actor requería contar con ayuda disponible para sus necesidades fisiológicas, así como la cercanía de un baño higiénicamente acondicionado con el fin de evitar riesgos de infección. Sin embargo, dichas necesidades no fueron satisfechas en los centros penitenciarios en los cuales estuvo recluido.

También es importante destacar que en aplicación de las máximas de la experiencia, la Sala consideró que es posible inferir que quien ha padecido dolencias físicas ha sufrido también perjuicios morales y que por lo tanto en ese caso había lugar a reconocer indemnización por dichos perjuicios.

En este orden de ideas, quedó probado dentro de ese caso concreto que el actor estuvo en varias oportunidades decaído, deprimido y apático por no contar con las condiciones sanitarias adecuadas, sumado a que consideró y tuvo que acudir a la alternativa de dejar de ingerir alimentos para evitar utilizar el baño.

Por lo anterior, se reiteró que era fácil inferir que las dificultades presentadas en un aspecto tan vital y sensible para cualquier ser humano,



como la satisfacción de las necesidades fisiológicas hayan producido perjuicios morales, más aún dada la impotencia implicada por el estado de discapacidad del actor.

Posteriormente, en dicho precedente se unificó la jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales indicando que para su tasación debe establecerse una comparación con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación de carácter permanente y a partir de allí determinar la indemnización en función del periodo durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.

En el caso que ocupó a la sala se encontró que las lesiones que padeció el accionante fueron de suma gravedad pues implicaron entre otras:

i) Anomalías fisiológicas que se manifestaron en la imposibilidad de realizar normalmente sus deposiciones y en retención urinaria.

ii) Anomalías anatómicas derivadas de la infección, las cuales se evidenciaron en los edemas y necrosis de la piel escrotal, que al ingreso del demandante en el Hospital San Ignacio fueron diagnosticados como gangrena de fournier, para cuyo tratamiento fue necesario desbridamiento quirúrgico.

Asimismo, indicó la Sección Tercera que a pesar que no obraba dictamen de pérdida de capacidad laboral, de haber sido de carácter permanente, dichas lesiones habrían dado lugar a otorgar una indemnización cercana a los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sin embargo, como quedó demostrado dentro del proceso que al demandante le fueron tratadas las dolencias por las cuales fue trasladado al hospital San Ignacio y que allí no solo se curó de la infección padecida, para la Sala estuvo claro que los padecimientos constitutivos de

daño a la salud susceptible de ser indemnizado, fueron sufridos por un espacio de alrededor de tres meses.

Teniendo en cuenta que las lesiones que padeció el demandante fueron revertidas en el marco de la atención médica garantizada por la entidad demandada y que la víctima tuvo que soportarlos por un término relativamente corto en comparación con las lesiones graves de carácter permanente que una persona joven tendría que soportar a lo largo de su vida, consideró la Sala proporcionado reconocer una indemnización correspondiente a la décima parte de lo que se otorgaría por las lesiones de mayor gravedad de carácter permanente, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es diez (10) salarios mínimos.

Conclusiones

Las tres jurisprudencias analizadas coinciden en que debe establecerse la gravedad de la lesión para determinar la indemnización.

Sin embargo, a pesar de ser providencias de unificación no son absolutamente uniformes para determinar el porcentaje de gravedad:

En la primera de ellas se tuvo en cuenta para tasar la indemnización por daño a la salud el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En la segunda se tuvo en cuenta un criterio cualitativo para establecerlo y en el último aunque se indicó que no se contaba el dictamen de pérdida de capacidad laboral con base en la amplia experiencia de los operadores judiciales se estableció cual debía ser la indemnización si la lesión fuera de carácter permanente y a partir de allí establecerla para la lesión de carácter temporal.

Finalmente, se considera que la valoración cualitativa facilita la tasación de la indemnización en estos casos para el demandante, toda vez que en no pocos casos no se cuenta en el expediente con el dictamen de pérdida de capacidad laboral, pero por otro lado exige un mayor esfuerzo del Juez quien debe acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas que obran en el proceso.

LAS DECISIONES JUDICIALES, COMO PILARES DE LA

LEGISLACIÓN AMBIENTAL EN COLOMBIA

Luis Carlos Alvarado Ocampo
Profesional Universitario TAQ





Resumen

La jurisprudencia nacional, especialmente derivada de la Corte Constitucional ha jugado un papel importante en la construcción del derecho positivo, en torno a la legislación ambiental en Colombia, buscando en principio, aunque no a cabalidad, la protección de los derechos de los animales como seres sintientes.

Palabras claves

Jurisprudencia, legislación, ambiente, seres sintientes, antropocentrismo.

Abstrac

National jurisprudence, especially derived from the Constitutional Court has played an important role in the construction of positive law regarding environmental legislation in Colombia, searching in principle, though not fully, the protection of the rights of animals as beings sentient.

Key words

Jurisprudence, legislation, environmental, sentient beings, anthropocentrism.

El ser humano ha atravesado una serie de cambios evolutivos desde el australopithecus, pasando por el homo sapiens, hasta convertirse en el ser racional actual; el cual ocupa un espacio en este planeta desde hace varios miles de años, y día a día crece desproporcionalmente, pues la población mundial ha pasado de casi 1000 millones de habitantes en el año 1800 a más de 7000 millones en el año 2011(1), ocurriendo todo lo contrario con las demás especies que cohabitan junto a nosotros en este planeta, pues, a pesar de ese amplio proceso evolutivo y la capacidad cognoscitiva con que contamos, no hemos logrado racionalizar la necesidad de adoptar una conciencia ambiental, ya que es un hecho notorio que la permanencia de nuestra especie depende consecuen- cialmente de la existencia de las demás especies tanto animales como vegetales.

Esta situación que no ha sido desconocida por el legisla- dor Colombiano, el cual acogió mecanismos para la pro- tección de dichas especies, como es la acción popular re- gulada por la ley 472 de 1998; la cual dentro de su cuerpo normativo señala en el artículo 4 literal c “La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su de- sarrollo sostenible, su conservación, restauración o sus- titución. La conservación de las especies animales y ve- getales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fron- terizas, así como los demás intereses de la comunidad re- lacionados con la preservación y restauración del medio ambiente”, así mismo contempló una serie de normas de las cuales se puede destacar la ley 5 de 1972(2) y la ley 99 de 1993(3), la Constitución política en sus artículos 79(4) y 80(5), la ley 1638 de 2013(6); la ley 84 de 1989(7), Decre- to 1076 de 2015(8), las cuales no solo institucionalizaron la protección ambiental sino que otorgaron tanto a los particulares como a la administración las herramientas necesarias para que a través de los mecanismos admi- nistrativos y judiciales existentes salvaguardaran tanto a las especies animales como vegetales y sus ecosistemas; en este sentido es claro, que si bien es cierto, hacen falta muchos avances en materia ambiental que permitan ge- nerar un real sistema ecológico sostenible. Se han dado pasos significativos en esta dirección, no solo de origen legislativo sino también judicial, de lo cual debemos des- tacar las decisiones judiciales que han fijado puntos im- portantes para dar apertura a dicha evolución normativa. En cuanto a la legislación, podemos indicar inicialmen- te que el Código Civil Colombiano (ley 57 de 1887) en su Artículo 655 estableció una definición de cosas muebles

“Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se mue- van por una fuerza externa, como las cosas inanimadas...” de esta definición de simples cosas se denota la menta- lidad anacrónica que tenía el Cuerpo Legislativo Colom- biano frente a los animales para la época de la expedi- ción de dicha codificación, y la cual perduro en el tiempo hasta hace poco. En sentencia del H. Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo Sección Terce- ra Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BO- TERO del veintiséis (26) de noviembre de dos mil trece (2013) Radicación: 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP) puso de presente litigio suscitado en Francia en el cual se ampararon los derechos de los animales por encontrarse en un plano de igualdad respecto de las personas, deci- sión acogida en 1545, es decir más de tres siglos antes a la expedición del Código Civil Colombiano, denotándose el retraso abismal de nuestro país frente a otros:

“En efecto, en 1545 se celebró un juicio contra los mordihuís o gorgojo de las semillas, ya que los habitantes del pueblo de Saint-Julien (Francia) acudieron ante el juez episcopal con el fin de que, por vía de excomunión o de otro medio apropiado, se les condenara por los destrozos a los viñedos y otros cultivos de propiedad de los campesinos. El litigio fue ganado por los insectos, como quiera que se adujo por parte de su apoderado judicial, el derecho de igual nivel que tenían los animales frente a los hombres, de aprovecharse y nutrirse de los vegetales que proveía la tierra”(9).

El ordenamiento jurídico de la época se limitó a regular las relaciones de las personas como ser social frente a otras personas y no como ser natural frente a los demás seres que cohabitan con este, tan solo en 1989 el legisla- dor acogió una posición más proactiva a través de la ley 84, la cual en su artículo 6 amparó a la integridad de los animales, estableciendo una serie de conductas como sancionables para aquellas personas que lesionen o rea- lizen actividades crueles con estos; norma que si bien dio un avance relevante se quedó corta, pues, seguidamente en el artículo 7 exceptuó de dichas sanciones, activida- des como el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novi- lladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las ri- ñas de gallos, artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-666 del 30 de agosto de 2010, en el entendido:

“1) Que la excepción allí planteada permite, hasta deter- minación legislativa en contrario, si ello llegare a ocurrir, la

práctica de las actividades de entretenimiento y de expresión cultural con animales allí contenidas, siempre y cuando se entienda que estos deben, en todo caso, recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor durante el transcurso de esas actividades. En particular, la excepción del artículo 7 de la ley 84 de 1989 permite la continuación de expresiones humanas culturales y de entretenimiento con animales, siempre y cuando se eliminen o morigeren en el futuro las conductas especialmente crueles contra ellos en un proceso de adecuación entre expresiones culturales y deberes de protección a la fauna. 2) Que únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad; 3) que solo podrán desarrollarse en aquellas ocasiones en las que usualmente se han realizado en los respectivos municipios en que estén autorizadas; 4) que sean estas las únicas actividades que pueden ser excepcionadas del cumplimiento del deber constitucional de protección a los animales; y 5) que las autoridades municipales en ningún caso podrán destinar dinero público a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades.”

Es claro que la Corte, para declarar la exequibilidad de este artículo tuvo su fundamento en el carácter artístico, tuvo su fundamento, en el carácter artístico y cultural de dichas actividades, situación carente de fuerza, pues pareciese más un criterio subjetivo tanto del legislador al expedir el artículo 7, como del operador judicial al examinar su exequibilidad, toda vez que es ilógico que en el artículo 6 se reprocha toda actividad cruel en contra de los animales pero acto seguido se excepcionan actividades totalmente crueles contra estos, contraponiendo la finalidad primaria de la ley 84 de 1989; ante esto es claro que las excepciones acogidas carecieron de estudios técnicos y científicos que dieran pie a tales decisiones, convirtiéndose más bien en un conflicto de intereses particulares; ya que no es desconocido para nadie, que gran parte de la afición a la tauromaquia, la compone la clase dirigente de nuestro país; para apoyar lo expuesto, es procedente señalar que la misma Corporación en pronunciamiento anterior había sugerido la necesidad de superar esta clase de tradiciones tribales como lo expresó en sentencia C-367 de 2006:

“El contacto entre culturas trae como consecuencia que se adopten algunos usos ajenos pero también que se dejen de lado algunas prácticas. A este respecto es factible pensar en la existencia de una suerte de línea de progreso: sin dejar de

ser sensibles al contexto, se marcan fronteras con relación a aquellas expresiones culturales que se proyectan de modo negativo frente al ‘tejido básico del universo humano’. En muchas partes del mundo ha sucedido que expresiones culturales calificadas en algunas épocas de artísticas han sido luego prohibidas por considerarse degradantes de la dignidad humana y por herir la sensibilidad de los humanos. No todas las expresiones deben poder ser admitidas. Aquellas manifestaciones de la cultura que significan lesionar la dignidad humana tienden a ser rechazadas. El respeto a los derechos humanos se ha entendido como un avance en esa dirección. Incluso se ha dado un paso más en el sentido de querer superar la visión del mundo exclusivamente antropocéntrica para reconocer, justamente, que dentro de ese tejido básico es necesario incluir también a los animales y, en general, al medio ambiente.”

Adicionalmente a esto cabe destacar que en Cataluña donde las corridas de toros tienen una larga tradición, pues la primera corrida data del año 1387, realizada en la ciudad de Barcelona, constituyendo una actividad culturalmente arraigada de dicha sociedad el Parlamento acogió una Iniciativa Legislativa Popular avalada por 180.000 ciudadanos que pedía abolir las corridas de toros en dicho lugar, prohibición que se aplicó a partir del 1 de enero de 2012 y que consecuentemente otorgó una indemnización a los propietarios de la plaza Monumental

(1)<http://www.geohive.com/earth/population1.aspx>

(2)Por la cual se provee a la fundación y funcionamiento de Juntas Defensoras de animales. (reglamentado por el decreto 497 de 1973)

(3)Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

(4)Derecho a un ambiente sano: (...) Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

(5)Utilización racional de los recursos naturales: El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo, sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

(6)Por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes

(7)Por la cual se adopta el estatuto nacional de protección de los animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia.

(8)Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector ambiente y desarrollo sostenible.

(9)Cf. FERRY, Luc “Nuevo orden ecológico”, Ed. Tusquets, Barcelona, 1994, pág. 11 y s.s.



de Barcelona(10) , decisión adoptada el 28 de julio de 2010. Nótese que ambas decisiones, la de la Corte Colombiana y la del Parlamento de Cataluña, fueron adoptadas para la misma época, pero fueron totalmente contrarias en tanto que la sociedad catalana, pese a la vieja tradición taurina, ha adoptado una concientización en cuanto a los animales y nuestra convivencia con estos, desarraigándose de la idea antropocéntrica de la prevalencia del ser humano sobre las demás criaturas, acogiendo a estos como seres sensibles e iguales.

Posición que también ha sido acogida por los órganos internacionales, los cuales han reconocido sus derechos, como se puede vislumbrar en la Declaración Universal de los Derechos de los animales aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) proclamada el 15 de Octubre de 1978, la cual dispuso que todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia(11) , tienen derecho al respeto y a la atención, a los cuidados y a la protección del hombre(12) , de igual forma advierte que ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos crueles y que si es necesaria la muerte de un animal, ésta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia(13) ; en esta misma línea en la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1992, se acordó el deber de los Estados de cooperar para la conservación biológica, pues consideró que la protección ambiental era de interés de toda la humanidad, en vista de que todos los países han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, reconociendo los efectos secundarios que están causando en la humanidad la problemática mundial resultado de las deficientes políticas ambientales; las dos declaraciones adoptadas por nuestro país no han sido acogidas; es claro que su contenido ha sido desconocido durante varios años por el Legislador al no emitir un cuerpo normativo acorde con el contenido de dichos acuerdos internacionales. Situación que no ha ocurrido con el aparato judicial, pues las altas cortes en cambio no han sido

ajenas a aquellos parámetros internacionales⁽¹⁴⁾, ya que a pesar de la ambigüedad legislativa interna frente al tema, han emitido pronunciamientos de vital relevancia, que han permitido salvaguardar los derechos de los animales, como es, la sentencia del H. Consejo de Estado, del año 2013⁽¹⁵⁾ en la cual indico:

"Así las cosas, para el legislador colombiano los animales y las especies vegetales (v.gr. los bosques, la amazonía, los páramos, las fuentes y recursos hídricos, etc.) son sujetos de derechos y, por lo tanto, a través de la acción popular cualquier persona puede solicitar su protección actuando como agente oficioso de esas entidades, sin que se pueda afirmar que se trata de un derecho colectivo – subjetivo perteneciente a la sociedad; por el contrario, se trata del reconocimiento expreso por parte del Constituyente y del legislador colombiano de atribuir valor en sí mismos a los animales y a las especies vegetales, para lo cual, en cada caso concreto, el juez deberá elaborar un juicio de ponderación o proporcionalidad entre los intereses en pugna u oposición.

En otros términos, no es necesario que los animales o las especies vegetales sean consideradas personas jurídicas o morales para que puedan comparecer a la administración de justicia en busca de que se protejan sus derechos reconocidos por la propia comunidad, ya que existen los mecanismos procesales constitucionales idóneos para garantizar el amparo de los respectivos derechos.

Ahora bien, no quiere significar lo anterior que se sacrifique el desarrollo de la humanidad ni su supervivencia a partir del respeto de los derechos de los animales, la fauna y la flora; a contrario sensu, se reconoce expresamente que los seres humanos necesitan o requieren de otros animales para la supervivencia, así como de la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables para garantizar el desarrollo sostenible de la población.

La posición que esta Sala acoge se nutre de las nociones de justicia comparativa y del concepto de utilitarismo, para lo cual se define que la mejor opción en términos del reconocimiento de derechos a seres vivos –distintos a los humanos– es aquella que está acorde con el consecuencialismo, la ordenación por suma, y la determinación del sujeto de experimentar placer o dolor, esto es: los actos que favorecen las mejores consecuencias conjuntas, para lo cual se suman los bienes individuales presentes en cada una de esas vidas diferenciadas, y la capacidad del ser específico de padecer dolor o sentir placer.

En otros términos, en esta ocasión no se reconocerá dignidad a los animales y a los seres vivos distintos a los humanos, pero sí un valor intrínseco (en sí mismo) tan elevado que es posible garantizar y proteger sus derechos a través de las acciones populares (v.gr. evitar someterlos a sufrimientos indebidos, a tratos crueles y degradantes, a maltratos, etc.).

(...)

A modo de corolario, será en cada caso concreto el juez de la acción o pretensión popular el que tendrá que ponderar los derechos e intereses en conflicto (v.gr. el derecho al trabajo vs. el derecho de los toros a no ser sometidos a tratos crueles y degradantes) (el derecho a explotar una zona del país en actividades mineras vs. el derecho del respectivo hábitat, ecosistema, páramo o fuente hídrica) (el derecho a la libertad de culto vs. el derecho de los animales a ser sacrificados con sistemas o medios indoloros) para definir si de acuerdo con los criterios fijados en esta decisión y, principalmente, el sistema o método utilitarista qué interés debe prevalecer, es decir: i) cuál es el acto que favorece las mejores consecuencias conjuntas, ii) la ordenación por suma de los bienes en juego y que resultarían beneficiados con una u otra decisión, y iii) la capacidad de los sujetos afectados de experimentar placer o dolor."

Conforme a la interpretación dada por el H. Consejo de Estado, es evidente el reconocimiento de unos derechos intrínsecos en todos los seres vivos, midiendo a partir de su capacidad de sentir placer o dolor la prevalencia de sus de-

(10)<http://www.derechoanimal.info/images/pdf/la-abolicion-de-las-corridas-de-torosII.pdf>

(11)Artículo 1 Declaración Universal de los Derechos de los Animales (1978)

(12)Artículo 2 Declaración Universal de los Derechos de los Animales (1978)

(13)Artículo 3 Declaración Universal de los Derechos de los Animales (1978)

(14)"En este contexto, el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar –de oficio– una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional" CARBONELL, Miguel "Introducción al control de convencionalidad", 2011, recurso consultado el 22 de octubre de 2013, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

(15)CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil trece (2013) Número de Radicación: 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP)



rechos, atendiendo al criterio utilitarista reseñado por la misma Corporación, lo cual rompe el esquema del ser animal como una cosa mueble, y abre la puerta, para que el legislador reconsidere dicho concepto. Aunado a esta posición, existen pronunciamientos anteriores de la H. Corte Constitucional que si bien no reconocían derecho alguno a estos, si acogían el concepto de animal como ser sintiente y no como cosa; gracias a ello, posteriormente el legislador, ante la realidad social y la demanda de una normativa innovadora en materia animal, expidió la ley 1638 de 2013(16) la cual puso una talanquera a los empresarios de los circos con animales que llegaban al territorio Nacional, en el entendido de que dicha actividad no constituía un aporte artístico ni cultural, sino que por el contrario era atentatorio de las garantías mínimas de los animales silvestres; Así mismo cabe invocar como contribución importante del cuerpo legislativo la expedición de la ley 1774 de 2016, la cual da un cambio trascendental pues, en primer lugar señala que los animales no son cosas, modificando el artículo 655 del Código Civil al introducir parágrafo en los siguientes términos: “Un parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales”.

Cambio normativo que se encontraba en mora de darse desde hace varios años, atendiendo los diferentes pronunciamientos internacionales y judiciales frente a la protección de los animales igualmente establece unos parámetros de defensa y bienestar animal, adicionando el Código Penal con el Título XI referente a los delitos contra los animales, capítulo único, Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales, el cual fija penas privativas de la libertad de 1 a 3 años a la persona que por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado

o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, y multas de 7 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, herramientas jurídicas que eran necesarias ante la ineficacia de las sanciones establecidas en la ley 84 de 1989, pues al ser tan irrisorias las sanciones allí establecidas, causaban que la acción popular fuera el único mecanismo efectivo para la protección de la fauna y la flora; sin embargo en atención a dicho cambio normativo al reconocerse a los animales como seres sintientes, es pertinente esperar la apertura para el reconocimiento formal de los derechos de los animales en el país, tal como, ha sido acogido a través de los tratados internacionales. Por lo que será imperativo que tanto los administrativos, como judiciales, hagan uso de todas estas herramientas de manera conjunta, y así ampliar su campo de acción, tal como se dispuso en el Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho, celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, en el año 2002, bajo el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, donde se adoptaron los “Principios de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho”; declaración internacional que considero debe ser conocida en su integridad, por todos los jueces y magistrados, pues la misma tiene como finalidad apoyarlos en sus decisiones sobre conflictos en materia ambiental, ilustrando fallos judiciales importantes adoptados en América latina, de los cuales algunos de estos tuvieron como fundamento los principios de precaución y prevención, principios que han sido base trascendental en la tarea de la protección ambiental a través de las decisiones emitidas por las autoridades judiciales, pues son mecanismos que abarcan más que el daño, el riesgo, la amenaza, evitando que la afectación ambiental se produzca; y que se originaron ante la necesidad de salvaguardar la fauna y la flora, al vislumbrarse los perjuicios que se estaban causando en la humanidad por el deterioro de los recursos naturales; como ejemplos claros de esto, podemos citar la situación actual de países como China(17) y México(18), donde los altos niveles de CO₂, generados principalmente por el desarrollo industrial y el aumento del parque automotor, no solo han disminuido la calidad de vida de sus habitantes, sino que han disparado los índices de muerte por problemas respiratorios y cardiacos; casos que reflejaron la necesidad mundial de que las autoridades actuaran antes de que se causase la afectación ambiental, con el fin de evitar llegar a situaciones tan extremas como las ilustradas.

CONCLUSIONES

En síntesis han existido importantes avances en materia ambiental en nuestro país, especialmente en los últimos diez años, como es la implementación de nuevas herramientas legales y la adopción de nuevas políticas ambientales. Las autoridades territoriales entre 2012 y 2015 han emitido 36 acuerdos y resoluciones⁽¹⁹⁾ entre otros actos administrativos, dentro de los cuales se encuentra: Ordenanza de 04 de Octubre de 2012 que institucionalizó el día del buen trato, la protección, conservación, preservación y defensa de los animales (Antioquia); inclusión de la Protección ambiental como parte del Plan de Desarrollo en ciudades como Medellín, Manizales y Pasto, así como otras políticas como la reactivación de las juntas defensoras de animales, medidas que no se pueden desconocer como el reflejo de una actividad ambientalista progresiva en la sociedad Colombiana. Pero es claro que aun nuestro país se encuentra muy arraigado a la cultura antropocéntrica, lo cual se vislumbra en situaciones actuales como la desaprobación en el senado del proyecto de ley 084 de 2015, mediante el cual se buscaba derogar el artículo 7 de la ley 84 de 1989, siendo claro que dicho artículo desconoce los acuerdos internacionales suscritos por Colombia. Dentro del ámbito local debemos destacar la actual lucha que se lleva en el Municipio de Salento ante la amenaza de explotación minera en el valle de Cócora, situación que para los Quindianos es un ejemplo más que palpable de la importancia de estos mecanismos de protección ambiental, de la necesidad de ampliar este arsenal jurídico, y del protagonismo de los operadores de Justicia en esta actividad; pues de no ser así nos veríamos privados de sentir la suave brisa que tras rosar las palmas de cera, refresca nuestra piel y entra en nuestro ser, inundándonos de aromas a hierba fresca y la pureza de las montañas, así mismo nos veríamos obligados a renunciar al éxtasis de colores que forma la flora y fauna de este paraíso compuesta por palmas, pino romerón, árnica y otras tantas, o de la delicadeza de las nubes que se posan sobre la cordillera, el cantar de las aves, o las sensación del agua fresca y fría que irriga las montañas. Es imperativo reflexionar sobre la necesidad de proteger el medio ambiente, pues es más que claro que la capacidad económica, no es sinónimo de calidad de vida, como se puede evidenciar de la problemática actual de los países industrializados, donde se ha vuelto casi imposible contar con aire puro, por los altos niveles de polución; cuando nosotros gozamos de los más majestuosos paisajes, podemos caminar tranquilamente fuera de nuestros hogares, condiciones de vida, que algunas veces no valora-

mos como debería ser; Albert Einstein dijo "*Hay dos formas de ver la vida: una es creer que no existen milagros, la otra es creer que todo es un milagro*"; y para nuestro caso considero, hemos sido bendecidos con el milagro de la riqueza natural con que cuenta nuestro país, por lo que debemos salvaguardarla y darle prevalencia sobre todo interés económico.

(16) Por medio de la cual se prohíbe el uso de animales silvestres, ya sean nativos o exóticos, en circos fijos e itinerantes

1. El 60 por ciento del agua subterránea de China está demasiado contaminada para ser bebida sin un tratamiento previo, según un informe ministerial de ese país sobre la calidad del agua.
2. El Ministerio de Medio Ambiente indicó que el 16 por ciento de las tierras del país estaba también contaminado.
3. El índice actual de contaminación en Pekín, la capital del gigante chino, es hasta 16 veces superior al recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).
4. La contaminación atmosférica le cuestan hasta 300.000 millones de dólares anuales a China, según un informe del Banco Mundial.
5. De acuerdo con grupos ambientalistas chinos, en su país anualmente se utilizan 1,3 millones de plaguicidas, cifra 2,5 veces mayor que el promedio mundial.
6. La cifra de automóviles en las rutas de China aumentó de los 16 millones que había en 2000 a cerca de 100 millones en la actualidad.
7. Según calculan renombrados científicos chinos, cada año mueren entre 350 mil y 500 mil chinos como consecuencia de la alta contaminación ambiental.
8. El consumo de energía per cápita en China, con respecto al crecimiento económico, supera en un 40 por ciento de la media mundial.
9. La contaminación del suelo de China afecta a una superficie equiparable con la de Perú o Colombia.
10. Ya no se pueden utilizar más de tres millones de hectáreas de tierra para cultivos agrícolas (periódico EL TIEMPO edición del 12 de mayo de 2012 artículo ¿Por qué China es uno de los países más contaminados?: diez razones

(18) CIUDAD DE MÉXICO — La capital del país despertó este jueves 17 de marzo con la alerta por contaminación activada por cuarto día consecutivo, mientras las autoridades dicen que, aun con leves mejoras, los niveles de ozono siguen doblando la cantidad aceptada.
(...)

El gobierno de Ciudad de México declaró la contingencia ambiental la noche del lunes después de detectar que los niveles de ozono duplicaran el límite aceptable. Las medidas para intentar contener la contaminación se comenzaron a aplicar a partir del martes; es la primera vez que sucede en 11 años.
La Secretaría de Medio Ambiente federal decidió aumentar las restricciones a la circulación de vehículos. Se estima que son responsables del 87 por ciento de la emisión de óxidos de nitrógeno, el principal causante del aumento del nivel de ozono.

(...)

El jueves, 20 alcaldes de capitales europeas hicieron pública una carta en la que piden la aprobación de normas de cumplimiento obligado a los fabricantes de coches. Mientras en México no existen datos al respecto, la Organización Mundial de la Salud ha dicho que las emisiones de gases de los vehículos provocan alrededor de 75.000 muertes evitables al año y que el 70 por ciento de las emisiones contaminantes del planeta salen de las grandes ciudades. (the new york times publicación del 17 de marzo de 2016)

(19) Periódico EL TIEMPO edición del 14 de mayo de 2016 por LAURA BETANCUR ALARCON

SOBRE LA **JUSTICIA SOCIAL**

Leonardo Efraín Cerón Eraso
Magistrado Tribunal Superior de Medellín





Resumen

La visión del pensador Robert Nozick sirve de base para hacer una reflexión acerca del derecho a la igualdad en un mundo mercantil regidos por las reglas de un capitalismo "libertario", que en últimas no brinda las mismas oportunidades para todos, generando de entrada una desigualdad inmensa que el Estado no ha sido capaz de frenar o mitigar.

Palabras claves

Igualdad, desigualdad, libertad, Estado, capitalismo.

Abstrac

The vision of the thinker Robert Nozick is the basis for a reflection on the right to equality in a marketplace governed by the rules of a "libertarian" capitalism that ultimately does not provide the same opportunities for all, generating input inequality immense that the State has not been able to stop or mitigate.

Keywords

Equality, inequality, freedom, state capitalism.

Introducción

Hablar de la justicia es un tema supremamente espinoso y sobre lo cual no hay ni siquiera asomo de acuerdo, debido a que se pueden dar tantas teorías y posiciones cuantas concepciones sobre el hombre, la sociedad y el mundo se tengan. Desde las perspectivas más teocéntricas hasta las más materialistas han tocado el tema incluso con apasionamiento desmedido, por lo que implica hablar de un tema que a la vez que etéreo e incluso metafísico es profundamente humano y actual como el que más.

Obviamente los cultores de la filosofía política no podían rezagarse del debate y es en este espacio del conocimiento en donde se han dado fortísimas controversias y polémicas como las que ha despertado las opiniones de Robert Nozick con su declarado libertarismo.

Todo parece indicar que los mejores exponentes de la filosofía política anglosajona son el antes mencionado y John Rawls, ambos liberales, ambos profesores ilustrísimos de la Universidad de Harvard; pero a la vez fuertemente contrapuestos en su concepción de la justicia social; pues en tanto que el primero ha sido catalogado como un liberal conservador, el segundo se lo ha asumido como un seguidor del liberalismo igualitario o socialista; por tanto, resulta de suprema importancia analizar desde el punto de vista filosófico político a estos dos autores como quiera que sus doctrinas han abierto el espacio a importantes corrientes de una vigencia sin discusión en este momento como es el neoliberalismo y la justicia distributiva. Este escrito versará sobre el libertarismo de Nozick.

A pesar de que la teoría de Nozick suena, y lo es, abstracta e hipotética, es lo cierto que sus postulados, querámoslo o no, son hoy por hoy aplicados con toda fidelidad en muchos lugares del mundo en especial por algunos países desarrollados, por multinacionales y por organismos financieros transnacionales, con lo cual el análisis de la doctrina Nozickiana es plenamente valedero y actual, sea para apoyarlo o para debatirlo. En fin, la conclusión es que realmente se hace necesario hablar de él.

Nozick tiene 3 postulados basilaes en los que sustenta su doctrina. La idea de este modesto escrito es analizarlos, revisar sus argumentos para en último término plantear algunas cuestiones sobre los mismos que mínimamente enriquezcan el debate sobre este tema apasionante de la justicia.



Fotografía: Juan Carlos Angel Jaramillo

El liberalismo conservador de Robert Nozick

En su gran obra *Anarquía, Estado y Utopía*, como bien se sabe Nozick parte de un hecho en el cual funda toda su teoría y es la absoluta libertad del hombre. Pero esa libertad es referida antes que nada a un criterio economicista en el sentido de que el hombre, por el solo hecho de serlo es dueño de su cuerpo y por ende de su trabajo, con lo cual lo que consiga o produzca necesariamente es de él y tiene absoluta libertad de hacer lo que quiera con ello.

Planteado este primer aspecto basilar, nuestro autor esboza tres postulados fundamentales de su teoría cuales son: a.) Se requiere un Estado mínimo para preservar el orden, defender los derechos de las personas, solucionar los conflictos y hacer que los contratos celebrados voluntariamente se cumplan entre otras cosas, b.) sólo el Estado mínimo respeta los derechos de las personas y, c.) No hay razón para condenar a la explotación económica ni defender la igualdad.

Con el primer postulado se trata de apartar de los anar-

quistas, pues es consciente que sin un poder que imponga un mínimo de orden no hay sociedad posible y el caos devendría ineluctablemente. Para ello, es decir, para poder sustentar su posición, acoge la teoría contractualista de John Locke en el sentido de que es necesario un poder dentro de cada comunidad que preserve sobre todo la propiedad privada de los coasociados y dirima los conflictos, con lo cual los hombres ceden una porción mínima de libertad en aras de su seguridad y su tranquilidad. Ese es el paso del estado de naturaleza al estado de la sociedad civil u origen del Estado.

Nozick es consciente que su posición liberal no puede ir al extremo anarquista y por eso se pregunta si no es el Estado, entonces ¿quién? y crea la situación hipotética protosocial en donde aún los individuos viven todos en comunidad, pero hay los abusos de la fuerza y la irresolución de los conflictos, entonces los hombres podrían tomar como una alternativa de solución el asociarse y esas asociaciones cumplirían las funciones de protección y solución de conflictos con otras comunidades con la condición del pago de un precio determinado; sin embargo, el problema está en que serían incapaces de solucionar sus propios pleitos internos y en determinado momento habría una asociación tan fuerte que acabaría con las demás. Ahora bien, en esta asociación no tendrían cabida los individuos que no pudieran pagar por sus servicios lo cual conllevaría a la situación original, por eso es que se hace necesario un órgano de poder social para todos, que los proteja de la violencia, de los delitos, que solucione los conflictos y que haga cumplir los pactos hechos de manera libre y voluntaria entre los hombres. Ese ente no puede ser otro entonces, que el Estado.

Realmente este punto de partida contractualista es bastante aceptable e incluso, creemos, más razonable que la propia idea de Locke, porque éste parte de un contrato hipotético en donde los hombres de mutuo acuerdo y buscando el bien común se ponen de acuerdo (optimismo antropológico), en tanto que Nozick es más consecuente con la realidad humana y sabe que si a los hombres les tocó despojarse de un trozo de su libertad no fue por un sentimiento de bienestar común, sino porque les tocaba y no había otra alternativa frente al estado de inseguridad en el que se hallaban.

No dudamos que el sentido de altruismo esté presente en el género humano, pero es lo cierto que no es un sentimiento siempre ac-



tual y generalizado, por el contrario hay una buena dosis de egoísmo en los seres humanos que prima facie no permitiría que desinteresadamente se desprendan de un bien tanpreciado como es su libertad, sino es por el hecho inevitable del caos y la inseguridad. Por tanto, coincidimos con Nozick que el contrato social antes que voluntario, como lo idealizó Locke, se debía concebir como el producto de la necesidad y la imposibilidad de encontrar otra solución viable.

Ahora bien, esta opción de Nozick es adecuada si partimos de que las teorías contractualistas son las correctas para señalar el origen de las sociedades civiles; pero el problema radica en que tal corriente si bien ha sido de mucha utilidad no sólo filosófica sino política, no es la verdaderamente apropiada para explicar tal fenómeno social.

El contrato social ha sido de muchísimo provecho para fundamentar todas las teorías políticas alrededor de la supremacía del hombre, de su autonomía, su libertad e igualdad surgidas a partir del iluminismo con el cual se pudo poner de presente que aquel es amo y señor de sí mismo y no hay concepción teológica o monárquica que sea valedera para tratar de fundamentar el poder en cuestiones extrasociales. No obstante esto, contemporáneamente resulta de suma importancia reanalizar tales concepciones pues la evolución de los tiempos y las sociedades necesitan con urgencia de nuevas teorías que expliquen por ejemplo, por qué tengo que acatar leyes que no he asentido voluntariamente —de manera explícita o implícita—, sino que por el contrario me han sido impuestas casi que a la fuerza y sin ningún tipo de posibilidad de sustraerme a esos conjuntos normativos, porque en el caso que pudiera apartarme de los mandatos de la sociedad en la que nací, tendría que adecuarme a los de la sociedad a donde llegare y así en una cadena sin fin de grupos sociales normados que no preguntan si se quiere obedecer o no, sino que se imponen coercitivamente sus reglas, con lo cual las teorías contractualistas se ven en serios aprietos.

Sin ir más lejos, supuestamente todos los seres humanos somos unidades de derechos y deberes. Hay más posibilidades de que se pueda renunciar a los derechos, pero es muy difícil oponerse a unos deberes que no fueron adquiridos en un contrato social sino coactivamente cargados a los individuos, verbi gratia los impuestos, la prohibición de un conjunto de acciones (códigos penales), los deberes ciudadanos, etc. Nos preguntamos, cual es el

fundamento moral para obedecer estas imposiciones, o más sencillo, ¿por qué debemos obedecer? La cuestión se complica sobremanera cuando la norma a observar es injusta.

De esta manera, el contrato social si bien fue importante ayer para estructurar toda una serie de teorías filosófico – políticas tendientes a recuperar al hombre como máxima unidad social, hoy en día son insuficientes para elucidar la compleja realidad de nuestras sociedades.

Sin que pretendamos adentrarnos en el tema, pues su profundidad requeriría de un espacio muy amplio, si creemos que un buen principio para estructurar una nueva concepción del Estado, su origen y legitimidad sería ya no partir de hipótesis sino de la realidad, de la historia de los pueblos, en donde es claro que el Estado no surgió de un pacto social, ni que tampoco hay un acto fundacional definido o definible, sino que esta estructura política fue producto de una evolución milenaria de las sociedades en donde los que tenían el poder físico o de las armas fueron imponiendo sus reglas de juego a los más débiles que en razón del paso de los tiempos y la herencia de vasallaje transmitido de familia en familia, de generación en generación crearon el imaginario social explícito (en términos de Cornelius Castoriadis) de que unos hombres nacen para mandar y otros para obedecer. El tiempo fortalecería esta creencia al punto que muchas personas que detentaron o detentan el poder ni siquiera es en gracia de la fortaleza de su brazo sino en razón de su cuna que lo habrían recibido, y entonces la justificación de su posición social prevalente estaría en entredicho, por lo que era necesario legitimar entonces de otra manera la situación de las cosas y es ahí en donde la religión entra a jugar un papel preponderante y definitivo. No es gratuita entonces la eterna relación de la religión y la política, o mejor el poder.

Poco a poco las pequeñas comunidades fueron ampliándose y con ellas el poder se fue consolidando hasta evolucionar a protoestados o Estados iniciales en donde el poder ejercido de manera absoluta era el rasgo característico aunado a la creencia de que los seres humanos somos diferentes y que hay algunos elegidos por fuerzas extrasociales que tienen por derecho propio la facultad de mandar no sólo en lo público sino incluso en lo íntimo de las personas.

Lo que sucedió en la ilustración y en la modernidad fue que el hombre despertó de ese largo aletargamiento in-

telectual y se concientizó que no hay tales diferencias en los individuos y que el poder no emana de ningún dios ni fenómeno metafísico y por ende aquel es totalmente social y humano, en consecuencia hay una reivindicación de la libertad y la igualdad como derechos connaturales a los seres humanos y se trata de regularizar el poder. Que para hacer gráfico esto y poderlo explicar se haya utilizado la metáfora del contrato social es otra cosa.

Si tenemos claro esto, podremos llegar a explicaciones más viables acerca del poder y la obligación moral de seguir las normas como que por ejemplo se requiere necesariamente de un órgano social dotado de poder para que regule la vida social y que es obligación de acatar las reglas impuestas no porque las hayamos asentido voluntariamente sino en aras de la viabilidad de esa sociedad ya formada sin nuestro concurso. La corrección o no de esas normas es un tema que no vamos a tocar, porque nos desviaríamos de nuestro objetivo.

El segundo postulado de Nozick establece que cualquier Estado que no sea mínimo viola los derechos de las personas porque ya no se limitará a proteger a los ciudadanos de las agresiones, de solucionar sus conflictos o de hacer respetar los contratos hechos voluntariamente, sino que entrará a distribuir bienes y servicios y en esas tendrá que quitarles a unos para darles a otros, con lo cual arbitrariamente coarta el derecho incuestionable de toda persona de hacer con sus pertenencias lo que quiera. Por ello critica a la justicia distributiva, al explicar que un Estado bienestar es un sistema de trabajos forzados porque en últimas a la persona se la obliga a que entregue parte de su trabajo y producido a otras personas.

A pesar de que Nozick defiende los derechos, en su obra no hay ninguna teoría de explicación sobre ellos, solamente dice que son componentes de un orden moral, los derechos son restricciones morales indirectas, determinan lo que no debemos hacer. Esto refleja el segundo imperativo Kantiano del hombre como fin en sí mismo y la prohibición de utilizarlo como medio para que otro hombre o la sociedad consigan sus fines. De esta manera Nozick rechaza el utilitarismo porque no hay un tal concepto absoluto de bien común y sólo hay personas con su propia y única vida.

Volviendo al tema de la justicia distributiva, Nozick clasifica los principios distributivos en históricos y de resultado final o porciones de tiempo actual. Este último no toma en cuenta los procesos por los cuales las personas

poseen bienes, en tanto que aquel verifica los procesos que originan un determinado tipo de distribución y se dividen en dos principios, uno según el cual se debe establecer guías o cánones de distribución que lo denomina pautado, y dos, llamado de la titularidad, según el cual se regula la propiedad sobre los bienes de acuerdo a los títulos que se posean.

El principio de la titularidad, que es el seguido por Nozick se basa en que no hay una distribución central, personas diferentes manejan recursos distintos y adquieren nuevos bienes mediante acciones voluntarias y siguiendo estos tres principios: de adquisición justa, de transferencia justa y el de rectificación de las injusticias. Según el autor, si este mundo fuera justo, la justicia en las adquisiciones se definiría así: 1.) si alguien adquiere algo justamente es su dueño, 2.) si a alguien le transfieren algo justamente es su dueño y 3) estas son las dos únicas maneras de adquirir algo de manera legítima.

Nozick para resolver el problema de cuando es justa una adquisición recurre a Locke, para quien hay justicia en una adquisición cuando 1.) Mezclamos nuestro trabajo con el objeto, 2.) Cuando no lo desperdiciamos y 3.) Cuando por nuestra apropiación no perjudicamos a nadie. Las dos primeras nuestro autor las desecha, por lo que su teoría sobre la adquisición justa sólo toma como argumento la tercera exigencia. En este sentido una apropiación sería injusta en dos casos especiales a.) Cuando al apropiarme de la cosa las otras personas pierden la oportunidad de mejorar su situación y b.) Cuando al apropiarme de la cosa las otras personas ven desmejorada su situación porque ellos ya no tienen la posibilidad de usar la cosa que antes podían hacerlo libremente.

Nozick concluye que una apropiación resulta ilegítima si las demás personas no tienen ninguna compensación a cambio; pero resultará justa si el nuevo poseedor permite que las otras personas la usen; así por ejemplo, si alguien se apropia de una playa baldía, si solamente el dueño la puede usar perjudica a los demás, en cambio sí permite que las otras personas la usen y si por ello pagan una cuota y el dueño presta unos servicios adicionales, nadie saldría afectado y nadie podría quejarse que la apropiación fue injusta.

Por ello es que es positiva la propiedad privada y el capitalismo: porque pone los recursos en manos de quienes los usan más eficientemente; porque como los bienes se controlan por separado no hay necesidad de convencer

a nadie de una idea con lo que se fomenta la experimentación; porque la propiedad privada le permite a las personas elegir que riesgos quieren correr y tomar y porque provee de empleos alternativos para personas poco populares pues no requieren convencer a nadie de que los emplee.

Hay dos cosas muy rescatables de la teoría de Nozick y es la reivindicación del hombre en toda su dimensión y dignidad ética y social y el rechazo al utilitarismo, que si bien puede tener cosas positivas, conlleva a graves atentados en contra del individuo y las minorías, como quiera que el hombre termina instrumentalizado a favor de las colectividades y a esa idea muchas veces inasible del bien común.

Resulta perfecta la reivindicación de la libertad e igualdad de Nozick, pero la falla de su teoría está en considerar que los hombres por el solo hecho de ser iguales formal o aparentemente, sea esa una condición suficiente para que se desarrollen a plenitud y de acuerdo con el plan de vida que han escogido, es decir, que esa igualdad presuponga libertad, lo que evidentemente no es cierto porque es una verdad indiscutible que los seres humanos no nacemos en similares condiciones todos y por lo mismo no partimos en la vida en condiciones de igualdad. Como lo ha puesto de relieve Rawls, en el mundo existe una lotería natural la cual hace unas distribuciones inequitativas no sólo de talentos naturales (inteligencia, fuerza física, carisma, belleza, etc.) sino de condiciones sociales (riqueza, posición social, nacionalidad, etc) que implican que los hombres no tengan las mismas posibilidades de desarrollarse, hacer lo que deseen, construir un plan de vida o incluso simplemente el poder vivir dignamente, porque no es lo mismo, por ejemplo, nacer en la zona norte de Bogotá en el seno de una familia con gran status político, social y económico que le permita al individuo estudiar en instituciones nacionales o extranjeras prestigiosas y que una vez terminada esta fase de su educación tenga listo un gran empleo; que nacer prácticamente en las calles del centro de esta ciudad, sin una familia estable, que desde que se tenga uso de razón ya se esté aspirando “bóxer” para calmar el hambre y que la única escuela posible a la que se pueda acceder sea a esa misma calle, en donde se aprende a delinquir para poder sobrevivir.

Esta es una realidad que no puede admitir discusión y que no es exclusiva de Colombia, sino de todos los países del mundo sin excepción: hay personas que nacen en cuna

de oro y otras en lecho de paja, unas privilegiadas en su naturaleza y otras con grandes déficit.

Tal situación nos lleva entonces necesariamente a profundizar en la diferencia que debe existir entre ser igual por condiciones de género y a nivel individual; entre ser igual y tener condiciones de igualdad, entre igualdad formal e igualdad material y entre libertad positiva y libertad negativa.

Todas las personas sin distinción de raza, color, coeficiente intelectual, capacidad física, sexo, condición social, estatus económico, religión, política, nacionalidad etc. etc. por el solo hecho de ser seres humanos somos iguales y no puede haber ningún tipo de discriminación. A esto es a lo que denominaremos igualdad de género, que nada tiene que ver con el hecho de que cada ser humano, dadas las especiales condiciones en que nació (naturales y sociales) sea único y diferente de los demás en virtud de esa lotería natural de la que habla Rawls. Por tanto, se puede decir que los hombres se caracterizan por la diferencia en la igualdad. Somos iguales por pertenecer al género humano, pero es esa misma naturaleza humana la que nos hace a cada persona una unidad particular y única.

Esto nos lleva a otra conclusión importante y es que la igualdad de género no nos garantiza que todos los seres humanos o por lo menos los miembros de una comunidad estemos en pie de igualdad, o en condiciones de igualdad; por el contrario, las particularidades naturales y sociales de cada individuo hacen que las diferencias entre las personas sean ostensibles e incluso odiosas por sus exagerados contrastes. Nadie puede negar que el Príncipe Carlos de Gran Bretaña y el reciclador colombiano Juan Pérez son iguales en tanto que seres humanos y merecen el mismo respeto por su dignidad de género; pero es obvio que este hecho no conlleva a que estas dos personas estén en pie de igualdad por evidentes razones. Son iguales, pero a la vez su individualidad les lleva a que estén en condiciones de desigualdad monstruosas.

Lo anterior nos permite predicar que no es la condición de género la pauta que rige las sociedades sino son las individualidades las que las gobiernan y que nos arrastran a condiciones de desigualdad alarmantes, somos iguales pero siempre estamos en condiciones de desigualdad.

La igualdad de género se puede asimilar a la igualdad formal que desde la Ilustración viene siendo pregonada



e incluso incluida en muchas Cartas Políticas como una de las máximas garantías que tienen los coasociados en una comunidad; pero, como hemos visto, no puede ser suficiente dentro de sociedades con esquemas políticos que se precien de ser justos, equitativos y solidarios como es la meta perseguida por los sistemas contemporáneos; porque la desigualdad natural; pero cruel que se presenta en todas las sociedades debe necesariamente ser menguada por una intervención activa del Estado.

La igualdad de género va a dar pie a la libertad negativa, que es la garantía que tiene toda persona de que la sociedad no va a intervenir en sus decisiones ni coartar sus acciones salvo ciertos límites establecidos para la conservación, estabilidad y desarrollo del ente colectivo, como quiera que todos los seres humanos deben tener iguales posibilidades (por lo menos en el campo formal) de desarrollarse y ser consecuentes con sus decisiones. El problema de este tipo de libertad es que es meramente simbólica y eso genera un grave problema de impracticabilidad, pues no hay mucha diferencia entre que se me prohíba algo a que se me permita hacerlo, pero no se me entreguen las condiciones mínimas para poder realizarlo. Por ejemplo, en mi sociedad puede haber libertad de profesión y oficio lo que implica que nadie me va a poder impedir que estudie Derecho y me convierta en abogado si esa es la carrera que he elegido y me gusta; pero tal libertad de elección profesional no me va a servir mucho si las universidades que ofrecen ese programa cobran altos costos de matrícula por semestre y yo soy una persona de escasos recursos económicos que a duras penas tengo para medio alimentarme y vivir bajo un techo, en estos casos da lo mismo que la ley le prohíba a los pobres ser abogados a que se lo permita pero no les ofrezca condiciones materiales para hacerlo.

La libertad positiva en cambio, es ese conjunto de posibilidades reales que se les dan a los seres humanos para que tomen sus propias decisiones y edifiquen su destino. Con ello es claro entonces que la igualdad material y la libertad positiva van de la mano y serán ellas rasgos distintivos de sociedades realmente justas y equitativas, como las que se pretende en los sistemas democráticos.

El problema con Robert Nozick es que se queda simplemente con la igualdad formal y la libertad negativa y por eso su modelo de sociedad realmente y en un momento determinado puede ser altamente productivo en términos económicos

y en verdad que lo es, tal como lo demuestran la realidad de muchos países industrializados; pero el costo social y moral que se paga es muy alto. Las individualidades sociales y materiales de las que venimos hablando dan pie a un grupo selecto y minoritario de ciudadanos con condiciones sociales y económicas inmejorables que por su propia condición se apoderan de casi todos los bienes y tiene un nivel de vida envidiable frente a una gran masa poblacional que a duras penas puede llevar si acaso una vida digna en el mejor de los casos.

También estas pequeñas élites terminan avasallando a las clases desposeídas a quienes se explota sin ningún cargo de conciencia y a sabiendas que a estas personas no les queda otra alternativa. De otra parte, este fenómeno que podríamos llamarlo interno, hoy por hoy y gracias a fenómenos políticos como el imperialismo y la globalización permiten que adquiera dimensiones internacionales en donde ya no son personas explotando a otras personas, sino Estados abusando y tiranizando a otros --cuando no lo son transnacionales--, en medio del juego del capitalismo salvaje en donde, en últimas, no hay reglas éticas y morales puesto que lo esencial y único es la producción y los beneficios individuales.

Por eso el tan predicado libertarismo de Nozick es bastante cuestionable porque en lugar de dar espacio al ejercicio de tal derecho para todos los individuos de una colectividad lo que abre campo es a un capitalismo salvaje moralmente reprobable y origen de inequidades sociales sin nombre. La teoría de Nozick resultaría aceptable si los seres humanos partiéramos por lo menos de condiciones mínimas de igualdad, porque en ese evento, es lo cierto que si hay personas que destacan y sobresalen es justo que obtengan su premio con unas mejores condiciones de vida que el mediocre que no gasta mayor esfuerzo en lograr objetivos a cualquier nivel; pero el problema es que la desigualdad social en todo el mundo es de tal magnitud que se hace necesario que los Estados intervengan para morigerar en algo esas condiciones de desigualdad tan marcadas.

Nozick plantea que el remedio de un Estado intervencionista o bienestarista resulta peor que la enfermedad de la desigualdad social porque en últimas termina coartando arbitrariamente la libertad de los coasociados o someténdolos a trabajos forzados a favor de otros; pero aquí cabría preguntarle ¿la libertad de quién?, de las grandes mayorías desposeídas o de unos pequeños sectores po-

blacionales, que en muchos casos el origen de sus fortunas es cuando menos dudoso. Es claro, que las tesis del ilustre profesor de Harvard están destinadas a la protección de este segundo sector social y por ello es reprobable, no porque se propugne por el bienestar sólo de esa clase, sino porque el objetivo de justicia que buscan los nuevos sistemas políticos es el bienestar de todos, de mayorías y minorías.

Por ello propugnamos, adhiriendo a la posición de Rawls, por una sociedad que busque condiciones mínimas de igualdad para todos los individuos a partir de las cuales puedan desarrollar libre y autónomamente sus planes de vida de la mejor manera posible. De ahí en adelante ya depende de cada hombre o mujer. Sólo el cielo y los derechos de los demás son el límite.

En conclusión un Estado bienestar de estas características será el realmente propulsor de la libertad, no como un bien patrimonio de unos pocos, sino como uno de carácter general y comunitario. Ello incluso no sólo será correcto desde el punto de vista moral sino también desde el punto de vista económico, reflejado en sociedades altamente productivas por la optimización del ser humano.

El objetivo en las sociedades humanas no es la simple competición, ni la exaltación del individualismo que termine en egoísmo; es cierto que lo más importante en el mundo es el ser humano como una unidad; pero para poder lograr su consagración y desarrollo pleno se necesita perentoriamente de comunidades políticas en donde la justicia, la equidad, la solidaridad, la caridad, el respeto, el afecto, la lealtad sean sus rasgos distintivos y ello en principio lo contiene un Estado bienestar que sin caer en paternalismos le trate de ofrecer condiciones mínimas a los coasociados para que se puedan desarrollar dignamente y de acuerdo al plan de vida que se han trazado. Si las personas teniendo esos bienes básicos no los aprovechan o los usan de diversa forma es su exclusivo problema, y el Estado ya no puede inmiscuirse porque eso sí sería coartar la libertad de los individuos.

La verdadera libertad sólo se puede ejercer cuando existan las condiciones materiales para tomar autónomamente las decisiones y como en las sociedades es natural las desigualdades, el Estado debe intervenir, no para coartar la libertad de las personas, sino para crear el contexto en donde la población toda tenga por lo menos unas mínimas posibilidades de realizarse, en el entendido que las sociedades no son de unos pocos sino que a las mismas

pertenecen todos sus coasociados quienes merecen que el Estado propugne por su bienestar.

La redistribución de bienes que le duele tanto a Nozick, no es de tal entidad como para catalogarla de trabajos forzados o de instrumento de opresión como lo hace éste, porque en primer lugar tal cuestión no afecta de manera decidida los patrimonios de las personas sino levemente, y en segundo lugar se puede catalogar como una irrisoria compensación por los beneficios gratuitos que recibieron ciertas personas en la repartición de los privilegios naturales y sociales, lo que aparece como un simple acto de mera justicia: si yo nací con un coeficiente intelectual elevado, o en un país desarrollado, o en una familia adinerada o con todas estas circunstancias juntas y no he hecho nada para merecérmelo sino que simplemente nací así (inteligente, o rico o bello) ¿Por qué no compensar estas prerrogativas dando un poco a las personas que no nacieron con estas condiciones? Como el ser humano es egoísta de por sí, tal redistribución mínima de bienes tiene que hacerse coactivamente a través del Estado. Es más, incluso desde el punto de vista económico esto es beneficioso, porque si toda la población, o por lo menos la mayoría, tiene unos buenos niveles de vida es evidente que la economía repunta y ello va en beneficio también de las clases privilegiadas que verán crecer sus bienes y fortunas.

Con su ya clásico ejemplo del jugador Wilt Chamberlain, Nozick llega a su tercer argumento referente a que la igualdad nada tiene que ver con la justicia, que todos los principios pautados violan el sagrado derecho a la libertad y que como los sistemas socialistas son sistemas que propugnan por la igualdad y además tienen esquemas pautados, los sistemas que asumen este modelo político son injustos y arbitrarios.

Basado en lo anterior también llega a la conclusión que la propiedad privada es positiva porque a.) Pone los recursos en manos de quienes los usan más eficientemente, b.) Como los bienes se controlan por separado no hay necesidad de convencer a nadie de una idea por lo que se fomentan los experimentos, c.) La propiedad privada le permite a las personas elegir que riesgos quieren correr y d.) Provee de empleos alternativos a personas poco populares, porque no se requiere convencer a nadie de que las emplee.

Por último explica que es falso que en los sistemas capitalistas se explote al hombre, porque en los mismos exis-

te la suficiente libertad de los trabajadores para escoger con quien quieren trabajar e incluso elegir entre el sector público o el privado y además hoy en día los trabajadores también se han hecho a capitales importantes y pueden montar sus propias empresas y convertirse en patronos.

En realidad no le pueden faltar razones de peso a Nozick para criticar los sistemas socialistas, porque es evidente que en tales sistemas se aboga por un igualitarismo mal entendido y se menoscaba terriblemente las libertades individuales. En efecto, hay que diferenciar claramente entre igualdad de género e individualidad tal como se ha venido explicando. Una cosa es que todos los seres humanos por el solo hecho de serlo debamos tener la misma dignidad, el mismo respeto y la misma consideración y trato sin ningún tipo de discriminación y otra bien diferente, es que se pueda llegar a pensar que los seres humanos individualmente considerados podamos ser iguales, porque esta sería una gran falacia debido a que la naturaleza nos ha proveído con características específicas naturales y sociales tan disímiles a los hombres que si acaso se podrá decir que se parecen. Los seres humanos somos en extremo diferentes unos de otros y ello implica que tengamos diferentísimos modos de ver la vida, expectativas, contenidos y metas: para unos será suficiente y se conformarán con ser personas mediocres y utilizaran el mínimo esfuerzo posible que en últimas les será suficiente para lo buscado; habrá otros que busquen otras metas más elevadas y se esforzarán medianamente, pero también existirán otro tipo de hombres con ambiciones espirituales y materiales muy elevadas que incluso buscarán trascender de lo prosaico de la vida ordinaria para alcanzar las más altas cumbres vivenciales y por ello los esfuerzos empleados serán titánicos.

Esto no es una mera explicación a priori de nuestra realidad y naturaleza humana sino que es un dato histórico comprobable empíricamente, por lo que se puede decir que es una cuestión verdadera y real. Ahora bien si esto es así, ¿Cómo un sistema político que se precie de justo puede tratar de nivelar a todos los seres humanos con la tabla rasa del género y buscar reprimir la misma naturaleza del individuo que lo lleva compulsivamente a ser diferente? No hay lugar a la crítica como tampoco a la ovación del mediocre, ni del ciudadano masa, ni del hombre político ni del superhombre, solamente hay lugar al respecto del ser humano que en desarrollo y goce de su autonomía racional e individualidad escoge su destino. Cuando un sistema político, como el socialista, pretende desconocer esta realidad irrefutable - la de que los seres

humanos somos totalmente diferentes como individuos - es lo cierto que so pretexto de un mal entendido igualitarismo (todos los seres humanos somos iguales) destruye la libertad del hombre y lo convierte en una grotesca parte de un engranaje social, se sacrifica la individualidad en aras de un muy dudoso bien común que en vez de generar bienestar a la larga lo que produce es frustración.

La teoría socialista tiene un muy buen comienzo, cuando busca que todos los coasociados puedan disfrutar de derechos básicos para una vida digna como salud, educación, y en términos más precarios alimentación, vivienda y recreación; pero el problema surge en el momento en que para lograr esto, monopoliza los medios de producción en el Estado (burocratización de los medios de producción) y trata de igualar a todas las personas con un solo parámetro, pensando que con ello sería suficiente para poder hablar de un bienestar general, cuando es lo cierto que este concepto no se puede construir a partir del colectivo en general sino que ha de asumírsele en su verdadera dimensión como la suma de todos y cada uno de los bienestares individuales. En ese sentido sólo se puede hablar de una buena sociedad cuando a los individuos se les da las herramienta mínimas para que se desarrollen y sólo tengan como límite los derechos de los demás; puesto que dejar el esquema a la mitad como lo hace el socialismo, es identificar al hombre como un animal más al que hay que darle lo mínimo material para que sobreviva desconociendo su grandísima esfera espiritual, ética, social, política y, porque no decirlo, económica.

Volviendo a Nozick el problema no es que el sistema político socialista sea pautado, o por lo menos esa no es la causa de su injusticia, el problema radica en que las pautas utilizadas (a cada quien según su capacidad, a cada quien según su necesidad) son injustas porque desconocen la naturaleza humana y crean por tanto sistemas sociales artificiosos insostenibles en el tiempo. Es obvio que si la pauta dice a todos por igual porque son iguales y según sus necesidades básicas es lo cierto que una tal sociedad será claramente arbitraria porque los hombres no somos iguales y no tenemos las mismas necesidades, que presupone el socialismo.

Concluyendo estas líneas, podemos decir que la teoría de Nozick es interesante no sólo por su actualidad sino por la reivindicación de la libertad y autonomía del hombre frente a tiempos colectivizantes en donde con frecuencia se instrumentaliza y sacrifica a los individuos en aras de objetivos sociales, muchas veces

no muy claros; pero hay que tomarla con muchos reparos porque tal como está concebida es la teoría perfecta para la legitimación ideologizante del capitalismo salvaje, que tanto daño le ha hecho y le puede seguir haciendo no sólo a las personas sino a los países menos desarrollados que se encuentran hoy por hoy en una situación de neocolonizaciones impresionantes.

La búsqueda de una sociedad justa es un camino en extremo difícil y aún en construcción; pero es lo cierto que tal noción no la vamos a encontrar ni en los sistemas socialistas como modelos exageradamente reglados y por ello anulantes, como tampoco en los capitalistas puros, en donde campea un exagerado individualismo que lleva al bienestar de unos pocos y a la miseria de muchos. Por paradójico que esto parezca, estos dos sistemas, por vías diferentes atropellan la libertad humana: el uno castrando las aspiraciones de cada uno de los individuos al proponer un esquema igualitarista; y el otro, por crear una falsa apariencia de libertad, cuando es lo cierto que ésta no puede darse sin unas condiciones materiales efectivas, las cuales sólo son prerrogativa de un pequeño sector de la población.

Un buen principio de un modelo social justo será aquel en el cual a las personas se les entregue condiciones mínimas para desarrollarse, pero no se las limite en sus legítimas metas personales...habrá que probarlo, sólo el paso del tiempo dirá si también es errado y si hay que rectificar el camino.



La Felicidad **SEGÚN**
ARISTÓTELES

CLAUDIA MILENA VÉLEZ ORTIZ
RELATORA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO





Resumen

Este documento constituye un extracto del concepto de *felicidad* desarrollado por Aristóteles, en el texto: **Ética a Nicómaco en su Libro Primero "Sobre la Felicidad"**; por lo que se adopta, inclusive, en el trasegar de la lectura el uso en gran parte del lenguaje descrito por quien realiza la introducción del texto en cita, Emilio Lledó Iñigo, y del traductor de éste, Julio Pallí Bonet, para que teniendo en cuenta la exactitud de los términos, se pueda obtener una mejor comprensión de su contenido.

En el aparte de la obra en referencia, señala Aristóteles que: " ... **el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden**"⁽¹⁾ , esta es una de las afirmaciones del Estagirita, para aproximarse al concepto de felicidad en su llamado libro primero, donde trata la excelencia humana a partir de conservar la actividad ajustada a las óptimas condiciones del hombre, desde la política como ciencia práctica, en búsqueda de lo mejor para éste y a partir del objeto de la ética como el bien o la *felicidad* del mismo.

Palabras Claves:

Felicidad, Bien, Política, Ética y Virtud.

Abstract

This document is an extract of the concept of happiness that Aristotle addressed in the text: The Nicomachean Ethics in his First Book "On Happiness"; so the use in much of the language described by the person making the introduction to the book EMILIO LLEDÓ IÑIGO, and the translator of this, JULY Palli BONET is adopted, including, in the decanting of reading, that considering the accuracy of the terms, you can get a better understanding of their content.

In addition to the work in question, Aristotle points out that "... the good is that to which all things aim", this is one of the statements of Aristotle, to approach the concept of happiness in his book first, where is human excellence from the adjusted activity to preserve optimal conditions of man, from politics as a practical science, seeking the best for this and from the object of ethics as good or happiness of it.

Keywords:

Happiness, Well, Politics, Ethics and Virtue.

Introducción

El presente artículo es el resultado de la lectura del **texto *Ética a Nicómaco* en su libro I “La Felicidad”, autor: Aristóteles**, nacido en Estagira, al Norte de Grecia, en el año 384 A.C., escrito por el Filósofo Griego, en el siglo IV A.C, ésta data sobre lo que estima Aristóteles es la manera de obtener la felicidad, a través del desarrollo de las Virtudes Éticas y las Dianoéticas en la actividad del hombre. Argumentos que se hacen vigentes en nuestros días, puesto que resultan ser semejantes los intereses del individuo que vive en comunidad: alcanzar el bienestar general para encontrar su realización, hallando la tan anhelada **Felicidad**.

Marco Teórico y Planteamiento del Problema de Aristóteles frente a la Felicidad

En su propósito el Filósofo de la Antigua Grecia, sostiene que toda actividad humana (acciones, artes, elecciones y ciencias), tiene un fin supremo que tiende siempre a un bien, el cual es objeto de su investigación. Advierte en consecuencia, que al existir multiplicidad y jerarquía de los bienes, así mismo sucede con sus fines; para el efecto, señala a manera de ejemplos que el fin de la medicina es la salud, el de la construcción naval el navío, el de la estrategia la victoria, el de la economía la riqueza. Manifestando que el fin de ellas se diferencia ya que unos, corresponden a las actividades y otros a las obras, por lo que, unas están subordinadas a las otras; como muestra, menciona la actividad de guerra que se subordina a la estrategia, por lo que, considera no importa que los fines de las acciones sean las actividades mismas, pues a su vez, a los fines de las principales se subordinan las segundas.

Ahora bien, preexiste en el texto para Aristóteles de Estagira, un fin último o bien supremo, que es el máximo bien, el cual hay que determinarlo junto a la ciencia a la cual pertenece, para así, alcanzar el mejor bien; de tal manera, que en beneficio al proceso de búsqueda, adopta para ello, la política como ciencia del bien supremo haciéndola parte de la ética, porque regula qué ciencias son necesarias en las ciudades, subordinándosele otras facultades de gran relevancia como la estrategia, la economía, la retórica: por lo que el fin de la política al incluir las demás constituirá, el bien del hombre, siempre y cuando se procure conseguirlo para un pueblo y para las ciudades, pues el bien público es superior al privado.

Aduce el Filósofo griego, siguiendo la secuencia del objeto de su investigación, que la esencia de la Política la conforman las cosas nobles y justas, mismas que presentan diferencias y desviaciones: que la convierten en una ciencia práctica al no ser ésta una ciencia exacta, pues parece que su objeto existe sólo por convención y no por naturaleza, anexo lo mencionado a la inestabilidad de los bienes, cuando unos perecen por causa de su riqueza y otros con motivo de su coraje. A partir de esta premisa expresa el Filósofo, que se debe mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático, y de las cosas que ocurren generalmente llegar a conclusiones semejantes, teniendo en cuenta los razonamientos del hombre instruido que se aplicarán en la medida en que lo admita la naturaleza del asunto, patrón de lo dicho, sería absurdo el que un matemático emplee la persuasión o se le exija aun retórico demostraciones.

Deja entrever Aristóteles, que la ética no es materia apropiada para la juventud por su falta de experiencia, pues radica su defecto no en el tiempo del joven (su edad) sino en el vivir, y en el procurar, todas las cosas de acuerdo con la pasión. Por eso dice: no basta el conocimiento para actuar correctamente, sino que es necesaria la razón, para orientar los afanes y las acciones de las personas, a quienes el saber les será muy provechoso, pues cada uno juzga bien aquello que conoce, como discípulos en su instrucción y frente al objeto de esta investigación la felicidad.

Acerca de la naturaleza de la felicidad como bien que conviene a todos, expresa el Filósofo de la Antigüedad: se presentan divergencias, ya que se ha llegado a un consenso entre el vulgo y los cultos al nombre, pero no, en su naturaleza, pues para unos el hecho de vivir bien y obrar bien es lo mismo que ser feliz; en cambio para otros, la felicidad está compuesta por las cosas tangibles, como: el placer, la riqueza, los honores, e inclusive se cree en una misma persona, que la felicidad la concede: la riqueza si hay pobreza, la salud si hay enfermedad, y a los que son conscientes de su ignorancia, el conocimiento que pueda tener otro.

Empero Aristóteles, aduce bajo este concepto, existe otro bien en sí, que es la causa de que todos aquellos sean bienes, retomando para su razonamiento la posición de Platón si se debía de partir de los principios o remontarse hacia ellos, adopta para claridad del tema, como ejemplo: que en el estadio, uno ha de correr desde los jueces hacia la meta, o al contrario; por lo que, debe empezarse

por las cosas más fáciles de conocer para nosotros, como son: el ser un discípulo de las cosas buenas y justas, por lo que, resulta relevante y necesario para la Política, el que haya sido bien conducido por sus costumbres; pero para aquél, que no haya conocido estas cosas, debe escuchar las palabras de Hesíodo, que concluyen diciendo: el hombre que no comprende por sí mismo, ni lo que escucha a otro lo retiene en su mente, este es un hombre inútil.

El pensador, sostiene que el bien y la felicidad son conceptos entendidos por los hombres desde los principales modos de vida, que dependen de sus propios géneros, y se constituyen así: en primer lugar, el placer: sucede cuando el vulgo y los más groseros, se identifican con él, y por eso, aman la vida voluptuosa, en segundo lugar, la política, y en tercer lugar la contemplativa o también llamada teórica. A pesar de que los hombres, en su generalidad se prestan serviles a la vida de bestias, porque muchos en puestos elevados comparten los gustos de Sardanápalo(2), dejándose llevar por sus vicios y su vida de placeres desordenados.

Ahora, en relación con los modos de vida traídos por Aristóteles, éste asevera de la Política, que los mejores dotados y los activos creen que el bien son los honores, manifestando al respecto, que éste es más superficial que lo que se busca, pues radica en aquellos que conceden los honores y no en quien los recibe, así mismo, explica de quienes son honrados con éstos, que ellos buscan tal distinción para persuadirse así mismos de que son buenos, aceptando de esta manera que quien les otorga tal bien, tiene una virtud superior.

Así las cosas, el pensador Griego, supone que no basta poseer cualidades para ser feliz, pues hay que ejercerlas, y, que si este fuera el fin de la vida política estaría incompleto, porque se podría presentar que el que posee la virtud durante toda su vida, al padecer grandes males e infortunios, no sea juzgado como una persona feliz, a no ser para defender dicha tesis. Además observa, en referencia del modo de vida que llamó contemplativo la necesidad de ser argumentado con posterioridad.

De cara a la vida de lucro, el filósofo, no lo asume como modo de vida, en razón, a que considera que es evidente que la riqueza no es el bien que buscamos, pues se estima útil en servicio de otro, como serían los placeres y los honores, mismos que no corresponde al bien que se busca, por lo que, hasta allí deja su discusión, direccionándose a examinar la noción del bien universal como concepto, a

través de la verdad, partiendo el bien de la sustancia, la cualidad y la relación, de modo que no puede haber una idea común a ambas.

Indica Aristóteles, entonces en oposición a la idea platónica del bien: que no hay una idea universal de todos los bienes, puesto que la palabra "bien" se utiliza en tantos sentidos como la palabra ser; por lo que es claro, que no podría haber una noción común universal y única; al no lograrse su uso en todas las categorías. Teniendo en cuenta lo expresado, observa en el tema: la presencia de muchas ciencias, incluso los bienes que caen bajo una sola categoría, acogiendo como prototipos que la ciencia de la oportunidad, en la guerra es la estrategia, en la enfermedad la medicina, y en los ejercicios físicos, la gimnasia.

Además contrapone su pensamiento al de Platón, cuando expresa que la forma en sí y el individuo que la posee no se diferencian en cuanto a su definición de hombre; y de ser así, tampoco en cuanto a bien, ya que en nada es diferente. Mientras declara: los pitagóricos parece que dan una opinión más verosímil del asunto tratado, al colocar, lo uno en la serie de los bienes.

Manifiesta asimismo, que los bienes pueden decirse de dos modos: unos por sí mismos, y otros por éstos, separando de los bienes útiles, los que son bienes por sí mismos. Determina de este modo, que el término bien es análogo y no unívoco como lo estimó Platón, lo que ampara una pluralidad de bienes, como las nociones de honor, prudencia y placer entre otros, que son bienes en sí mismos, y son llamados, bienes: porque no se parecen a las cosas que son llamadas homónimas por azar, que vienen a ser bienes útiles, como la vista en el cuerpo, la inteligencia en el alma y así sucesivamente. Este argumento ahonda la utilidad de conocer el bien para alcanzar los bienes que se pueden adquirir y realizar, al obtener este modelo; y ciertamente, cada saber práctico se ocupa exclusivamente de bienes concretos, por lo que no resulta razonable que todos los técnicos desconozcan algo tan importante, y ni siquiera lo busquen. Apunta Aristóteles, es evidente que el médico no considera así la salud, sino la salud del hombre a quien cura, ya que cura a cada individuo.

Trazando la definición de bien supremo, como el objeto

(2)Rey de Asiria, del siglo IX. Famoso por llevar una vida de placer sensuales. También conocido como Asurbanipal.



de esta investigación, indica Aristóteles, que parece ser distinto en cada actividad y en cada arte, pues uno es para la medicina, y otro para la estrategia, porque el bien es aquello a causa de lo que se hacen las demás cosas; esto es, en la medicina la salud, o en la estrategia, la victoria. Conlleva entonces la posición del Filósofo, conforme al contenido del texto, a escudriñar el fin más perfecto, por lo tanto, si hay sólo un bien perfecto éste será el que se escruta, y si hay varios, el más perfecto de ellos, es el que se busca por sí mismo, es decir, la felicidad; no obstante comenta Aristóteles: se desean los honores, el placer, la inteligencia y toda virtud, a causa de la felicidad, pero nadie busca la felicidad por estas cosas, ni en general por ninguna otra. Sucede igual con la autarquía (autosuficiencia), pues el bien perfecto parece ser suficiente y no con relación con uno mismo, sino también con los demás puesto que el hombre es por naturaleza un ser social, se considera suficiente lo que por sí solo hace deseable la vida y no necesita nada y se cree que tal es **LA FELICIDAD**.

Ratifica también Aristóteles, que la actividad específica del ser humano: se centra en **LA FELICIDAD**, a partir de cierta vida que sólo pertenece al hombre, único que posee la razón y piensa, aduciendo, que como esta es una actividad del alma, con acciones razonables, cada una se realiza bien según su propia virtud; y si esto es así, expresa: que el bien del hombre es una actividad del alma de acuerdo con la virtud, y si son varias, conforme a la mejor y más perfecta de ellas, que es la felicidad, cuya definición va desde la conclusión hasta las premisas, pues es manifiesto: que la felicidad al ser el fin de los actos, es algo suficiente y perfecto.

De acuerdo con la posición Aristotélica, la felicidad es el bien del alma, por lo que divide el concepto bien, en tres clases: los llamados exteriores, los del alma y los del cuerpo, siendo los bienes del alma los más importantes que son los bienes por excelencia; y las acciones y las actividades anímicas, las que se refieren al alma; por lo que expresa Aristóteles, resulta correcto decir que el fin consiste en ciertas acciones y actividades que vienen del alma; por lo tanto, el bien supremo de la felicidad conforme a la virtud es una actividad que puede estar presente como en el que duerme o está inactivo, pero que se hace necesario actuar, a fin de que se proceda bien, y que posteriormente para los que actúan rectamente, la vida les será buena, hermosa y por sí misma agradable.

Sirve lo que precede, según el filósofo Griego; para con-

siderar que la felicidad exige el placer pero va más allá, porque es algo que pertenece al alma, y para cada uno es placentero aquello de lo que se dice aficionado, muestra entre otros, ejemplo análogo al asunto, como el caballo para el que le gustan los caballos, del mismo modo, observa Aristóteles: también en general las cosas virtuosas gustan al que ama la virtud, por lo que se convierten en agradables por naturaleza; lo que no desencadenará como los placeres, que no son por naturaleza, el ser objeto de disputas. De contera, establece Aristóteles, que tales acciones de acuerdo con la virtud, son agradables para quienes gustan de ellas y por la esencia que tienen en sí mismas; es así como, la virtud va unida al placer que acompaña las buenas acciones y nadie llamará justo al que no se complace en la práctica de la justicia, ni libre al que no goza de las acciones liberales. Y también expresa: serán buenas, hermosas, y ambas cosas en sumo grado, si el hombre virtuoso juzga rectamente acerca de todo esto. En consecuencia, la felicidad es la mejor de las actividades porque suma lo bueno, lo bello, lo hermoso y lo más agradable; sin embargo, necesita de los bienes externos, pues no es fácil hacer el bien sin contar con recursos. Al respecto, explica el filósofo de Estagira, que muchas cosas, en efecto, se hacen por medio de los amigos, o de la riqueza, o del poder político, como si se tratase de instrumentos; pero que la carencia de algunas cosas, como la nobleza de linaje, buenos hijos y belleza empañan la dicha, pues no se podría ser feliz del todo; por lo que, se necesita de tal prosperidad.

Emerge de acuerdo a Aristóteles, un debate clásico de si la felicidad es propia de la iniciativa o proviene de algún destino divino o incluso de la suerte. Manifiesta ante a la discusión, que aun cuando la felicidad no sea enviada por los dioses, sino que sobrevenga mediante la virtud y de cierto aprendizaje o ejercicio, parece ser el más divino de los bienes, pues es el premio y el fin de la virtud, es lo mejor; evidentemente, algo divino y venturoso. Ahora para que toda persona sea capaz de adquirir la virtud y pueda lograr la felicidad, se necesita de cierto aprendizaje y diligencia, para que ese bien a través de la actividad sea intrínseco del alma, por eso, la política pone el mayor cuidado en implantar dentro de los ciudadanos esta cualidad, esto es, hacerlos buenos y capaces en acciones nobles. De acuerdo con esto, dice el pensador Griego, que es razonable que no llamemos felices a los animales, pues ninguno de ellos es capaz de participar de tal actividad; además, señala que la misma, requiere madurez, por lo que, tampoco se puede predicar la felicidad del niño, pues no es capaz todavía de tales acciones, ya que

muchos cambios y azares se pueden generar en el transcurso de la vida que traerían calamidades en su vejez, como dice, se cuenta de Príamo en los poemas troyanos; y discurre, nadie estima feliz a quien ha sido víctima y ha acabado miserablemente.

De otro lado, Aristóteles expresa: que no hay que esperar el final de la vida para poder decir si uno ha sido feliz como lo dijo Solón, pues la constancia de la felicidad es la virtud, ya que siempre y preferentemente se hará y contemplará lo que es conforme a la virtud y se soportarán las vicisitudes de la vida con nobleza y moderación en toda circunstancia, eso es lo que hace, el que es verdaderamente bueno y sin tacha; pues se identifica el hecho de ser feliz, con el de ser moralmente bueno, de este modo, el virtuoso puede sacar provecho; incluso, de los mayores contratiempos en los cuales puede brillar su nobleza, cuando soporta con calma grandes infortunios por ser noble y magnánimo. Ahora bien, una dificultad secundaria sería la felicidad del hombre sujeta a vicisitudes tras de la muerte, explorada esta situación, asevera adicionalmente, el filósofo Aristóteles, que frente a la felicidad de los muertos y a la buena o mala suerte de los descendientes, la conclusión que saca es que las acciones de los amigos afectan en escasa medida a la felicidad o desgracia de los muertos.

Examinada por Aristóteles la felicidad como bien supremo, ratifica que el estudio de la felicidad requiere previamente el de la virtud, por lo que, la considera valiosa pero no objeto de alabanza, puesto que la felicidad es una cosa que se ensalza, como algo divino, no es una simple facultad, lo que no admite diversos grados de valor, porque las cosas que admiten sólo una cualificación no pueden ser susceptibles de elogio ni de reproche, en razón a que por definición son excelentes, como en el caso de los dioses. Corolario a la cualificación del concepto de felicidad, determina el filósofo: que se ha dicho que la felicidad es cosa perfecta y digna de ser alabada, y que parece que es así también por ser principio, ya que a causa de ella, todos hacemos todas las demás cosas.

Incurso Aristóteles en la disertación sobre la felicidad, revalida la necesidad de estudiar previamente la virtud, puesto que dice, la felicidad es una actividad del alma de acuerdo con la virtud perfecta, se busca además según el Filósofo, el bien humano y la felicidad humana. De esta forma se adentra a realizar el estudio a su vez del alma ya que la felicidad es su principal actividad, por lo que estima, el político debe conocer los atributos del alma, lo

racional y lo irracional de ésta, partes naturalmente inseparables, como el doctor que cura los ojos debe conocer también todo el cuerpo, tanto más lo debe hacer la política que reflexiona el Pensador, es más importante que la medicina.

Incurso Aristóteles en la disertación sobre la felicidad, revalida la necesidad de estudiar previamente la virtud, puesto que dice, la felicidad es una actividad del alma de acuerdo con la virtud perfecta, se busca además según el Filósofo, el bien humano y la felicidad humana. De esta forma se adentra a realizar el estudio a su vez del alma ya que la felicidad es su principal actividad, por lo que estima, el político debe conocer los atributos del alma, lo racional y lo irracional de ésta, partes naturalmente inseparables, como el doctor que cura los ojos debe conocer también todo el cuerpo, tanto más lo debe hacer la política que reflexiona el Pensador, es más importante que la medicina.

Menciona también el erudito Griego, lo irracional del alma, que esta facultad puede admitirse de todos los seres que se nutren y en los embriones, y ésta misma también en los organismos perfectos; asiente entonces, que irracional resulta el sueño puesto que es una inactividad del alma que no corresponde a la virtud humana sino a la virtud común de todos los seres vivientes, en quienes actúa principalmente esta parte irracional y esta facultad de nutrirse, por eso dice Aristóteles, el bueno y el malo no se diferencian mientras duermen.

Se refiere Aristóteles, continuando su razonamiento, a otra naturaleza que es irracional, pero que participa de alguna manera, de la razón y ésta aparece tanto en los hombres continentales(3) como en los incontinentes,(4) y es una cosa, que por su naturaleza viola la razón; y esta parte lucha y resiste a la razón; para mayor claridad, menciona a modo de ejemplo: el de los miembros del cuerpo del parálítico, que cuando quiere moverlos se mueven en sentido contrario, con la única diferencia que en los cuerpos se ve lo que se desvía, mientras en el alma no. Considerando, que quizás existe en el alma, algo contrario a la razón, que se le opone y resiste.

De esta manera, señala Aristóteles que lo irracional parece ser doble, pues lo vegetativo no participa en lo absoluto de la razón, mientras que lo apetitivo o la función apetitiva, y en general lo desiderativo, participa de algún modo en cuanto escucha y obedece; lo anterior, en virtud de la división que dice el Filósofo Griego se presenta en

la parte irracional, pues existe una primariamente y en sí misma, y otra, capaz de sólo escuchar a la razón, como se escucha aun padre. Y de otra parte, expresa que también las virtudes se dividen conforme a las partes del alma, de presente a esta diferencia dice: unas son dianoéticas que también pueden ser llamadas “intelectuales”, como la sabiduría, la inteligencia y la prudencia y otras éticas, o denominadas “morales” como la liberalidad y la moderación, por lo que, cuando se hace referencia al carácter de un hombre no se dice si es sabio o inteligente, sino si es manso o moderado.

Corolario a todo lo discurrido por Aristóteles, éste cierra su disertación sobre la felicidad, llamando a los modos o hábitos dignos de ser elogiados, **VIRTUDES**.

Conclusiones

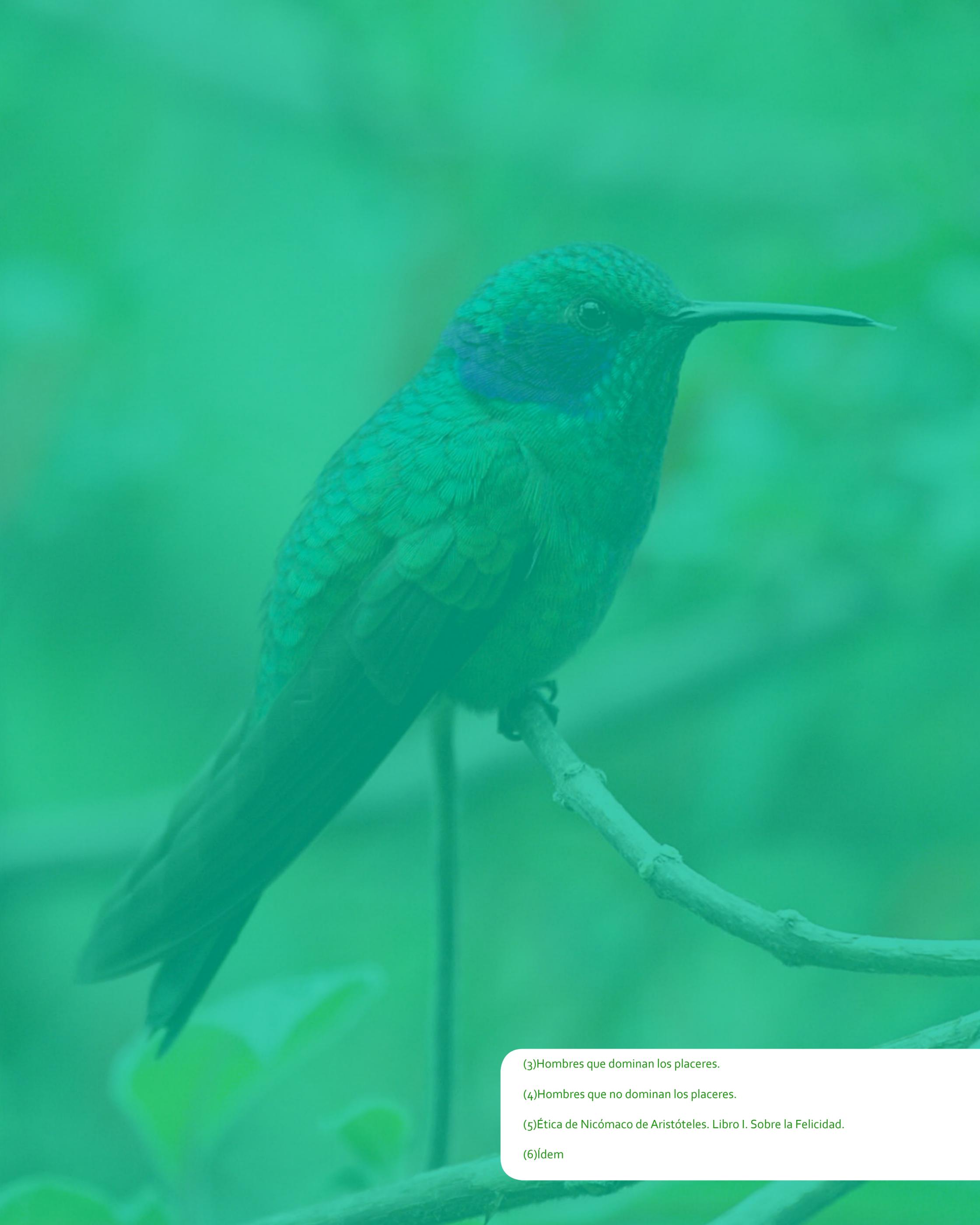
De cara a la disertación de tan excelso pensador, se reitera la frase de Aristóteles con la que se inicia este escrito: “ **... el bien es aquello hacía lo que todas las cosas tienden**”(5) , pues en su discurso el Filósofo, señala el bien como el fin supremo denominándolo **Felicidad**, el cual indica se busca mediante la Política y se funda en los principios éticos del ser humano.

En hilo de conexidad con el tratado del Estagirita, respecto a los principios éticos y políticos, se tiene en nuestra Constitución Política, la materialización que del bien citado, conduce a la **FELICIDAD** de un pueblo en su sentido ético: cuando consagra en su artículo 1: “**Colombia es un Estado Social de Derecho ... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran**”, y para mejor proveer, de suyo también declara, conforme a los valores políticos del bien supremo; tres (3) indiscutibles principios en su artículo 2, “**... servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**”.

Lo anterior, para garantizar al pueblo Colombiano, como ciertamente lo expresó, el nunca bien ponderado Filósofo Aristóteles; y, de necesaria repetición: “**...el bien...**”, puesto que “**es aquello hacía lo que todas las cosas tienden**”(6) .

Bibliografía

Ética a Nicómaco de Aristóteles – Libro I Sobre la Felicidad
Biblioteca Clásica Gredos, 89 – Introducción Por EMILIO LLEDÓ IÑIGO
Traducción y Notas: JULIO PALLÍ BONET



(3) Hombres que dominan los placeres.

(4) Hombres que no dominan los placeres.

(5) Ética de Nicómaco de Aristóteles. Libro I. Sobre la Felicidad.

(6) Ídem

EL DERECHO DE “RESISTENCIA AL DERECHO”⁽¹⁾

Justificaciones jurídicas
Oliverio Gómez Hernández⁽²⁾



(1) Este Artículo hace parte del escrito “Resistencia y Desobediencia Civil” del autor en mención.

(2) El autor es Sociólogo, Lic. En Filosofía, Mg. Ética y Filosofía Política y adelanta cursos de doctorado en Derecho.



Resumen

Es importante preguntarse si es posible ejercer el derecho a la “resistencia al derecho” y si es así, identificar cuáles serían las justificaciones jurídicas para ello. En la búsqueda de explicación y encontrar coherencia lógica a esta problemática aparece la figura de la “norma legitimante” que desde el Derecho mismo permita la justificación de la resistencia y desobediencia civil a ese orden político-jurídico en proporción a la gravedad de la violación de esa norma superior; una legitimidad extrajurídica nos llevaría al escenario de la legitimidad moral.

Palabras claves

Derecho, resistencia, justificaciones, desobediencia civil, norma legitimante.

Abstrac

It is important to ask whether it is possible to exercise the right to “resistance to law” and if so, identify the legal justifications for it would be. The figure of “legitimizing rule” that since the law itself allows the justification of resistance and civil disobedience to the political and legal order in proportion appears in the search for explanation and find logical coherence to this problem with the seriousness of the violation of that higher standard; an extra-legitimacy would take us to the stage of moral legitimacy.

Keywords

Right, resistance, justifications, civil disobedience, legitimizing rule.

Hasta ahora ha sido evidente la consustancial exigencia moral para el Derecho, los límites para las pretensiones del “absolutismo jurídico” y la “arbitrariedad legal”, el fin del “fetichismo de la ley” y por tanto la relativización del llamado “imperio de la ley” que el positivismo impuso por encima de las razones y evaluación de la misma que determinan su legitimidad. La primera justificación jurídica que surge para la resistencia y desobediencia civil es que la norma para la que se exige obediencia y cumplimiento no detenta una legitimidad axiológica nacida de valores compartidos en su comunidad política.

En esta discusión que remite a las consideraciones sobre la relación entre moral y Derecho, Radbruch había sugerido que la ley es no solo “derecho incorrecto” sino que “carece por completo de la naturaleza del Derecho” si no ha sido regulada por valores como la justicia y la igualdad (Hoffmann, 2002:150); sin embargo el autor le da un papel importante a la seguridad jurídica si y solo si no sacrifica la dignidad de los seres humanos. Lo anterior avoca a una aparente paradoja: la seguridad jurídica y la existencia misma de la ley exige consustancial reclamo, a la resistencia y la desobediencia civil, para que vele por la naturaleza del Derecho, que puede quedar desdibujado o sacrificado por el poder dominante o por los mismos sujetos del Derecho y de modo especial por los operadores jurídicos. En ese sentido es que adquiere relieve la idea del “derecho a la insumisión a la ley” cuando se afecta la esfera jurídica misma por exceso o por defecto normativista sin que se garantice la justicia y la dignidad humana.

La ley aparece como un *pactum societatis* que organiza y le da formalidad a la existencia social; esto no es solo una versión contractualista, la experiencia de la antigua Grecia y en general, de la historia del Derecho muestra que así haya devenido norma por diversos intereses y circunstancias, ha sido vista como el lazo social necesario, al cual hay que corregir o incluso cambiar por otro, pero siempre concebida como norma regulativa. De Greiff (2000:215) lo describe como un “imperativo de avenencia” para vivir en sociedad y no actuar contra ella; agrega que cuando el Estado pretende dirigir esa sociedad para fines distintos a esa guarda de la avenencia se vuelve ilegítima su actuación pues lesiona la libertad; el autor también ha justificado la necesidad de constreñir a los hombres a la obediencia de esa ley de avenencia, puede por tanto colegirse que se justifica como necesaria la desobediencia al Estado y su legalidad si no es garante de ese imperativo para convivir. La resistencia y desobediencia civil apa-

recen legitimadas por el imperativo mismo de la existencia de la ley para vivir en sociedad, la que tiene que ser procurada, reclamada y defendida como condición de la existencia misma de la vida en sociedad y comunidad.

Autores varios coinciden en sugerir una aparente contradicción en los términos cuando se trata de justificar el acatamiento a la ley y legalizar a la vez su desobediencia, hacer la justificación jurídica de una conducta antijurídica, lo que aparecería como una “incongruencia lógica” (Henaó, 2006:151). Se derivan entonces problemas varios: ¿puede legalizarse desobedecerse a sí misma?, ¿si no está legalizada tal acción entonces se aplica el mismo trato jurídico al destinatario como a cualquier otro sujeto del Derecho en razón a la igualdad ante la ley?, ¿qué tipo de coacción y sanción se establece legalmente para tan particular delito?, ¿puede aceptarse en el Derecho mismo una jerarquía entre principios rectores y directrices, y las normas⁽³⁾ que permita a partir de los primeros desobedecer los segundos?, ¿es vía de solución al problema de la obediencia-desobediencia otra ley mediadora que defina un procedimiento formador de una voluntad decisoria?. Habría que señalar la gravedad de tal situación: el abandono de su papel sancionatorio pone en ascuas la “soberanía” del orden político-jurídico y es vía a la disolución de mismo.

En la búsqueda de explicación y encontrar coherencia lógica a esta problemática aparece la figura de la “norma legitimante” que desde el Derecho mismo permita la justificación de la resistencia y desobediencia civil a ese orden político-jurídico en proporción a la gravedad de la violación de esa norma superior; una legitimidad extrajurídica nos llevaría al escenario de la legitimidad moral. De otra parte, se obliga a resignificar la idea de la soberanía para que la *summa potestas* pase en primer lugar por el constituyente primario, lo que obliga a que el modelo de justificación jurídica reconozca en primer lugar la voluntad popular como la fuente de Derecho decisiva y de la definición de la validez última de éste, sobre el presupuesto insoslayable de la legitimidad axiológica de sus decisiones.

Malem Seña (1988:198-202)⁽⁴⁾⁽⁴⁾ aporta estos cuatro supuestos jurídicos de la legitimidad de la insumisión a la ley: 1. cuando derechos constitucionalmente reconocidos son violados por el gobierno, 2. cuando decisiones gubernamentales violen aquellos principios que, según los manifestantes, estén contenidos en el espíritu de la constitución y que de una u otra manera han sido reco-



(3)El modelo de Dworkin sirve aquí para ilustrar otra derivación del problema de la desobediencia a la ley (Dworkin, 2002:147)

(4)Citado por Henao Fabián en su escrito sobre el estado del arte acerca sobre la desobediencia civil (2006:154)

nocidos por la más altas instancias judiciales, 3. cuando los disidentes protestan contra decisiones gubernamentales que, aun cuando no violen ni la letra ni el espíritu de la constitución, contradicen de manera expresa normas establecidas por organismos internacionales, 4. cuando se invocan disposiciones constitucionales para justificar la desobediencia a la ley o el incumplimiento de programas gubernamentales concretos si han sido dictados, decididos o ejecutados de manera irregular. Lo que equivaldría, prácticamente, a la consideración del asunto de las normas fundamentales, de la jerarquía del operador jurídico, de la prioridad vinculante del derecho internacional, y un asunto procedimental.

Como se puede apreciar, el autor en mención concibe que está legitimada cuando hay normas fundamentales constitucionales garantistas de los derechos humanos que aparecen siendo violadas por las autoridades, cuando principios rectores de ese ordenamiento reconocidos por los operadores jurídicos de mayor jerarquía son violados, cuando el efecto vinculante del Derecho Internacional es desconocido internamente, cuando las irregularidades impiden que las normas y programas correspondan al espíritu y letra del ordenamiento establecido. Son pertinentes estos aspectos pero quedan limitados para justificar la resistencia y desobediencia que busca la transformación del ordenamiento predominante y no su reforma parcial.

La legalización de la resistencia en general como Derecho y en particular la resistencia y desobediencia civil no violenta, ha convertido en norma legal un valor moral como lo es sacudirse de la opresión, lo que equivale a defender la libertad que no es para dañar a los demás o afectar el bien común; tal derecho de resistencia para la libertad como norma legal tiene prevalencia, es la otra cara de la moneda de la ley y el orden que si no son garantes de esa libertad pues se enfrentan a la resistencia. Todo pueblo libre no puede renunciar a su libertad, por eso es una norma que desde lo legal justifica la defensa de sí mismo, por eso puede y debe legalizarse su propia desobediencia de sí; aquí no hay contradicción, lo que hay es una coherente reafirmación de su naturaleza de Derecho bueno y justo. Por lo visto el temor a la resistencia deviene de la inseguridad de quienes no tienen un compromiso absoluto con aquel Derecho: es directamente proporcional la aceptación de la insumisión a la ley con la existencia de Derecho de tal naturaleza, mientras más se realiza éste más se acepta, mientras menos justa sea la ley y el orden menos se acepta tal derecho a desobedecerles.

Sin lugar a dudas que el carácter de esa resistencia, si es violenta y armada o si es no violenta y pacífica, define cualitativamente las razones y las consecuencias de aquella; asimismo si es una resistencia parcial limitada (desobediencia civil puntual), o si es más extendida a la mayor parte del ordenamiento existente ante la ineffectividad, ineficiencia e ineficacia del mismo (resistencia civil amplia), o si es una resistencia para cambiar el ordenamiento por otro desde otra concepción del mismo (revolución, pacífica o violenta). No es lo mismo hacer la oposición y propugnar el cambio desde una idea de justicia compartida que desde otra idea diferente, pues los supuestos conducen a vías y formas de solución distintas. “Desobediencia civil”, “resistencia civil” y “revolución” no son lo mismo, así a todos los definan como insumisos, disidentes, resistentes, desobedientes e incluso “rebeldes”.

El reconocimiento jurídico al derecho de resistencia equivale formalmente a legalizar la violación de la ley por razones básicamente morales y políticas; sin embargo ya se han señalado razones para justificar que la legalización de la insumisión también puede tener un carácter jurídico: es decir, el Derecho no se contradice por reconocer como norma legal desobedecerse; esto no es excepción a la norma sino confirmación de la complejidad de la norma. Raz (1985:324) precisa que para un Estado “razonablemente justo” la desobediencia no violenta y no revolucionaria a la ley puede darse bajo ciertas condiciones, superando las reservas en su contra “basadas en los resultados indeseables que le acompaña”; en cualquier caso no se niega el derecho a desobedecer si no está garantizado el derecho a la participación política, en caso que se respete esta participación se justifica para protestar contra algunas disposiciones jurídicas malas o contra malas políticas (1985:336). La justificación jurídica de esa “desobediencia revolucionaria” para cambiar el gobierno y las disposiciones legales, la que también es mencionada por Raz, estaría en el “supremo recurso de la rebelión” para defender los derechos humanos y el Estado de Derecho, postulado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, vinculante en términos jurídicos internacionalmente o también en ordenamientos jurídicos estatales que reconocen ese derecho desde ciertas exigencias medulares de índole ética-política. La otra posibilidad está dada por la construcción de otra legalidad alternativa y paralela al ordenamiento jurídico –político prevaleciente que le incluya. Por lo visto asoma la cabeza el Rousseau del contrato: es contrario a la naturaleza del cuerpo político “que el soberano se imponga una ley que no pueda quebrantar” y asimismo que “no hay ni pue-

de haber especie alguna de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aún el mismo contrato social” (1983:45). Esto no es exactamente, y es de esperar que no sea aquel “odio contra la ley” que Hegel denunciaba en las “malas conciencias” y el “sentimiento caprichoso” (1985:9).

Siendo posible entonces la legalidad del desacato al orden jurídico y el cambio del mismo, se hacen aceptables otras razones que lo legitiman igualmente. Dworkin (2002:305-325) aporta argumentos al respecto: si se tolera la desobediencia no se sigue de ello que la sociedad se desmorone, esta se hace por mejores motivos, son ciudadanos leales y respetuosos de la ley, es para evitar la vulneración de principios o de derecho fundamentales a los que sirve ese ordenamiento, no se desatienden los tribunales si el precedente jurídico y la decisión última garantizan esos derechos y principios, ante una ley incierta no se incurre en un comportamiento injusto si el ciudadano sigue su propio juicio, las reglas inflexibles no sirven, la norma del Derecho es más compleja y más inteligente y es importante que sobreviva, en fin; son razones que, aunque el autor las relaciona con la objeción de conciencia, tienen interés para esta argumentación acerca de la posibilidad de encontrar justificaciones jurídicas para una insumisión colectiva a la ley.

Un aspecto inherente a esta problemática es el de la sanción o pena para quienes pretenden la quiebra del ordenamiento jurídico, especialmente de quienes no obedecen alguna ley, que está establecida para que se obedezca, así esté reconocida la legalidad de dicha insumisión. A la recomendada sanción menor, la que sugiere una benevolencia especial hacia el actor transgresor que defiende razones morales, jurídicas y políticas, hay que agregar que a quien adelanta la resistencia para cambiarlo no le es inherente la convicción del respeto al orden jurídico existente y, por tanto, no está predispuesto a aceptar la pena establecida y no reconoce a aquel autoridad para su juzgamiento. Al respecto entonces se hace indispensable señalar las peculiaridades presentadas al respecto.

En la definición de la pena al transgresor salta en primer lugar la exigencia de atender al principio de igualdad ante la ley, algo así como a igual violación de la ley igual sanción; sin embargo es evidente que no es lo mismo la calidad y la intención del no acatamiento de lo establecido y el no cumplimiento de lo mandatado en la ley en quienes son transgresores comunes que en quienes lo hacen con

motivaciones basadas en la justicia y en razones que defienden principios y derechos valiosos socialmente. Si se permite la distinción: los unos son “delincuentes comunes” y los otros son “delincuentes políticos”; aquellos lo hacen en interés particular e ilícito, los otros lo hacen en interés general e incluso lícito y cuando hay el reconocimiento legal de esa desobediencia. La fórmula ha sido la de imponer la pena mínima que se encuentra en un rango de “castigo razonable”, considerando que el ejemplo dado no puede alentar la desobediencia a la ley. Asimismo la proporcionalidad es exigida respecto al tipo de delito cometido, en este caso, de ley desobedecida; la naturaleza y dimensión de ella sugiere una proporción en el castigo. Con seguridad que aparecen elementos atenuantes o agravantes, por ejemplo: si las acciones adelantadas no están haciendo peligrar la sobrevivencia de su comunidad política, o la integridad del orden político-jurídico que ha tenido un reconocimiento mayoritario y transparente por los ciudadanos, o si el contexto no pone en riesgo su independencia por una externa agresión injusta, o si hay ataques a la dignidad y los derechos humanos que desvirtúan la calidad de esa desobediencia. En cualquier caso el resultado de esa proporcionalidad tendrá que constituirse en sanción que retribuya a la comunidad que se pretende beneficiar con la insumisión y a la realización de los principios y derechos que se busca defender. Inquieta la sugerencia de optar por encontrar cierto equilibrio pragmático dado que este queda finalmente en la interpretación subjetiva del operador jurídico sin que haya la seguridad de garantizar la moralidad intrínseca de la norma y de la decisión judicial; por lo visto aquí sigue teniendo validez la neoiusnaturalista exigencia de dar prioridad a garantizar la dignidad humana y la justicia.

Quienes van más allá de la insumisión parcial y que busca una reconstrucción favorable de la ley y el orden, pero para defender y consolidar la idea de justicia que comparten del mismo, serán otros actores políticos que, si no triunfan, esperan una sanción acorde a su tarea reconstructiva y sus buenas razones que defienden; las decisiones respecto a ellos son principalmente originadas en los elementos políticos que como directrices recorren las decisiones judiciales, siempre y cuando resguarden el orden justo y promuevan la superación de las deficiencias morales y político-jurídicas que causaron y alimentaron la inestabilidad y desorden producido. No es la misma situación cuando la insumisión y resistencia es para adelantar una revolución que reemplace por otro el orden y la ley existentes, cambiando su propio carácter y su idea

de justicia del mismo; aquí es la correlación de fuerzas la que determina la transacción, solución y tipo e intensidad de los castigos a los perdedores; Kant (1998:238) ya había validado la legitimidad de las penas a los rebeldes si no consiguen ilegalmente instaurar otra constitución más conforme con el "Derecho"; hay igualmente fórmulas de perdón y olvido, de repartición conveniente, de cambios progresivos, de reparación, de transición y de transacción, etc; de cualquier modo para que esa revolución sea aceptable tendrá que hacer evidente la superioridad de sus fundamentos morales y la efectividad de su ordenamiento político-jurídico.

La constitución aparece como un obligado referente para justificaciones varias; en el sentido de Thoreau, no se puede constitucionalizar una injusticia, por ende si no se convierte en norma superior la justicia hay razón necesaria para la Resistencia y Desobediencia. La Constitución contiene los "fundamentos legitimatorios" generalmente compartidos del Estado de Derecho constitucional democrático; Habermas (CARABANTE, sf:5) considera que los "actos formalmente ilegales" de la desobediencia civil se realizan invocando esos fundamentos legitimatorios. La Constitución viene a ser fuente de justificación jurídica cuando se invoca su defensa que es la defensa de los fundamentos de sí misma y por tanto de un ordenamiento político-jurídico que presupone valores guía compartidos encarnados en la norma jurídica fundamental. El cuestionamiento de la constitución involucraría poner en duda las bases de dicho ordenamiento si este no está construido sobre referentes compartidos valiosos socialmente, sus normas constitutivas y sus leyes derivadas requieren ser reconstruidas y relegitimadas: tal sería una tarea de los insumisos, tal sería una manera de justificación jurídica de estos. Quienes propugnan por la Revolución, que implica un cambio constitucional y, por tanto, no se justifican desde la constitución existente, se enfrentan a la paradójica tarea de blandir una nueva carta fundamental desde la cual legitimarse jurídicamente. Y aquí recordemos la lacónica afirmación de Hannah Arendt (1988:86): "Es bien sabido que el más radical de los revolucionarios se tornará conservador al día siguiente de la revolución".

Una fuente de justificación adicional puede blandirse desde un "pluralismo jurídico", reconocido antropológico y sociológicamente por la existencia de marcos jurídicos en culturas y grupos diversos que las defienden como componente de su identidad y particularidad y que convive con culturas mayoritarias, o construido como alternativo frente a, o como parte de, un ordenamiento jurídi-

co general desde posiciones reivindicatorias que revelan un tipo de correlación expresada en la norma legal como pacto transaccional o incluso como solución de convivencia pacífica. Como puede colegirse el primero reivindica la diferencia desde la tradición y la tarea de conservarlo y el segundo como instrumento y concreción normativa de aspiraciones de sectores subalternos para transformarlo (Tobón, 2002:48). Sobre la base de considerar que coexistían "ordenes jurídicos locales, infraestado, en la misma escala nacional" Boaventura de Sousa (2009:63) agrega que hay un nuevo periodo de pluralidad jurídica, la que califica como postmoderna, que versa sobre "órdenes jurídicos globales que coexisten supraestatalmente en el sistema mundo, tanto con el Estado como con los órdenes jurídicos infraestatales"; que las diferentes formas de Derecho son un instrumento de oposición "dentro o fuera de los límites del Derecho oficial moderno" devolviendo al Derecho su carácter insurgente y emancipatorio, alimentando así una "globalización contrahegemónica" (Ib:50).

Desde órdenes jurídicos plurales puede darse la consiguiente legitimación para la insumisión a otro ordenamiento que no reconoce el suyo, pero si es incluido se enfrenta al reto de invocar como legitimante la norma de superior valor para sí que aparece defendida como de mayor valor generalizable para todos. El triunfo, aceptación o reconocimiento de un orden jurídico alternativo desde el que se justificara la resistencia y desobediencia civil se ve abocado a las consiguientes exigencias de legitimarse para defenderse de las resistencias que acudirán a otros argumentos justificatorios. Demostrar la consecuencia y coherencia con los valores compartidos y construidos en su comunidad política y con la defensa y garantía de los derechos y la dignidad de las personas e identidades colectivas con las que interactúa, será la condición *sine qua non* de la superioridad de su propio ordenamiento jurídico que pretende estabilizar y conservar.





Árbol Nacional de COLOMBIA

Carlos Ernesto Mejía Villegas

Recortada por los rayos pálidos de la luna,
compañera sin tiempo, está, sin edad,
testigo mudo de aquel aborígen
que un día pasó
y se perdió en la historia
con su herencia
de tristeza y de impotencia;
su elegancia esbelta
no la ha destronado el tiempo,
está allí... intacta, desafiante y a la vez tan frágil;
no hay duda, es una diosa, a ella le han cantado:
el viento, la luna, la lluvia y el sol
y por mucho tiempo también
le ha cantado el hombre
hasta hoy... su nombre:
"LA PALMA DE CERA DEL QUINDÍO"

Allí; donde las montañas
aún tienen su aroma de campo,
donde las aguas todavía tienen su transparencia,
donde la humanidad ha llegado
mas no ha podido del todo dominar,
como un vigía el paso del hombre
a través de su historia,
se yergue imponente
en la vertiente occidental de la cordillera central
junto a los páramos del Tolima y del Ruiz
en un rincón de los andes
la palma de cera del Quindío
altiva, desafiante, es un símbolo vivo de la patria:
es la palma de cera del Quindío
"Árbol Nacional de Colombia".

CARICATURA









CACIQUE, CALARCÁ

(Cuento)
Daniel Alzate Mejía

A finales del siglo XVI, en uno de los flancos de la cordillera central, nació el temible Cacique Calarcá. Feroz desde su nada tierna infancia, con el paso de los años el pequeño Calarcá demostró aptitudes innatas para la guerra; actividad más venerada por la tribu Pijao, quienes la habían heredado de los aguerridos pueblos Caribes. Entre otras de las cosas heredadas por los Caribes estaba la antropofagia, la orfebrería y la sucesión del poder; este no se heredaba, sino que se ganaba. El más diestro guerrero impondría su mandato y la tribu, de sentirse protegida por el nuevo Cacique, le seguiría.

La aldea al interior de la cual nació Calarcá supo ver su potencial y así comenzaron una ardua labor de instrucción, para que fuera su líder en una previsible gran batalla contra el conquistador de tez pálida que ya había doblegado a sus ancestros Caribes y a otras tantas tribus indígenas, y que comenzaba a incursionar en sus territorios. De este modo, antes que nada, al joven Calarcá se le inculcó el amor por su tierra y por su libertad, los estandartes de la lucha Pijao; y que sin ellos, la vida no tenía sentido.

Con tan sólo 15 años, el joven indígena encabezó su primera escaramuza contra los ibéricos. El resultado fue todo un éxito; no sólo había conseguido matar a todos los soldados, sino que además, se había hecho a importantes suministros. Su táctica, la misma que años después usarían las guerrillas comunistas, consistía en sorpresivos y rápidos ataques a zonas poco protegidas por los españoles, para luego, huir en la inmensidad de los nublados bosques alto-andinos. El joven Calarcá iba ganando respeto y cada vez conseguía proezas militares más grandes; las cuales iban enmarcando su leyenda. La Corona española decidió tomar cartas en el asunto y encomendó al gobernador de la provincia de Popayán, Don Francisco de Mendoza, encabezar la comitiva que daría muerte al alborotoso Pijao.

Don Francisco de Mendoza, muy viejo ya para aquellas andanzas, delegó la tarea en su hijo, Sebastián de Mendoza, quien prometió el triunfo en honor a su amado padre y así partió con más de 250 hombres, siguiendo el curso del río Cauca, hasta los parajes Pijaos. No contaba que desde su peña favorita, en lo alto de la sagrada montaña Quindiu, Calarcá ya los había avizorado. Preparó una tremenda celada y atacó luego de bien entrada la noche. De ese combate, una verdadera carnicería española, Calarcá regresó a sus montañas con la cabeza de Sebastián de Mendoza; hecho que lo consagró como el indiscutible Cacique, el líder más sobresaliente del pueblo Pijao; y a la vez, el objetivo número uno de la Corona en el reinado de la Nueva Granada.

El pueblo Pijao entrenaba haciendo la guerra constantemente a sus no tan severos vecinos, ya fueran Quimbayas, Calimas o cualquier otro; pero mantenían una alianza rica con un pueblo que consideraban hermano, a pesar de no presentar guerra a los españoles: los Coyaima. Su líder, el cacique Combeima, fue un gran amigo personal del cacique Calarcá durante mucho tiempo, hasta que los Coyaima comenzaron tratos con los ibéricos. Combeima intentaba disuadir al temible cacique Calarcá con baratijas regaladas por los españoles; y si bien Calarcá los aceptaba, le confrontaba para que enfilara las tropas de la guerra libertaria. Pero la pasión Pijao por la libertad no era algo que los Coyaima comprendieran, quienes preferían las bestias que los españoles montaban o la magia de un espejo. Las visitas comenzaron a mermar, hasta que de plano, se dejaron de ver.

Los españoles, en cuanto supieron del vínculo afectivo si quiera simbólico entre ambos caciques, decidieron ofrecer una despampanante rubia, de belleza inimaginable para cualquier indígena, como esposa al Cacique Combeima si éste se convertía al cristianismo. Su objetivo era lograr una alianza total con los Coyaima del mismo modo en que se hacía en Europa: por medio de un matrimonio. Combeima, tan pronto presenció a la mujer blanca, se prosternó ante ella y le alabó. No podía creer su suerte. Para poder casarse, tenía primero que ser bautizado, y así fue como, cuando se le convirtió al cristianismo, pasó a ser llamado Don Baltazar. Meses después, para cuando el Cacique Calarcá se enteró de esa unión, ya la hispana estaba en cinta. Su ira, al sentirse traicionado, le despertó el deseo de venganza; decidió esperar para actuar.

Un año después, la guerra se intensificó. La Corona había nombrado al inquisidor Juan de Borja para tratar la "Cues-

ción Pijao". Borja arribó y de inmediato se puso al frente de su encargo, marchando con ejércitos de todas las provincias neogranadinas y montó un gran campamento en la ciudad de Ibagué. A pesar de un peligro inminente, el Cacique Calarcá no desaprovechó una oportunidad de vengarse de Don Baltazar.

Cierto día, Don Baltazar regresó a su bohío y encontró a su esposa muerta. De su hijo no había rastro. Consciente del festín que los Pijaos se harían con su hijo de rubios cabellos, rompió en gritos ahogados y agitados juramentos de venganza. Regados, por el suelo, estaban todos los obsequios españoles que le habían sido regalados al terrible Pijao. Con este hecho, el Cacique Calarcá sentenció –o anticipó, mejor- el fin de la resistencia indígena en el territorio de la Nueva Granada.

Mientras tanto, Juan de Borja había ganado mucho terreno y tenía varios retenidos, entre ellos, algunos mandos altos y a un viejo mohán; los Pijaos venían cada vez más diezmados. Por ello, el cacique Calarcá comprendió que el momento había llegado; el motivo de su vida tomaba valor ahora: La gran guerra contra los invasores, a por todo o nada.

Importantes decisiones tomó el Cacique ese día. La primera, fue ordenar quemar su asentamiento, con todo lo que no pudiesen llevar con ellos y que pudiese servir de algo a los ibéricos; sabía que Juan de Borja estaba a pocos días de dar con su villa, y prefería echar a andar como tribu nómada, cambiando regularmente de guarida, que esperar la muerte. La segunda fue dar una orden que, de no haber sido él quien la impartiera y la gravedad de la situación; nadie habría acatado: Profanar las tumbas de sus antepasados. Extraer todo objeto de valor y esconderlo allá arriba, en algún lugar de su montaña Quindiu, de modo de que si se perdía ante la espada, no fueran saqueadas las riquezas de su pueblo. Finalmente, la tercera orden, fue instruir y brindar armas a toda indígena; fuesen niños, mujeres y ancianos. Si la espada resultaba victoriosa, no habría conquistados; todos morirían como había sido su ideal de vida: en libertad; en sus bosques.

Cuando hubo enterrado el cuantioso tesoro Pijao, y adocinado a la mayoría de su pueblo, el Cacique Calarcá determinó que era mejor dar de primero un gran golpe. Sus hombres, deslizándose sigilosamente entre la tupida vegetación, dieron con una gran expedición encabezada por Borja que estaba asentada en Chaparral. Los Pijaos llegaron hasta allí, y como de costumbre, esperaron la noche. El ataque fue terrorífico para los desprevenidos

españoles; nunca hubieran esperado semejante afrenta tan cerca de Santa Fe, la capital del virreinato. El tenaz alarido de los indígenas, y las llamas a su paso, propagó un pánico tremendo en el campamento. Antes de que las tropas pudieran reaccionar efectivamente, los Pijaos ya se habían marchado. Este sería el único modo de vencer. Así lo pensaba el Cacique Calarcá, consciente que de día, y en un espacio abierto, sus desnudos torsos serían brutalmente expuestos a las destructores armas del odiado enemigo.

Los españoles refirieron el suceso a Don Baltazar, quien viajó con todo su ejército a Chaparral. Una vez allí, se reunió con Juan de Borja y le propuso un plan: él les seguiría los pasos a los Pijaos; una vez descubriera el nuevo asentamiento, informaría a los españoles para que tomaran una posición estratégica. Luego, los Coyaima atacarían a los Pijaos, haciéndolos salir a un claro en el bosque, donde serían presa fácil para los rifles, tan pronto como hubiesen pasado los Coyaima.

El plan salió a pedir de boca. El Cacique Calarcá no supo prever la situación y salió a darle cacería a su antiguo amigo. Cuando las tribus indígenas estuvieron expuestas, una lluvia de balas cayó sobre ambas. Borja, de paso, erradicó a casi un pueblo entero, y dos aguerridos ejércitos indígenas, contando con sus respectivos caciques. El Cacique Calarcá cayó junto a quien lo había traicionado, y a pesar de todo, la sangre de ambos se unió en el mismo afluyente que regó su añorada tierra, que ahora caía en manos del hombre blanco. El destructor.







Eufonia Gorguiamarilla
(*Euphonia Laniirostris*)



Azulejo Comun
(*Thraupis Episcopus*)



Atrapamoscas Pechirojo
(*Pyrocephalus rubinus*)



Carpintero
Habano



Caminera Rabiblanca
(*Leptotila Verreauxi*)



Bichofue Griton
(*Pitangus Sulphuratus*)



Gavilan Caminero
(*Buteo Magnirostris*)



Chillon Verde
(*Colibri Thalassinus*)



Barranquero Coronado
(*Momotus Momota*)



canario
común



**TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO
DEL QUINDIO**

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DEL QUINDÍO - CONTACTO IUS

www.tribunaladministrativodelquindio.gov.co

[Facebook.com/RevistaContactoIUS/](https://www.facebook.com/RevistaContactoIUS/)

[Twitter.com/IUS_Rev](https://twitter.com/IUS_Rev)