

ISSN 1657-6535

PRECEDENTE

REVISTA JURÍDICA
JULIO - DICIEMBRE / VOL. 21

2022

Luis Miguel Ramírez-Herrera
Paula Andrea Cerón Arboleda
Stephanía Sánchez Correa
Fabio Andrés Obando Rentería
Ezequiel Abásolo
Alan E. Vargas Lima
Carlos Alberto Jaramillo Rojas

PRECEDENTE
REVISTA JURÍDICA
JULIO - DICIEMBRE / VOL. 21
2022

Esta es una publicación de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Icesi
Cali, Colombia

www.icesi.edu.co/precedente
precedente@icesi.edu.co

Calle 18 No. 122-135 Cali, Colombia
tel: +57 2 5552334, fax: +57 2 5551706

Universidad Icesi

Rector: Esteban Piedrahita Uribe

Secretaria General: María Cristina Navia

Director Académico: José Hernando Bahamón

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: Jerónimo Botero

Comité Editorial:

Roberto Gargarella (Ph.D.) / *Universidad Torcuato Di Tella, Argentina* / robert@utdt.edu

Carlos Petit (Ph.D.) / *Universidad de Huelva, España* / cpetit@uhu.es

Diego López Medina (Ph.D.) / *Universidad de los Andes, Colombia* / dlopez@uniandes.edu.co

Lina F. Buchely (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / lfbuchely@icesi.edu.co

Mario Alberto Cajas (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / mcajas@icesi.edu.co

Luis María Bandieri (Ph.D.) / *Pontificia Universidad Católica de Argentina, Argentina* / bandieri@fibertel.com.ar

Julio Ríos Figueroa (Ph.D.) / *Centro de Investigación y Docencia Económicas, México* / julio.rios@cide.edu

Comité Científico:

Andrés Botero Bernal (Ph.D.)

aboterob@uis.edu.co

Universidad Industrial de Santander, Colombia

Jorge Esquirol (Ph.D.)

esquirol@fiu.edu

Florida International University, EE.UU

David Landau (Ph.D.)

dlandau@law.fsu.edu

Florida State University, EE.UU

Mauricio García (Ph.D.)

mvillegas@wisc.edu

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Juan Pablo Sarmiento Erazo (Ph.D.)

jpsarmiento@uninorte.edu.co

Universidad del Norte, Colombia

Editor:

Yecid Echeverry Enciso (Ph.D.): yecheverry@icesi.edu.co

Coordinador de la Editorial Universidad Icesi:

Adolfo A. Abadía: aaabadia@icesi.edu.co

Asistente Editorial:

Laura Daniela Millares: ldmillares@icesi.edu.co

Revisión de Estilo:

Juan Manuel Eslava Gordillo: jmanueleslava@yahoo.com

Secretaria: Diana Carolina Rodríguez

Diseño Original: Pablo Andrés Sánchez

Diagramación: Natalia Ayala Pacini: nataliaayalpb@gmail.com

A.A. 25608

Tel. 321 20 10

Fax: 555 17 06

E.mail: precedente@icesi.edu.co

Cali, Colombia

ISSN 1657-6535

Agradecemos a los siguientes pares evaluadores:

Oswaldo Plata Pineda
Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid

David Jiménez Castaño
Universidad de Salamanca (España)

Jairo Edmundo Cabrera Pantoja
Universidad Católica de Colombia

Haravi Eloisa Ruiz
CONICET – Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)

Carolina Rodríguez Osorio
Universidad Icesi (Colombia)

Alfredo Islas Colín
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México)

Alejandra Díaz Alvarado
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México)

María Virginia Gaviria Gil
Universidad Eafit (Colombia)

Rafael Vega Llapapasca
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

Gino Ríos Patio
Universidad de San Martín de Porres (Perú)

David Mendieta González
Universidad de Medellín (Colombia)

Juan Alonso Tello Mendoza
Universidad de Barcelona (España)

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Universidad Autónoma de Chiapas (México)

Precedente es la revista jurídica semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi de Cali, Colombia. Es una publicación que reúne el trabajo inédito de académicos nacionales y extranjeros que abordan, prioritariamente aunque no de manera excluyente, temas generales de Teoría Jurídica, Derecho Comparado e Historia del Derecho. El objetivo fundamental de *Precedente* es que la producción intelectual de sus autores se difunda y se divulgue al punto de hacer de ella una fuente privilegiada de investigación y de deliberación racional, dado el carácter reflexivo, crítico y constructivo de los artículos, reseñas y resúmenes que la componen. Su contenido es, por demás, puesto sin restricción alguna a la libre disposición de la comunidad jurídica global.

Para garantizar un proceso editorial sólido y de la más alta calidad, los artículos, reseñas y resúmenes preseleccionados por el cuerpo editorial, son enviados a pares expertos, quienes a través de un estricto proceso de evaluación, bajo el sistema doble ciego, garantizan que los resultados publicados respondan a las necesidades y expectativas de la comunidad académica, siguiendo los principios de pertinencia y solidez investigativa. Los volúmenes de *Precedente* se publicarán en los meses de enero y julio de cada año. Los requisitos de publicación pueden ser consultados en la siguiente dirección electrónica: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

© Derechos reservados de autor

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre y cuando se cite el título, autor y fuente institucional.

Canje:

Adriana Carvajal
Asistente de Hemeroteca
Biblioteca Universidad Icesi
Tel: (57) 2 555 23 34 Ext. 8725
acarvajal@icesi.edu.co

Correspondencia y sitio web:
precedente@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/precedente

Precedente is the **legal journal** of the School of Law and Social Sciences at Icesi University in Cali, Colombia, issued **twice a year**. This journal gathers unpublished works of local and foreign scholars who focus, primarily but not exclusively, on the Legal History, Comparative Law, and legal theory. Due to the reflective, critical, and constructive nature of the articles, recensions and reviews that published the Journal, *Precedente*'s primary objective is to divulge and disseminate its authors' research, to the point of making them a fundamental source for future scholarship, as well as the basis of rational deliberation. *Precedente* is a free and open access scholarly journal published to the legal global community.

Using a **peer-reviewed editorial process** that ensures anonymity throughout the entire publication process, *Precedente* guarantees not only a high-quality selection process, but also useful articles that respond to the needs and expectations of the legal community. *Precedente* is issued at the end of January and July every year. For submission guidelines, please visit: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

© All copyrights reserved

The material in this publication may be reproduced without prior consent if the title, author's name, and original source are referenced.

Work-study:

Adriana Carvajal
Assistant Periodicals Librarian
Library at Icesi University
Tel: (57) 2 555 23 34 Ext. 8725
acarvajal@icesi.edu.co

E-mail address for correspondence and website:
precedente@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/precedente

ÍNDICE

El marco normativo aplicable a las plataformas de financiación colectiva. Comparativa entre la Unión Europea, España y Latinoamérica

The Regulatory Framework Applicable to Crowdfunding Platforms. Comparison Between European Union, Spain and Latin America

O quadro regulamentar aplicável às plataformas de crowdfunding. Comparação entre a União Europeia, Espanha e América Latina

Luis Miguel Ramírez-Herrera _____ 11

El trabajo clínico para la protección del derecho a la vivienda digna de la población con discapacidad víctima del conflicto armado

Legal Clinical Work for the Protection of the Right to Decent Housing of the Population with Disabilities Victims of the Armed Conflict

Trabalho clínico legal para a proteção do direito à moradia decente da população com deficiência vítima do conflito armado

Paula Andrea Cerón Arboleda, Stephanía Sánchez Correa,
Fabio Andrés Obando Rentería _____ 39

La cultura jurídica argentina en la actividad intelectual de la Corte de Oro colombiana (1935-1940). Una mirada a partir del examen de las publicaciones de la Gaceta Judicial

The Argentine Legal Culture in the Intellectual Activity of the Colombian Corte de Oro (1935-1940). A Look at the Gaceta Judicial Publications

A cultura jurídica argentina na atividade intelectual da Corte de Oro colombiana (1935-1940). Um olhar desde as publicações da Gaceta Judicial

Ezequiel Abásolo _____ 79

**El derecho a la prueba y su tutela judicial efectiva en Bolivia.
Desarrollo doctrinal y su tratamiento en la legislación comparada, así
como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional**

*The Right to Proof and Its Effective Judicial Protection in Bolivia. Doctrinal
Development and Its Treatment in Comparative Legislation, as Well as In the
Jurisprudence of the Plurinational Constitutional Court*

*O direito de prova e sua proteção judicial eficaz na Bolívia. Desenvolvimento
doutrinário e seu tratamento na legislação comparada, bem como na
jurisprudência do Tribunal Constitucional Plurinacional*

Alan E. Vargas Lima _____ 91

**La obligación política como obligación prudencial en el pensamiento
filosófico político de Thomas Hobbes**

*Political Obligation as Prudential Obligation in the Political Philosophical
Thought of Thomas Hobbes*

*A obrigação política como obrigação prudencial no pensamento filosófico político
de Thomas Hobbes*

Carlos Alberto Jaramillo Rojas _____ 127

COMPLEMENTOS

Indicaciones para los autores _____ 159

Instructions for authors _____ 164

ARTÍCULOS

Luis Miguel Ramírez-Herrera*

Universidad de Sevilla (Sevilla, España)

lramirez@us.es

**El marco normativo aplicable a las plataformas
de financiación colectiva. Comparativa entre la
Unión Europea, España y Latinoamérica**

*The Regulatory Framework Applicable to Crowdfunding
Platforms. Comparison Between European Union, Spain
and Latin America*

*O quadro regulamentar aplicável às plataformas
de crowdfunding. Comparação entre a União Europeia,
Espanha e América Latina*

Artículo de reflexión: recibido 11/10/2021 y aprobado 02/02/2022

* Ph. D., Profesor asociado del Departamento de Economía Financiera y Dirección de Operaciones de la Universidad de Sevilla (España). Es responsable de administración de una sociedad concesionaria de infraestructuras española, además de acumular más de quince años de experiencia en el sector financiero español. Sus campos de estudios pasan por las nuevas herramientas de financiación y la financiación de la pequeña y mediana empresa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0340-9576>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5159>

Cómo citar:

Ramírez-Herrera, L. M. (2022). El marco normativo aplicable a las plataformas de financiación colectiva. Comparativa entre la Unión Europea, España y Latinoamérica. *Precedente*, 21, 11-38. <https://doi.org/10.18046/prec.v21.5159>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

Resumen

Este trabajo analiza y compara el marco regulador aplicable a las plataformas de financiación colectiva existentes en la Unión Europea, España y Latinoamérica, con enfoque en los países de México, Brasil, Argentina, Colombia y Perú. Se concluye la existencia de una gran heterogeneidad en el grado de desarrollo del marco normativo y en el propio contenido de las normas entre la Unión Europea y Latinoamérica, lo que pone de manifiesto la necesidad de una armonización de los marcos regulatorios internacionales en aras de favorecer la expansión de este tipo de industria y la seguridad de los inversores internacionales.

Palabras claves: crowdlending; normativa; financiación.

Abstract

This paper analyzes and compares the regulatory framework applicable to existing crowdfunding platforms in the European Union, Spain and Latin America, with a focus on the countries of Mexico, Brazil, Argentina, Colombia and Peru. The existence of a great heterogeneity in the degree of development of the regulatory framework and in the content of the regulations between the European Union and Latin America is concluded, which highlights the need for a harmonization of international regulatory frameworks in order to favor the expansion of this type of industry and the security of international investors.

Keywords: Crowdlending; Regulation; Financing.

Resumo

Este artigo analisa e compara o quadro regulamentar aplicável às plataformas de crowdfunding existentes na União Europeia, Espanha e América Latina, com foco nos países do México, Brasil, Argentina, Colômbia e Peru. Conclui-se a existência de uma grande heterogeneidade no grau de desenvolvimento do quadro regulamentar e no conteúdo dos regulamentos entre a União Europeia e a América Latina, o que evidencia a necessidade de uma harmonização dos quadros regulamentares internacionais para favorecer a expansão deste tipo de indústria e a segurança dos investidores internacionais.

Palavras-chave: crowdlending; regulamentação; financiamento.

Introducción

Es una realidad consumada que el *crowdfunding* —fenómeno en el que un colectivo de individuos realiza una serie de aportaciones cuya suma adquiere un carácter relevante en cuanto al financiamiento de un objetivo, aun cuando por sí solas son insuficientes para completar dicho objetivo— se ha convertido en una alternativa real para la financiación tradicional. Se convierte, de hecho, al amparo del desarrollo de las nuevas tecnologías y del marco legal aplicable en cada caso, en un mecanismo de financiación disponible para todas las unidades económicas.

Pueden encontrarse distintos tipos de plataformas de financiación colectiva en función de la retribución que esperan recibir los inversores. De este modo, las plataformas de donaciones no contemplan remuneración alguna a los inversores. Sin embargo, en otros casos, los denominados “de retorno financiero”, los inversores obtendrán recompensas de carácter económico en función de sus aportaciones, el tiempo objeto de la inversión y el nivel de riesgo que presente cada una de ellas.

Dos son los tipos de plataformas con retorno financiero que, fundamentalmente, pueden encontrarse: el *equity crowdfunding*, donde el inversor obtiene como retribución acciones de la empresa receptora de fondos, que se unen a la retribución de la aportación al propio éxito económico del proyecto; y el *crowdlending*, donde los inversores reciben un activo financiero que especifica los términos de devolución de la propia aportación, así como la retribución que se obtendrá por la misma.

A esta mayor presencia del *crowdlending* como fuente financiera disponible para las empresas ayudan el mayor desarrollo de las telecomunicaciones que dan soporte a las plataformas y que facilitan el trasvase de financiación desde los inversores hasta las empresas financiadas, así como la presencia de un marco regulatorio desarrollado que salvaguarde los intereses tanto de los inversores como de los promotores de los proyectos financiados.

Es por ello que el *crowdlending* se convierte en un complemento perfecto a las fuentes financieras tradicionales, dirigiéndose a los sectores con necesidades no cubiertas por estas o con claras dificultades de acceso al crédito, con lo que favorece el nacimiento de nuevas iniciativas empresariales y alivia las necesidades surgidas bajo contextos de escasez de financiación y crisis económica (Roig y Soriano, 2015).

Por otra parte, el *crowdfunding* supone para el inversor la oferta de rentabilidades superiores a la ofrecida por instrumentos de inversión tradicionales, así como el incremento de los riesgos asociados a la inversión, sobre todo los de insolvencia, liquidez e información asimétrica.

El riesgo de insolvencia viene derivado de las tasas de incumplimiento crediticio por parte de los prestatarios. Las plataformas de financiación no garantizan o no se responsabilizan de forma alguna del posible incumplimiento del prestatario. Con el fin de atenuar este riesgo, la mayoría de las plataformas han mejorado sus sistemas de calificación crediticia, rebajando las tasas de morosidad presentadas en este tipo de operaciones.

El riesgo de liquidez aparece ante la imposibilidad del inversor de recuperar sus fondos hasta el vencimiento y devolución por parte del prestatario del préstamo concedido. Este riesgo puede mitigarse con la posible aparición de un mercado secundario donde se puedan negociar los derechos de crédito a terceros por parte de los prestamistas, prestando liquidez a este tipo de operaciones.

Por último, el riesgo de información asimétrica es perfectamente conocido por las plataformas, las cuales están tendiendo a mejorar mediante la ampliación de los perfiles informativos de los promotores de los préstamos, análisis y descripción más detallados de los proyectos de inversión, categorización de sus riesgos y mejores y más completos informes de solvencia de los prestatarios.

La irrupción y continuo crecimiento de las plataformas de financiación colectiva como una nueva herramienta financiera a nivel global hace necesario que los diferentes marcos legales se actualicen, y con ello favorecer la financiación de las empresas y la defensa de los intereses individuales de los inversores. Por ello, el objetivo de este trabajo es el análisis del panorama normativo existente en la Unión Europea, España y Latinoamérica, para posteriormente comparar el desarrollo normativo de los mismos.

Así, en primer lugar se analiza el marco normativo de la Unión Europea y posteriormente el relativo a España. Tras ello, se plantea el análisis del desarrollo normativo para diversos países latinoamericanos, para terminar haciendo un estudio comparativo y obtener conclusiones al estudio en su conjunto.

El marco legal europeo

En varios de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) existen regulaciones específicas para las plataformas de financiación colectiva. El carácter dispar de estas regulaciones encarece, desde el punto de vista

económico, y dificulta, desde el jurídico, las operaciones transfronterizas dentro de los límites de la propia UE.

Con objeto de resolver la insuficiencia demostrada por esta heterogeneidad normativa, se promulga el Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937; y la Directiva (UE) 2020/1504 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020, por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros que lo complementa.

La vigencia de esta nueva regulación se establece mediante una sincronía entre el Reglamento (UE) 2020/1503, que se aplica desde el 10 de noviembre de 2021, y la Directiva (UE) 2020/1504, que deberá incorporarse por parte de los Estados miembros no más tarde del 10 de mayo de 2021 y aplicarse a partir del 10 de noviembre de 2021.

El objeto y ámbito de aplicación de este Reglamento UE 2020/1503 abarca tres aspectos: el funcional, que establece los requerimientos para la prestación de servicios de financiación participativa y los criterios de transparencia y comunicaciones publicitarias en relación con la prestación de servicios de financiación participativa; el subjetivo, que establece la organización, autorización y supervisión de los proveedores de financiación participativa; y, por último, el aspecto objetivo, que establece el ámbito de aplicación del mismo.

Se tipifica y define el servicio de financiación participativa como la conexión de los intereses de los inversores y de los promotores de proyectos en materia de financiación empresarial mediante el uso de plataformas de financiación participativa, reservando esta actividad únicamente a intermediarios debidamente autorizados, de conformidad con lo establecido en su artículo 12.

Debido a esta reserva de la actividad, se establecen algunas normas de conducta generales que afectan su actuación y remuneración (artículo 3).

La persona jurídica interesada en prestar servicios de financiación participativa deberá solicitar a la autoridad competente del Estado miembro en que esté establecida la correspondiente autorización para prestar estos servicios, acompañando su solicitud con una serie de documentos que acrediten el cumplimiento por su parte de diversos condicionantes. Estos condicionantes son de carácter tanto subjetivo, relativos al propio proveedor de servicios de financiación participativa, sus gestores y sus socios más significativos, como

objetivo o funcional, relativos a los servicios ofrecidos, los mecanismos de gobernanza de la empresa, los riesgos asumidos, la viabilidad de las operaciones en caso de insolvencia, la externalización de servicios, servicios de pago y la descripción de los procedimientos establecidos por la empresa para comprobar la exhaustividad, exactitud y claridad de los datos de la inversión.

En el plazo máximo de tres meses, la autoridad competente de cada Estado debe decidir sobre la concesión de la autorización. En cualquier caso, antes de que se produzca la decisión, la autoridad competente consultará a su homónima en otro Estado miembro de la Unión Europea sobre los supuestos de transnacionalidad establecidos en el artículo 12.7 del Reglamento.

La Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) debe establecer un registro de todos los proveedores de financiación participativa, el cual debe poner a disposición pública en su sitio web, con los datos de todos los operadores de este mercado (artículo 14).

Los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas deben disponer en todo momento de unas salvaguardias prudenciales (art. 11) destinadas a dotarlas de solvencia económica. Dichas salvaguardias deben ser por un importe al menos igual al más elevado entre 25 000 euros y la cuarta parte de los gastos fijos del ejercicio inmediatamente anterior. Pueden ser aportadas estas salvaguardias mediante recursos propios, una póliza de seguros o bien una combinación de ambas. Estas no se exigirán a aquellos proveedores de servicios de financiación participativa que sean entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades de dinero electrónico o entidades de pago debidamente reconocidas por la normativa europea vigente.

Con objeto de evitar la aparición de conflictos de interés entre promotores e inversores, los proveedores de servicios de financiación participativa no podrán tener participación alguna en las ofertas de financiación participativa que se encuentren alojadas en sus plataformas, ni aceptarán como promotores de proyectos a los socios que posean al menos el 20 % del capital social o de los derechos de voto, sus directivos o empleados y cualquier persona física o jurídica vinculada a esos socios, directivos o empleados (art. 8).

El artículo 9 del Reglamento establece que los proveedores de servicios de financiación participativa pueden recurrir a terceros para la ejecución de funciones operativas, tomando las medidas razonables a fin de evitar riesgos y acogiéndose a los principios de limitación, ya que esta externalización de servicios no puede afectar a la calidad y capacidad de cumplimiento de la normativa

vigente; ni al principio de responsabilidad, ya que los proveedores de servicios de financiación participativa seguirán asumiendo plena responsabilidad jurídica con respecto a las actividades externalizadas.

El capítulo IV del Reglamento establece el sistema de protección al inversor en el ámbito de los servicios de financiación participativa para empresas. Este inversor puede ser clasificado en dos categorías: de un lado, el inversor experimentado, que pueden ser clientes profesionales o clientes experimentados clasificados *ad hoc* por los propios proveedores; y, del otro lado, inversores no experimentados.

Un instrumento de protección para el inversor de estas operaciones se basa en la transparencia de los proveedores hacia los propios inversores, a través de la información y la publicidad de las operaciones.

La información facilitada por las plataformas de financiación participativa debe ser de carácter general, clara, no engañosa y adecuarse a los requisitos establecidos en el Reglamento. Además, debe abarcar aspectos tales como los costes, los riesgos financieros, los criterios de selección de los proyectos de financiación y remarcar que sus servicios de financiación participativa no están cubiertos por el sistema de garantía de depósitos establecido en la Directiva 2014/49/UE (art. 19). En especial, deben informar sobre la tasa de impago de proyectos de financiación participativa ofrecidos en sus plataformas de financiación durante los 36 meses anteriores, como mínimo, y deben publicar una declaración de resultados en un plazo de cuatro meses a partir del final de cada ejercicio contable (art. 20).

El capítulo V del Reglamento regula los aspectos relativos a las comunicaciones publicitarias del proveedor, que deben ser imparciales, claras y no engañosas. Por su parte, las autoridades competentes de cada Estado deben publicar y mantener actualizadas en sus sitios web las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales.

Por último, la normativa incluye un mecanismo típico de protección del inversor financiero: el período de reflexión precontractual, que afecta a los dos extremos de la relación en la que intermedia el proveedor (art. 22).

El modelo de ordenación culmina con la supervisión por las autoridades competentes (capítulo VI del Reglamento). Estas autoridades deben evaluar el cumplimiento por parte de los proveedores de las obligaciones previstas en el Reglamento; pueden desembocar en la revocación de la autorización cuando el proveedor de servicios de financiación participativa incurra en los supuestos recogidos en el art. 17 del mismo. La supervisión se extiende a la prestación

transfronteriza de servicios (art. 18) y al régimen sancionador aplicable a dichas entidades (capítulo VII del Reglamento).

El marco legal en España

En España, las plataformas de financiación colectiva están reguladas por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante, LFFE).

La actividad queda reservada a las plataformas de financiación participativa que han obtenido la debida autorización y estén registradas para ejercer dicha actividad en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Según el artículo 53 de la LFFE, “la CNMV autorizará e inscribirá en su registro correspondiente a las plataformas de financiación participativa, previo informe preceptivo y vinculante del Banco de España” (Ley 5/2015, p. 36640). El registro es público y contiene los datos actualizados tanto de la sociedad como de los administradores y socios con participación significativa (al menos el 10 % del capital o de los derechos de voto de la sociedad, o quiénes, sin llegar al porcentaje, puedan controlar la empresa) (Herrera y Campano, 2016).

Al final de cada ejercicio, las plataformas deben proporcionar a la CNMV las cuentas anuales auditadas con su correspondiente informe de auditoría, así como una memoria con información de los proyectos publicados (categoría, financiación alcanzada, tasa de morosidad, fallidos, etc.) e información de los proyectos no publicados y los motivos de su rechazo; en su caso, la identificación de las empresas que gestionan los pagos, las acciones judiciales, quejas o reclamaciones, si las hay; y si disponen de un sistema propio para dar cobertura a las pérdidas, información sobre su volumen y las pérdidas cubiertas.

Para poder ejercer la actividad empresarial, las plataformas tienen que cumplir una serie de requisitos tales como de honorabilidad profesional, conocimientos y experiencias de los administradores, reglamento interno de conducta, buena organización administrativa y contable, garantías de disponer de los medios electrónicos adecuados y establecer mecanismos para que, en caso de cese de la actividad, se garantice la continuidad de los contratos en vigor.

La plataforma también tiene que cumplir con unos requisitos de información, tal y como lo recoge el artículo 61 de la LFFE. La plataforma debe tener visible información sobre el sistema de funcionamiento, los riesgos a los que se exponen los inversores, el tratamiento de la información, la forma de seleccionar los proyectos (que deberá ser homogénea), indicar que la empresa no es una entidad

de crédito ni sociedad de servicios de inversión y que, por tanto, no hay garantías de fondos de inversión, así como las herramientas dispuestas para disminuir el riesgo de fraude. En caso de publicar estadísticos, debe explicar su definición y modo de cálculo de las variables. Deben publicar las tarifas para los clientes (inversores y prestatarios), los procedimientos que tienen que llevarse a cabo para la concesión de la financiación, para realizar las devoluciones de las cuotas a los inversores, así como los procedimientos utilizados para realizar recobros y quejas o reclamaciones y su resolución. Deben publicitar los mecanismos que garantizan la continuidad de los contratos en caso de cierre de la plataforma y las consecuencias que tendría si no existiesen dichos mecanismos, así como la identidad de los auditores.

Adicionalmente, como se recoge en el artículo 56 de la LFFE, hay que cumplir con una serie de requisitos financieros:

- i. Tienen que mantener un capital social mínimo y desembolsados de 60 000 euros, o un seguro o cualquier tipo de garantía que permita asumir la responsabilidad por negligencia profesional, la cual deberá tener una cobertura de 300 000 euros por reclamación de daños y 400 000 euros anuales para todas las reclamaciones, o una mezcla de capital y seguro (o cualquier tipo de garantía) equivalente a la cobertura anterior.
- ii. Cuando en los últimos 12 meses la financiación concedida supere los 2 millones de euros, las plataformas tendrán que disponer, como mínimo, de 120 000 euros de recursos propios (compuesto de la suma del capital, prima de emisión y reservas), que se irán incrementando en función de la financiación concedida.

Estos requisitos son desarrollados y controlados por la CNMV. En el artículo 52 de la LFFE se recogen las limitaciones de las plataformas de financiación colectiva, las cuales pueden resumirse en: no poder prestar servicios reservados a las empresas de servicios de inversión ni a las entidades de crédito —en concreto, no pueden captar fondos de los inversores o promotores (solicitante del préstamo), excepto para gestionar los pagos si tienen la debida autorización de entidad de pago híbrida conforme a la Ley de servicios de pagos (Ley 16/2009, de 13 de noviembre)—; no gestionar las inversiones en los proyectos y realizarles recomendaciones sobre dichos proyectos; no pueden desarrollar mecanismos encaminados a ejecutar inversiones automáticas en los proyectos para los inversores no acreditados (no

profesionales); asegurar a los promotores la captación de los fondos y conceder créditos a los inversores o préstamos a los promotores.

No obstante, según el artículo 62.3 de la LFFE, las plataformas pueden asesorar a los inversores sobre los proyectos publicados en su web cuando estén autorizadas a prestar el servicio de asesoramiento financiero según el artículo 63.1.g) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Por último, en el capítulo VI de la LFFE se establecen las infracciones y las sanciones a las que las plataformas deben hacer frente, en los artículos 92 y 93, respectivamente.

Las plataformas deben asegurarse de que cada proyecto publicado contenga una descripción, en un lenguaje no técnico, y están obligadas a publicar los requisitos de los préstamos, así como cualquier otra información relevante que tengan en su poder sobre el proyecto o los promotores. También pueden ocultar la identidad del solicitante del préstamo en la fase previa a la formalización, garantizando que se conocerá posteriormente. En todo caso, es responsabilidad de los promotores (prestatarios) la información mostrada a los inversores.

Según el artículo 75 de la LFFE, la información a aportar por parte del promotor para solicitar financiación depende de que sea una persona física o jurídica. En el primer caso, una persona física debe facilitar una descripción de su situación financiera y endeudamiento, un domicilio para las notificaciones y su currículum vitae (CV). Si, por el contrario, es una persona jurídica, deberá aportar los datos de la empresa, es decir, descripción, denominación y domicilio social, organización, identidad y CV de los administradores y directores, número de empleados, situación financiera y estructura de capital social y endeudamiento.

Los préstamos están regulados según el régimen jurídico al que están sometidos. Como requisito, deberán contener la siguiente información (artículo 76 de la LFFE): descripción de las características principales del préstamo y de los riesgos asociados a la financiación, modo de formalización e indicación de quién pagará los gastos en caso de escritura pública, descripción de los derechos vinculados a los préstamos, información sobre la remuneración y amortización y, en concreto, las condiciones en las que interviene un prestatario y los inversores en un préstamo; es decir, tipo de préstamo, nominal, vencimiento, TAE aplicada, tabla de amortización, tipo de interés de demora, así como las garantías solicitadas al prestatario de la operación.

Con la llegada de esta ley se produce un cambio relevante: la, hasta ahora inexistente, diferenciación entre inversor acreditado y no acreditado, con la

intención de darles una protección a los mismos. Según el artículo 81 de la LFFE, se consideran inversores acreditados aquellas empresas que cumplan dos de las siguientes condiciones: tener un activo igual o mayor a 1 millón de euros, tener una cifra anual de negocios igual o superior a 2 millones de euros y tener unos recursos propios iguales o mayores a 300 000 euros.

En cuanto a las personas físicas, se consideran inversores acreditados cuando reúnan los siguientes requisitos: acreditar unos ingresos anuales superiores a 50 000 euros o un patrimonio financiero mayor a 100 000 euros y solicitar ser inversor acreditado.

La plataforma debe evaluar si los inversores tienen los conocimientos y la experiencia necesaria para admitir la solicitud, así como cerciorarse de que están capacitados para invertir y que entienden los riesgos que conlleva.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la consideración de inversor acreditado deja de tener efecto si el inversor no participa en ningún proyecto durante 12 meses, si bien puede volver a solicitarla si cumple con las exigencias. Además, se puede solicitar por escrito la voluntad de dejar de ser inversor acreditado.

La diferencia del tipo de inversor es importante, ya que implica ciertos límites para los inversores no acreditados: 3000 euros como máximo en un mismo proyecto publicado en una plataforma y poder invertir como máximo 10 000 euros en el plazo de 12 meses y en total en todas las plataformas. Los responsables de que se cumplan los límites anteriores son las plataformas.

Otra característica es que el inversor no acreditado, antes de realizar cada participación en un proyecto, tiene que firmar un comunicado donde se le informa que los proyectos no son competencia de la CNMV ni del Banco de España, es decir, que no tienen que ser autorizados ni supervisados por estos órganos; así como de los riesgos que supone la inversión y que no está cubierta por ningún fondo de garantía.

En cuanto a los proyectos, en una plataforma no puede haber simultáneamente más de uno del mismo promotor y tendrán un objetivo de financiación, así como una duración determinada para conseguir dicho objetivo. Estos límites pueden superarse en un 25 % si la plataforma lo establece en su funcionamiento y previo aviso a la inversión, y, en caso de no conseguir el 100 % de la financiación, podrá concederse el préstamo si el proyecto ha obtenido al menos 90 % y así se refleja en las reglas de funcionamiento de la plataforma. Según el artículo 68 de la LFFE, cada proyecto puede obtener a través de las plataformas, como

máximo, 2 millones de euros y, en el caso de que los proyectos sean financiados por inversores acreditados, dicho importe ascenderá a 5 millones de euros. Cabe destacar que las plataformas pueden participar en los proyectos publicados en su web (y no en proyectos publicados en otros sitios web), con una participación como máximo del 10 % del préstamo.

Llama la atención que en ninguno de los artículos del Título V de la LFFE, de 27 de abril, se mencione el tratamiento de la fiscalidad. Este tema deben tenerlo muy en cuenta los inversores, pues, como otras formas de ahorro e inversiones, los intereses que se obtienen se consideran rendimientos de capital mobiliario y, por ello, tendrán que figurar en su declaración de la renta. Habitualmente son los inversores quienes se encargan del pago y para ello las plataformas facilitan el correspondiente certificado de retenciones, aunque ya algunas plataformas se encargan de hacer las retenciones directamente.

El marco legal en Latinoamérica

En este apartado analizamos el marco legal referente a las plataformas de inversión colectiva en diversos países latinoamericanos donde su principal característica es la gran heterogeneidad existente. En este sentido, países como México y Brasil cuentan con una normativa específica a este respecto. Sin embargo, países como Chile, Colombia y Perú no cuentan con normativa específica en este sentido, aunque este último la tiene en proyecto. Finalmente, un país como Argentina, aún sin contar con normativa específica que aborde las operaciones de *crowdfunding*, si cuenta en su ordenamiento jurídico con normativa aplicable a este tipo de operaciones.

24

México

En México, las operaciones relativas a la financiación colectiva recogidas bajo el término *crowdfunding* están amparadas por la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, denominada Ley Fintech, promulgada el 9 de marzo de 2018 (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2018).

Además, con el objetivo de armonizar la legislación vigente, en esa fecha fueron modificadas las siguientes leyes:

- i. La Ley del Mercado de Valores, con el objetivo de excluir de su regulación la oferta e intermediación de valores y la negociación con valores a través de Instituciones de Tecnología Financiera. También se faculta a

- la Comisión Nacional Bancaria para emitir disposiciones que regulen el ofrecimiento de servicios automatizados de asesoría y gestión de inversión.
- ii. La Ley de Instituciones de Crédito, reformada con el fin de regular más exhaustivamente el uso de la tecnología por parte de los bancos en el desarrollo de sus actividades.
 - iii. La Ley para la Transparencia y Ordenamiento de Servicios Financieros y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, reformada con el objetivo de incluir a las Instituciones de Tecnología Financiera en el ámbito de aplicación, supervisión y vigilancia por parte de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de Usuarios de Servicios Financieros.

Con fecha 11 de noviembre de 2018 se publicó regulación adicional aplicable a las Fintech que incluye la siguiente normativa:

- i. Una serie de Disposiciones de carácter general aplicables a las Instituciones de Tecnología Financiera (“Disposiciones”) emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
- ii. La Circular 12/2018 (“Circular”), emitida por el Banco de México, dirigida a las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico.
- iii. Las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 58 de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera (“Disposiciones Antilavado”) emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

25

La regulación existente no prevé ningún requisito específico para poder ser inversionista, por lo que, en este sentido, cualquier persona con capacidad jurídica, ya sea persona física o persona jurídica, puede alcanzar este estatus e invertir en cualquier plataforma de financiación colectiva.

No obstante, existen limitaciones a las inversiones realizadas, ya que las disposiciones proponen que un inversionista no podrá realizar aportaciones si el resultado de la fórmula:

Nuevas aportaciones a realizar

Σ Inversiones efectivas + Σ Compromisos inversión nuevos
+ Σ Compromisos inversión

X 100

Excede del 20 % cuando el inversor sea una persona jurídica; el 7,5 %, en el caso de que sea una persona física invirtiendo en préstamos personales entre personas físicas; y el 15 %, en el caso de que el inversor sea una persona física invirtiendo en préstamos empresariales.

Estos límites no son de aplicación para los denominados “inversores relacionados”, es decir, aquellas personas que tienen relación de parentesco hasta cuarto grado con quien solicita la financiación; ni para los denominados “inversores experimentados”, que son, además de las entidades financieras mexicanas y extranjeras y las dependencias de la Administración Pública Federal, aquéllas personas que hayan realizado inversiones en instituciones de financiación por importe superior a 550 000 Unidades de Inversión (UDIS, aproximadamente 180 000 USD).

La normativa mexicana regula expresamente el *crowdfunding*, entendido como la adquisición por parte del inversor de parte de un derecho de crédito que el solicitante tiene a su favor, a la vez que este queda como obligado solidario de su deudor. Las plataformas de *crowdfunding* deben cumplir una serie de requisitos específicos, entre los que destacan: i) ser una sociedad jurídica debidamente constituida de conformidad al sistema legal mexicano; ii) contar con autorización expresa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; iii) prever en su objeto social la prestación profesional o habitual de servicios de *crowdfunding*; iv) contar con el capital social mínimo requerido por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores de 500 000 UDIS y 700 000 UDIS; v) contar con políticas en relación con análisis y control de riesgos, conflictos de interés, prevención de fraude y blanqueo de capitales, entre otros; y vi) contar con un plan de negocios y con manuales de operación de control interno y administración de riesgos, entre otros.

Asimismo, las disposiciones obligan a las instituciones de tecnología financiera a contar con metodologías para analizar y determinar el grado de riesgo de sus posibles solicitantes.

En caso de que las operaciones de factoring se realicen sobre activos financieros, se deben incluir mecanismos con el fin de: i) llevar a cabo una evaluación crediticia del deudor de los derechos de crédito; ii) si los derechos de crédito derivan de facturas, verificar que las mismas pueden ser identificadas de manera electrónica en el servicio de administración tributaria; y iii) verificar que los derechos de crédito no han sido transmitidos u otorgados en garantía previamente.

Cabe destacar que los préstamos entre particulares y el *crowdfunding* de donaciones no están contemplados en la normativa existente.

Por último, reseñar que si una persona solicita u ofrece fondos de forma regular o profesional a través de medios de comunicación y no lo hace a través de una institución de tecnología financiera, se considera que la misma está captando recursos e infringe la normativa, por lo que está cometiendo un delito.

Brasil

En Brasil, el regulador del sector financiero y del mercado de capitales ha propuesto nuevas normas con el fin de regular las operaciones de *crowdlending*, préstamos entre personas físicas y la gestión de finanzas personales.

Todas las sociedades que presten servicios relacionados con las fintech, salvo las que proporcionen servicios exclusivamente tecnológicos, deben contar con una autorización expresa del Consejo Nacional Monetario que autorice la realización de sus funciones.

En cualquier caso, la regulación vigente no distingue entre las operaciones de *crowdlending* y la de préstamo entre particulares. Ambas operaciones se encuentran reguladas por la normativa emitida por el Consejo Nacional Monetario el 26 de abril de 2018. Esta divide las operaciones en: i) *peer to peer*, si su propósito es facilitar financiación entre particulares; y ii) compañía de crédito directo, si su objeto social es realizar transacciones de préstamos en las que su propio capital sea el único origen de los fondos.

La normativa vigente plantea límites a la exposición para los inversores, que se establece en 15 000 BRL, salvo que el inversionista posea al menos 1 000 000 BRL en inversiones totales en el mercado de valores, que lo convierten en inversor cualificado.

El mínimo de capital establecido para las sociedades de *crowdlending* se establece en 1 000 000 BRL y deben acometerse política de prevención de blanqueo de capitales y de conocimiento de sus clientes. Además, deben contar con tarifas expresamente expuestas en los contratos firmados con inversores y clientes y no deben ser excesivas ni comprometer la rentabilidad de las operaciones.

El inversor está expresamente protegido por la normativa brasileña, en el sentido de que se ofrece protección frente a diversos servicios considerados peligrosos y frente a la publicidad engañosa y/o abusiva; se protege la atención al cliente, mediante la creación de órganos administrativos para resolver disputas de los consumidores; y se protege la información respecto a los derechos del

consumidor para retractarse de lo contratado en un plazo de siete días posteriores a la propia firma del contrato.

El *equity crowdfunding* queda regulado por la normativa emitida por el Consejo de Valores Mobiliarios en julio de 2017 (Instrucción n.º 588 de la CVM), cuyo objetivo es facilitar el acceso al mercado de capitales a pequeñas y medianas empresas que tengan un ingreso máximo anual de 10 000 000 BRL.

En este sentido, la carga regulatoria recae sobre las plataformas, sujetas a supervisión del propio Consejo de Valores Mobiliarios, las cuales tienen el deber de actuar como encargados de seleccionar los posibles emisores antes de la emisión, así como de advertir a los inversores de los riesgos asociados a sus inversiones.

Estas plataformas deben contar con un capital mínimo de 100 000 BRL e implementar procedimientos compatibles con su objeto y dentro de su rol de administradores, lo que incluye la redacción de un código de conducta.

Igual a lo anteriormente analizado, las inversiones en *equity crowdfunding* tienen un límite de 10 000 BRL anuales por inversor, salvo que este sea considerado inversor calificado en los mismos términos que los considerados para el *crowdlending*, o tenga inversiones totales o ingresos anuales superiores a los 100 000 BRL, en cuyo caso la inversión total se limita al 10 % de la cantidad más grande entre sus inversiones totales o ingresos anuales.

Todos los proyectos de *equity crowdfunding* se limitan a un plazo de 180 días para su finalización y una cantidad máxima de 5 000 000 BRL.

Cabe destacar que las operaciones de *crowdfunding* de recompensa no se encuentran bajo el amparo de la normativa brasileña, ya que la compensación recibida por medio de recompensas, bienes o servicios no constituye una oferta pública de valores y queda expresamente excluida de la supervisión del Consejo de Valores Mobiliarios.

Argentina

A raíz de la rápida expansión de la industria fintech en Argentina, el legislador sancionó en abril de 2017 la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, n.º 27.349, reglamentada y desarrollada por la Resolución General de la Comisión Nacional de Valores n.º 717-E/2017, a través de la que se desarrollaron los conceptos de *equity crowdfunding* y *crowdfunding* (Honorable Congreso de la Nación Argentina, 2017).

A pesar de ello, no existe una legislación integral y exhaustiva a este respecto; solo ciertos aspectos específicos de esta industria, como el mencionado *equity crowdfunding*.

Así, muchas empresas argentinas dentro del sector fintech se han registrado y vienen operando como agentes de liquidación y compensación ante la Comisión Nacional de Valores, estando por tanto bajo su supervisión.

Según establece la Ley de Apoyo al Capital, los inversores pueden participar en proyectos de *crowdfunding* a través de aportaciones en acciones de sociedades anónimas o de sociedades anónimas simplificadas, mediante préstamos convertibles en acciones de alguno de estos tipos de sociedades o mediante certificados de participación en un fideicomiso.

Los usuarios de estas plataformas están protegidos conforme a la Ley de Defensa del Consumidor, n° 24.240 (Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1993), al considerarse que estos instrumentos financieros están sujetos a lo establecido en dicha normativa.

El *equity crowdfunding* también es regulado por Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, que establece los requisitos a cumplir por estas plataformas para la ejecución de sus funciones, entre las que destaca la necesidad de contar con un patrimonio neto mínimo de 250 000 ARS. Estas plataformas pueden realizar actividades afines y complementarias no sujetas a la supervisión de la Comisión Nacional de la Valores, siempre y cuando estas no supongan un conflicto de interés y se observen los principios previstos en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (Honorable Congreso de la Nación Argentina, 2017).

La normativa vigente no contempla las operaciones de *crowdfunding* de donaciones ni el *crowdfunding*.

Colombia

En Colombia, al contrario de lo que ocurre en otros países, no existe una legislación o regulación específica que trate a las sociedades fintech de manera integral como un sector. No obstante, el regulador financiero, entendido este como el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera avanzan en este sentido.

Mediante el Decreto 1357 de 2018 (Presidencia de la República de Colombia, 2018), el regulador colombiano ha establecido ciertos parámetros y requerimientos especiales para inversores y consumidores interesados en participar en *crowdlending*, a través de títulos de deuda. Sin embargo, el *crowdfunding* como tal no está regulado en Colombia y conlleva varias limitaciones para las plataformas interesadas en actuar en este sentido.

De ellas, la limitación más importante es la imposibilidad que las plataformas sean consideradas formas de captación masiva y habitual de fondos procedentes del público, ya que estas actividades son exclusivas de las entidades financieras.

Asimismo, el Decreto 1357 de 2018 también regula el *equity crowdfunding*, incluyendo un nuevo género de entidades autorizadas para operar con este tipo de financiación, las cuales deben recibir la autorización pertinente por parte la Superintendencia Financiera para poder operar.

Estas sociedades están sujetas a requisitos informativos por parte de la entidad supervisora. Además, se establecen ciertos requisitos operativos, entre los que destacan: i) el importe a invertir no puede superar el mayor del establecido por el 20 % de sus ingresos anuales del inversor o de su patrimonio; ii) el importe a recaudar por cada proyecto no puede superar el importe de 10 000 salarios mínimos mensuales; y, iii) los perceptores de fondos solo pueden recibir un máximo de tres salarios mínimos mensuales por parte de un inversor, a menos que este sea un inversor profesional de acuerdo con la legislación colombiana.

La regulación actual colombiana no recoge normativa alguna en cuanto al *crowdfunding* entre particulares, *crowdfunding* por recompensa ni al *crowdfactoring*.

Perú

En septiembre de 2017 se constituyó en Perú la Asociación de Fintech, que agrupa a las sociedades de este sector del país, con la finalidad de estimular la creación de las bases de un sistema financiero tecnológico.

Sin embargo, esta industria fintech aún no se encuentra regulada en Perú. Hasta el momento, el Banco Central de Reserva del Perú y los reguladores del sistema bancario y del mercado de valores trabajan para crear una regulación para los modelos de negocios incluidos en la industria fintech, donde se encuentran *crowdfunding* y *crowdlending*.

En este sentido, el proyecto de Ley n.º 3403/2018-CR (Congreso de la República del Perú, 2018) otorga facultades a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP para elaborar una ley que regule a las empresas que ofrecen servicios financieros a través de la tecnología; y mediante el proyecto de Ley n.º 3083/2017-CR (Congreso de la República del Perú, 2018) se propone una ley específica que regule el régimen jurídico de las plataformas de financiamiento colectivo.

Cabe destacar que las operaciones de *crowdfunding* de donaciones no tienen cabida en ninguno de los dos proyectos de ley, por lo que quedan excluidas de

su regulación. No obstante, estas operaciones pueden ser tratadas según las disposiciones del código civil peruano y normas tributarias, según correspondan en cada caso concreto.

Los inversores en operaciones de *crowdlending* y préstamos entre particulares quedan al amparo de la normativa de protección a los consumidores, solo si existe una relación de proveedor-cliente comprobable.

Por último, el *equity crowdfunding* también está incluido en los proyectos de ley donde se propone que el supervisor de estas plataformas sea el mercado de valores peruano.

Además, ya se requiere que las plataformas de *equity crowdfunding* cuenten con una serie de características especiales, entre las que destacan: i) formalidad de registro de la plataforma; ii) autorización de funcionamiento por parte de la autoridad competente, estableciéndose una serie de requisitos para la propia autorización; iii) prohibiciones expresas del ejercicio de actividades propias realizadas por otras empresas supervisadas por el mercado de valores o por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; iv) reporte de información periódico de las plataformas; v) tratamiento sobre inversores acreditados y no acreditados, los cuales tendrán su participación limitada en un porcentaje; y, vi) amonestaciones y sanciones.

Chile

El regulador chileno en este sentido, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, no ha emitido regulación alguna en cuanto al funcionamiento de las plataformas de *crowdfunding* y *crowdlending*.

En este contexto, podemos decir que la normativa chilena prohíbe captar dinero público, con la excepción de las entidades financieras, por lo que se entiende que las actividades de *crowdfunding* y *crowdlending* contravienen dicha normativa. Sin embargo, existen iniciativas de *crowdfunding* activas en el país, toda vez que el préstamo de fondos propios no es una actividad restringida.

La Comisión para el Mercado Financiero publicó el 11 de febrero de 2019 “Lineamientos generales para la regulación del *crowdfunding* y servicios relacionados”, donde, sin ningún carácter vinculante, se quiere ofrecer una visión sobre este tema y abrir un debate legislativo.

La defensa del posible inversor en este mercado se basa en la definición de *consumidor* por la propia normativa chilena, que lo establece como toda persona física o jurídica que, en virtud de acto oneroso, adquiere, utiliza o disfruta como

destinatario final de determinados bienes o servicios. Por tanto, se entiende que la normativa de defensa del consumidor existente puede ser aplicable a las actividades de préstamo a través de las plataformas de *crowdfunding*.

Conclusiones

El presente artículo analiza la normativa aplicable a las plataformas de financiación colectiva existentes en el marco de la Unión Europea, España y Latinoamérica, en este último caso enfocado en los países de México, Brasil, Argentina, Colombia, Perú y Chile.

La primera conclusión es la heterogeneidad existente en el desarrollo y contenido normativo analizado para los países objeto de estudio. Si bien, en el caso de España, integrante de la Unión Europea, su ordenamiento jurídico tiene la necesidad de ir en consonancia con lo establecido en las distintas directivas europeas, por lo que lo analizado en ambos ordenamientos jurídicos es muy similar.

La UE sienta las bases del marco regulatorio de sus componentes, definiendo claramente el objeto de la regulación y cada uno de los actores de este tipo de negocio. Define las características económicas y financieras que deben cumplir las plataformas de financiación colectiva, así como los requisitos mínimos de información que deben aportar las plataformas de financiación colectiva a cada una de las autoridades locales competentes en este sentido. Asimismo, define claramente los criterios de protección del inversor y los comportamientos que deben observar los actuantes en estas operaciones.

En el caso español, aun contando con una normativa específica desde 2015 más desarrollada que la del resto de países de su entorno, adapta su ordenamiento a las normativas europeas publicadas en 2021. Además de legislar los mínimos impuestos por la UE, aborda asuntos complementarios, tales como el sistema de infracciones y penalizaciones, y deja fuera otros, no menos importantes, como la fiscalidad de los propios inversores.

Existe una gran diferencia entre el desarrollo normativo de la Unión Europea y España y el de los países latinoamericanos, donde conviven países con un desarrollo normativo avanzado, como es el caso de México y Brasil, y otros en los que aún no se ha comenzado a ordenar jurídicamente este tipo de operaciones, como los casos de Chile, Colombia y Perú.

El ordenamiento jurídico brasileño ha dado cabida a este tipo de operaciones regulando la creación y control de las plataformas de financiación colectiva mediante el cumplimiento de requisitos formales, de tipo económico-financiero e informativos. También protege al inversor, mediante la figura del inversor cualificado y la posibilidad de desistimiento de la operación en un período posterior a su contratación.

Por su parte, el ordenamiento jurídico mexicano, aun no previendo ningún requisito especial a cumplir por parte de los inversores, sí limita sus inversiones, salvo que sean considerados relacionados, por su parentesco, con las sociedades objeto de financiación.

La tabla 1 hace un breve resumen de los ordenamientos jurídicos analizados, visualizando el grado de desarrollo y contenido de cada uno de ellos.

La situación económica actual favorece una rápida expansión de este tipo de negocios, que pueden convertirse en una fuente de financiación alternativa real, rápida, ágil y segura para las empresas, sobre todo las pequeñas y medianas. Es necesaria, por tanto, la armonización del grado de desarrollo normativo internacional y del contenido de los marcos regulatorios de cada país. Para ello, deberá contarse con la ayuda de los legisladores, quienes deben crear y desarrollar una normativa que se centre en consolidar la protección de los inversores, haciendo más atractiva la participación en este sistema de préstamos, y tratar de estimular el trasvase de inversiones internacionales.

Tabla 1
Resumen del ámbito regulatorio en materia de *crowdfunding* y *crowdlending* de los países analizados

	Regulación específica	Obligaciones	Requisitos financieros	Limitaciones	Protección de inversores
España	Sí	- Obligación de información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.	- Capital Social mínimo de 60 000 euros. - Seguro de coberturas.	- No prestar servicios reservados a las empresas de servicios de inversión ni a las entidades de crédito. - No realizar recomendaciones sobre inversiones. - No asegurar a los promotores la captación de fondos, ni concesión de préstamos.	- Se consideraran inversores acreditados: - Empresas que cumplan dos de las tres condiciones: activo igual o superior a 1 millón de euros; cifra de negocios superior a 2 millones de euros; recursos propios mínimos de 300 000 euros. - Personas físicas con ingresos superiores a 50 000 euros o patrimonio financiero superior a 100 000 euros.
Unión Europea	Sí	- Solicitar licencia de actuación a la autoridad competente de su Estado miembro. - Registro en la Autoridad Europea de Valores y Mercados.	- Obligatoriedad de constituir salvaguardias: importe más elevado entre 25 000 euros y cuarta parte de los gastos fijos del ejercicio anterior.	- Imposibilidad para los promotores de participar en ofertas alojadas en sus plataformas. - No aceptar proyectos de socios de promotores con al menos 20 % del capital social de la plataforma.	- Clasificación de los inversores en dos categorías: experimentados, profesionales o clientes experimentados clasificados "ad hoc" por los propios proveedores; y no experimentados.
México	Sí	- Solicitar autorización a la Comisión Nacional Bancaria de Valores. - Objeto social expreso.	- Capital social mínimo (500 000 UDIS / 700 000 UDIS).	- Imposibilidad por parte de cualquier sociedad sin acreditación de ofrecer fondos de forma regular o profesional a través de medios de comunicación.	- Limitaciones a las inversiones realizadas por los inversores en función de que sean personas físicas o jurídicas.

Brasil	Sí	<p>- Autorización expresa del Consejo Nacional Monetario.</p>	<p>- Capital Social mínimo de 1 millón de BRL (100 000 BRL para las de <i>equity crowdfunding</i>).</p> <p>- Políticas de prevención de blanqueo de capitales y conocimientos de clientes.</p>	<p>- Límite de inversiones de 15 000 BRL, salvo que sea cualificado (posea al menos 1 millón de BRL).</p> <p>- Creación de órganos para proteger la información y resolver posibles disputas con plataformas.</p>
Argentina	No	<p>- Las plataformas existentes están supervisadas por la Comisión Nacional de Valores.</p>	<p>- Se puede participar en proyectos de inversión colectivos mediante préstamos directos.</p> <p>- Las plataformas <i>equity crowdfunding</i> deben tener al menos un patrimonio neto de 250 000 ARS.</p>	<p>- Protección del inversor conforme a Ley de Defensa del Consumidor.</p>
Colombia	No	<p>- Las plataformas existentes no pueden ser consideradas como formas de captación masiva y habitual de fondos.</p> <p>- Las plataformas de <i>equity crowdfunding</i> quedan sujetas a la Superintendencia Financiera.</p>	<p>- Sujetas a requisitos informativos por parte de la Superintendencia Financiera.</p>	<p>- El importe por invertir no puede superar el mayor del establecido por el 20% de sus ingresos anuales del inversor o de su patrimonio.</p> <p>- El importe por recaudar por cada proyecto no puede superar el importe de 10 000 salarios mínimos mensuales.</p> <p>- Los perceptores de fondos solo pueden recibir un máximo de tres salarios mínimos mensuales por parte de un inversor.</p>

Perú	No	<ul style="list-style-type: none"> - Anteproyecto de ley en marcha. - Control de supervisión prevista por el mercado de valores. 	<ul style="list-style-type: none"> - Obligaciones futuras: formalidad de registro; autorización de funcionamiento por parte de la autoridad competente; prohibiciones expresas del ejercicio de actividades propias de otros ámbitos; reporte de información periódico de las plataformas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Protección del inversor conforme a la normativa de protección de consumidores si es comprobable la relación proveedor-cliente. - Existirá el inversor acreditado.
Chile	No	<ul style="list-style-type: none"> - Actividades supervisadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. 	<ul style="list-style-type: none"> - La normativa de defensa del consumidor existente puede ser aplicable a estas actividades. 	

Fuente: *Elaboración propia.*

Referencias

- Banco de Brasil. (26 de abril de 2018). Resolución 4656, pp. 1-14.
- Banco de México. (10 de septiembre de 2018). Circular 12/2018, dirigida a las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico, relativa a las disposiciones de carácter general aplicables a las operaciones de las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico. *Diario Oficial Banco de México*, de 10 de septiembre.
- Comisión de Valores Mobiliarios. (5 de julio de 2017). Instrucción CVM 588, *Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo*. Comisión de Valores Mobiliarios, 13 de julio de 2017, pp. 1-52.
- Comisión Nacional de Valores. (29 de diciembre de 2017). Resolución General 717-E/2017, normas y modificación. *Boletín Oficial*.
- Comisión para el Mercado Financiero. (2019). Lineamientos para la regulación del *crowdfunding* y servicios relacionados.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (9 de marzo de 2018). Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera. Nueva Ley DOF.
- Congreso de la República del Perú. (18 de septiembre de 2018). Proyecto de Ley n.º 3403/2018-CR. Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera.
- Congreso de la República del Perú. (18 de septiembre de 2018). Proyecto de Ley n.º3083/2017-CR. Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera.
- Directiva 2014/49, de 16 de abril, relativa a los sistemas de garantías de depósitos. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 16 de abril de 2014.
- Directiva (UE) 2020/1504, por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, de 7 de octubre, relativa a los mercados de instrumentos financieros. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 20 de octubre de 2020.

- Herrera, L. M. R., y Campano, S. M. (2016). El crowdlending como nueva herramienta de financiación. Análisis de su incidencia en España. *Análisis Financiero*, (130), 40-56.
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (29 de marzo de 2017). Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor. *Boletín Oficial*, 12 de abril de 2017.
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (22 de septiembre de 1993). Ley de Defensa del Consumidor, n.º 24.240, Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. *Boletín Oficial*, 13 de octubre de 1993.
- Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. *Boletín Oficial del Estado*, 181, de 29 de julio de 1988.
- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. *Boletín Oficial del Estado*, 275, de 14 de noviembre de 2009.
- Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. *Boletín Oficial del Estado*, 101, de 28 de abril de 2015.
- Presidencia de la República de Colombia. (31 de julio de 2018). Decreto 1357, Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la actividad de financiación colaborativa. *Diario Oficial*, n.º 50.671.
- Reglamento (UE) 2020/1503, de 7 de octubre, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 20 de octubre de 2020.
- Roig, J. y Soriano, J. M. (2015). Crowdfunding de préstamos para PyMEs en España: Un análisis empírico. *Estudios de economía aplicada*, 33(1), 301-318.

Paula Andrea Cerón Arboleda*

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

paula.ceron@u.icesi.edu.co

Stephanía Sánchez Correa**

Concejo de Santiago de Cali -

Asamblea Departamental del Valle del Cauca (Cali, Colombia)

stephania.sanchez1992@gmail.com

Fabio Andrés Obando Rentería***

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

fabio.obando@u.icesi.edu.co

**El trabajo clínico para la protección del derecho
a la vivienda digna de la población con
discapacidad víctima del conflicto armado**

*Legal Clinical Work for the Protection of the Right
to Decent Housing of the Population with Disabilities
Victims of the Armed Conflict*

*Trabalho clínico legal para a proteção do direito
à moradia decente da população com deficiência vítima
do conflito armado*

Artículo de reflexión: recibido 17/10/2018 y aprobado 15/03/2022

* Abogada de la Universidad Icesi (Colombia), magíster en Gestión pública y especialista en Derecho constitucional y Derecho administrativo. Se desempeña como coordinadora del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi (GAPI) y es profesora en Derecho público de la misma universidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6044-1957>

** Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle (Colombia), magíster en Derecho de la Universidad Icesi, exasistente de investigación del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi (GAPI). Actualmente se desempeña como asesora de Unidades de apoyo normativo en el Concejo de Santiago de Cali (Colombia) y la Asamblea Departamental del Valle del Cauca (Colombia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1915-6411>

*** Abogado de la Universidad Icesi, magister en Derecho de la misma universidad y exasistente de investigación del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi (GAPI). Se desempeña como profesor en fundamentos de Derecho constitucional de la misma universidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9189-7591>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5322>

Cómo citar:

Cerón Arboleda, P. A., Sánchez Correa, S., Obando Rentería, F. A. (2022).

El trabajo clínico para la protección del derecho a la vivienda digna de la población con discapacidad víctima del conflicto armado. *Precedente*, 21, 39-77.

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5322>



Resumen

Este documento presenta un análisis del derecho a la vivienda con respecto a la población desplazada por el conflicto armado y evidencia de qué manera las acciones de litigio estratégico realizadas desde la enseñanza clínica del derecho pueden aportar al cambio social y a la concreción del derecho a la vivienda digna. Todo esto se realiza desde la evidencia de un caso concreto de estudio.

Palabras claves: movilidad humana; conflicto armado; derecho a la vivienda; clínica jurídica; litigio estratégico.

Abstract

This document presents an analysis of the right to housing with respect to the population displaced by the armed conflict and shows how strategic litigation actions carried out from the clinical teaching of law can contribute to social change and the realization of the right to housing. worthy. All this is done from the evidence of a specific case study.

Keywords: Human Mobility; Armed Conflict; Right to Housing; Legal Clinic; Strategic Litigation.

Resumo

Este documento apresenta uma análise do direito à moradia no que diz respeito à população deslocada pelo conflito armado e mostra como ações estratégicas de contencioso realizadas a partir do ensino clínico do direito podem contribuir para a mudança social e a efetivação do direito à moradia. Tudo isso é feito a partir das evidências de um estudo de caso específico.

Palavras-chave: mobilidade humana; conflito armado; direito à moradia; clínica jurídica; contencioso estratégico.

1. Introducción

Este documento aborda la labor de las clínicas jurídicas como instituciones que permiten el “aprendizaje situado” del derecho en contextos reales (Ruiz, 2016), mediante la aprehensión de un tipo de conocimiento significativo que aporta a la resolución de conflictos sociales desde la aplicación del derecho. La función de las clínicas jurídicas está entendida aquí partiendo de la necesidad de construir en las facultades de derecho de las universidades una formación integral, que permita transmitir contenidos, pero además que estos sean dinamizados con la inclusión de saberes y aprendizajes diversos que potencien la formación de personas autónomas, críticas y reflexivas de sus propios contextos.

Las clínicas jurídicas, tal como las entendemos en este documento, se posicionan desde la idea de que no solo los fines de las universidades de nuestra época están claramente enlazados con la transmisión de los conocimientos disciplinares, sino que, más allá de ello, es necesario dar un sentido práctico y profesionalizador a la disciplina que ha sido transmitida. Siguiendo a Zabalza (2002), diremos que es claro que el rol de las universidades va más allá de impartir conocimientos estáticos o, como dirían las autoras Beloff y Clérico (2011), “dictar contenidos”, y en cambio es necesario que estas instituciones se encuentren en contacto con el entorno social, para intentar colaborar en las transformaciones a que haya lugar.

Lo anterior resulta aún más pertinente en un país como Colombia, donde la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales (en adelante, DESC), y específicamente el derecho a la vivienda, es inmensamente difícil de realizar para muchos ciudadanos y donde, además, existe un fenómeno grave de *desplazamiento interno*, debido a que diversos grupos armados llevan a cabo agresiones directas a la población civil que dan lugar a claras violaciones de los derechos humanos y de los DESC (Ibáñez Londoño, 2008).

Pero ¿quiénes son los desplazados? Según el análisis estadístico de Ana María Ibáñez (2008), y aunque aún hoy los analistas discrepan frente a las causas del desplazamiento, es claro que los desplazados son quienes huyen de sus propios territorios por causa de la violencia, y, aunque esta afirmación parezca superflua, es necesario subrayar el hecho. Entonces, no se trata de *migrantes*, *turistas* o desplazados *voluntarios*, quienes se trasladan como sujetos racionales por la maximización de sus beneficios ante la falta de oportunidades de realización económica y mejoramiento de condiciones materiales de existencia; sino de

aquellos que han perdido su vivienda, entre muchos otros bienes y valores, de forma violenta y amenazante para su vida e integridad personal, así como para la de sus familiares, a causa del conflicto armado interno en su país, por el que se ven obligados a huir bien sea a otra región o a otro país. En el primer caso se habla de *desplazamiento forzado interno*, y en el segundo, estaríamos ante el ámbito internacional, donde el término descriptivo sería el de *refugiado*. La circunstancia de hecho que analizamos en la presente intervención es el desplazamiento forzado interno.

Es claro, entonces, que una de las consecuencias más evidentes y complejas de los conflictos internos es el fenómeno del desplazamiento forzado,¹ considerado por el derecho internacional humanitario como una violación de los derechos humanos cuyas consecuencias para el país afectado son tan negativas y se evidencian por tantos años que, aun cuando el conflicto cesa, se siguen sufriendo las secuelas económicas y sociales de este fenómeno.

En efecto, hoy Colombia tiene el mayor número de desplazados internos del mundo, después de Sudán, con al menos 3,5 millones; es decir, uno de cada diez colombianos es un desplazado (Castrillón, 2009). Además, esta problemática afecta de manera diferenciada a las regiones. La ciudad de Santiago de Cali, por ejemplo, tiene un índice de presión² de 0,391, que sobrepasa el *índice de intensidad*³ que hasta el 1 de agosto se encontraba en 0,181. Los índices de presión e intensidad nos permiten entender el efecto del desplazamiento sobre las entidades territoriales, las que finalmente deben llevar a cabo la implementación de medidas de prevención o mitigación del impacto sobre el territorio.

A este respecto, el Estado ha promovido distintos programas que tienen como finalidad la atención a las víctimas del conflicto armado, específicamente a aquellas que se encuentran en situación de desplazamiento. La atención a esta población es para el Estado colombiano una prioridad, o al menos así lo

1 Las Naciones Unidas definen el fenómeno del desplazamiento forzado así: “**Personas o grupos de personas obligadas a huir o abandonar sus hogares o sus lugares habituales de residencia**, en particular como resultado de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violación de los derechos humanos” (Mendoza, 2012).

2 Índice de Presión: muestra el número de individuos que llegan a un municipio/departamento sobre la población del municipio/departamento receptor por cada mil habitantes en cada vigencia, teniendo en cuenta las proyecciones de población del DANE de acuerdo con el censo de 2005.

3 Índice de Intensidad: muestra el número de individuos expulsados por un municipio/departamento sobre la población del municipio/departamento expulsor por cada mil habitantes en cada vigencia, teniendo en cuenta las proyecciones de población del DANE de acuerdo con el censo de 2005.

enuncia la Subdirección de Participación - Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas cuando dice que:

Para efectos de la priorización y diferenciación de la política, hay que tener en cuenta que las víctimas, y dentro de estas, **particularmente la población que se ha visto forzada a huir por causa del conflicto armado** constituye un grupo extremadamente vulnerable, tanto que ha sido calificado por entidades como La Cruz Roja, como: “la población más pobre, dentro de los pobres”, o la “más vulnerable de los vulnerables”, en palabras de la Corte Constitucional. (COL-OIM, 2015)

Y aunque se ha avanzado en la ruta de atención en derechos a este tipo de población, es claro que hay mucho por hacer desde el ámbito estatal, pero también desde la sociedad civil. Colombia tiene un sofisticado corpus legislativo y ha construido diversas políticas para atender a los desplazados forzosos. Sin embargo, sigue habiendo numerosos obstáculos en la forma de acatar las soluciones permanentes para el desplazamiento (Valcárcel, 2017). Es claro que requerimos ajustes en lo legislativo, también en la creación y aplicación de las políticas públicas como herramienta de focalización del gasto público, pero es claro que la sociedad en su conjunto está llamada a aportar en la construcción de país y de mejores oportunidades para “los más vulnerables de los vulnerables”.

A partir de esta idea, presentaremos la experiencia de litigio estratégico que ha llevado a cabo la clínica jurídica de la Universidad Icesi frente al macroproyecto Cien mil viviendas gratuitas –concretamente el proyecto municipal Casas de Llano Verde–, que fueron entregadas en el año 2014 y que tenían como uno de sus principales objetivos reparar el derecho a la vivienda de desplazados de distintas zonas del país.

Frente a la problemática, el Grupo de Acciones Públicas de Icesi (GAPI), que es como se ha denominado a la clínica jurídica de la Universidad Icesi, se encuentra llevando a cabo un litigio estratégico de la mano de la comunidad de Llano Verde para conseguir que el proyecto realmente responda a los objetivos propuestos, entendiendo que el derecho a la vivienda va más allá de la entrega del bien inmueble.

El GAPI, junto con el consultorio jurídico, intenta atender las demandas de la población de estratos socioeconómicos más desfavorecidos que requiere asesoría jurídica, en razón a sus condiciones de vulnerabilidad y marginalidad respecto del Estado y la estructura productiva, para defender sus garantías

constitucionales, teniendo en cuenta la falta de capital político y cohesión social para cuestionar las acciones y omisiones del Estado.

En suma, diremos que las acciones emprendidas por el GAPI se orientan a casos como el de las personas víctimas del conflicto armado, en donde se hacen notorias las condiciones de vulnerabilidad, en la medida en que se encuentran en posiciones sociales subordinadas que se intrincan y que bien pueden ser analizadas desde la perspectiva teórica interseccional. Hacia esta población se han dirigido los esfuerzos del GAPI por reivindicar las obligaciones que tiene el país de otorgar condiciones materiales de existencia para ciudadanos que han sido despojados de su vida habitual, su territorio, sus animales compañeros y que, en algunos casos, han sido sometidos a la desaparición de gran parte de sus familiares por parte de actores armados en el marco del conflicto interno.

El GAPI ha adelantado acciones jurídicas dentro del litigio estratégico denominado Llano Verde, como una acción pública de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3 del artículo 1 de la Ley 1114 de 2006, por cuanto, a pesar de ser una acción afirmativa que busca impulsar la política de vivienda de interés social, con subsidio por parte del Estado, dirigida especialmente a las personas con discapacidad, la norma no contempla la obligatoriedad de construir estas unidades habitacionales sin barreras arquitectónicas para los individuos que van a habitarlas y tampoco contempla las características demográficas de la población a la que dirige su accionar.

También, por ejemplo, el GAPI ha asesorado y ayudado activamente a población desplazada que, a causa del conflicto, ha sufrido algún tipo de discapacidad que limita su movilidad, y que, por tanto, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales cuando el Estado no le garantiza una vivienda con ajustes razonables para su diversidad funcional. La acción de tutela ha sido el mecanismo con que se ha ayudado a que estas personas vean realizadas sus garantías mínimas de dignidad cuando pueden desarrollar sus proyectos de vida en una vivienda que les permite un máximo de autonomía y de condiciones materiales para la realización de sus actividades diarias y elementales.

En suma, GAPI, como clínica jurídica, genera investigación sociojurídica a partir de la idea de que el acceso a la vivienda no es un hecho que pueda entenderse desde una acción puntual del Estado-Nación, que finaliza en el momento de entrega del subsidio, vivienda de interés social o de interés prioritario, sino que la restitución del derecho a la vivienda para población desplazada va más allá e implica que el Estado contemple soluciones que

integren seguimientos a mediano y largo plazo de los resultados en términos de beneficio social para las comunidades afectadas. Además, los proyectos de vivienda solamente restablecen los derechos del desplazado cuando ellos pueden asumir roles productivos dentro de sus nuevos territorios, cuando pueden vivir en condiciones dignas, cuando acceden a espacios de formación educativa, laboral y ciudadana, es decir, cuando son tratados de nuevo como ciudadanos (Muñoz, 2011).

Los pasos que seguirá la presente intervención para poner de presente esta problemática y las acciones que ha venido realizando el GAPI son: en primer lugar, se analizará el contenido e implicaciones del derecho a la vivienda en el caso del desplazamiento forzado interno en el ámbito de los derechos humanos; en segundo lugar, se analizará normativamente la manera en que el derecho a la vivienda en el caso de las víctimas del conflicto armado interno se ha intentado materializar por parte del Estado; en tercer lugar, se expondrá la experiencia del GAPI en el presente litigio estratégico y los aportes al cambio social que se logran desde un trabajo articulado y consciente; en cuarto lugar, se mostrarán las reflexiones encontradas dentro de las acciones adelantadas por el GAPI en las problemáticas identificadas en el caso clínico del barrio Llano Verde en la ciudad de Cali; finalmente, se presentarán las conclusiones de la disertación que ha sido planteada.

2. La vivienda en el desplazamiento desde un enfoque internacional y sus garantías

El derecho a la vivienda está establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 25, y es ampliado en cuanto a su contenido e implicaciones en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que ha sido firmado y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

Estas disposiciones señalan que, con el fin de respetar la dignidad que tiene el ser humano como cualidad anterior al establecimiento de la sociedad política y la actividad económica en forma de Estado, es inminente que en los países que son parte de estos tratados se garantice la posibilidad **real** de acceder a una vivienda adecuada.

En su Observación General 4, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU⁴ (CDESC) establece criterios técnicos que son de fundamental atención para los Estados con respecto a cumplir con las obligaciones generales que consagran los instrumentos internacionales en aras de respetar, proteger y realizar, de algún modo, el derecho a una vivienda adecuada.

Esta observación general resalta que el derecho a la vivienda incluye las siguientes siete características esencialmente relacionadas:

- **Seguridad jurídica de la tenencia:** la tenencia adopta una variedad de formas de acuerdo con los ordenamientos institucionales, formas de organización territorial y modelos económicos de los Estados, “como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad”. Independiente del modelo o política pública que se adopte en un Estado, estas acciones deben garantizar no solo una protección fáctica ante posibles vías de hecho o conflictos armados, sino también recursos e instituciones jurídicas que estén orientadas a que la persona no esté expuesta permanentemente al despojo por vía del derecho; esto genera una obligación de justicia tanto formal como material.
- **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura:** la vivienda adecuada debe otorgar la posibilidad de que los seres humanos que habitan en ella establezcan los elementos indispensables para su salud, seguridad, comodidad y nutrición. Así las cosas, el derecho a una vivienda adecuada implica tener acceso permanente a recursos como agua potable, energía/gas para la cocina, instalaciones sanitarias y almacenamiento adecuado de alimentos.
- **Gastos soportables:** los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Igualmente, esta recomendación

⁴ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos independientes, creado por la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), que supervisa y realiza observaciones acerca de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por parte de los Estados que integran el Tratado.

consagra que, en caso de ser necesario, deben adoptarse medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean en general conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados partes deberían, incluso, crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

- **Habitabilidad:** una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Evidentemente, la vivienda provista tiene que garantizar también la seguridad física de los ocupantes.
- **Asequibilidad:** la vivienda adecuada debe ser puesta en posibilidad de ser adquirida por grupos que, socialmente, se encuentran en situación de desventaja respecto de otros para acceder a los recursos necesarios, de forma plena y sostenible, para conseguir una vivienda. La política pública de vivienda debe ejecutarse teniendo en cuenta las necesidades especiales identificadas en grupos como las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales o las personas que son víctimas de un conflicto armado. Este aspecto señala que, en ciertos Estados, es fundamental establecer como el objetivo central de la política de vivienda y habitación el proveer las condiciones para que sectores rurales vulnerables tengan un acceso a la tierra con potencial productivo en situaciones de seguridad, paz y dignidad.
- **Lugar:** la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a oportunidades laborales o de emprendimiento productivo, servicios de salud, educativos, así como los necesarios para un mejoramiento de las condiciones sociales de la población objeto de la política pública; para esto es necesario que este lugar también cuente con condiciones medioambientales mínimas que garanticen la salud e integridad de las personas.

- **Adecuación cultural:** la vivienda, en cuanto a sus materiales y las dinámicas sociales, económicas y étnicas previstas en las unidades habitacionales, debe permitir la expresión de las costumbres y usos culturales diversos de quienes la van a habitar.

Los principios jurídicos introducidos en torno al derecho a la vivienda dentro de las observaciones realizadas por el CDESC han sido ratificados en cuanto a su aplicación en Colombia, teniendo en cuenta obligaciones consagradas en el PIDESC. Además, se han visto materializados estos mandatos en órdenes judiciales otorgadas a entidades de la administración pública, en el marco de sentencias de control concreto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, tal y como se analizará en el siguiente acápite.

En su Observación General 7, el CDESC estableció que los desalojos forzosos solo pueden justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional, tales como los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Incluso pueden ser materia de discusión por el hecho de consagrar la posibilidad de imponer un modelo de desarrollo sobre elementos culturales para la organización de sociedades con etnias diversas en territorios muchas veces ancestrales, lo cual genera otro debate.

Sin embargo, es de destacar que, conforme a los parámetros internacionales a los que Colombia se ha suscrito como fines comunes entre los Estados miembros, bajo ninguna circunstancia un Estado puede permitir que personas sean desalojadas forzosamente de sus sitios de habitación; paradójicamente, esta ha sido una realidad sistemática en el conflicto armado interno que ha vivido el país, con una diversidad amplia de actores y con denuncias en las cuales se afirma que, incluso, servidores del Estado han sido parte de una ola de desplazamientos forzados.

En el caso del desplazamiento armado interno, las disposiciones que han adaptado los organismos de derechos humanos en cuanto al acceso a una vivienda adecuada se han intentado recopilar en dos instrumentos orientadores para los Estados en el diseño de este enfoque de su política pública interna de acceso vivienda: los principios rectores de los derechos de los desplazados y los principios *Pinheiro*.

Los principios rectores de los derechos de los desplazados (llamados también principios *Deng*) se orientan a instar a los Estados de la comunidad internacional

a desarrollar acciones afirmativas, conforme a ciertas garantías, para responder a las preocupaciones que despiertan las migraciones de población víctima del desplazamiento forzado a grandes centros urbanos, donde tantas veces son revictimizados con marginación económica y social y obligados, ante la falta de oportunidades para el desarrollo de sus capacidades, a vivir en círculos de inseguridad e insalubridad.

Los principios *Pinheiro* desarrollan ampliamente los criterios que deben tenerse en cuenta en el diseño e implementación de planes de Restitución de Viviendas y Patrimonio sobre el Terreno, para que las personas desplazadas puedan volver a sus sitios de origen y convivir en paz en sus territorios, buscando de este modo que los Estados en sus territorios propendan por una reconstrucción profunda del tejido social afectado por la confrontación violenta.

En el siguiente acápite observaremos la manera en que estas preocupaciones e instrumentos desarrollados por organismos de derecho internacional se han integrado en las normas y órdenes judiciales dentro del Estado colombiano, para definir sus obligaciones respecto de estos instrumentos y de las necesidades de la población víctima del desplazamiento forzado.

2.1 La vivienda como derecho de las víctimas del conflicto armado

El régimen constitucional y político anterior a 1991 en Colombia se sustentaba en una organización decimonónica como Estado de derecho, bajo la idea de que las leyes expedidas por los representantes elegidos popularmente bastaban para hacer realidad la forma de gobierno establecida en el texto constitucional, y que, por esta vía, la garantía de los derechos ciudadanos, de la dignidad y de la propiedad se iban a ver satisfechos mediante el otorgamiento de “igualdad y libertad formal” que proporcionaba el poder político.

Como se ha observado en numerosos escenarios, no solo en Colombia, la constitución como Estado de derecho no logró hacer frente a la conflictividad social y económica, en términos de desigualdad material y de falta de garantías en cuanto a condiciones de existencia y desarrollo humano para la población: la administración pública no se plantea como objetivo la provisión, ni siquiera, de una vivienda para garantizar la subsistencia de su población.

En gran medida, este fenómeno se ha explicado a partir de que el anterior régimen constitucional ni siquiera se proponía otorgar condiciones básicas a los ciudadanos en materia, por ejemplo, de vivienda. Las leyes soberanas

emitidas por un órgano previamente constituido para tal fin como el Congreso de la República tampoco fueron eficaces para contener el creciente conflicto armado interno que generó millones de desplazados y muchas personas sin un techo bajo el cual vivir en Colombia. Además, es indudable que este conflicto mostraba imágenes desgarradoras de las llamadas víctimas, su desespero por ser atendidas y la solidaridad que se suscitan entre quienes viven su vida *al margen* de la guerra eran y aún hoy son los rostros del conflicto armado.

Una vivienda adecuada, como parte de un nivel de vida adecuado, es parte esencial para poder hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales: objetivo fundamental para un Estado como Colombia en el siglo XXI. Por supuesto, una vivienda adecuada no debe entenderse únicamente limitada al concepto de tener un *techo básico*.

Un Estado constitucional y democrático se propone que la sociedad que pretende conformar promueva entornos nacionales apropiados para el desarrollo de políticas públicas, acciones afirmativas y prácticas administrativas que permitan hacer frente a las necesidades de vivienda a largo plazo por los cambios poblacionales. Esto, por supuesto, implica que el Estado adelante acciones para propender a la regulación de la provisión de vivienda por parte del sector privado mediante la construcción de planes de ordenamiento territorial adecuados y con reglas técnicas de diseño que permitan estos fines.

Estos factores descritos alentaron el surgimiento de una suerte de nuevo pacto constitucional en 1991, superior a esta ley soberana, con el fin de restablecer y reorientar las finalidades del Estado, para constituir un régimen constitucional de “Estado social de derecho” que, por lo menos, consagre como objetivos y obligaciones el proveer a las personas que habitan el país de elementos básicos para la subsistencia. Es claro que con ocasión de este tipo de conflictos se hace necesario que los Estados propongan acciones jurídicas y políticas claras que permitan mitigar las consecuencias de un conflicto que también fue producto de las graves omisiones de un Estado que no respondía a las necesidades de sus ciudadanos.

De este modo, se consagra en el artículo 51 de la Constitución de 1991 el derecho a la vivienda, el cual ha venido siendo desarrollado tanto por los jueces en su función de control constitucional como por los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de derechos humanos, de obligatorio cumplimiento para el Estado.

De manera directa, el artículo 51 de la Constitución Política consagra el acceso a una vivienda digna como un derecho de todas las personas, y esto obliga a Colombia, con su proclamación como Estado social de derecho, a fijar las condiciones necesarias para hacerlo realidad a través del diseño y promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas de financiación de vivienda a largo plazo, e igualmente a unir esfuerzos entre entidades para que dichos planes se hagan realidad, interpretación que se desprende de la Sentencia T-314 de 2012, expedida por la Corte Constitucional.

El impacto del desplazamiento tiene consecuencias funestas sobre el perfil psicológico de las víctimas, pero el impacto también resulta en el plano económico, como lo demuestra el estudio microeconómico del conflicto adelantado por la Universidad de los Andes (Ibáñez Londoño, 2008), donde se enuncia, entre otros elementos, que la migración forzada mina la capacidad de los hogares para emprender actividades productivas en los municipios de recepción y, por ende, sus ingresos y consumo se deterioran en el corto plazo. Por tal razón, la garantía del derecho a la vivienda digna se hace uno de los fines fundamentales para la reconstrucción de una paz estable y duradera en el país y para la supervivencia del actual orden constitucional en la realidad.

Asimismo, es necesario entender que la cimentación de la paz se realiza desde los diferentes ámbitos y que tanto desde lo público como desde lo privado se pueden consolidar estrategias que permitan la construcción de paz; por lo anterior y desde nuestra mirada, las universidades no pueden dejar de lado la realidad descrita sin detalle en los párrafos anteriores. Es deber de la academia cumplir su función social y no apartarse de las problemáticas sociales que aquejan al país, toda vez que la educación es una herramienta poderosa y por siempre reconocida como un elemento fundante para la construcción de culturas de paz y legalidad con miras humanistas y democráticas. La necesidad de la inclusión de la academia en los procesos de construcción de paz se sustenta entre otras cosas por la idea de que las guerras parten de las opiniones en las mentes de aquellos que luego empuñan las armas, y así lo asegura en su preámbulo la Constitución de la UNESCO, donde se proclama lo siguiente: “puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”.

Es claro que el derecho a la vivienda no se materializa con la sola mención en el artículo 51 de la Constitución; es necesario que el Estado cree programas y

proyectos en pro de la implementación real de este derecho constitucional, y es evidente también que el Gobierno debe decidir cómo realizar la focalización de los recursos existentes para que se cumpla este derecho. Colombia tiene índices de pobreza importantes, acompañados de un déficit de vivienda considerado grave por la ONU Hábitat, con lo cual los criterios de política pública y los programas de vivienda deben ser por excelencia los que fomenten la vivienda de interés social subsidiada dirigida a quienes no poseen los recursos necesarios para pagar una vivienda digna o adecuada. Sin embargo, si a eso le agregamos el fenómeno que hemos enunciado del desplazamiento forzado, resulta evidente que se debe también priorizar a aquellos que fueron desplazados de sus hogares y que además tienen en riesgo la propia vida.

Y aunque los documentos oficiales del Gobierno dejan claro que reconoce plenamente la problemática de las víctimas, la política pública, y específicamente la política social, ha estado construida *desde arriba*, con serias limitaciones a la participación de las comunidades en su planeación. Es decir, el problema no recae sobre el desconocimiento de la problemática de falta de vivienda para las víctimas, o sobre la falta de descripción densa sobre la misma problemática, sino que más bien se trata de una orientación de la creación de política social que pretende avanzar en la consecución de planes y proyectos *desde arriba*.

Existen numerosos pronunciamientos judiciales que enfatizan la necesidad de que el Estado constitucional, en su labor de tramitación pacífico de intereses y de otorgamiento de bienestar social de manera progresiva para la población, en los términos de los tratados internacionales que se han suscrito, desarrolle acciones y cumpla órdenes orientadas a hacer realidad el derecho a la vivienda digna de uno de los sectores más vulnerables de la sociedad: las víctimas del desplazamiento forzado interno.

En concreto, la Sentencia T-821 del 2007 de la Corte Constitucional colombiana reconoce los principios rectores de los derechos de las personas desplazadas y los principios *Pinheiro*, que versan especialmente sobre el derecho a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio de las personas desplazadas internamente. A pesar de ser doctrina internacional acerca del derecho a la vivienda adecuada y, por tanto, no establece criterios taxativos y coercitivos para los Estados parte en materia de realización de acciones concretas, sí determina principios guía para orientar las políticas públicas. Estos principios guía integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato y, por tanto, deben ser tenidos en cuenta.

El principio 18 de los rectores de derechos de la población desplazada consagra la garantía de un nivel adecuado de vida como un mínimo que debe ser proporcionado por el Estado, así como los principios 28 y 29 consagran el derecho a ser restituidos en cuanto a la posibilidad de regresar voluntariamente a los sitios de origen de los que fueron desarraigados: en este mismo sentido se orientan los principios *Pinheiro*, guía principal que debe seguir la política pública de un Estado con el fin de “aplicar los Principios sobre la Restitución de Viviendas y Patrimonio sobre el Terreno”, que es a lo que se han orientado los entes internacionales. Estos principios se ven materializados en el numeral 8 del artículo 28 de la Ley 1448 del 2011, en la cual se consagra como un derecho de las víctimas del conflicto armado el regresar a su lugar de origen de manera voluntaria en condiciones dignas y toda la normatividad referente al capítulo 4 de la mencionada ley, el cual contempla la restitución de la vivienda.

Este enfoque en la jurisprudencia constitucional en cuanto a la obligación del Estado de suplir este déficit habitacional de vivienda digna contrasta con el contemplado en las sentencias T-585 de 2006 y T-851 del 2012, en las cuales se determinan las condiciones para que una persona en situación de vulnerabilidad socioeconómica, especialmente tratándose de una víctima de desplazamiento forzado, vea realizado su derecho: estas sentencias acogen los criterios descritos en la observación número 4 del CDESC, que fueron explicados en el acápite anterior y se integran como vinculantes para quienes diseñan y ejecutan políticas públicas en materia de vivienda para población vulnerable.

Los decretos 2190 de 2008, 1921 de 2012 y el 2411 de 2015 determinan las condiciones y la oferta de vivienda para la población víctima del conflicto armado interno; sin embargo, nos centramos en las dificultades que entraña la implementación de estas directrices, que no han logrado materializar las obligaciones constitucionales y convencionales del Estado colombiano en cuanto a proporcionar condiciones materiales de existencia dignas en materia de vivienda a personas que han sido víctimas del despojo forzado de sus bienes materiales y morales en sus sitios de habitación anteriores.

Las aproximaciones que aquí tendremos hacia la política de vivienda y específicamente hacia los proyectos y programas derivados de ella se centran en el enfoque de la implementación, ya que es ahí donde se hace posible interpretar la eficacia y efectividad del accionar estatal. Los programas de atención a víctimas y específicamente a desplazados han sido criticados por la academia en la medida en que se considera “que mantiene[n] tendencias asistencialistas

que generan dependencia y que impiden la adecuada superación de la condición de vulnerabilidad” (Jiménez, 2012). Sin embargo, aunque esta discusión sobre el asistencialismo es claramente necesaria, nuestro interés no es plantear una discusión en términos de la política pública desde el enfoque de los estudios políticos, sino que más bien hemos enfocado nuestros esfuerzos como clínica jurídica en el análisis de los programas que finalmente son los que llegan a los ciudadanos y las posibilidades de mejora que pueden aplicarse desde la adopción de un enfoque sociojurídico.

3. Las clínicas jurídicas aportan al cambio social: la experiencia del GAPI en la exigencia del derecho a la vivienda digna

La exigencia del derecho a la vivienda digna desde un ejercicio pedagógico sociojurídico realmente impacta de manera positiva no solo la vida de quienes ven un aporte significativo a la concreción de sus derechos, sino también la de quienes forman parte del proceso de defensa. En este caso particular, el GAPI, ejerciendo como clínica jurídica de la Universidad Icesi, obtuvo beneficios pedagógicos importantes al plantear como uno de sus objetivos el uso de herramientas jurídicas para su construcción teórica como un problema de interés público. En este apartado enunciaremos de qué manera las clínicas jurídicas sostienen, además de intereses pedagógicos, una profunda relación con la búsqueda del cambio social, y cómo a través de un caso particular se logró abanderar una estrategia de litigio para la exigencia del cumplimiento del derecho a la vivienda digna con impacto en toda una comunidad.

56

3.1 La enseñanza clínica del derecho como aporte al cambio social

La enseñanza clínica del derecho es una alternativa a la enseñanza clásica de los elementos constitutivos de la abogacía, donde se da prioridad pedagógica a lo relacionado con la práctica, con el hacer, pero también donde se concentra la atención de los procesos en el estudiante y en su capacidad de aprender, más que en la capacidad del docente de enseñar contenidos.

Las clínicas jurídicas surgen en Estados Unidos hacia finales del siglo XIX (Torres, 2013, p. 711) y se consolidan en el siglo XX (Villarreal y Courtis, 2007, p. 5) como espacios que, sin pretender sustituir del todo el método tradicional de enseñanza, suponen aumentar las habilidades del estudiante, sobre todo en su

capacidad de argumentar, contextualizar, analizar y actuar frente a casos jurídicos reales. Se trata, entonces, de reconocer que “la preparación adecuada para el ejercicio práctico del derecho requiere un entrenamiento teórico y práctico” (Villarreal y Courtis, 2007, p. 7). La educación clínica surge como una reacción a esa enseñanza del derecho que priorizaba la memoria, los códigos y al docente como agente conocedor (Courtis, 2007). Uno de los principales referentes del cambio sustancial entre enseñar derecho desde los libros y enseñar derecho desde la realidad es Jerome Frank, quien propone la figura de la clínica jurídica, cuyo método de enseñanza del derecho distaba del hasta entonces imperante método de casos propuesto por Christopher Columbus Langdell. Frank se preguntaba: ¿por qué no dejar que los estudiantes observen directamente la materia objeto de su estudio, con los profesores actuando como intérpretes que iluminan lo que se observa? A través de sus escritos, propuso una nueva mirada sobre la enseñanza del derecho donde teoría y práctica podrían estar constantemente entrelazadas y donde el estudiante “Podría considerar ‘problemas estrictamente jurídicos’ a la luz de otros estudios sociales (mal llamados ‘ciencias sociales’) como la historia, la ética, la economía, la política, la psicología y la antropología” (Frank, 2007, p. 73).

Esta tradición y nuevos métodos llegaron a América Latina hacia la década de los sesenta (Morales, 2004, p. 23), con el objetivo no solo de integrarse como un elemento transformador de la enseñanza jurídica, sino también en aras de mejorar la relación universidad-comunidad a través de la prestación de servicios legales gratuitos. Posteriormente, a mediados de los años noventa se aprecia una nueva ola de creación de clínicas jurídicas de interés público; fue en esta época que se constituyeron las clínicas jurídicas colombianas.⁵ Se destaca como primera clínica del país al Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, creado en 1999, seguido de otras como la Clínica de Interés Público de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, la Clínica Jurídica en Interés Público de la Universidad de Medellín (Udem) y el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi, de Cali, entre otros (Toro, 2016).

Todas estas apuestas sobre clínicas jurídicas del país surgieron de reflexiones y acciones similares, reflexiones sobre la justicia social y los derechos humanos

⁵ Beatriz Londoño Toro realiza una distinción mucho más particularista de los momentos históricos en que surgen y se desarrollan las clínicas jurídicas iberoamericanas, planteando tres generaciones (1960-1980, 2000-2010, 2010-hoy). Para ahondar en estos recuentos históricos, ver Toro (2015).

(Toro, 2016, p. 120), así como de acciones relacionadas con el litigio estratégico para promover y resguardar el interés público.⁶ Todos estos esfuerzos por consolidar la ola de clínicas jurídicas no se detienen: el país sigue en una constante ampliación del modelo clínico; muestra de ello son las intervenciones cada vez mayores y más diversas de los congresos de clínicas jurídicas realizados anualmente en Colombia.

Es importante para este análisis enunciar que hay características propias de la enseñanza clínica del derecho y que persiste una distinción entre los espacios llamados clínicas jurídicas y los consultorios jurídicos. Las principales diferencias se relacionan con el enfoque, el número y tipo de clientes, los beneficiarios, los métodos empleados, los fines perseguidos y el tipo de regulación existente.

Los consultorios conservan en Colombia un enfoque que bien podría llamarse asistencialista, mientras que las clínicas jurídicas fomentan estrategias diversas para llevar a cabo litigios de alto impacto, además, procurando incentivar a las comunidades a ser generadoras de sus propios procesos de cambio. Es decir, las clínicas van más allá de acciones jurídicas puntuales y buscan ampliar la protección de derechos apalancando otras estrategias extrajurídicas, por lo que se enfocan no solo en personas de escasos recursos, sino también en sujetos, comunidades u organizaciones a las que se les ha vulnerado sistemáticamente un derecho.

En cuanto a los beneficios, los consultorios generalmente benefician con su accionar a una persona en particular, mientras que las clínicas jurídicas, al tratar temas de interés público y buscar realizar acciones incluso en políticas públicas locales o nacionales, generan cambios que potencialmente benefician a conglomerados sociales. Por otra parte, los consultorios emplean métodos tradicionales para abordar los problemas jurídicos, mientras que las clínicas de manera estratégica promueven litigios que implican recursos no jurídicos. Esta diferencia en los métodos está íntimamente relacionada con los fines perseguidos, ya que en el caso de los consultorios se busca que los estudiantes practiquen las diversas áreas del derecho la mayor cantidad de veces posible, mientras que

6 Resguardar “el interés público significa, en esta perspectiva, velar por el buen funcionamiento del sistema democrático, por la sujeción de las autoridades a los principios y reglas de un Estado de Derecho, por la garantía efectiva de los derechos humanos, por la participación ciudadana en el quehacer público y por otros aspectos análogos” (Morales, 2004, p. 37).

en las clínicas jurídicas se reciben menos casos, pero se profundiza más en la investigación de la problemática que subyace al caso (Toro, 2015).⁷

Queda claro, entonces, que –aunque las clínicas y los consultorios jurídicos persiguen un objetivo pedagógico que bien puede entenderse como similar, ya que pretenden empoderar al estudiante de derecho en sus competencias como futuro abogado desde la exposición a la práctica– las clínicas jurídicas tienen pretensiones explícitas no solo pedagógicas, sino también de cambio social.

Por lo tanto, la clínica no solo debería formar abogados en la práctica jurídica, para que sean los mejores en su profesión, sino que también debe formar ciudadanos, conscientes de sus propios contextos y con voluntad política para ser agentes de cambio. De ahí que uno de los desafíos más grandes de las clínicas sea cómo formar a los estudiantes para que, siendo agentes de cambio, tengan herramientas teóricas que les permitan ser sujetos con pensamiento crítico, que logren entender desde el multiperspectivismo⁸ situaciones de opresión como la pobreza, la desigualdad de género, la discriminación por discapacidad, entre otros fenómenos.

Las clínicas operan a través de la metodología de la enseñanza clínica del derecho, y frente a las características de este método se encuentran varias configuraciones. Una de las que se considera más completa es la de Javier Gonzaga. Este autor nos presenta el método clínico desde la articulación de tres elementos clave:

- a) la enseñanza-aprendizaje del derecho por medio de actividades académicas teórico-prácticas (materias teórico-prácticas) asociadas a las líneas de intervención priorizadas por la Clínica, b) las actividades

7 Para encontrar una caracterización de similitudes y diferencias entre estos dos espacios de práctica jurídica, ver Beatriz Londoño Toro (2015).

8 El multiperspectivismo se concibe desde la pedagogía como la capacidad del estudiante para analizar una problemática social desde diferentes perspectivas, por lo que se espera que el estudiante logre comprender los hechos desde el punto de vista de los diferentes actores, no únicamente desde su visión como investigador o sujeto que analiza. Además, se espera que logre identificar coincidencias y diferencias entre los intereses de los actores, relacionando sus roles, ideologías y cosmovisiones. Todo ello con el ánimo de que el estudiante logre evaluar una posible solución que tenga la potencia de anticipar los impactos durante la implementación frente a los diversos actores (Rico, 2019). Esta es una competencia que se encuentra descrita en el Proyecto Educativo Institucional de la Universidad Icesi (Universidad Icesi, 2017), cuyo cumplimiento corre por cuenta de cada una de las asignaturas, ya que es una destreza transversal que fomenta la capacidad de participación social y política.

de extensión y capacitación a la comunidad como un componente de proyección social del saber y un vehículo constante de retroalimentación de los procesos de la clínica y c) la investigación socio-jurídica con base en diversas metodologías de acción-participación. (Gonzaga, 2016, pp. 2-3)

Poniendo en práctica esta metodología y en su labor de buscar la justicia social a través de elementos sociojurídicos, las clínicas que funcionan a partir de casos reales⁹ realizan intervenciones en comunidades que no tienen la posibilidad de pagar un abogado de manera particular o que requieren una intervención compleja, incluida la asistencia jurídica para lograr resolver conflictos de alto impacto. En estos espacios, entonces, se entiende al estudiante como un agente transformador, como un sujeto que puede incidir en las dinámicas sociales (Mugarra y Martínez, 2018), proponiendo acciones específicas en pro de grupos tradicionalmente vulnerados o en contra de prácticas de exclusión o discriminación social, con lo cual las clínicas se pueden reconocer como articuladoras de un proyecto político que encuentra en la función social de las facultades la posibilidad de generar cambios normativos y políticos.

3.2 La importancia del litigio estratégico en el caso de estudio

Para las clínicas jurídicas, especialmente en América Latina, ha sido fundamental encontrar fórmulas adecuadas para manejar los problemas sociales que aquejan a las comunidades. En algunos países latinoamericanos el litigio estratégico se reconoce como una herramienta a través de la cual se logra la ampliación de derechos (Quintero, 2016). Es por ello por lo que la figura del litigio de alto impacto o litigio estratégico toma un lugar central, no como una mera técnica, sino como una metodología que le apuesta a las promesas de inclusión e igualdad material propias del derecho. Según la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas, el litigio estratégico puede comprender: una estrategia jurídica, social, política, educativa o de seguridad (Litigio Estratégico, 2019); todas estas aristas

⁹ Algunos autores han realizado distintas tipologías para clasificar las clínicas jurídicas. En este caso, se analizó la tipología de Puga (2002) y a partir de ahí se identifica que estos aportes metodológicos solo aplican para aquellas clínicas que trabajan sobre situaciones reales y que por ello realizan intervenciones en campo para resolver problemas sociojurídicos reales. La literatura anglosajona distingue entre: Live-cliente clinic, Simulation clinic, Externship program, University based or “in house” clinics, Community-based clinics. Por su parte, en Latinoamérica existe una variedad menor de tipos de clínicas; se habla de clínicas que lidian con situaciones reales y clínicas que trabajan sobre un patrón de hechos que están basados en hechos reales, pero no implica intervención en campo.

o formas de intervenir un problema tienen, desde el punto de vista investigativo, la posibilidad de combinar la intervención jurídico-comunitaria (Quintero, 2016), poniendo de presente la complejidad de la realidad social y haciendo uso de herramientas distintas al derecho, para llevar a cabo aportes al entorno local, nacional o internacional.

Algunos autores precisan que hay tres componentes clave del litigio estratégico: el jurídico propiamente, el político y el comunicativo (Correa, 2008). Existen litigios estratégicos donde el componente jurídico puede llegar a tener preeminencia; sin embargo, el ideal se encuentra cuando los tres componentes están en igualdad, es decir, cuando la problemática se considera desde su complejidad y se aproximan a ellas con el apoyo de herramientas de múltiples disciplinas y ciencias, pero además donde la comunidad tiene un papel central como coequipero y generador del cambio.

Para las clínicas jurídicas de Latinoamérica ha resultado importante pensar las estrategias de litigio desde una visión de trabajo mancomunado que incluya no solo la intervención de las comunidades como agente casi central del proceso, sino también la construcción de lazos con aliados estratégicos, cuyo rol es fundamental, ya que han permitido que las clínicas se inserten en redes de incidencia que hacen que las apuestas por litigios particulares se sumen a otras iniciativas de mayor envergadura o aceptación por parte de las comunidades.

En el caso concreto, el litigio estratégico llevado a cabo tuvo en cuenta los componentes tanto jurídicos como políticos. Igualmente, se realizaron acciones comunicacionales que ponían de presente que este es un problema de interés público, se socializó suficientemente las acciones llevadas a cabo desde lo jurídico en medios de comunicación y a través de espacios educativos que fijaron la mirada en el asunto no resuelto del acceso a la vivienda digna en uno de los barrios insignias de la ciudad de Cali, por pretender ser un espacio de construcción de paz urbana.

En adelante, plantaremos elementos específicos del litigio estratégico que se llevó a cabo en el caso particular del programa de vivienda de interés prioritario, propuesto por el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, llamado 100 Mil viviendas gratuitas, que nació como respuesta a la problemática de acceso a la vivienda que sufrían los hogares en situación de extrema pobreza; muchos de estos, víctimas del desplazamiento forzado interno como gran hecho generador de déficit habitacional en Colombia y cuyo corpus jurídico fue formalizado mediante la Ley 1537 de 2012.

Este programa pretende entregar 100 mil viviendas, en un plazo de 2 años, y tiene como objetivo central seguir avanzando en el cumplimiento de las metas del Gobierno de crear empleo y reducir la pobreza en Colombia. **El programa de las 100 mil viviendas gratis da prioridad a las familias desplazadas**, a las que hacen parte de la Red Unidos y a los sectores más vulnerables. También, un porcentaje de viviendas en cada proyecto será destinado a los hogares afectados por los desastres naturales o que habiten en zonas de alto riesgo no mitigable. (Minvivienda, 2013)

3.3. Cali, gran receptor del desplazamiento forzado

En el año 2012, el gobierno del expresidente Juan Manuel Santos creó un programa de alcance nacional para la construcción de cien mil viviendas 100% subsidiadas, que al año 2015 y según cifras del Gobierno presentaba los siguientes avances:

Figura 1



Tomado de: <https://www.minvivienda.gov.co/viceministerio-de-vivienda/viviendas-100-subsidiadas>

El programa de las viviendas 100% subsidiadas nació como respuesta del Gobierno nacional a la realidad de un país donde el desplazamiento y la pobreza son evidentes. Miles de hogares que viven en situación de extrema pobreza y que

debido a la violencia fueron desplazados de sectores rurales no logran acceder a un crédito para obtener su vivienda por los mecanismos tradicionales que ofrece el mercado; por tanto, requieren de programas de vivienda subsidiada.

Dentro de los 283 proyectos que surgieron de este programa de gobierno, fueron destinadas urbanizaciones específicas para población víctima del conflicto, ya que según el mismo programa era necesario dar prioridad a las familias que hacen parte de la Red Unidos y a los sectores más vulnerables. Uno de los proyectos bandera en el departamento del Valle del Cauca fue la urbanización Llano Verde, construida en la ciudad de Cali en la Comuna 15, ubicada en la zona oriente de la ciudad, caracterizada por su marginalidad y escaso desarrollo urbanístico.

Durante el período 1996-2014, Santiago de Cali fue, de acuerdo con cifras oficiales de la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, una de las cuatro ciudades que recibieron mayor cantidad de migrantes (Ríos Cobas, 2016). Hacia el año 2009 se consideraba una de las nueve ciudades que mayor población desplazada recibían en el país y, según las recomendaciones para la política pública y la exigibilidad del derecho a la vivienda que fueron

Figura 2
Desplazamiento - Personas
Territorial Valle - Cali



*Elaboración propia a partir de datos de la RNI - Red Nacional de Información.
Fecha de corte: 1 de agosto de 2018.*

presentadas por Torres y Vargas (2009), se encontraba dentro de las ciudades prioritarias para la ejecución de la política social para el restablecimiento de derechos de la población desplazada. Y, aunque han pasado nueve años, la afirmación de estos autores sigue vigente; el panorama no ha cambiado lo suficiente como para creer que la tarea está cumplida.

Si bien es cierto que en los últimos años la cantidad de desplazados que llegan a la ciudad de Cali se ha reducido (según cifras de la RNI - Red Nacional de Información), es claro que uno de los problemas más estructurales de este tipo de población es no gozar del derecho a la vivienda digna. Quienes se encuentran en situación de desplazamiento forzado a causa de haber sido permeados por el conflicto armado requieren acciones afirmativas para alcanzar el ideal de vivienda digna propuesto en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia.¹⁰ Cali no ha sido solo un lugar de paso, sino que, en muchos casos, grandes cantidades de desplazados se han convertido en *vecinos* y han reconstruido sus vidas en torno a la añoranza de Cali como su nuevo hogar:

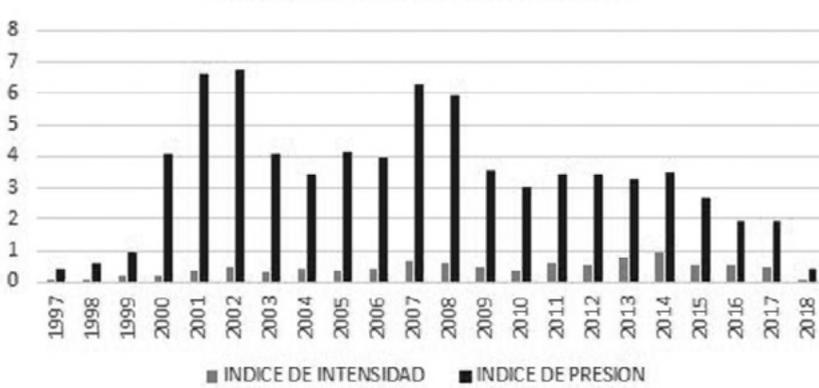
Yo llegué a Marroquín¹¹ con mis hijos cuando no aguanté más estar allá. Cuando llegamos nos recibió un amigo que también era desplazado, pero él sí llevaba varios meses aquí. (Habitante de Llano Verde, Cali, fragmento de una entrevista semiestructurada, 2018)

64 Cali significa para muchos la oportunidad de construir vida nueva lejos de los sonidos tormentosos del conflicto. Sin embargo, entre los años 2006 y 2015 la ciudad no mejoró, por ejemplo, en sus cifras de “población viviendo en tugurios”, ya que, según cifras del Departamento Administrativo de Planeación DAP, el 7,0% de la población total vive en estas condiciones indignantes; además, según el censo de habitantes de la calle del 2015, por cada 100 000 habitantes existen 93,2 personas sin hogar. Las anteriores cifras, y otras muchas, lo que nos demuestran es que Cali, aun siendo una ciudad de saludos calurosos, no está preparada cuantitativa ni cualitativamente para garantizar el derecho a la vivienda digna a las personas que han sido desplazadas de sectores en conflicto.

10 De acuerdo con las bases de datos de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para el 1.º de marzo de 2015 se habían incluido 170 404 personas en Cali en el Registro Único de Víctimas (RUV).

11 José Manuel Marroquín es un barrio de la Ciudad de Cali ubicado en la comuna 14 al suroriente de la ciudad. Esta comuna tiene el 97.8% de su espacio ocupado para vivienda; muy poco destinado a actividades recreativas o socioambientales.

Figura 3
Índices de Intensidad y Presión
Valle del Cauca - Cali



*Elaboración propia a partir de datos de la RNI - Red Nacional de Información
 Fecha de corte: 1 de agosto de 2018.*

Los índices de intensidad y de presión que muestra la gráfica sostienen la afirmación de que la ciudad requiere múltiples esfuerzos para adoptar como suyos a aquellos desplazados del conflicto que buscan en ella un hogar. El índice de intensidad muestra el número de individuos expulsados por un municipio sobre la población del municipio expulsor por cada mil habitantes en cada vigencia. Según la gráfica, Cali ha sostenido su índice de intensidad en porcentajes bajos desde 1997 hasta el 2018. Esto tiene una explicación lógica en cuanto a que Cali no ha sido una ciudad con gran presencia del conflicto armado; pero, en contraposición a ello, encontramos que el índice de presión, que es el número de individuos que llegan a un municipio sobre la población del municipio receptor por cada mil habitantes en cada vigencia, supera por mucho al índice de intensidad, y esto quiere decir que Cali debe responder con políticas públicas de atención a los migrantes con urgencia. Y, aunque el índice ha disminuido, esto no hace la diferencia, ya que el derecho a la vivienda ha de ser garantizado al acumulado de personas que se han ido asentado en la ciudad desde inicios del conflicto.

Cali, entonces, debe avanzar en la búsqueda de soluciones complejas para la problemática de vivienda digna. Y ya que, de acuerdo con los informes elaborados por la Defensoría del Pueblo y la Contraloría, las medidas tomadas por

el Gobierno para atender el déficit habitacional están centradas en su mayoría en el componente de accesibilidad económica, es pertinente realizar acciones que complementen los programas de vivienda que ya han sido implementados en la ciudad, como es el caso de Llano Verde.

Según enunció GAPI en el *Informe Sombra relativo al derecho a un nivel de vida adecuado: vacíos del programa de vivienda gratuita para la garantía plena del derecho a vivienda de personas con discapacidad*, los programas del Gobierno se limitan a garantizar la entrega de los subsidios en dinero o cien por ciento en especie, en el caso de la vivienda gratuita, ignorando otros derechos conexos al derecho a la vivienda, como a la dignidad, la salud, la educación, el acceso a una la infraestructura de servicios, el ambiente sano, la movilidad, la seguridad y la convivencia. Es por esto por lo que a partir de acciones jurídicas el GAPI intenta fortalecer este proyecto de vivienda, llamando la atención del Estado para que reconozca que un proyecto de vivienda debe entenderse en un contexto más amplio.

Llano Verde es un caso importante para evaluar esta problemática, ya que desde su creación fue pensado como un espacio para la reintegración de víctimas del conflicto armado. Sin embargo, los habitantes de este barrio siguen teniendo problemas para gozar de una vivienda digna. Aunque es evidente que la población víctima del conflicto tiene una relación directa con hechos violentos y que ello puede dar lugar a algún tipo de discapacidad física, este proyecto no tuvo en cuenta diseñar las viviendas bajo los principios de un diseño universal. Esto ha condicionado a las personas con discapacidad beneficiarias del proyecto a tener que vivir en una casa que las confina a no poder movilizarse libremente y a estar en constante dependencia para, por ejemplo, acceder a las baterías sanitarias que se encuentran ubicadas en el segundo piso de la vivienda. Frente a esta problemática, GAPI ha asesorado a los habitantes del barrio para que puedan adelantar las tutelas solicitando los ajustes razonables necesarios.

Es claro que la progresividad de los DESC puede consolidarse por medio de luchas individuales, como se evidencia en las acciones de tutela. Es por eso por lo que GAPI ha asesorado ya a un total de 48 familias susceptibles de presentar tutela para ajuste razonable. De estos casos, seis han sido resueltos a favor de las familias, que hoy tienen la posibilidad de ampliar su autonomía por medio de la concesión de un ajuste razonable para las viviendas en las que habitan. Sin embargo, para GAPI la aplicación de los DESC va más allá de las

acciones individuales; es decir, se requieren acciones jurídicas más amplias y de carácter estructural que permitan hacer real el precepto de la progresividad de los DESC. De ahí que la Acción Pública de Inconstitucionalidad sea la apuesta más potente en este litigio.

La Ley 1114 de 2006 modifica la Ley 546 de 1999, el numeral 7 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 6.º de la Ley 973 de 2005 y destina recursos e indica las condiciones de la vivienda de interés social. Esta ley en el parágrafo 3 del artículo 1 enuncia que:

Las autoridades municipales y distritales exigirán a todos los proyectos de vivienda la obligatoriedad de disponer el uno por ciento (1%) de las viviendas construidas y en los proyectos de menos de cien (100) viviendas de una de ellas para la población minusválida (Población con discapacidad). (Congreso de Colombia, 2006)

Aunque esto se considera una acción afirmativa, es claro que destinar un porcentaje específico, sin un sustento estadístico actualizado, puede conducir a que la norma no contemple la obligatoriedad de construir estas unidades habitacionales sin barreras arquitectónicas para los individuos que van a habitarlas y tampoco contempla las características demográficas de la población a la que dirige su accionar. Por lo tanto, se solicita a la Corte revisar este parágrafo y, en su lugar, posicionar el diseño universal de las viviendas de interés social como un derrotero de la política social.

Además de estas acciones, se adelantan otros acercamientos con la administración pública solicitando mejoras en la infraestructura del barrio, sobre todo para la población con discapacidad que habita allí.

En abril 7 de 2015 la Alcaldía de Santiago de Cali presentó un documento llamado *Urbanización Llano Verde, Gestiones para equipamiento Comunitario*. En él se presentaron los lineamientos con los que el nuevo barrio quedaría equipado. En ese momento, se dijo que serían entregados espacios físicos que permitirían la consolidación de un entorno físico, urbano y social acorde a una solución habitacional integral para los ciudadanos que habitarían allí. A continuación, se detallan los espacios físicos y las fechas estimadas en ese documento para la entrega de dichos lugares.

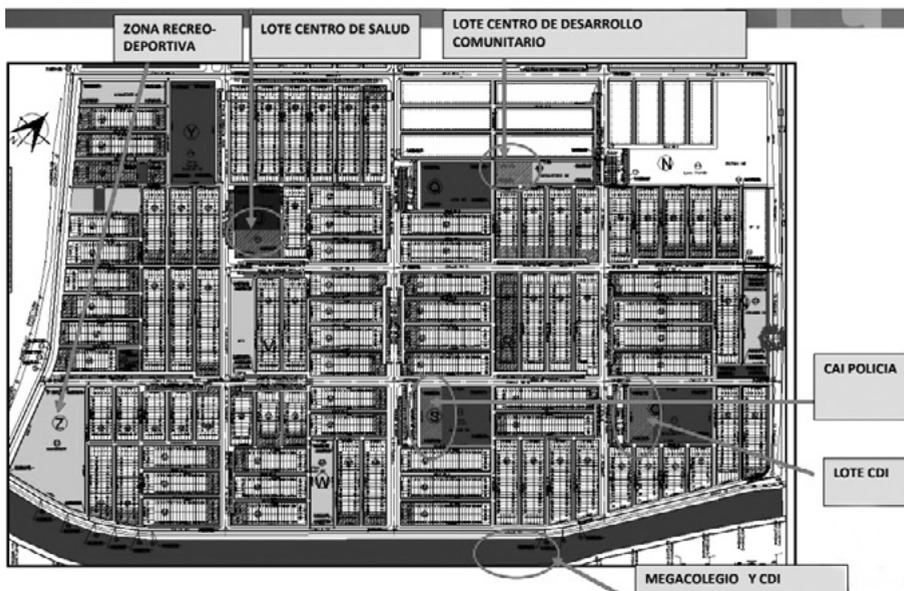
Tabla 1

Espacio físico por entregar	Fecha estimada
Megacolegio localizado en el predio El Corbatín.	Diciembre 2015.
CDI Llano Verde: Ubicado en el interior del barrio Llano verde (Manzana «O»). – Costo: \$2.454.545.456 – Área del lote: 1.262 m ² – Capacidad atención: 150 niños	31 de diciembre de 2015.
CDI Ciudadela CaliDA: ubicado en el desarrollo habitacional Ciudadela CaliDA, en un lote frente al barrio Llano Verde – Costo: \$2.454.545.456 – Área del lote: 4575 m ² – Capacidad atención: 300 niños	31 de diciembre de 2015.
ESE Oriente – Centro de Salud: Lote de 1492 m ² en la manzana U7 para la construcción del Centro de Salud Llano Verde.	Se iniciaría la obra a finales de noviembre de 2015 y duraría aproximadamente ocho (8) meses.
C.A.I.	Entregado
Escenario Deportivo Llano Verde. El escenario deportivo incluirá: • Una pista de patinaje • Sendero de trote • Cancha múltiple • Espacios de actividad pasiva para el adulto mayor y personas en situación de discapacidad.	FINDETER (Financiera de Desarrollo Territorial S.A) adelantaba los estudios y diseños a través de la firma consorcio Findeter 05, para su entrega y aprobación de licencias de construcción. Una vez fueran aprobados los diseños, el Gobierno Nacional y Municipal socializaría el proyecto de este equipamiento colectivo ante la comunidad.
CDC: En el lote de la manzana Q10 de la Urbanización Llano Verde, se construiría el Centro de Desarrollo Comunitario – CDC. La edificación estaría ubicada entre las Calles 56 y 56A, entre las carreras 47 y 47D.	Se tenía a la fecha aprobado un Confis para los estudios y diseños del proyecto, cuyo concurso de méritos saldría a contratación durante el II trimestre de 2015, y la ejecución de la obra, para el II semestre del mismo año. Sin fecha de entrega estimada.

Fuente: *Elaboración propia*

En términos amplios, el proyecto quedaría así:

Figura 4



Fuente: Documento Urbanización Llano Verde, Gestiones para equipamiento Comunitario

Aunque estos eran los compromisos de la administración frente a los nuevos propietarios de las viviendas de Llano verde, esto no se cumplió a cabalidad y la presencia de GAPI en el sector ha permitido realizar respetuosas solicitudes al Estado para que se haga cargo de estos compromisos.

Los habitantes de Llano Verde hoy sufren la ausencia de manera significativa de uno de los espacios físicos más ansiados, el centro de salud, que al 2015 ya contaba, según datos de la Alcaldía, con la licencia de ocupación de intervención en espacio público y los estudios médicos arquitectónicos. Este centro de salud sería construido en 3 plantas (1.^{er} piso: 666 m², 2.º piso: 793 m² y 3.^{er} piso: 25 m²), pero a la fecha no ha sido entregado a la comunidad para su uso.

Luz Marina García fue desplazada de Granada, Antioquia, donde vivió durante gran parte de su vida, con su familia, sus amigos, su empleo y, por supuesto, su entorno campesino. Ella hoy es dueña de una de las viviendas

de la urbanización Llano Verde y cada día recuerda agradecida el día en que le otorgaron la vivienda gratuita. Sin embargo, y dado que tiene una hija con discapacidad de 17 años de edad, no deja de pensar en las carencias del barrio al que le tocó trasladarse por culpa del conflicto armado.

Llano Verde para ella fue la solución que en su momento le permitió resguardar su propia vida y la de los suyos de un conflicto que afectó psicológicamente a toda su familia y que no les dio tregua. Pero hoy lamenta que el centro de salud del barrio no esté en funcionamiento, pues para ella resulta dispendioso y costoso trasladarse con su hija al Hospital Carlos Holmes Trujillo, que queda a 4.1 kilómetros de su barrio, lo que le implica 25 minutos más o menos en un taxi o un transporte ilegal llamado “pirata”; para ella es muy difícil usar el transporte público masivo MIO, ya que la enfermedad de su hija es una parálisis cerebral severa que la mantiene casi acostada en una silla de ruedas.

El caso de la señora Luz Marina no es el único, y como ella muchos habitantes de Llano Verde hoy se preguntan qué ha pasado no solo con el centro de salud, sino también con el Centro de Desarrollo Infantil CDI y los espacios deportivos que el Gobierno les prometió para la urbanización y que no han sido entregados en su totalidad por razones que ellos desconocen, ya que ni siquiera han sido informados del porqué de los retrasos en las obras.

Aunque el caso del centro de salud es el más crítico, también hay otras cuestiones que atender y es por esto por lo que el GAPI ha adelantado solicitudes a las entidades responsables, solicitando, por ejemplo, el mejoramiento en las rutas de transporte, los ajustes razonables a las estaciones de transporte cercanas al barrio y la construcción de pasos peatonales aptos para personas que usen sillas de ruedas para movilizarse, entre otras.

Es importante mencionar que estas acciones sociojurídicas estuvieron siempre acompañadas de una visión estratégica para que se lograran impactos, por lo que constantemente se establecieron como derroteros la formación jurídica básica a los colectivos de vecinos del barrio Llano Verde, las alianzas estratégicas con la Red de personas con discapacidad del Valle (Redisvalle) y la Federación de personas con discapacidad del Valle (Fedisvalle). De la misma manera, se expuso en medios de comunicación internos de la Universidad Icesi, pero también en medios reconocidos como *Ámbito Jurídico*, la experiencia de litigio que se realizaba y las diferentes ganancias tanto pedagógicas como en territorio de estas acciones de interés público.

Así luce hoy Llano verde:

Figura 5



Foto tomada de Google Maps el 18 de septiembre de 2018.

Figura 6



Foto tomada de Google Maps el 18 de septiembre de 2018.

Las adecuaciones de los espacios más esperados, como el colegio, los centros de desarrollo infantil y el centro de salud, aún no han sido resueltas. Así es como lucen algunos de estos espacios que fueron registrados en una salida de campo realizada con los estudiantes del GAPI en mayo de 2018. Sin embargo, la comunidad se encuentra más informada de la situación específica de estas obras y ha tramitado a modo propio una serie de derechos de petición que, de alguna manera, presiona a la municipalidad para dar respuesta a la problemática.

Figura 7



Figura 8
Colegio y CDI Ilano Verde



Figura 9



Figura 10

Centro de Salud. Aún no se encuentra en funcionamiento



Conclusiones

El proceso de litigio estratégico que se adelanta de la mano de la comunidad desplazada que ha sido ubicada en el proyecto de vivienda gratuita Casas de Llano Verde ha permitido evidenciar que este grupo de personas y familias se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad en términos de las implicaciones socioeconómicas que genera el desplazamiento forzado; en particular, frente al ejercicio del derecho a la vivienda en condiciones de dignidad. Entendemos que son diversas las barreras que enfrentan los desplazados que se ven abocados a migrar a los grandes centros urbanos de nuestro país y que la transformación de esta situación pasa por atender no solo el derecho a la vivienda, sino también a la salud y la recreación, entre otros.

La intervención en este proyecto ha permitido a los integrantes del GAPI comprender que las políticas de vivienda que han de estar dispuestas a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos deben tener una mirada integral, lo que implica que no solo se preste atención al número de viviendas por ser entregadas o al tipo de material de las viviendas en sí mismas, sino que además se atienda lo que la ONU Hábitat ha definido como calidad habitacional, que comprende el entorno físico y climático y el entorno urbano y social como elementos claves para generar soluciones habitacionales que contribuyan al desarrollo integral de una comunidad.

Si bien este proyecto mejoró la calidad de vida de quienes no tenían una vivienda propia y digna, se quedó en el camino de construir espacios de paz y convivencia, ya que aún hoy hay retrasos en las obras que tienen que ver con el entorno físico, urbano y social que, en últimas, es lo que permite que exista una verdadera mejoría en la calidad de vida.

Es satisfactorio para la clínica estar aportando a la resolución de la problemática que aquí se presentó. Los estudiantes del Grupo de Acciones Públicas han desarrollado un genuino interés por los proyectos relacionados con este litigio, lo que ha permitido consolidar un equipo de trabajo que reconstruye su pensamiento sobre el derecho desde el análisis situado y que le apuesta cada vez más a la construcción de proyectos transdisciplinarios. Aunque no es propio del derecho, para el desarrollo de este litigio se usan metodologías de las ciencias sociales como la observación participante, las entrevistas, las historias de vida, entre otras, y ello ha conducido a fomentar inquietudes académicas en los estudiantes de derecho que integran la clínica. Esto les permite un abordaje

más integral de los diferentes fenómenos sociales a los que se enfrentarán en el ejercicio de su profesión.

Es importante reconocer que en futuras investigaciones es prioridad evaluar el impacto de este litigio estratégico en las diferentes variables mencionadas, político, jurídico y comunicacional, desde la perspectiva de la comunidad que apoyó y fue impactada positivamente

Referencias

- Beloff, M. y Clérico, L. (2011). *¿Dictar o enseñar? La experiencia de Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho en la constitución de un espacio de reflexión sobre la práctica docente en la UBA. Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho*, 9(17), 163-174.
- Castrillón, A. (2009). *MIGRANTS OR DISPLACED? Revista de economía Institucional*, 11(20), 445-451.
- Colombia - OIM. (2015). *Políticas Públicas para las Víctimas. Participax... la ruta de los derechos*. Repositorio OIM.
- Correa, L. M. (2008). Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho. *Opinión Jurídica*, 7(14), 149-162.
- Courtis, C. (2007). La educación clínica como práctica transformadora. En M. Villarreal y C. Curtis, *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados* (pp. 9-24). CLIP/ITAM.
- Frank, J. (2007). Una defensa de las escuelas de abogados. En M. Villarreal y C. Curtis, *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados* (pp. 35-72). CLIP/ITAM.
- Gonzaga Valencia Hernández, J. (16-18 de noviembre de 2016). *El método clínico como articulación de investigación y práctica en la enseñanza del derecho*. V Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales, Métodos, metodologías y nuevas epistemologías en las ciencias sociales: desafíos para el conocimiento profundo de Nuestra América, Mendoza, Argentina.
- Ibáñez Londoño, A. M. (2008). *El desplazamiento forzoso en Colombia: Un camino sin retorno hacia la pobreza*. Universidad de los Andes.

- Jiménez, J. M. (2012). Modelos de implementación de las políticas públicas en Colombia y su impacto en el bienestar social. *Analecta política*, 2(3), 141-164.
- Litigio Estratégico. (2019). Red Latinoamericana de Clínicas jurídicas. Recuperado de <http://www.clinicasjuridicas.org/litigio-estrategico.htm>
- Mendoza Piñeros, A. (2012). El Desplazamiento Forzado en Colombia y la intervención del estado (Forced Displacement and State Intervention in Colombia). *Revista de Economía Institucional*, 14(26), 169-202.
- Ministerio de vivienda. (2013). 100 Mil viviendas gratis. <https://www.minvivienda.gov.co/viceministerio-de-vivienda/viviendas-100-subsidiadas>
- Morales, F. G. (2004). *El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*. Universidad de Deusto.
- Mugarra Elorriaga, A. y Martínez de Bringas, A. (2018). La Clínica Jurídica Loiola: un proyecto de lucha por la justicia social. *Oñati Socio-legal Series [online]*, 8(4), 488-503. <http://ssrn.com/abstract=3163676>
- Muñoz Conde, M. y Pachón García, N. (2011). La calidad de vida y la situación de pobreza de la población desplazada (2008-2010). *Cuadernos de Economía*, 30(55), 179-216.
- Puga, M. (2002). *Los desafíos de las clínicas jurídicas en Argentina*. *Litigio y políticas públicas en Derechos Humanos*, 41-93.
- Quintero Mosquera, D. P. (2016). Litigio estratégico comunitario: retos para su sostenibilidad en las Facultades de Derecho. *Precedente*, 9, 45-80. <https://doi.org/10.18046/prec.v9.2425>
- Rico Gómez, C. A. (2019). *Desarrollo de pensamiento multiperspectivista en Ciencias Sociales: un asunto de transposición didáctica* [Trabajo de grado, Universitaria Agustiniiana]. Repositorio Institucional Universitaria Agustiniiana. <https://repositorio.uniagustiniana.edu.co/bitstream/handle/123456789/766/RicoGomez-CarlosAlberto-2018.pdf?sequence=4>
- Ríos Cobas, M. A. (2016). *Vivienda para víctimas del conflicto armado: acciones de política social en el distrito capital* (Tesis de grado). Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/20557>

- Ruiz, H. E. (2016). Del cambio epistemológico al cambio de prácticas: la implementación de clínicas jurídicas desde una perspectiva constructivista en Argentina. *REDU: Revista de Docencia Universitaria*, 14(1), 347-376.
- Toro, B. L. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*. Universidad del Rosario.
- Toro, B. L. (2016). Los cambios que requieren las clínicas jurídicas iberoamericanas. Estudio de caso en seis países de la región. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49(146), 119-148.
- Torres Tovar, C. A. y Vargas Moreno, J. E. (2009). Vivienda para población desplazada en Colombia: recomendaciones para la política pública y exigibilidad del derecho. *Revista Inwi*, 24(66), 17-86.
- Torres Villarreal, M. L. (2013). La enseñanza clínica del derecho: una forma de educación para el cambio social. La experiencia del grupo de acciones públicas de la Universidad del Rosario. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(119), 705-734.
- Universidad Icesi. (2017). Proyecto Educativo Institucional PEI (1.ª ed.). <https://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/pei/PEI-Aprendizaje-Activo.pdf>
- Valcárcel, A. y Samudio, V. (2017). Colombia: soluciones duraderas para los desplazados forzosos. *Migraciones Forzadas Revista*, (56), 28-29.
- Villarreal, M. y Courtis, C. (Eds.). (2007). *Enseñanza clínica del derecho: Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. CLIP, Clínica Legal de Interés Público.
- Zabalza, M. A. (2002). *La enseñanza universitaria: el escenario y sus protagonistas*. NARCEA.

Ezequiel Abásolo*

Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina)
ezequielabasolo@gmail.com

**La cultura jurídica argentina en la actividad
intelectual de la Corte de Oro colombiana
(1935-1940). Una mirada a partir del examen
de las publicaciones de la Gaceta Judicial**

*The Argentine Legal Culture in the Intellectual Activity
of the Colombian Corte de Oro (1935-1940). A Look
at the Gaceta Judicial Publications*

*A cultura jurídica argentina na atividade intelectual
da Corte de Oro colombiana (1935-1940). Um olhar
desde as publicações da Gaceta Judicial*

Artículo de reflexión: recibido 17/04/2022 y aprobado 21/07/2022

* Graduado universitario en Derecho y en Historia por la Universidad de Morón (Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad Católica Argentina. Profesor Titular Regular (catedrático) de Historia del Derecho en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad de Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia (Argentina). Director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires). Miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho y la Justicia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2529-0468>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5485>

Cómo citar:

Abásolo, E. (2022). La cultura jurídica argentina en la actividad intelectual de la *Corte de Oro* colombiana (1935-1940). Una mirada a partir del examen de las publicaciones de la *Gaceta Judicial. Precedente*, 21, 79-90. <https://doi.org/10.18046/prec.v21.5485>



Resumen

En esta contribución se examina, aplicando un instrumental histórico jurídico específico, la presencia alcanzada por la cultura jurídica argentina durante el período 1935-1940 en la actividad de la *Gaceta Judicial*, medio de difusión del superior tribunal colombiano. Se arriba a la conclusión de que durante esta época, y en función de múltiples intereses de los juristas locales, se incrementó considerablemente la presencia de contenidos jurídicos relacionados con lo argentino.

Palabras claves: historia constitucional; historia del derecho; derecho argentino; cultura jurídica.

Abstract

This contribution examines, applying a specific historical legal methodology, the presence reached by the Argentine legal culture during the period 1935-1940 in the activity of the *Gaceta Judicial*, a medium for the Colombian superior court. The investigation concludes that during this time, and based on several interests of local jurists, the presence of legal content related to Argentina increased considerably.

Keywords: Constitutional History; History of Law; Argentine Law; Legal Culture.

Resumo

Esta contribuição examina, aplicando uma metodologia histórico jurídica específica, a presença alcançada pela cultura jurídica argentina durante o período 1935-1940 na atividade da *Gaceta Judicial*, meio de divulgação do tribunal superior colombiano. Conclui-se que nesse período, e com base em múltiplos interesses de juristas locais, a presença de conteúdo jurídico relacionado à Argentina aumentou consideravelmente.

Palavras-chave: história constitucional; história do direito; direito argentino; cultura jurídica.

Introducción

En esta contribución, vinculada al proyecto IUS-UCA (2019-2021) de la Universidad Católica Argentina –“Conservar, adaptar, reformar, sustituir. Itinerarios de las mudanzas en la codificación y en el constitucionalismo argentinos durante la primera mitad del siglo XX y sus vinculaciones con otras experiencias iberoamericanas” (Código 800 201901 00003 CT)–, la cual participó de las discusiones del XI *Encuentro del Instituto Colombiano de Historia del Derecho* –oportunidad que agradezco a la generosidad de los colegas Jacqueline Blanco Blanco, Andrés Botero Bernal y Mario Cajas Sarría–, me dirijo a recrear algunos aspectos de un período particular de la actividad intelectual de la *Gaceta Judicial*, medio de difusión de las tareas del superior tribunal colombiano. Mi pretensión concreta consiste en identificar y ponderar la repercusión de la cultura jurídica argentina en este medio editorial, aplicando para ello un instrumental conceptual específico, relativo a las modalidades y alcances de la circulación regional horizontal de ideas y de experiencias normativas.¹

En cuanto a la época comprendida, me circunscribo mayormente al período entre 1935 y 1940, durante el cual, mientras la cultura jurídica colombiana hacía gala de un extendido *afrancesamiento* (López Medina, 2004, pp. 290 y ss.), la Corte Suprema del país era objeto de una importante transformación bajo los impulsos del presidente Alfonso López Pumarejo. O sea, me ocupo –con alguna flexibilidad cronológica de mi parte, lo aclaro– de la denominada “Corte de Oro”, cuerpo que ha sido estudiado con enjundia por el profesor Cajas (2014, p. 243). En cuanto a la situación particular de la *Gaceta Judicial* en aquel entonces, cabe recordar que durante estos años su dirección se trasladó a manos de Julián Motta Salas (1935, p. 1), quien, tras suceder a Fernando Garavito, pretendió insuflar “nuevos rumbos” a la publicación, haciendo de ella “una amplia casa espiritual en que se acojan las mejores producciones jurídicas, así nacionales como extranjeras”.

83

Presencia argentina en la jurisprudencia colombiana antes de la irrupción de la *Corte de Oro*

A diferencia de lo que aconteció desde las últimas décadas del siglo XIX con la vigorosa presencia de la doctrina y de la legislación chilenas,² la cultura

1 Explico los alcances teóricos de mi propuesta en Abásulo (2014, p. 20).

2 Al respecto, véase Fernando Hinestrosa (2006, p. 24).

jurídica argentina no parece haber generado mayor impacto en Colombia, al menos hasta mediados de la década del treinta del siglo XX. Así las cosas, por el momento solo he conseguido identificar dos alusiones al derecho argentino en la jurisprudencia colombiana previa a la conformación de la Corte de Oro. En cuanto a la primera, se trata de un voto particular emitido en noviembre de 1928 en autos «Pablo E. Sabogal González» por parte del penalista Parmenio Cárdenas, quien por aquel entonces se desempeñaba como vicepresidente de la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Colombia. En esta oportunidad se pretendió refutar una posición doctrinaria dirigida a desconocer diferencias substanciales entre los delitos y las contravenciones, para lo cual se mencionó como próximo al criterio discutido el del penalista argentino Rodolfo Rivarola (*Gaceta Judicial*, s. f., p. 217). A título de curiosidad, téngase presente que Cárdenas dice haber tomado la referencia del jurista argentino del *Programa del curso de Derecho Criminal*, de Francesco Carrara, lo cual no es correcto. Aun cuando por el momento no consigo determinar la autoría del texto que proporcionó la información a Cárdenas –por ahora, sospecho que fue uno de Enrique Ferri o de alguno de sus colegas y/o discípulos italianos–, lo cierto es que de ninguna manera pudo tratarse del *Programa* de Carrara, cuya primera edición data de 1867, mucho antes de que Rivarola publicase sus opiniones.

La segunda mención que conseguí localizar corresponde al tribunal superior de Pasto. Se trató de una sentencia fechada el 31 de agosto de 1933 que redactó el magistrado Gerardo Martínez Pérez. En ella, y sin dar cuenta de su fuente de información, se advierte que

84

la necesidad de distinguir entre sociedades de derecho y sociedades de hecho no se presenta en las legislaciones modernas donde ha cambiado la teoría sobre la sociedad, y en las que para que ella exista no se requiere más que el conjunto de los elementos reales que le dan vida. Tal sucede, por ejemplo, en la legislación argentina, en la moderna española y otras. (Citada y glosada por Moreno Jaramillo, s. f., p. 451)

Algunas referencias al derecho y a la cultura jurídica argentinos en la *Gaceta Judicial* durante los años de la *Corte de oro*

Durante el período específico bajo estudio, en las páginas de la *Gaceta Judicial* aparecieron, aquí y allá, varias alusiones sueltas al derecho argentino. En cuanto

a la normativa civil, por ejemplo, en el marco de amplias referencias al derecho comparado, un artículo de un autor chileno reproducido en la revista citó los artículos 621 y 1351 del código civil argentino.³ En cuanto al mismo código, el magistrado colombiano Hernán Salamanca también aludió al contenido de sus disposiciones. En concreto, se trató del artículo 325, considerado equivalente al 135 del código español.⁴ Por otra parte, mientras que para el antioqueño Obdulio Palacios M. (1936, p. 296) no debía juzgarse extemporánea en pleno siglo XX la opinión del autor intelectual de la Constitución argentina de 1853, Juan Bautista Alberdi, conforme con la cual gobernar es poblar, para el magistrado Pedro Gómez Naranjo resultó valioso invocar como sustento de un voto propio el régimen legal argentino en materia de radiodifusión, plasmado en un reglamento de 3 de mayo de 1933.⁵ De análoga manera, dominado por la intención de incorporar a la normativa colombiana el instituto de las sociedades de responsabilidad limitada, Miguel Moreno Jaramillo (1936, p. 107) se encargó de dar a conocer entre sus compatriotas la ley argentina correspondiente, promulgada el 8 de octubre de 1932. Su interés motivó también que se dedicase a proporcionar algunas noticias sobre los antecedentes de esta ley, los cuales tomó de la *Revista Crítica de Jurisprudencia*, publicación quincenal que en Buenos Aires dirigían Nicolás e Isaac Halperín.⁶ En el caso de este aporte de Moreno Jaramillo, advierto una curiosa situación: se trata de un viaje intelectual de ida y vuelta, en la medida en que la publicación colombiana terminó resultando objeto de comentario rioplatense en la prestigiosa revista de *Jurisprudencia Argentina* (1935, p. 25), la cual lo calificó como un “interesante trabajo... sobre ‘Sociedades’”.

3 Se trata de Bernardo Larraín Vial (1941, p. 315).

4 Salvamento de voto del magistrado Hernán Salamanca, en la sentencia dictada el 26 de abril de 1940 en autos “Jorge Horacio Osorio” sobre filiación natural (*Gaceta Judicial*, 1940, p. 79).

5 Salvamento de voto del magistrado Pedro A. Gómez Naranjo en la sentencia de la Sala Plena de 7 de octubre de 1936, que declara inexecutable algunas disposiciones del decreto 1365 de 1935, por el cual se reglamenta la concesión de licencias para la instalación y explotación de estaciones radiodifusoras. *Gaceta Judicial*, t. 44, p. 27.

6 Sobre Isaac Halperín puede consultarse “Biografía de Isaac Halperin escrita por su hijo David Andrés Halperin”, en <https://beltrangambieryelicam.blogspot.com/2020/06/biografia-de-isaac-halperin-escrita-por.html>

Origen de las alusiones a lo argentino en la *Gaceta Judicial*

Si bien por el momento he conseguido identificar algunas experiencias de contacto directo colombiano con las fuentes originales argentinas de los materiales rioplatenses reproducidos en la *Gaceta Judicial*, lo que parece haber predominado fueron accesos indirectos. En cuanto a un ejemplo de consulta inmediata de los materiales argentinos, puedo referirme al caso del tomo 45, n.º 1925, de la *Gaceta Judicial* –correspondiente a julio de 1937–, en el cual se reprodujo al completo un artículo de Alberto Schoo titulado “La cláusula oro en los contratos”, y que se publicó inicialmente en la Argentina en enero de 1937, como parte del n.º 276 de la revista porteña *Seguros y Bancos*. Entiendo que este material sería un fragmento del libro del mismo autor –futuro profesor de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires–, denominado *La cláusula oro: las obligaciones a oro ante la ley, la doctrina y la jurisprudencia. El derecho comparado*, editado también en 1937 en Buenos Aires, con un total de 520 páginas.

Sin embargo, y tal como ya lo adelanté, en la mayor parte de las ocasiones las noticias sobre la cultura jurídica argentina dadas a conocer en Colombia parecen haber tenido origen indirecto; generalmente como ingrediente de colaboraciones forenses de autores extranjeros. Un ejemplo de lo dicho lo brinda el artículo que Hans M. Semon le dedicó al tema: “El debate oral en el procedimiento civil de Alemania”. En este trabajo, reproducido en Colombia a partir de la revista mexicana *La Justicia*, se aseguraba que los principios del procedimiento civil alemán eran parcialmente diferentes a los “de otros sistemas como el argentino” (*Gaceta Judicial*, 1937a, p. 693). En cuanto expresión de lo alambicado de los caminos adoptados en la circulación de ideas y de productos normativos en América Latina, vale la pena recordar aquí que unos meses más tarde este mismo artículo, traducido al portugués por Rui de Oliveira Santos, formó parte del volumen LXXIV, fascículo 419, de la *Revista Forense*, una de las publicaciones jurídicas más prestigiosas del Brasil. Dos años más tarde, los materiales que integraron el referido fascículo se volvieron a editar en el último país citado, esta vez bajo formato de libro y con la coordinación del profesor paulista Francisco Antônio de Almeida Morato. Se le asignó como título colectivo *Processo oral*.

Otro ejemplo de origen indirecto de la erudición jurídica relativa a lo argentino lo proporciona el artículo “Responsabilidad por el pago de cheque falso”, del brasileño Carlos Medeiros Silva, inicialmente aparecido en la *Revista Forense* carioca de diciembre de 1936. En esta colaboración, traducida al castellano por

el director de la *Gaceta Judicial*, Julián Motta Salas, no solo se reprodujeron y comentaron los artículos 809 y 810 del código de comercio argentino, sino que además se efectuó una larga y sustanciosa transcripción del *Derecho Comercial Argentino* del tratadista Carlos Malagarriga. Sobre este material, bien vale la pena recordar la advertencia efectuada por el editor colombiano, en cuanto a que “las exposiciones brasileira y argentina” reproducidas en el artículo debían leerse en Colombia “con las reservas que impongan las diferencias de legislaciones” (*Gaceta Judicial*, 1937b, p. 299).

Principales argumentos argentinos en las páginas de la *Gaceta Judicial*

Ahora bien, las tres más interesantes referencias a la cultura jurídica argentina aparecidas en las páginas de la *Gaceta Judicial* colombiana de la época –ponderación personal, para la cual, en el primer caso, he tenido en cuenta el reconocimiento intelectual que la mención argentina implicó; en el segundo, la centralidad asignada a los argumentos oriundos de la Argentina; y en el tercero, la relevancia del debate colombiano en el que participó la opinión argentina citada– tuvieron acogida durante el período comprendido entre julio de 1935 y diciembre de 1937. Se publicaron, respectivamente, en los tomos 42, 43 y 44 de la revista.

En cuanto al primer caso, conservado en el tomo 43 de la *Gaceta*, este tuvo lugar con motivo de la réplica que el ministro Enrique Zuleta Ángel dirigió contra un comentario jurisprudencial de Valerio Botero Isaza. Con estilo agudo y mordaz, Zuleta Ángel no tuvo reparos en subrayar las profundas diferencias doctrinales que lo enfrentaban a Botero Isaza, jurista que, según él, al estar dotado de una “natural inclinación a lo antiguo” –y que lo habría impulsado a rechazar sistemáticamente “las nuevas creaciones doctrinarias y jurisprudenciales”–, encontraba mal que la Corte colombiana no se inspirase “ya en Demolombe, en Moulton y en Laurent, sino en las obras contemporáneas”. A juicio de Zuleta, Botero no quería

que en Colombia se abandone la Escuela de la Exégesis; no comprende por qué hayan de estudiarse los tratadistas modernos: no se resigna a que aquí Geny, Planiol, Josserand, Capitant, Bartin, Demogue, Picard, Bonnetcase, etc., destronen a Marcadé y a Huc; no admite que, existiendo la obra de don Fernando Vález, tan fuertemente saturada del *Précis* de

Baudry Lacantinerie, se aprovechen las obras posteriores a Geny, cuyo tratado sobre los métodos de interpretación marcó el comienzo de una nueva era en el Derecho Civil de los pueblos latinos.

Ahora bien, fue al rematar su fulminante diatriba que Zuleta aludió a lo argentino. En efecto, refiriéndose al nuevo “signo de los tiempos” jurídicos, fue entonces que enumeró el elenco de los nueve juristas latinos que para él ameritaban mayor atención. Los ocho primeros eran europeos: cuatro franceses y cuatro italianos. El noveno era un argentino, Alfredo Colmo.⁷

El segundo caso correspondió al tomo 44, n.º 1920 y 1921, de la *Gaceta*, ejemplar en el cual se reprodujo en abril de 1937 –procedente de la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 15, n.º 1 (1937), la cual, a su vez, había hecho lo propio a partir de la *Tulane Law Review*, t. X, de febrero de 1936– un artículo del abogado norteamericano F. Bayar Rives, titulado “La simulación y algunos conceptos análogos en el Derecho Anglosajón. Estudio de derecho comparado”. En esta contribución, vinculada con la resolución del caso *Strongin vs. International Acceptance Bank*, fallado en abril de 1934 por los magistrados del segundo circuito de las cortes de apelación norteamericanas (p. 248), se reprodujeron varias cláusulas del código civil argentino, y se acudió en varias oportunidades, además, a las enseñanzas proporcionadas por la quinta edición de la parte general del *Tratado de Derecho Civil Argentino* de Raymundo Salvat, publicada en 1931. Conforme la propia explicación de Bayar Rives, en las notas a su artículo recurrió “libremente” a

88

las leyes, textos y jurisprudencia argentinos [...], no sólo porque el fallo principal norteamericano considerado en el texto dependía del derecho argentino, sino porque el Código Civil de la Argentina abarca los antiguos principios de la simulación en forma que es a la vez más detallada y más conforme con la doctrina moderna que lo son los preceptos de alguna otra legislación civil conocida por el autor. La jurisprudencia argentina, basada en los artículos de dicho Código, es por lo tanto prolija e ilustrativa. (*Gaceta Judicial*, 1937, p. 594)

7 Notas de Eduardo Zuleta Ángel a los comentarios del doctor Valerio Botero Isaza (*Gaceta Judicial*, 1935, p. 46).

El tercer caso se suscitó a finales de 1937, en oportunidad de ventilarse ante la Corte colombiana la constitucionalidad de la ley 10 de 1934, cuyo artículo 14 consagró el beneficio para los trabajadores en relación de dependencia de una indemnización tarifada en el caso de resultar despedidos sin causa. En este expediente el procurador rechazó una pretensión de los actores dirigida a aplicar en Colombia el criterio adoptado por la Corte Suprema argentina el 10 de septiembre de 1936 en autos «Pedro Saltamartini», en la medida en que estos la sentencia del tribunal reconoció que se vulneraban derechos adquiridos.⁸ Cabe señalar que, en el salvamento de su voto particular, el ministro Eleuterio Serna –quien reprodujo varios trechos de la sentencia argentina a partir de su lectura en la revista porteña *Gaceta del Foro*– dejó sentado que su criterio favorable al estándar argentino.⁹

Consideraciones finales

Terminada nuestra reconstrucción de los contenidos argentinos reproducidos o aludidos en la *Gaceta Judicial* colombiana durante el período en estudio, resulta factible concluir que los mismos fueron variados y que su presencia se incrementó considerablemente respecto de lo que venía aconteciendo en los años anteriores. El fenómeno, por otra parte, no parece haber escapado a la extendida tendencia a la circulación horizontal de ideas y de experiencias jurídicas latinoamericanas característica de la época. Asimismo, se puede constatar la existencia de una pluralidad de intereses colombianos respecto de la cultura jurídica argentina; inclinación que, en el caso de algunas manifestaciones, parece también haber contado con reciprocidad argentina. Aunque por el momento quede mucho camino por recorrer antes de responder con precisión sobre la índole y alcances de los concretos mecanismos de circulación de ideas a los que se recurrió, lo que parece quedar claro es que la curiosidad y la correlativa empatía colombiana respecto de la cultura jurídica argentina obedeció al menos a dos factores: por un lado, a la exigencia de ofrecer respuesta a desafíos sociales y económicos equivalentes; por otro, a la percepción de que tanto argentinos como colombianos

⁸ Esta sentencia puede consultarse al completo en el tomo 176, página 26 y siguientes, de la *Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*.

⁹ El salvamento de voto completo que Eleuterio Serna emitió el 12 de noviembre de 1937 puede consultarse en *Gaceta Judicial* (1937b, pp. 703 y ss.)

integraban una comunidad conceptual orlada por lecturas comunes, entre las cuales se destacaba un selecto elenco de autores europeos renovadores.

Referencias

- Abásolo, E. (2014). Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX. En E. Abásolo (Dir.), *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias* (pp. 11-21). Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- Cajas Sarria, M. (2014). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991: De la Regeneración al régimen militar, 1886-1958*. Universidad de los Andes/Universidad Icesi.
- Gaceta Judicial. (1935). 43(1897).
- Gaceta Judicial. (s. f.). 36(1832).
- Gaceta Judicial. (1937a). 45(1926).
- Gaceta Judicial. (1937b). 45(1929).
- Gaceta Judicial. (Junio de 1940). 51(1970).
- Hinestrosa, F. (2006). El Código Civil de Bello en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 10, 5-27.
- 90 Jurisprudencia Argentina. (1935). 52.
- Larraín Vial, B. (1941). La teoría de la lesión en el derecho comparado. *Gaceta Judicial*, 50 (1964 y 1965).
- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- Moreno Jaramillo, M. (s. f.). Sociedad. *Gaceta Judicial*, 42.
- Moreno Jaramillo, M. (1936). Sociedades. *Gaceta Judicial*, 43(1904).
- Motta, J. (15 de julio de 1935). Prelección. *Gaceta Judicial*, 42.
- Palacio, O. (1936). Presunción de medianería. *Gaceta Judicial*, 43(1907 y 1908).

Alan E. Vargas Lima*

Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (Santa Cruz, Bolivia)
alanvargas4784@gmail.com

El derecho a la prueba y su tutela judicial efectiva en Bolivia. Desarrollo doctrinal y su tratamiento en la legislación comparada, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional**

The Right to Proof and Its Effective Judicial Protection in Bolivia. Doctrinal Development and Its Treatment in Comparative Legislation, as Well as In the Jurisprudence of the Plurinational Constitutional Court

O direito de prova e sua proteção judicial eficaz na Bolívia. Desenvolvimento doutrinário e seu tratamento na legislação comparada, bem como na jurisprudência do Tribunal Constitucional Plurinacional

Artículo de investigación: recibido 06/04/2022 y aprobado 17/05/2022

* Abogado especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA); miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional - Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS - Bolivia) y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN - Bolivia); miembro honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) - Capitulo Bolivia; miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional AAJC (Argentina), de la Asociación

Juristas de Iberoamérica (ASJURIB); y secretario académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6372-7870>

** Una versión preliminar del presente trabajo fue expuesta inicialmente en las Primeras Jornadas Nacionales en Derecho Probatorio y Derecho Procesal, organizadas por la Cámara de Industria y Comercio de Potosí, que se realizaron de forma virtual del 23 al 26 de septiembre de 2021. De igual manera, fue presentado en el Segundo Congreso Internacional Especializado en Derecho Procesal, organizado por Directus - Escuela Especializada en Estudios Legales y auspiciado por la Dirección de Posgrado de la Universidad Pública de El Alto (UPEA, Bolivia), que se llevó adelante en formato virtual (vía Zoom), del 13 al 16 de octubre de 2021, en homenaje al Día Nacional del Abogado en Bolivia. Posteriormente, el texto adicionado con mayores datos de jurisprudencia constitucional fue expuesto como ponencia magistral en el ciclo de conferencias auspiciado por el Vicerrectorado de la Universidad Técnica de Oruro, Bolivia, en fecha 22 de octubre de 2021; así como mediante videoconferencia internacional en el Ciclo de Diálogos sobre Desarrollo, Empresa e Sociedade – DDES, promovido por el Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília (Brasil), el 27 de octubre de 2021; y en el Congreso Iberoamericano de Derecho, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados y la Corte Superior de Justicia de Piura, realizado en el marco del Bicentenario del Perú (PIURA 2021), y que fue transmitido de forma virtual los días 20 al 28 de octubre de 2021. Finalmente, fue presentado en el II Congreso Mundial de análisis contemporáneo e interdisciplinar de los derechos fundamentales: Derecho digital, Políticas públicas y Derechos fundamentales, organizado por la Escola Dom Helder Camara, que se llevó a cabo de manera virtual, del 22 al 29 de noviembre de 2021.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5472>

Cómo citar:

Vargas Lima, A. E. (2022). El derecho a la prueba y su tutela judicial efectiva en Bolivia. Desarrollo doctrinal y su tratamiento en la legislación comparada, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional. *Precedente*, 21, 91-126. <https://doi.org/10.18046/prec.v21.5472>



Resumen

El presente trabajo de investigación expone las principales tendencias doctrinales existentes acerca de la prueba, haciendo énfasis en su configuración como derecho fundamental y su manifestación en la jurisprudencia constitucional comparada; para luego analizar brevemente los elementos que integran el derecho a la prueba y sus alcances como elemento sustancial del debido proceso, acorde a su intenso desarrollo en la jurisprudencia constitucional boliviana. Finalmente, se incluyen algunas líneas jurisprudenciales relevantes acerca de la revisión de la valoración de la prueba en sede constitucional, así como la fundamentación y motivación de las resoluciones como elemento de la garantía del debido proceso, de acuerdo con la reciente jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Palabras claves: derecho a la prueba; derecho a la defensa; debido proceso; fundamentación; motivación.

Abstract

This paper outlines the main existing doctrinal tendencies about the proof, emphasizing its configuration as a fundamental right and its manifestation in comparative constitutional jurisprudence; then it continues to briefly analyze the elements that make up the right to evidence and its scope as a substantial element of due diligence, according to its intense development in Bolivian constitutional jurisprudence. Finally, some relevant jurisprudential lines are included about the review of the assessment of the evidence in the constitutional venue, as well as the justification and motivation of the resolutions as an element of the guarantee of due diligence, according to the recent jurisprudence established by the Plurinational Constitutional Court of Bolivia.

Keywords: Right to Evidence; Right to Defense; Due Process; Justification; Motivation.

Resumo

Este trabalho de pesquisa expõe as principais tendências doutrinárias existentes sobre a prova, enfatizando sua configuração como direito fundamental e sua manifestação na jurisprudência constitucional comparada; para, em seguida, analisar brevemente os elementos que compõem o direito à prova e seu alcance como elemento substancial do devido processo legal, de acordo com seu intenso desenvolvimento na jurisprudência constitucional boliviana. Por fim, são incluídas algumas linhas jurisprudenciais relevantes sobre a revisão da avaliação da prova no

tribunal constitucional, bem como a justificativa e motivação das resoluções como elemento da garantia do devido processo legal, conforme recente jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia.

Palavras-chave: direito à prova; direito à defesa; devido processo legal; justificação; motivação.

A manera de introducción: la polisemia de la palabra *prueba*

Quisiera comenzar refiriéndome a los muchos significados que se le asignan a la palabra *prueba* y los distintos sentidos en que puede utilizarse. Para este efecto, considero conveniente destacar algunas ideas del profesor Jordi Ferrer sobre la temática:

A) En un primer sentido, es habitual el uso del término *prueba* para hacer referencia a los medios mediante los cuales se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión. Pero, en todo caso, siempre pueden producirse ambigüedades.

Por ejemplo, en ocasiones se hace referencia a los medios de prueba en sentido genérico, para significar los tipos de medios probatorios utilizables o aceptados jurídicamente. Así, se habla de la prueba documental, la prueba testimonial, la prueba pericial, etc., y también de su admisibilidad en el caso concreto.

En cambio, en otras ocasiones solo se hace referencia al medio de prueba en específico, es decir, a un elemento probatorio concreto aportado al expediente. Así, se puede hablar de la prueba documental constituida por el documento D, de la prueba testifical aportada mediante la declaración del testigo T o de la prueba pericial realizada por el perito P.

Cabe destacar que solo en este sentido específico puede hablarse significativamente de la relevancia de las pruebas, entendiéndose por “relevancia de un medio de prueba” el hecho de que pueda contribuir efectivamente a confirmar o falsear la ocurrencia de un determinado hecho alegado en un proceso.¹

B) En un segundo sentido, se puede usar el término *prueba* para indicar no solamente la actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión, sino también la fase o procedimiento del proceso judicial en que se realiza esa actividad. Así, se puede hablar de prueba legal, prueba judicial, fase de prueba, período probatorio, etc.

¹ La prueba, entendida como medio de prueba, puede ser constituida por cualquier persona, cosa, hecho, grabación, reproducción o documento que proporcione informaciones útiles para establecer la verdad o la falsedad de un enunciado factual. Inmediatamente, surge, por lo tanto, la noción de *utilidad*, que debe caracterizar el medio de prueba: se trata de una prueba en el mero sentido de la palabra, si la misma es relevante, o sea, si proporciona informaciones que sirven para garantizar el hecho del cual se trata. Si falta este requisito, es decir, si las informaciones que arroja no son útiles para este propósito, no se puede ni siquiera hablar en sentido propio de medio de *prueba* (Taruffo, 2018).

C) En un tercer sentido, la palabra *prueba* también hace referencia al resultado producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o falseamiento de una determinada hipótesis acerca de los hechos que se discuten en un proceso.

Algunos autores consideran que aquí se equipara la prueba al convencimiento o grado de convicción del juez, lo cual no es cierto, porque esa convicción psicológica del juez puede producirse o no, independientemente de que los hechos hayan quedado probados en el proceso. Sin embargo, aquí también puede presentarse una ambigüedad. Así, puede hablarse del resultado probatorio producido por un medio específico de prueba y preguntarse, por ejemplo, en qué medida la declaración testifical T1 prueba o demuestra la hipótesis H planteada en el objeto del proceso. Otras veces, en cambio, se podrá usar el término *prueba* para describir el resultado de la actividad probatoria realizada durante el proceso, es decir, como el resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios, de todos los medios de prueba aportados al expediente (Ferrer, 2005, pp. 27-29).

Sobre la base de lo expuesto brevemente acerca de la prueba, y para comprender cómo se han ampliado los alcances desde la “utilización de los medios de prueba” –como elemento derivado del derecho a la defensa–, hasta la configuración progresiva del “derecho a la prueba” como un derecho fundamental, considero pertinente realizar ahora –sin ánimo de exhaustividad– una revisión de su aplicación práctica a través de su desarrollo jurisprudencial en algunos países, conforme se expone a continuación.

Los alcances del derecho a la prueba en la jurisprudencia constitucional comparada

En muchos casos, el propio sistema jurídico, a través del denominado “derecho a la prueba”, exige la aplicación de ciertas reglas de racionalidad para la valoración –pertinente, objetiva, adecuada e idónea– de la prueba.

Generalmente, se considera el derecho a la prueba una concretización de un derecho más amplio; es decir, un elemento derivado del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, el artículo 24 de la *Constitución española* de manera literal reconoce a todo aquel que es parte de un proceso judicial el “derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

También se lo reconoce expresamente en el artículo 6.3 d) del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*,

aunque cabe hacer notar que este instrumento se refiere literalmente a la prueba testifical y al ámbito penal. Sin embargo, la doctrina ha interpretado ese derecho como parte de la garantía genérica del debido proceso y, en consecuencia, lo ha extendido a todo tipo de pruebas y jurisdicciones.

En otros casos, también sucede que, aunque no se haya formulado constitucionalmente de forma expresa un derecho a la prueba, la jurisprudencia constitucional y la doctrina lo han derivado también del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, en Italia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que el derecho a la prueba es parte esencial del derecho a la defensa, reconocido expresamente por la Constitución italiana.

En Latinoamérica, la *Constitución de la Nación Argentina*, por ejemplo, al igual que la mayoría de las leyes fundamentales vigentes en el derecho comparado, no contiene una cláusula que de forma clara e inequívoca reconozca a los justiciables el derecho a la prueba.² Sin embargo, existen algunos otros casos excepcionales.

El más sobresaliente es el de Colombia, donde se reconoce al derecho a la prueba como un derecho explícito, y así está plasmado en su Constitución de 1991, cuyo artículo 29 establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que además:

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; **a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra**; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.³

2 No obstante, el denominado derecho a la prueba, conceptualizado como aquel que posee el litigante, consistente en el poder de utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso (Joan Picó I Junoy), es considerado una facultad de índole constitucional y, por lo tanto, de jerarquía fundamental, en cuanto inspira y conforma –junto a otros derechos y principios– la más generosa de las garantías aseguradas al justiciable: el debido proceso (Midón, 2009, pp. 397-407).

3 La Corte Constitucional de Colombia, a tiempo de analizar los derechos al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia como límites a la potestad de configuración normativa del legislador, en su Sentencia C-163/19 estableció lo siguiente: “De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte, en los procesos penales, la defensa tiene el derecho a presentar pruebas y controvertir de manera real y efectiva las que se alleguen en su contra, mandato del cual

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia,⁴ a tiempo de analizar el derecho a la prueba en su relación con el debido proceso, en su Sentencia C-496/15, ha establecido que: “El derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial” (Corte Constitucional, T-589, 1999; T-171, 2006). En este sentido, según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma –que responde a un principio universal de justicia– surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia (Corte Constitucional, T-555, 1999).

La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. (Corte Constitucional, C-034, 2014)

La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho. (Corte Constitucional, T-970, 1999)

se desprende que el juez sólo puede condenar con base en elementos que hayan sido susceptibles de controversia. Así mismo, debe garantizarse el escenario y la oportunidad para la contradicción, el recaudo y la participación de la defensa en la práctica de las pruebas, así como para la valoración judicial de las mismas. Además, el funcionario encargado de dirigir el proceso debe decretar y practicar, de ser necesario, los medios de prueba pertinentes y conducentes solicitados por la defensa, que resulten fundamentales para demostrar sus pretensiones” (Corte Constitucional, C-537, 2006).

4 Una interesante exposición sobre el derecho a la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana puede encontrarse en el trabajo de Pérez (2015, pp. 61-87).

Asimismo, la Corte colombiana ha argumentado que el desconocimiento de este derecho genera una vía de hecho que amerita la activación de la tutela, al señalar que los defectos del análisis probatorio, la ausencia total del mismo y la falta de relación entre lo probado y lo decidido vulneran de manera ostensible el debido proceso. Esto produce irregularidades de tal magnitud que prácticamente representan vías de hecho (Corte Constitucional, T-100, 1998; T-579, 2006): “En este sentido, las anomalías que desconozcan de manera grave e ilegítima el derecho a la prueba, constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, pueden contrarrestarse a través de la acción de tutela” (Corte Constitucional, T-171, 2006). Se parte de la base de que el juez es libre para apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, pero es claro también que por vía de tutela se puede reparar –ante situaciones abiertamente contrarias a las reglas constitucionales, al debido proceso y a la ley– la lesión sufrida por la parte afectada que carece de otro medio de defensa judicial “o que afronta la inminencia de un perjuicio irremediable” (Corte Constitucional, T-555, 1999).

Entonces, en el contexto colombiano, es posible interponer una acción de tutela

cuando no hay ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido. (Corte Constitucional, T-555, 1999)

Los defectos que dan lugar a una vía de hecho, como lo es el defecto fáctico, habilitan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; se configura cuando existen fallas sustanciales en la decisión de la autoridad competente, atribuibles a la actividad probatoria, que comprende el decretarlas, practicarlas y valorarlas. Dichas deficiencias, en efecto, pueden producirse como consecuencia de: (i) la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso; (ii) la errada valoración de las pruebas allegadas al proceso, esto es, una interpretación errónea de las mismas; y (iii) la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o totalmente inconducentes; es decir, ineptitud o ilegalidad de la prueba. En todo caso, para que la acción proceda por defecto fáctico, el error en el juicio valorativo de las pruebas debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto, con incidencia directa en la decisión que se cuestiona” (Corte Constitucional, SU842, 2013).

En Perú, se considera el derecho a la prueba una manifestación implícita del macroderecho al debido proceso, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (2002) al afirmar que “el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú” (STC. Exp. 010-2002-AI/TC, párr. 148).⁵ De ahí que

el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen.

Precisamente, el Tribunal Constitucional de ese país (2005), ha señalado que

existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. (STC. Exp. 6712-2005-PHC/TC, FJ 15; STC. Exp. 5068-2006-PHC/TC, FJ 8)

En México, el derecho a probar está consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción IV, y apartado C, fracción II, de la Constitución Federal, en donde se dispone que a toda persona imputada y a la víctima u ofendido (en coadyuvancia con el Ministerio Público) se les recibirán las pruebas pertinentes que ofrezcan, se les concederá el tiempo legal para ello y se auxiliará cuando así lo soliciten para hacerlas comparecer. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2, inciso f), determina que el inculpado tiene derecho a que su defensa interroge “a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.⁶

⁵ En idéntico sentido se ha pronunciado en casos posteriores: Tribunal Constitucional del Perú (2005, Exp. 6712-2005-HC/TC; 2007, Exp. 1014-2007-PHC/TC).

⁶ “Como se observa, dichos preceptos se circunscriben a señalar que las partes tienen el derecho de interrogar a los testigos y peritos y, en su caso, de obtener su comparecencia; no obstante, de conformidad con el principio de progresividad con el que deben de interpretarse todos los derechos humanos, es evidente que el derecho a probar implica: 1) la oportunidad de presentar los medios de prueba necesarios; 2) que dichos medios de prueba sean admitidos si cumplen con los requisitos

Por su parte, la Constitución Política de Brasil de 1988, en su capítulo de los derechos y deberes individuales y colectivos (art. 5), establece de manera amplia y expresa las siguientes garantías jurisdiccionales:

54. Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma. 55. Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos;

En República Dominicana, el Tribunal Constitucional (2014), en su Sentencia TC/0704/18, ha señalado que un componente elemental del derecho de defensa es el derecho a servirse de los medios de prueba que estime oportuno; y en este sentido:

El derecho a la prueba se define como el derecho subjetivo que tiene toda persona de utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que intervienen o participan, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa. Esto implica lo siguiente: i) derecho a ofrecer determinados medios probatorios; ii) derecho a que se admitan los medios probatorios; iii) derecho a que se actúen dichos medios probatorios; iv) derecho a asegurar los medios probatorios; v) derecho a que se valoren los medios probatorios.

En el caso de Bolivia, y respecto al contenido y alcances del derecho a la defensa, la SC 1670/2004-R, de 14 de octubre, estableció la siguiente doctrina jurisprudencial:

procesales; 3) que una vez admitidos puedan ser desahogados; 4) que posterior a su desahogo sean correctamente valorados, y 5) que se motive la decisión final de manera interna y externa. En ese orden de ideas, al ser el derecho a probar un derecho humano, está dotado de dos dimensiones: una subjetiva, que conlleva la posibilidad de las partes de ejercitar y exigir la producción de la prueba necesaria para acreditar las proposiciones fácticas; y, una objetiva, que impacta directamente en el aparato jurisdiccional del Estado y obliga a los operadores jurídicos a valorar la prueba según corresponda. De ahí que, si el Estado mexicano no colma su deber de valorar la prueba con base en las reglas de la libre apreciación; entonces, está incumplimiento con una obligación convencional y constitucional y, por ende, violentado los derechos humanos de los imputados y las víctimas u ofendidos, e impidiéndoles conocer la verdad de los hechos” (Balleza, 2019).

es necesario establecer los alcances del derecho a la defensa reclamado por la recurrente, sobre el cual este Tribunal Constitucional, en la SC 1534/2003-R, de 30 de octubre manifestó que es la: ‘...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.’; interpretación constitucional, de la que se extrae que el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: **i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal.** (línea jurisprudencial reiterada en las SSCC 1082/2005-R, y 0008/2006-RII) (Tribunal Constitucional de Bolivia, 2004)

En todo caso, la idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a “demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión” procesal (Taruffo, 2018). Esto quiere decir, en otras palabras, que el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas, porque solo de esa manera puede garantizarse una correcta aplicación objetiva del ordenamiento y brindarse una adecuada seguridad jurídica.

Entonces, conviene analizar detalladamente en qué consiste ese derecho a la prueba y las implicaciones que tiene respecto de la propia noción de prueba judicial. A este efecto, es imprescindible acudir a las ideas del profesor Jordi Ferrer (en su obra *La valoración racional de la prueba*), quien sostiene que solo a través de una concepción racionalista de la prueba (que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, consiguientemente, también el derecho a la defensa.

Elementos que integran el derecho a la prueba

Para comprender el alcance de los distintos elementos que integran el derecho a la prueba, se debe considerar que los mismos no son independientes, sino que más bien se hallan conectados e interrelacionados; por ello, para que cada uno

de estos elementos funcione y tenga sentido, debe presentarse acompañado de los demás, de acuerdo a lo siguiente:

- a. El primer elemento es el *derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión*. Ello significa que se trata de un derecho subjetivo que solo puede ser ejercido por quien es parte de un proceso judicial (o administrativo), y la única limitación intrínseca a que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta.
- b. El segundo elemento que integra el derecho a la prueba es el *derecho a que las pruebas sean practicadas dentro del proceso*. Ello implica que, obviamente, no tendría sentido la simple admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, si esta no va seguida de una efectiva práctica de la prueba en el proceso, conforme lo han manifestado reiteradamente tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada.
- c. El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el *derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas*. Cabe considerar que ciertamente el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio; sin embargo, y como lo ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión sería una garantía ilusoria y meramente ritualista, si no se asegura el efecto de la actividad probatoria; es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.
- d. El cuarto elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es *la obligación de motivar las decisiones judiciales*. Ello implica que no existe razón alguna para no hablar de un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada; y en el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los que declare como no probados (Ferrer, 2007, pp. 54-57).⁷

Aquí corresponde agregar que, en el caso de Bolivia, el derecho a una resolución fundamentada y motivada –como elementos del debido proceso,

⁷ Estos elementos definitorios del derecho a la prueba también se encuentran detallados en la obra sobre *Motivación y racionalidad de la prueba*, escrita por el mismo autor (Ferrer, 2016, pp. 52-56).

reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano según las normas contenidas en la Constitución Política del Estado (2009), 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)– ha sido desarrollado de manera amplia por la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, uno de los países latinoamericanos que se adscriben a esta tendencia de identificar con precisión los elementos que integran este derecho ha sido Perú, que a través de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional (Exp. 6712-2005-HC/TC) ha establecido, por ejemplo, que el derecho a la prueba es un derecho de estructura compleja cuyo contenido está compuesto por:

- a) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios,
- b) a que estos sean admitidos, c) adecuadamente actuados, d) que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y e) que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en su labor de construcción de los contenidos del derecho fundamental a la prueba, la ha identificado como: a) la certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez, b) el derecho a interrogar, c) el derecho a lograr la comparecencia de personas a fin de esclarecer los hechos, d) la controversia probatoria, e) el juzgar imparcialmente el valor de su convicción, f) el derecho de defensa, g) uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, h) el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial, i) la búsqueda de la verdad y la justicia, y j) la exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita. A partir de este contexto, se pueden destacar dos consecuencias angulares:

1. La justicia constitucional, teniendo como fuente la Constitución, señaló que el derecho a la prueba “lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a:
(i) la proposición o requerimiento de la prueba; (ii) el pronunciamiento

- sobre su admisibilidad; (iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica”.
2. La justicia constitucional ha establecido que el derecho a la prueba encuentra unos límites, ya que: “(i) no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y (ii) que una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar las pruebas... debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso”.⁸

El derecho a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional boliviana

Algunos autores bolivianos⁹ consideran haber encontrado que el Tribunal Constitucional boliviano (TC) –en su primera época, de 1999 a 2007 aproximadamente– había definido en su jurisprudencia que el derecho a la prueba es un derecho fundamental y, como tal, tiene la calidad de “derecho subjetivo que faculta a su titular a acudir al órgano jurisdiccional competente, cuando funcionarios públicos o particulares restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir” el mismo (SC 1082/2003-R). A su vez, sostienen que, como derecho fundamental, no se agota simplemente en su consagración en el texto constitucional, sino que está “urgido de realización material plena, y dentro de ello, de su eficaz protección ante cualquier lesión o menoscabo que pudieran sufrir por parte de funcionarios de cualquier jerarquía o de particulares” (SC 1581/2005-R).

8 El breve desarrollo jurisprudencial que se expone en este trabajo sobre el derecho a la prueba en Colombia se encuentra ampliamente detallado en el estudio de Yañez-Meza y Castellanos-Castellanos (2016, pp. 561-610).

9 Entre ellos, Parada (2008, pp. 45-63). Por su parte, el procesalista boliviano William Herrera sostiene que la Constitución boliviana (arts. 109-123) reconoce a la prueba como un derecho fundamental, que forma parte esencial de las garantías jurisdiccionales junto a un conjunto de derechos fundamentales procesales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la presunción de inocencia, a la igualdad de armas que tienen las partes, así como el derecho que tiene toda persona a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, etc. En este sentido, agrega: “El derecho a prueba es, en efecto, un auténtico derecho fundamental que tiene sustantividad y autonomía como cualquier otro derecho consagrado en la Constitución y forma parte esencial del derecho a la acción y a la defensa: en realidad sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas” (Herrera, 2016).

Ciertamente, dicha protección se otorga en la vía constitucional a través del amparo; empero, para poder acceder a la tutela constitucional es necesario hacer notar al tribunal en qué se ha infringido el derecho supuestamente vulnerado, y para ello necesitamos conocer su contenido; razón por demás suficiente para abordar el estudio del contenido esencial de derecho a la prueba y su desarrollo jurisprudencial en el caso boliviano.

Ruiz Jaramillo (2007) nos ayuda a comprender los alcances de este derecho, cuando asevera que el derecho a la prueba es fundamental, en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. En este sentido, **el contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido**. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona, por lo que de alguna manera puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Entonces, se trata de un derecho subjetivo exigible al juez, cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial.

Por su parte, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (Real Academia Española, s. f.) señala que el derecho a la prueba consiste en el derecho a proponer y practicar la prueba que se considere conveniente en un procedimiento judicial, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y agrega:

El derecho a la prueba, en general, y el derecho a la admisión de los medios de prueba, en particular, no comportan una facultad ilimitada de la parte para hacer valer cualquier medio probatorio, sino únicamente puede esgrimir aquellas que resulten pertinentes, útiles y adecuadas al caso. (STS, 3.^a, 6-II-2015, rec. 1222/2012)

En el contexto boliviano, cabe aclarar que fue a través de la **Sentencia Constitucional N° 1434/2010-R** (a tiempo de analizar los alcances de la prueba en la cesación de la detención preventiva) que el TC expuso en sus fundamentos jurídicos algunas nociones acerca del principio de libertad probatoria y su consagración normativa, para luego establecer que, si bien cuando se efectúa la solicitud de cesación de la detención preventiva, por su naturaleza,

excepcionalmente la carga de la prueba corresponde al imputado solicitante, y a fin de que la produzca, se abre la posibilidad –también excepcional– de producir prueba fuera de juicio, solamente para probar la existencia de nuevos elementos de juicio que demuestren que ya no concurren los motivos que fundaron se disponga su detención preventiva o que existen otros que tornen conveniente sustituirla por otra medida, o que, por el contrario, la parte acusadora la produzca para acreditar que tales motivos subsisten; asimismo, agrega el siguiente entendimiento:

no es menos evidente, que en el marco del principio de libertad probatoria que rige en nuestra legislación, no se puede restringir los medios de prueba que el imputado o la parte acusadora pretendan emplear para tal fin, pues hacerlo implicaría desconocer **el derecho a la prueba –entendido en la doctrina como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en el que un persona se vea involucrada–**¹⁰ y con ello, cuando se trate del imputado, el derecho a la defensa, reconocido por el art. 16.II de la CPEabrg y 119.II de la CPE. (Tribunal Constitucional de Bolivia, 2010)¹¹

10 Este criterio fue reiterado posteriormente por el Tribunal Supremo de Justicia, a través del Auto Supremo N° 434/2013 de 29 de julio (Sala Social y Administrativa). Disponible en: <https://bit.ly/3AI0cco> Originalmente, la idea proviene del profesor español Ramón López Vilas (según consta ahora en sus *Estudios Jurídicos*, p. 708), en su prólogo al libro *La Prueba Atípica*, cuando señaló que: “el artículo 24 de la Constitución Española ha convertido en derecho fundamental el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso. Derecho que es inseparable del de defensa y que al haber sido constitucionalizado impone a los Jueces y Tribunales esa ya reseñada mayor sensibilidad en relación con las correspondientes normas procesales”. Algunos fragmentos de sus escritos pueden verse en Google Books: <https://bit.ly/3BCCtfb>

11 Esta sentencia también hace referencia entre sus fundamentos jurídicos a la motivación de las resoluciones como elemento del debido proceso, y concluye que la jurisprudencia del Tribunal ha sido reiterada y uniforme al señalar que las resoluciones de las autoridades judiciales deben exponer los hechos, realizar la fundamentación legal y citar las normas que sustentan la parte dispositiva de esas resoluciones. Tal exigencia es incluso mayor cuando los jueces o tribunales resuelven recursos de apelación o casación contra resoluciones pronunciadas por autoridades inferiores. Al respecto, la SC 0012/2006-R de 4 de enero de 2006 señaló: “La motivación de los fallos judiciales está vinculada al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional eficaz, consagrados en el art. 16.IV Constitucional, y se manifiesta como el derecho que tienen las partes de conocer las razones en que se funda la decisión del órgano jurisdiccional, de tal manera que sea posible a través de su análisis, constatar si la misma está fundada en derecho o por el contrario es fruto de una decisión arbitraria; sin embargo, ello no supone que las decisiones jurisdiccionales tengan que ser exhaustivas y ampulosas o regidas por una particular estructura; pues se tendrá por satisfecho este requisito aun cuando de manera breve, pero concisa y razonable, permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al Juez a tomar la decisión; de tal modo que las partes sepan

Posteriormente, en la **Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0338/2015-S2, de 20 de marzo**, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) hizo referencia a los **elementos constitutivos del debido proceso**, señalando que, a partir de la interpretación sistemática, axiológica y teleológica de los arts. 115.II; 117.I y II; y 180 con relación al 13 de la CPE, se advierte que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmersa en su núcleo una gran cantidad de derechos:

- 1) A la defensa; 2) Al juez natural; 3) Garantía de presunción de inocencia;
- 4) A ser asistido por un traductor o intérprete; 5) A un proceso público; 6) A la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; 7) A recurrir;
- 8) A la aplicación correcta de la ley; 9) A la igualdad procesal de las partes; 10) A no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable;
- 11) A la congruencia entre acusación y condena; 12) **A una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales**; 13) La garantía del *non bis in idem*; 14) **A la valoración razonable de la prueba**; 15) A la comunicación previa de la acusación; 16) **Concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa**; 17) A la comunicación privada con su defensor; 18) A que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular; y 19) **A la producción de prueba o libertad probatoria**.

De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional también ha dejado establecido que el cúmulo de derechos previamente enumerados no constituye un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permite establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos.

Más adelante, y para una mejor comprensión del caso particular sometido a revisión, la citada SCP N° 0338/2015-S2 vio por conveniente efectuar una rápida revisión de los derechos que conforman el **núcleo duro del debido**

las razones en que se fundamentó la resolución; y así, dada esa comprensión, puedan también ser revisados esos fundamentos a través de los medios impugnativos establecidos en el ordenamiento; resulta claro que la fundamentación es exigible tanto para la imposición de la detención preventiva como para rechazarla, modificarla, sustituirla o revocarla” (las negrillas corresponden a la misma SC N° 1434/2010-R).

proceso: “Derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria, y **el derecho a la defensa en relación a la libertad probatoria**”.

Sobre este último aspecto, la sentencia estableció que el derecho a la defensa ha sido concebido como la facultad reconocida a toda persona, en cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir, presentar pruebas y objetar las del contrario; así como solicitar la producción y valoración del acervo probatorio que se considere favorable. En consecuencia, hacer uso de todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico para lograr establecer la verdad de los hechos.¹²

En este sentido, la citada SCP N° 0338/2015-S2 concluyó lo siguiente: partiendo de que el derecho a la defensa implica el **derecho a presentar pruebas**, comprende también la facultad de producir los elementos de prueba que la parte considere pertinentes y que pudieran influir en la decisión final del proceso; es decir, la libertad probatoria se refiere a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el procedimiento que resulta importante al momento de asumir una decisión final. Sin embargo, **la producción de la prueba o libertad probatoria debe enmarcarse en los principios de pertinencia y conducencia**, según los cuales debe establecerse un vínculo entre el elemento probatorio y el hecho analizado, teniendo en cuenta que los medios de prueba a ser aportados deberán ser empleados para resolver un caso concreto y particular.

12 En ese sentido, se ha pronunciado la SCP 1881/2012 de 12 octubre, al señalar que “el derecho a la defensa está configurado como un derecho fundamental de las personas, a través del cual se exige que dentro de cualquier proceso en el que intervenga, tiene la facultad de exigir ser escuchada antes de que se establezca una determinación o se pronuncie un fallo; además, implica el cumplimiento de requisitos procesales que deben ser debidamente observados en cada instancia procesal dentro de los procesos ordinarios, administrativos y disciplinarios, donde se afecten sus derechos. Así la SC 1821/2010-R de 25 de octubre, indicó que el derecho a la defensa es la ‘...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos’. Es decir, que **el derecho a la defensa se extiende:** i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; ii) **Al derecho a presentar prueba;** iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal”.

Los alcances del debido proceso y el derecho a la defensa. Desarrollo jurisprudencial

Posteriormente, en la **Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0099/2016-S2**, de 15 de febrero, y a efecto de determinar si los extremos demandados eran evidentes para conceder o denegar la tutela solicitada en el caso concreto, el TCP desarrolló algunos fundamentos jurídicos en relación al debido proceso y su configuración constitucional, llegando a establecer que a partir de la interpretación sistemática, axiológica y teleológica de los arts. 115.II; 117.I y II; y 180 en relación al art. 13 constitucional, se concluye que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmersa en su núcleo una gran cantidad de derechos:

a) derecho a la defensa, b) derecho al juez natural, c) garantía de presunción de inocencia, d) derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) derecho a un proceso público, f) derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, f) derecho a recurrir, g) derecho a la legalidad de la prueba, h) derecho a la igualdad procesal de las partes, i) derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, j) derecho a la congruencia entre acusación y condena, de donde se desprende el derecho a una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales; k) la garantía del non bis in idem; l) derecho a la valoración razonable de la prueba, ll) derecho a la comunicación previa de la acusación; m) concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; n) derecho a la comunicación privada con su defensor; o) derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

Sin embargo, en la misma sentencia, el TCP consideró necesario dejar establecido que el catálogo de derechos previamente enumerados no constituyen un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permiten establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos. Y fue precisamente en atención a estos elementos constitutivos del debido proceso que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una triple dimensión a su ámbito de aplicación; así, como derecho fundamental de los justiciables, como principio procesal y como garantía de la administración de justicia.

Por otro lado, la citada SCP N° 0099/2016-S2 destaca entre sus fundamentos jurídicos que el contenido del derecho a la defensa ha sido analizado a través de la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Además, que, del contenido normativo del art. 117.I en relación con el 115.II de la CPE, el derecho a la defensa forma parte del derecho al debido proceso. De igual forma, en concordancia con el art. 115 de la CPE, que consagra el derecho a la defensa, en el plano internacional del sistema interamericano, el art. 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y a contar con la oportunidad y el tiempo para preparar su defensa.

De lo señalado se infiere que el derecho a la defensa se encuentra integrado por el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, que tienen por objetivo brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y logre el respeto de las formalidades propias del juicio, con lo que asegura una recta y cumplida administración de justicia.

En este contexto y de acuerdo a los amplios y reiterados entendimientos sobre el derecho al debido proceso, el TCP ha establecido que el mismo se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses, ya sea de los sujetos procesales o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia; en tal sentido, la citada SCP N° 0099/2016-S2 estableció que **el derecho a la defensa se constituye en una de sus principales garantías, definiéndola como la oportunidad de toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables**, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. En suma, acceder a la garantía de poder acudir al proceso y defender sus intereses.

De ahí también que esta jurisdicción haya convenido en destacar la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, manifestando que su ejercicio responde a la necesidad de impedir la arbitrariedad de los órganos estatales, así como de evitar una condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, a través de la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; es decir, el derecho de defensa se constituye en una garantía del debido proceso de aplicación general y universal que se materializa como presupuesto

esencial de la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico y que se encuentra, a su vez, integrado por el derecho de contradicción y por el derecho a la defensa en sí mismo.

Bajo ese entendido, el art. 119.II de la CPE señala que: “Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que estas no cuenten con los recursos económicos necesarios”, de lo cual se establece que el derecho a la defensa tiene una connotación técnica y otra material:

La primera, es el derecho que tienen las personas, cuando se encuentran sometidas a un proceso con formalidades específicas, a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, mientras que la segunda, es el derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos en igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido y por ello mismo es inviolable por las personas o autoridad que impidan o restrinjan su ejercicio... (SCP 0832/2012)

Entendimientos de los cuales se concluye que el derecho a la defensa es la potestad de toda persona sometida a enjuiciamiento de ser escuchada, presentar, producir o solicitar la producción de elementos de prueba que estime necesarios y convenientes para desestimar los cargos que pesan en su contra, así como también de hacer uso efectivo de todos los mecanismos impugnativos necesarios a efectos de proteger o restablecer sus derechos y garantías constitucionales. Del mismo modo, el ejercicio de esta libertad comprende la necesaria observancia del debido proceso, a efectos de asegurar que se mantenga en igualdad de condiciones respecto a quien lo procesa para defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

El derecho a la prueba como elemento sustancial del debido proceso. Desarrollo jurisprudencial

De acuerdo a los argumentos expuestos en la citada SCP N° 0099/2016-S2, el debido proceso como derecho fundamental se ha definido como la serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados; es decir,

se constituye en la regulación jurídica que limita los poderes del Estado a través de las garantías de protección de los derechos constitucionales, de forma que ninguna de las actuaciones de autoridades públicas obedezca a su libre arbitrio, sino a los procedimientos legalmente establecidos, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y las leyes.

Bajo esa comprensión, el debido proceso tiene la finalidad de garantizar la defensa y preservación del valor material de la justicia, como fin esencial del Estado para la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y derechos constitucionales.

Además, el debido proceso se constituye en instrumento eficaz para asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas, por cuanto su vital importancia se halla vinculada a la búsqueda del orden justo; motivo por el que precisamente deben respetarse los principios procesales que lo componen: entre otros, los de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba y, lo más importante, el derecho mismo.

Entonces, toda persona sometida a procesamiento debe contar con la mínima garantía de que quien lo procesa sea imparcial y actúe conforme al procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se somete a su conocimiento.

Ahora bien, de acuerdo con la propia naturaleza de la materia penal, frente a la comisión de una conducta punible, es deber del Estado realizar una investigación seria e imparcial sujeta a las exigencias del debido proceso para esclarecer los hechos.

A dicho efecto, **la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), a través de su amplia jurisprudencia, establece un sistema de garantías que regulan el ejercicio punitivo del Estado** bajo la pretensión de asegurar que el imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

- a) El derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley.¹³

13 Corte IDH: Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica (2004); Caso Ivcher Bronstein contra Perú (1999); Castillo Petruzzi contra Perú (1999); Caso Cesti Hurtado contra el Perú (1999); Caso 19 comerciantes contra Colombia (2004); Genie Lacayo contra Nicaragua (1997); Caso Loayza Tamayo contra el Perú (1997); Durand y Ugarte contra el Perú (2000).

b) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas.

c) El derecho a la presunción de inocencia,¹⁴ que identifica ciertos presupuestos, como que la carga probatoria corresponde a quien acusa y no al acusado (Caso Ricardo Canese contra Paraguay, 2004) y que nadie puede ser privado de su libertad personal, sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley y con sujeción a los procedimientos contemplados en la misma.¹⁵

d) El derecho a la defensa.¹⁶

En este contexto, en el fundamento jurídico precedente, el TCP ha establecido que el derecho a la defensa comprende el derecho al ejercicio de todos los medios legales para ser oído y obtener una decisión favorable; es decir, implica la facultad de pedir y aportar pruebas, así como de contravenir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten y que pudieran ser contrarias o lesivas a sus derechos.

En esta comprensión, **el derecho a la prueba se convierte en un elemento sustancial del debido proceso** con respecto al derecho de acceso a la justicia,

14 Corte IDH: Caso Ricardo Canese (2004); Caso Tibi Vs. Ecuador (2004); Caso Loayza Tamayo contra Perú (1997); Caso Cantoral Benavides contra el Perú (2000).

15 Corte IDH: Caso Gangarm Panday contra Suriname (1994); Caso Durand y Ugarte contra Perú (2000); Caso Tibi contra Ecuador (2004); Caso Suarez Rosero contra Ecuador (1997).

16 Respecto al derecho a la defensa, la jurisprudencia constitucional, mediante la SC 1298/2010-R de 13 de septiembre, estableció que: “El derecho a la defensa se define como ‘la facultad irrestricta que tiene todo imputado de ser oído, impugnando las pruebas de contrario, proponiendo y aportando las que estime convenientes, con el fin de desvirtuar o enervar la acusación, o atenuar la responsabilidad que se le atribuye’ (Ribera, 2005, p. 19); similar criterio expresa Carlos Enrique Edwards (1996), para quien el derecho a la defensa es “la facultad que tiene todo imputado de manifestar y demostrar su inocencia, o atenuar su responsabilidad penal” (p. 101). En coherencia con las citas doctrinales efectuadas, este Tribunal en la SC 1534/2003-R de 30 de octubre manifestó que el derecho a la defensa es la ‘...potestad inviolable del individuo a ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos’; entendimiento ratificado recientemente por la SC 0183/2010-R de 24 de mayo, que además precisó que se extiende a: ‘i) Al derecho a ser escuchado en el proceso; ii) Al derecho a presentar prueba; iii) Al derecho a hacer uso de los recursos; y, iv) Al derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal, que actualmente se encuentra contemplado en el art. 119. II de la CPE’. (...)”. (Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1171/2017-S1, de 24 de octubre).

por cuanto constituye el medio más importante para alcanzar la verdad de los hechos dentro de un proceso de investigación. En este sentido, el art. 115 de la CPE garantiza el derecho al debido proceso y a la defensa, respondiendo a un principio universal de justicia según el cual toda persona sometida a juzgamiento tiene derecho a defenderse, lo que implica el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y a presentar y solicitar aquellas que las desvirtúen, siempre en conservación del derecho a la presunción de su inocencia.

De ahí que no puede ignorarse la importancia que revisten las pruebas dentro de todo proceso –judicial o administrativo–, y con especial particularidad en materia penal, toda vez que únicamente a través de una exhaustiva producción y análisis de los elementos probatorios el juzgador podrá adquirir el conocimiento, al menos superficial y mínimo, de los hechos, para poder, a partir de ello, aplicar las normas jurídicas pertinentes.

Entonces, la producción de la prueba y su debate resultan imprescindibles para ilustrar el criterio del juzgador, por cuanto a través de ella se pone en conocimiento del asunto objeto de litigio. Además, abre la posibilidad de contradecirla y complementarla en el curso del proceso, cumpliendo en consecuencia con la garantía del debido proceso y en materialización del derecho a la defensa; elementos sustanciales que hacen la esencia del Estado social de derecho plurinacional.

Ahora, si bien es evidente que todo juzgador debe guiarse por la sana crítica y goza de independencia al momento de apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, no menos cierto es que, ante la existencia de actos contrarios a las reglas constitucionales que afecten el debido proceso y los derechos que le son conexos, la parte afectada, que carezca de otro medio de defensa que restituya o proteja sus derechos, podrá acudir a la vía constitucional, instancia de última ratio que tiene por misión la de cuidar el respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

De ahí que el desconocimiento del derecho a la prueba constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, que, al ser evidente, pueden ser restituidos a través de la acción de amparo constitucional.

Entonces, **resulta factible solicitar tutela constitucional cuando el juzgador no ha efectuado ningún examen probatorio, cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba;** también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio

que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido, en desmedro lesivo de los derechos del accionante. Y si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos que deben ser cumplidos por quien demanda tutela, también ha determinado que, cuando las lesiones denunciadas resultan evidentes, el Tribunal Constitucional Plurinacional podrá ingresar a revisar la valoración de la prueba, la interpretación de la legalidad ordinaria y la fundamentación y motivación de las resoluciones –judiciales o administrativas– que se refieran a dichos elementos.

En este contexto, **la jurisdicción constitucional, en uso de su facultad potestativa de revisión de la valoración de la prueba** (comprendida en sus tiempos de presentación, debate, producción y análisis), interpretación de la legalidad ordinaria y verificación de la fundamentación y motivación de las resoluciones referidas a estos elementos, **podrá verificar la existencia de fallas producidas respecto a la actividad probatoria**; mismas que pueden producirse como efecto de: **(i)** la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso, **(ii)** la errada valoración de las pruebas aportadas por las partes del proceso; y **(iii)** la valoración de pruebas nulas de pleno derecho u obtenidas en prescendencia de la ley.

Resulta relevante en este punto recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia incluyen entre las garantías mínimas del proceso el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa en su art. 14.3.e) el siguiente texto:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

Por su parte, el art. 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, indica:

Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las

siguientes garantías mínimas: [...] Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

De la interpretación de estos postulados se tiene, entonces, que las partes en el proceso, si bien tienen el deber de aportar la prueba necesaria que sustente sus fundamentos, también tienen el derecho de solicitar al juzgador que, en aras de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa y conservar intacto hasta el último momento el derecho a la presunción de inocencia, se produzcan nuevos elementos probatorios y se practiquen las actuaciones y diligencias probatorias que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos.

Esto no implica desconocer la facultad del juzgador de definir cuáles pruebas son o no pertinentes, conducentes y procedentes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado, sino que, más allá del sentido formal que se otorga a la prueba, se permita obtener y colectar todo elemento mínimamente necesario que sea conducente a la averiguación de la verdad de los hechos; esto, con la finalidad de materializar una verdadera justicia que preserve el estado de inocencia del inocente y resguarde, proteja y restituya los derechos de quien eventualmente se constituya en víctima.

Por lo anterior, al juzgador le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas cuando no se cumplen los requisitos legales esenciales o porque en el proceso respectivo no tienen lugar; sin embargo, toda denegación de prueba debe ser motivada suficientemente, a la luz de los postulados constitucionales. Lo contrario implica claramente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y hace ostensible y manifiesta la arbitrariedad judicial (SCP N° 0099/2016-S2, de 15 de febrero).¹⁷

17 Más adelante, y a tiempo de analizar el caso concreto, la citada sentencia continúa enfatizando la importancia del derecho a la prueba en los siguientes términos: “En este sentido, el derecho a la prueba se constituye en un elemento de vital importancia respecto al debido proceso y al derecho a la defensa, por cuanto a través del primero habrá de lograrse alcanzar la verdad en una investigación, ya sea aportándolas o contraviniendo aquellas que se opongan a las pretensiones de quien busca mantener intacta la presunción de su inocencia; por tanto, la práctica probatoria resulta imprescindible a la hora de formar el criterio del juzgador respecto al asunto objeto de litigio y se constituye como una garantía de idoneidad del proceso e imparcialidad del juzgador. Entonces y conforme habíamos referido en el Fundamento Jurídico III.3. de la presente Sentencia

Sobre la revisión de la valoración de la prueba en sede constitucional. Desarrollo jurisprudencial

El entendimiento que asumió el TCP respecto a la revisión de la valoración de la prueba tiene como antecedentes a las SSCC 0129/2004-R de 28 de enero y 0873/2004-R de 8 de junio, en las cuales se establece que dicha actividad es propia de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, abrió la posibilidad de que la justicia constitucional pueda realizar el control tutelar de constitucionalidad, cuando la autoridad hubiere omitido la valoración de la prueba o se hubiere apartado de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; ambos supuestos fueron sistematizados por la SC 0965/2006-R de 2 de octubre.¹⁸ Posteriormente, la SC 0115/2007-R de 7 de marzo sostuvo que también era posible revisar la valoración de la prueba cuando la decisión de la autoridad se basó en una prueba inexistente o que refleja un hecho diferente al utilizado como argumento.

Constitucional Plurinacional, las partes en conflicto tiene el derecho de aportar elementos de prueba que sustenten sus argumentos, lo que implica *per sé* el derecho de solicitar al juzgador se produzcan nuevos elementos probatorios y se practiquen las actuaciones y diligencias probatorias que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; lo que no implica desconocer la facultad del juzgador de definir cuáles pruebas son o no pertinentes, conducentes y procedentes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado, sino que más allá del sentido formal que se otorga a la prueba, se permita obtener y coleccionar cualquier otro elemento mínimamente necesario que sea conducente a la averiguación de la verdad de los hechos; esto, con la finalidad de materializar una verdadera justicia que preserve el estado de inocencia del inocente y resguarde, proteja y restituya los derechos de quien eventualmente se constituya en víctima. Y si bien, el juzgador tiene la facultad de rechazar la producción de prueba, deberá hacerlo de manera fundamentada y a la luz de los postulados constitucionales, por cuanto lo contrario implicaría claramente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y haría ostensible y manifiesta la arbitrariedad judicial”.

18 El FJ III.2 señala: “Ahora bien, siendo competencia de la jurisdicción constitucional, revisar excepcionalmente la labor de valoración de la prueba desarrollada por la jurisdicción ordinaria, únicamente, se reitera, cuando en dicha valoración: a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, b) cuando se haya adoptado una conducta omisiva expresada, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso y, su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales; dicha competencia del Tribunal Constitucional, se reduce, en ambos casos, a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o la actitud omisiva en esta tarea, pero en ningún caso a sustituir a la jurisdicción ordinaria examinando la misma”.

Al respecto, la citada SC 0965/2006-R¹⁹ estableció determinados presupuestos para efectuar la revisión de la valoración de la prueba, exigiendo que la o el accionante debe:

- i) Identificar las pruebas que se omitió valorar o los cánones de razonabilidad y/o equidad que fueron inobservados en la valoración; e
- ii) Indicar la incidencia de la omisión o el apartamiento de los cánones de razonabilidad y/o equidad en la decisión final, argumentando de forma precisa los motivos por los cuales la valoración de la prueba afectaría los principios de razonabilidad y/o equidad.

19 El FJ III.3.2, establece: “En ese orden de razonamiento para que este Tribunal pueda cumplir con esta tarea, es necesario que la parte procesal, que se considera agraviada con los resultados de la valoración efectuada dentro de un proceso judicial o administrativo, invocando la lesión a sus derechos fundamentales, exprese de manera adecuada y precisa en los fundamentos jurídicos que sustenten su posición (recurso de amparo), lo siguiente:

Por una parte, qué pruebas (señalando concretamente) fueron valoradas apartándose de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, cuáles no fueron recibidas, o habiéndolo sido, no fueron producidas o compulsadas; para ello, será preciso, que la prueba no admitida o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, solicitud, que en todo caso, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales ordinarios, el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas propuestas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales, les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado.

Asimismo, es imprescindible también, que el recurrente señale en qué medida, en lo conducente, dicha valoración cuestionada de irrazonable de inequitativa o que no llegó a practicarse, no obstante haber sido oportunamente solicitada, tiene incidencia en la Resolución final; por cuanto, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, correspondiendo a la parte recurrente, demostrar la incidencia en la Resolución final a dictarse, es decir, que la Resolución final del proceso hubiera podido ser distinta de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, o si se hubiera valorado razonablemente la compulsada; puesto que resulta insuficiente, para la viabilidad del recurso de amparo, la mera relación de hechos; porque sólo en la medida en que el recurrente exprese adecuada y suficientemente sus fundamentos jurídicos, la jurisdicción constitucional podrá realizar la labor de contrastación, que amerita este tema de revisión excepcional de la labor de la valoración de la prueba realizada por la jurisdicción ordinaria; máxime si se tiene en cuenta que el art. 97 de la LTC, ha previsto como un requisito de contenido, el exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento y precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados, señalando en qué consiste la restricción o supresión”.

En similar sentido, la señalada SCP 1215/2012 de 6 de septiembre refirió que, en cualquier caso, se debe demostrar la lógica consecuencia que el incumplimiento de los presupuestos para la valoración de la prueba ocasionó lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales al afectado; lo que se traduce en relevancia constitucional.

Posteriormente, la SCP 0410/2013 de 27 de marzo moduló la línea jurisprudencial de referencia y eliminó el requisito de la carga argumentativa que la jurisprudencia exigía para el análisis de fondo de la problemática en esta temática, señalando que las reglas impuestas a la parte accionante referidas a: “explicar de modo sistemático y metódico la irrazonabilidad, inequidad, omisión arbitraria, o valoración equivocada de la prueba [...] constituyen instrumentos argumentativos, no causales de denegatoria de la acción de amparo constitucional”.

No obstante, la existencia del indicado precedente, en muchos casos se continuó utilizando el entendimiento contenido en la SC 0965/2006-R citada anteriormente, que establecía los requisitos que debía cumplir el impetrante de tutela para el análisis de la revisión de la valoración de la prueba. Así, por ejemplo, la SCP 0340/2016-S2 de 8 de abril, luego de efectuar un resumen de los precedentes sobre el tema en análisis, sostuvo que era posible, ante la vulneración evidente y grave de derechos fundamentales, de manera excepcional y como facultad potestativa del Tribunal Constitucional Plurinacional, ingresar de oficio a la valoración de la prueba, legalidad ordinaria y fundamentación de las resoluciones, sin necesidad de las exigencias desarrolladas por la jurisprudencia.

Por otro lado, en cuanto a los alcances de la revisión de la valoración de la prueba por parte de la justicia constitucional, la SCP 1215/2012, en el Fundamento Jurídico III.2, señaló que dicha competencia

se reduce únicamente a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa, o bien, si existió una actitud omisiva en esta tarea, ya sea parcial o total; o finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, al que posee en realidad, distorsionando la realidad y faltando al principio de rango constitucional, como es la verdad material, pero en ningún caso podrá pretender sustituir a la jurisdicción ordinaria, examinando directamente la misma o volviendo a valorarla, usurpando una función que no le está conferida ni legal ni constitucionalmente. (Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP 1215/2012)

A partir de lo señalado en la SCP 0014/2018-S2 de 28 de febrero, se establecieron las siguientes subreglas respecto a la valoración de la prueba:

- a) La valoración de la prueba es una actividad propia de las juezas y jueces de las diferentes jurisdicciones del Órgano Judicial o de las autoridades administrativas;
- b) La justicia constitucional puede revisar la valoración de la prueba cuando: b.1) Las autoridades se apartaron de los marcos legales de razonabilidad y equidad; b.2) Omitieron de manera arbitraria la consideración de las pruebas, ya sea parcial o totalmente; y, b.3) Basaron su decisión en una prueba inexistente o que refleje un hecho diferente al utilizado en la argumentación;
- c) La competencia de la justicia constitucional en el análisis de la revisión de la valoración de la prueba, se reduce a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o a constatar una actitud omisiva en esa tarea o finalmente, si se le dio un valor diferente al medio probatorio, desconociendo el principio de verdad material; y,
- d) Las irregularidades en la valoración de la prueba solo darán lugar a la concesión de la tutela cuando tengan relevancia constitucional; es decir, cuando incidan en el fondo de lo demandado y sean la causa para la lesión de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales (Línea jurisprudencial reiterada en las SSCCPP N° 0312/2018-S2, de 28 de junio, y N° 1159/2019-S2, de 31 de diciembre).

Conclusiones

Como se ha podido apreciar en esta breve revisión de la jurisprudencia constitucional, ha quedado establecido que el derecho a la defensa se constituye en una de las principales garantías del debido proceso, y se define como la oportunidad de toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra, y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; en suma, acceder a la garantía de poder acudir al proceso y defender sus intereses. Lo anterior es concordante con el mandato constitucional por el cual toda persona tiene derecho inviolable a la defensa en Bolivia.

En todo caso, el debido proceso, que se ha constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos, entre ellos: a la valoración razonable de la prueba, y a la producción de prueba o libertad probatoria. En este sentido, para la jurisdicción constitucional, el núcleo duro del debido proceso está conformado precisamente por: el derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones; la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria; y el derecho a la defensa en relación con la libertad probatoria.

Ahora bien, partiendo de que el derecho a la defensa implica el derecho a presentar pruebas, comprende también la facultad de producir los elementos de prueba que la parte considere pertinentes y que pudieran influir en la decisión final del proceso. Vale decir que la libertad probatoria se refiere a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el procedimiento que resulta importante al momento de asumir una decisión final. Sin embargo, cabe reiterar que la producción de la prueba o libertad probatoria debe enmarcarse ineludiblemente en los principios de pertinencia y conducencia, según los cuales debe establecerse un vínculo entre el elemento probatorio y el hecho analizado, teniendo en cuenta que los medios de prueba a ser aportados deberán ser empleados para resolver un caso concreto y particular.

En definitiva, si bien es cierto que la Constitución boliviana no cuenta con una norma expresa que de manera clara establezca el derecho a la prueba como un derecho fundamental, su jerarquía constitucional ha sido admitida a partir de los lineamientos establecidos por el TCP. De ahí que el carácter fundamental del derecho a la prueba tiene su base en que se halla configurado como un elemento sustancial de la garantía del debido proceso y, en consecuencia, justiciable mediante la acción de amparo constitucional, conforme lo ha establecido con claridad la jurisprudencia constitucional.

Ello implica que se constituye en un elemento de vital importancia para preservar la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto a través del mismo habrá de alcanzarse la verdad material, tanto en la fase preliminar de una investigación como en el mismo proceso como tal (judicial o administrativo), ya sea aportando las pruebas necesarias, o en su caso contraviniendo aquellas que se opongan a las pretensiones de quien busca mantener intacta la presunción de su inocencia. Por tanto, el ejercicio del derecho a la prueba exige la aplicación de ciertas reglas de racionalidad para la valoración pertinente, objetiva, adecuada e idónea de la prueba, todo lo cual

resulta imprescindible a la hora de formar un criterio adecuado en el juzgador respecto al asunto que debe conocer y resolver, constituyéndose así en una garantía de idoneidad del proceso e imparcialidad del juez en Bolivia.

Referencias

- Balleza Valdez, C. (2019). El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal. *Blog del Centro de Estudios Constitucionales SCJN*. Recuperado el 25 de noviembre de <https://bit.ly/3lDW7lu>
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de marzo de 1998). Sentencia T-100 de 1998 [M. P. Hernández Galindo, J.].
- Corte Constitucional de Colombia. (2 de agosto de 1999). Sentencia T-555 [M. P. Hernández Galindo, J.].
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de agosto de 1999). Sentencia T-589 [M. P. Cifuentes Muñoz, E.].
- Corte Constitucional de Colombia. (2 de diciembre de 1999). Sentencia T-970 [M. P. Beltrán Sierra, A.].
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de marzo de 2006). Sentencia T-171 [M. P. Vargas Hernández, C.].
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de julio de 2006). Sentencia C-537 [M. P. Sierra Porto, H.].
- Corte Constitucional de Colombia. (26 de julio de 2006). Sentencia T-579 [M. P. Cepeda Espinosa, M. J.].
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de noviembre de 2013). Sentencia SU 842 [M. P. Mendoza Martelo, G.].
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de enero de 2014). Sentencia C-034 [M. P. Calle, M. V.].
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de agosto de 2015). Sentencia C-496/15 [M. P. Pretelt Chaljub, J.].
- Corte IDH. (21 de enero de 1994). Sentencia Caso Gangarm Panday contra Suriname.

Corte IDH. (29 de enero de 1997). Sentencia Genie Lacayo contra Nicaragua.

Corte IDH. (17 de septiembre de 1997). Sentencia Caso Loayza Tamayo contra el Perú.

Corte IDH. (12 de noviembre de 1997). Sentencia Caso Suarez Rosero contra Ecuador.

Corte IDH. (30 de mayo de 1999). Sentencia Castillo Petrucci contra Perú.

Corte IDH. (19 de septiembre de 1999). Sentencia Caso Cesti Hurtado contra el Perú.

Corte IDH. (24 de septiembre de 1999). Sentencia Caso Ivcher Bronstein contra Perú.

Corte IDH. (16 de agosto de 2000). Sentencia Durand y Ugarte contra el Perú.

Corte IDH. (18 de agosto de 2000). Sentencia Caso Cantoral Benavides contra el Perú.

Corte IDH. (2 de julio de 2004). Sentencia Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica.

Corte IDH. (5 de julio de 2004). Sentencia Caso 19 comerciantes contra Colombia.

Corte IDH. (31 de agosto de 2004). Sentencia Caso Ricardo Canese contra Paraguay.

Corte IDH. (18 de septiembre de 2004). Sentencia Caso Tibi contra Ecuador.

Real Academia Española. (s. f). Derecho a la prueba. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*.

Espinoza Ramos, B. (2020). *El derecho a la prueba: apuntes desde la jurisprudencia del TC*. <https://bit.ly/3kDdPoJ>

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Colección: Derecho & Tribunales 11. Editora y Librería Jurídica Grijley.

Herrera Añez, W. (2016). *La prueba en materia civil. La verdad material*. Grupo Editorial Kipus.

- Midón, M. (2009). El derecho a la prueba como contenido esencial de la garantía del proceso justo. En O. Gozaini (dir.), *Proceso y Constitución* (pp. 397-407). Ediar.
- Parada Mendía, A. (2008). El derecho a la prueba en la jurisprudencia nacional (TC y CSJ). *Revista Boliviana de Derecho*, (5), 45-63. <https://bit.ly/3AMyKLO>
- Pérez Restrepo, J. (2015). Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación. *Estudios De Derecho*, 72(159), 61-87. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a04>
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, LXIV(143), 181-206. <https://bit.ly/3AH7Eoc>
- Taruffo, M. (2018). La Verdad y Prueba dentro el Proceso. En Tribunal Constitucional Plurinacional, *Teoría de la Prueba* (pp. 11-36). <https://bit.ly/39AvVkm>
- Tribunal Constitucional del Perú. (17 de octubre de 2005). Exp. 6712-2005-HC/TC. Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.
- Tribunal Constitucional del Perú. (15 de noviembre de 2006). Exp. 5068-2006-PHC/TC. Caso César Humberto Tineo Cabrera.
- Tribunal Constitucional del Perú. (5 de abril de 2007). Exp. 1014-2007-PHC/TC. Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz.
- Tribunal Constitucional del Perú. (3 de enero de 2013). Exp. 010-2002-AI/TC. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos.
- Tribunal Constitucional de República Dominicana. (13 de junio de 2014). Sentencia TC/0704/18.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (28 de enero de 2004). Sentencia Constitucional N° 0129/2004-R.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (8 de junio de 2004). Sentencia Constitucional N° 0873/2004-R.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (2 de octubre de 2006). Sentencia Constitucional N° 0965/2006-R.

- Tribunal Constitucional de Bolivia. (14 de octubre de 2006). Sentencia Constitucional N° 1670/2004-R.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (7 de marzo de 2007). Sentencia Constitucional N° 0115/2007-R.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (13 de septiembre de 2010). Sentencia Constitucional N° 1298/2010-R.
- Tribunal Constitucional de Bolivia. (27 de septiembre de 2010). Sentencia Constitucional N° 1434/2010-R.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (6 de septiembre de 2012). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1215/2012.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (12 octubre de 2012). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1881/2012.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (27 de marzo De 2013). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0410/2013.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (20 de marzo de 2015). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0338/2015-S2.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (15 de febrero de 2016). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0099/2016-S2.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (8 de abril de 2016). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0340/2016-S2.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (24 de octubre de 2017). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1171/2017-S1.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (28 de febrero de 2018). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0014/2018-S2.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (28 de junio de 2018). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0312/2018-S2.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (31 de diciembre de 2019). Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1159/2019-S2.
- Yañez-Meza, D. y Castellanos-Castellanos, J. A. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del código general del proceso en el derecho sustancial y procesal. *Vniversitas*, (132), 561-610. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpca>

Carlos Alberto Jaramillo Rojas*

Universidad Libre (Cali, Colombia)

carlosjaro@hotmail.com

**La obligación política como obligación
prudencial en el pensamiento filosófico político
de Thomas Hobbes****

*Political Obligation as Prudential Obligation in the
Political Philosophical Thought of Thomas Hobbes*

*A obrigação política como obrigação prudencial no
pensamento filosófico político de Thomas Hobbes*

Artículo de reflexión: recibido 20/10/2021 y aprobado 18/01/2022

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Cali (Colombia). Filósofo, especialista en pensamiento político contemporáneo y magister en Filosofía de la Universidad del Valle (Colombia). Abogado de la Universidad de San Buenaventura (Colombia). Ph.D en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus áreas de trabajo son la fundamentación filosófica y epistemológica del derecho, la teoría de los derechos fundamentales, la argumentación jurídica, la hermenéutica jurídica y los problemas del derecho contemporáneo.

** Artículo producto de investigación del proyecto titulado *Filosofía y Derecho. Consideraciones críticas*, perteneciente al Grupo Phylojuris de la Universidad Libre de Cali.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5183>

Cómo citar:

Jaramillo Rojas, D. A. (2022). La obligación política como obligación prudencial en el pensamiento filosófico político de Thomas Hobbes. *Precedente*, 21, 127-156.

<https://doi.org/10.18046/prec.v21.5183>



Resumen

En la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, la obligación de obedecer al Estado asume un carácter estrictamente racional o prudencial, por los presupuestos filosóficos y epistemológicos desde donde este pensador parte para concebir al hombre. Estos se enmarcan en una visión mecánica del mundo en la que la obediencia al soberano solo se explica por la necesidad de conservar el movimiento de la vida.

En su concepción, no existen valores últimos como fundamento de la moral, como en la escuela aristotélico-tomista, ni imperativos categóricos como en la ética kantiana; solo las pasiones y el principio universal del movimiento constituyen los elementos a partir de los cuales se hace posible entender, en su teoría, la lógica de la obligación política.

Palabras claves: obligación política; legitimidad; teoría del Estado; derecho constitucional; filosofía política.

Abstract

In *Leviathan*, Thomas Hobbes' best-known work, the obligation to obey the state assumes a rational or prudential character because of the philosophical and epistemological theories from which this thinker has conceived the human nature. Those principles are related to a mechanical vision of the world in which the obedience to the sovereign is explained only as a need to conserve the life motion.

According to Hobbes' view, transcendental values do not exist as a moral foundation like in Aristothelic-Tomist School, neither categorical imperative like in Kantian ethics; only the passions and the universal motion principle constitute the elements which make possible the logic of the political obligation in his theory.

Keywords: Political Obligation; Legitimacy; Theory of the State; Constitutional Right; Political Philosophy.

Resumo

Na obra *Leviatã* de Thomas Hobbes, a obrigação de obedecer ao Estado assume um caráter estrictamente racional ou prudencial, devido aos pressupostos filosóficos e epistemológicos a partir dos quais esse pensador passa a conceber o homem. Estes estão enquadrados numa visão mecânica do mundo em que a obediência ao soberano só se explica pela necessidade de preservar o movimento da vida.

Em sua concepção, não há valores últimos como fundamento da moralidade, como na escola aristotélico-tomista, nem imperativos categóricos como na ética kantiana;

apenas as paixões e o princípio universal do movimento constituem os elementos a partir dos quais é possível compreender, em sua teoria, a lógica da obrigação política.

Palavras-chave: obrigação política; legitimidade; Teoria do Estado; direito constitucional; filosofia política.

Introducción

¿Cuáles son las razones que fundamentan el derecho del Estado a la obediencia de aquellos individuos que se encuentran bajo su mando? es la pregunta que, en la filosofía política, indaga por los fundamentos del poder político; y el problema por aclarar el tipo de obligación que el individuo adquiere en relación con el Estado es lo que en la historia del pensamiento político se conoce como el problema del carácter de la obligación política.

Explorar qué tipo de obligación existe en Thomas Hobbes, en lo relacionado con el carácter de la obediencia que el individuo asume en su relación con el Estado, es la tarea que nos proponemos realizar, mediante un examen analítico de su obra *Leviatán*. En lo posible, no utilizaremos fuentes secundarias, razón por la cual no polemizaremos con los autores que niegan la posibilidad de derivar la moral y la política hobbesiana de su materialismo mecanicista. No me referiré, por lo tanto, a la famosa tesis Taylor-Warrender ni discutiré con los pensadores clásicos como Oakeshott, Hood, Tuck, Goldsmith, McNelly, Raphael, Nagel y otros como Hampton, Kavka, Bertman, Zarka, etc., que se distancian ostensiblemente de la tesis que aquí se defiende.

Sin pretender dar una solución al problema, esperamos que esta investigación contribuya en un futuro no muy lejano a esclarecer el tipo de obligación que existe entre el ciudadano colombiano y el Estado, pues del carácter de la obligación que existe entre el hombre y las normas que lo cobijan se desprenden muchas de las demandas de las que hoy se ocupa el derecho administrativo.

Aclarar qué tipo de obligación existe entre el hombre y el Estado constituye un deber de las facultades de derecho de la Universidad colombiana, pues hasta el momento no existe una claridad total frente a la obediencia que el ciudadano debe asumir ante las normas. ¿Es una obligación moral la que tiene el individuo de obedecer el derecho?, ¿es una obligación prudencial?, entiéndase por ello la obediencia que el hombre asume por temor a las consecuencias.

Esperamos que este tipo de investigación contribuya, desde una perspectiva filosófica, a poner en evidencia algunas implicaciones teóricas que se desprenden de las teorías de los pensadores clásicos que, como Thomas Hobbes, hoy sirven de soporte para pensar la teoría general del Estado.

Confiamos, además, en que nuestra investigación sirva de soporte a otras investigaciones que logren generar, en un futuro no muy lejano, una nueva conceptualización del derecho que permita crear nuevas categorías jurídicas, a

partir de las cuales sea posible enfrentar los grandes problemas que hoy afectan nuestra realidad colombiana.

Nuestro trabajo se centrará en responder las siguientes preguntas al interior de la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes: ¿qué clase de obligación es aquella que el individuo asume en la aceptación de la jurisdicción que sobre sí el Estado impone? ¿Tiene un carácter moral o es una regla prudencial la que impele al hombre a obedecer las leyes del Estado? ¿Es posible pensar en Hobbes una obligación moral de obedecer a pesar de su concepción mecánica del mundo, en la que la libertad de la voluntad no es por él tenida en cuenta como factor fundamental en la dimensión moral del hombre?

Exploraremos en primera instancia los presupuestos metodológicos que en el siglo XVII influyeron en Thomas Hobbes para su construcción racional del Estado. En este sentido, hablaremos de la herencia galileana y de las implicaciones del principio del movimiento que constituyen, en nuestro criterio, los factores claves que históricamente determinaron en Hobbes el nacimiento de su teoría política (Jaramillo, 2013). Asimismo, nos referiremos a su concepción mecánica del mundo y a su concepción de la naturaleza humana, ya que es allí donde es posible hallar los fundamentos y el carácter de la obligación política.

Constataremos en este capítulo que lo único que se puede entender como obligación moral en Hobbes será la obligación que asume el hombre en relación con el Estado, a través de la promesa establecida por el pacto en procura de su propia supervivencia; es decir, es la necesidad de conservar el movimiento de la vida lo único que, a nuestro parecer, se puede entender como moral.

Sostendremos que solo en él se puede hablar de una obligación política, y no de una obligación moral individual, pues el hombre por sí mismo, dado el carácter pasional de su naturaleza, no pone frenos a su conducta y no obrará conforme a lo que las leyes naturales establecen, a menos que una fuerza exterior lo obligue a hacerlo. Finalmente, demostraremos que el fundamento último del carácter de la obligación política en la concepción hobbesiana del Estado radica en el marcado egocentrismo del hombre, ya que este solo acepta límites a su derecho natural originario si tales restricciones contribuyen a la consecución de sus propósitos y a la conservación de la existencia, en cuya defensa acepta el deber de obedecer, y en el que creemos es posible hallar los fundamentos y el carácter de la obligación política.

1. Presupuestos metodológicos de la obligación política en el pensamiento de Thomas Hobbes

Como uno de los resultados de la escisión de la teología con la teoría política a partir del siglo XVII, se pretende hallar una fundamentación racional a la legitimidad del poder político; comienza a desplazarse a Dios como fundamento de toda autoridad y se intenta hallar en la razón las bases y fundamentos del poder y del Estado.

En su afán por hacer una deducción racional del poder político, Hobbes, influido por el método de demostración geométrica utilizado por Euclides en sus investigaciones científicas naturales, concibe la idea de fundar científicamente, por demostración, la explicación de los hechos relativos a la naturaleza ética y social del hombre. Este método, según él, constituiría el dispositivo a través del cual sería posible conocer las reglas científicas que gobiernan la creación y conservación de los Estados (Jaramillo, 2013).

Geometría y política se encontraban, según Hobbes, en el mismo paralelo porque, de la misma forma en que la geometría es demostrable, son los hombres los que establecen sus figuras; la filosofía civil también es demostrable porque son los hombres quienes construyen el Estado. Sostenía que el objeto de las ciencias naturales no era fácilmente susceptible de demostración, ya que su movimiento no depende de nosotros mismos, pues tendríamos que apelar a la experiencia para hallar los principios en los que se funda. Este era el aspecto fundamental que según Hobbes diferenciaba a la filosofía civil de la filosofía natural, pues, mientras los movimientos que producen los fenómenos naturales son extraños a nosotros, aquellos que producen las figuras geométricas y producen el Estado provienen de nosotros mismos y se hallan en nuestra mente; es decir, se desarrollan por entero dentro del marco de la convención. Equiparar la política a la ciencia equivaldría, entonces, a proponer definiciones de las que pudieran deducirse estrictamente la generación de una república y las normas básicas para su existencia.¹

¹ Al igual que Galileo supone condiciones ideales para observar cómo serían las características de un cuerpo en movimiento en ausencia de las complicaciones de tipo empírico que se presentan en la trayectoria de todo cuerpo en movimiento (resistencia del aire, rozamiento, curvatura de la tierra, etc.), Hobbes supone otra situación similar consistente en ver cómo sería la conducta del hombre en ausencia de un poder civil que no controle la fuerza de sus pasiones. Para tal efecto aplica a la realidad del hombre el método compositivo-descompositivo utilizado por Galileo en sus investigaciones científicas. Tal método consistía en la descomposición de un fenómeno realizado, real o imaginariamente, para averiguar la naturaleza de las partes que lo componen, y posteriormente volverlo a componer reconstruyendo deductivamente la forma como se ha producido, y, de esta

1.1. Las implicaciones del principio del movimiento

El supuesto establecido por Galileo, según el cual los cuerpos se hallan en continuo y eterno movimiento, tuvo, al igual que su método compositivo-descompositivo, honda repercusión en la teoría política hobbesiana. Así como Galileo dio un salto radical en la ciencia natural con la formulación de la ley del movimiento uniforme, ya que, al sustituirse el reposo por el movimiento como el estado natural de los cuerpos, pudo con facilidad omitirse la intervención permanente de aquella fuerza exterior necesaria para explicar el movimiento de las cosas. De la misma manera, Hobbes dio un salto trascendental en los fundamentos de la teoría política, al establecer el mismo carácter de independencia en las obligaciones y deberes de los hombres (Jaramillo, 2013), al hacerlas provenir no de Dios o de la naturaleza, sino de la necesidad misma de cada mecanismo de perpetuar su movimiento.

El aspecto revolucionario de este salto dado por Hobbes en la teoría política y moral estriba en haber omitido, en su deducción de la obligación y del derecho, aquella instancia exterior desde la cual se hacían proceder todos los deberes y obligaciones, y la cual desde Platón se tenía como fundamento último (Jaramillo, 2013). Según Hobbes, es en las mismas capacidades y necesidades de los hombres donde puede hallarse directamente el fundamento de sus obligaciones. Y es, en este sentido, el postulado de igualdad entre los hombres (en sus capacidades y en sus expectativas) el elemento a través del cual tal afirmación resulta posible. Sostenía Hobbes que si los hombres son iguales, tienen en consecuencia iguales derechos; consideraba que una igualdad de hecho establecía una igualdad de derecho, sin la introducción previa de ningún otro criterio o premisa moral. Pensaba que tal situación tenía que ser de esa manera, porque no existían, en su criterio, razones suficientemente válidas para sostener lo contrario.

forma, conocer el principio que en esencia se presenta en el fenómeno. En esta medida, Hobbes analiza los fenómenos políticos existentes en sus partes constitutivas; descompone el Estado, objeto de su estudio, en los elementos que lo componen: el hombre y sus pasiones en ausencia de un poder que lo controle, para de este modo desentrañar los principios últimos que lo rigen. Intenta, a partir de este método, hacer una deducción racional del Estado y encontrar en los elementos que lo componen (el hombre y sus pasiones) los principios constitutivos de su existencia. A pesar de que Hobbes utiliza este método de demostración geométrica para sus investigaciones filosóficas, tal método no lo proveía de un principio lo suficientemente amplio y universal que sirviera de base para indagar sobre la naturaleza y el comportamiento de las cosas; es entonces cuando Hobbes entra en contacto con el supuesto fundamental de la ciencia galileana: el movimiento, y lo adopta como el principio último y constitutivo de todo lo existente, y a través del cual intenta interpretar los diversos fenómenos que ocurren en el mundo (Garmendia y Schnaith, 1973, p. 81).

Hobbes comparte con Galileo el hecho de haber cambiado el supuesto de aquella fuerza exterior sin cuya presencia, en el pensamiento aristotélico, no sería posible concebir ningún movimiento y sin la cual la obligación y el deber en el hombre no podrían tener ningún fundamento.

1.2. *Mecanicismo y determinismo*

Hobbes, al igual que Galileo, consideraba al movimiento el estado natural de los cuerpos, contrario a lo sostenido por Aristóteles, quien concebía el reposo como el fin natural hacia el que los cuerpos tienden. Para Hobbes, la naturaleza era un gran mecanismo de seres que se mueven, pero sin un fin especial, postura también contraria a Aristóteles, quien sostenía que los cuerpos tienen naturalmente un fin en sí mismos y una tendencia a la perfección. Planteaba simplemente que todo en la naturaleza, incluso el hombre, puede ser explicado a partir de las leyes del movimiento. El hombre es, en su concepción, un autómatas determinado a actuar por pasiones, sin que exista en él un fin predeterminado de perfección que oriente su conducta (Jaramillo, 2009).

Consecuentemente con este mecanicismo, la naturaleza humana en Hobbes no está impregnada de las prescripciones que en la filosofía medieval formaban parte de la esencia natural del hombre; este no es un ser con una finalidad prescrita en busca de cuya realización propenda su existencia, ni un ser cuya eticidad advenga antes de la consolidación de algún contrato. Dicho en otros términos, no opera en ella el influjo de aquella concepción de ley natural que en el pensamiento medieval era factor determinante en la finalidad de la conducta humana (Jaramillo, 2009).

Hobbes crea un nuevo concepto de hombre a partir de la negación de los principios metafísicos trascendentes que en el pasado lo constituyeron; su esencia está desprovista del ropaje teleológico con que una vez lo supo ver la escuela aristotélico-tomista. Al ser el hombre una tabla desprovista de contenido alguno, pudo libremente el pensador inglés escribir sobre ella las bases para la construcción de un nuevo Estado: el *Leviatán*.²

² Esta situación, en la perspectiva de ciertos autores como Guillermina Garmendia de Camusso y Nelly Schnaith (1973, p. 32.), significa que Hobbes intenta fundar en principios puramente racionales los preceptos del derecho natural tradicional; no en los postulados de la teología, sino en el nuevo concepto de ciencia físico-natural inaugurado por Galileo, con lo que al despojarlo de todo valor moral trascendente da nacimiento a una de las elaboraciones metodológicas más osadas de su época; ya que, al separar el derecho de naturaleza de la ética, el poder político no podrá fundarse en las verdades de la teología, sino en aquellos principios científicos previamente derivados de la razón.

1.3. La concepción de la naturaleza humana

Esta cientificidad con la que Hobbes pretende explicar el mundo asume su más marcado carácter mecanicista al interpretar al hombre.

El hombre, en su concepción, no puede ser pensado sino como una realidad material determinada, un objeto más de la diversidad de la totalidad existente y, como tal, expuesto a la regulación mecánica que sobre todo cuerpo en general se ejerce. El hombre es reducido en este marco determinista a un mero objeto regulado en su ser y en su hacer, según el modelo de las cosas naturales y, como ellas, determinado por un juego mecánico de acciones y reacciones; es decir, que no puede escapar de las leyes causales que rigen el movimiento de las cosas que conforman el universo físico (Jaramillo, 2009).

En consecuencia, el hombre no es más que un cuerpo en movimiento, y es este movimiento lo que configura su vida, entendida esta como la satisfacción constante de sus deseos: el hombre es un autómatas, según expresión del mismo Hobbes, cuyo pensar, sentir y anhelo están determinados por el influjo de la realidad exterior, que solo es posible conocer a través de las distintas sensaciones que le ofrecen sus sentidos (Jaramillo, 2009); de esta manera,

la sensación es el cuerpo externo u objeto que actúa sobre el órgano propio de cada sensación, ya sea de modo inmediato, como en el gusto o en el tacto, o mediatamente como en la vista, el oído y el olfato. (Hobbes, 1982, p. 6)

Las sensaciones son, pues, las huellas de los distintos cuerpos que afectan los sentidos.

Esta confrontación del hombre con la realidad produce dos movimientos, uno de apetito y otro de aversión, según qué produzca el objeto en relación. Al impulso del apetito o del deseo, Hobbes lo llama bien, y al objeto de aversión o del odio, mal. Según su criterio, bien y mal no son conceptos absolutos y poseen diversos significados según los objetos que persiga el hombre, porque las palabras *bueno*, *malo* o *indiferente* son empleadas siempre en relación con la persona, no existiendo nada que sea simple y absolutamente tal (Hobbes, 1982, p. 42). Lo que, en otros términos, significa que el bien y el mal hacen alusión al placer y al dolor; por el primero se entiende toda actividad que propenda hacia la corroboración del movimiento vital (la vida), y por el segundo, toda actividad que lo perturbe.

Hobbes, a su vez, hace una distinción entre movimientos voluntarios e involuntarios; mientras los primeros requieren de la imaginación para expresarse, los otros constituyen los elementos fundamentales de la vida, y su existencia no necesita de conexión alguna con la imaginación; “tales son: la circulación de la sangre, el pulso, la respiración, la digestión, la nutrición, la excreción, etc.” (1982, p. 40)

Para él, la imaginación es “el primer comienzo de toda moción voluntaria” (1982, p. 40); en esta perspectiva, la memoria es la permanencia de la imagen de un cuerpo en el cerebro, a pesar de no estar ya presente. Esta imagen es el resultado del movimiento de los cuerpos externos a través de los órganos de los sentidos.

El hombre, como cuerpo, carece de la posibilidad de gobernarse a sí mismo, al no poseer libertad de voluntad o libre albedrío; en consecuencia, no puede obrar al margen del influjo determinante de la realidad exterior, lo que significa que:

No hay nada que tenga su origen en sí mismo, sino en la acción de algún otro agente inmediato fuera de él... Por consiguiente, cuando un hombre comienza a sentir apetencias o deseos de algo, de los que inmediatamente antes no sentía ningún deseo ni apetencia, la causa de su deseo no es el deseo mismo, sino algo distinto, situado fuera de su alcance. (Watkins, 1972, como se citó en Jaramillo, 2009, pp. 14-15)

De esta manera, la voluntad no es más que un deseo que tiene prioridad sobre los otros o, como lo sostiene Hobbes, “el último apetito en la deliberación” (1982, como se citó en Jaramillo, 2009, p. 15); por consiguiente, la razón individual no puede constituirse en principio de acción que gobierne los conflictos pasionales, porque no puede apartarse de los imperativos que rigen la constitución mecánica del hombre.

La conducta humana está sometida a las leyes de la mecánica, es decir, está sujeta al mismo determinismo que gobierna al mundo material. En consecuencia, todo lo que según Hobbes se puede entender por libertad solo es una libertad exterior mecánica; es decir, solo la podemos entender como aquella libertad de obstáculos que pueden impedir a un hombre hacer lo que desee (Jaramillo, 2009). En este sentido, las dificultades que interiormente se le presentan a un individuo para la realización de ciertos actos no constituyen impedimentos a su libertad, pues es la esfera de la exterioridad la que circunscribe el ámbito de la libertad en Hobbes.

Es después de que el hombre decide actuar que se puede hablar de libertad. Esta solo tiene que ver con el espacio exterior en el que la acción resulta posible; en consecuencia, cualquier obstrucción que la perturbe es un impedimento a la libertad, pero el impedimento que se origina en el móvil mismo de la conducta no puede ser entendido como tal. Así, de un hombre que no puede por defecto de su naturaleza caminar (inválido) no puede decirse que no es un hombre libre, pues no existe ningún obstáculo exterior que se lo impida, y en este sentido se dice que es un hombre libre, aunque no pueda caminar; es decir, su invalidez disminuye su poder, mas no su libertad (Watkins, 1972, como se citó en Jaramillo, 2009).

Consecuentemente con esta concepción mecánica en la que la teleología ya no hace parte de los elementos mediante los cuales Hobbes concibe el mundo, este define la felicidad como un continuo progreso de los deseos. Es decir, es “en la potencia concupiscible del alma donde reside lo esencial del hombre” (De Jouvenel, 1957, p. 412); más allá de la satisfacción constante de los deseos no existe otra cosa, en su concepción, que pueda entenderse como tal; no existe en él un ideal de perfección ni un fin trascendental para entenderla.³

3 En consecuencia, el hombre busca por sobre todas las cosas la preservación de su existencia de la mejor forma posible, siendo la felicidad, como ya lo decía Hobbes, la realización constante de los deseos. Situación que no se presenta como realizable sino mediante la obtención de un gran poder que logre refrenar el apetito de los otros sobre las distintas cosas que solo para sí mismo el hombre quiere: “el poder de un hombre (universalmente considerado) consiste en sus medios presentes para obtener algún bien manifiesto futuro” (p. 69). Sin embargo, esta forma de poder no le permite al hombre protegerse del peligro al que, en relación con el poder de los demás, se encuentra permanentemente expuesto. El único poder que frente a los demás puede protegerlo es el exceso de poder, en relación con el poder que todos tienen. El poder, concebido en estos términos, será, en el criterio de Hobbes, el único elemento que en ausencia de un poder civil (Estado natural) garantizará la paz y lo salvaguardará de los peligros que para el hombre los hombres representan. Hobbes no dice tajantemente que el hombre siente placer en dominar a los demás, no es una perversión de su naturaleza, sino el resultado indirecto de la búsqueda de la satisfacción de sus pasiones. Algunos autores establecen que “de una máquina compleja que se mueve a sí misma (autómata) no se puede deducir lógicamente la guerra de todos contra todos a partir de la competencia” (Romero, 1982, p. 114). Por tal razón, concluyen que Hobbes introduce presupuestos derivados de la experiencia para poder ligar lógicamente la naturaleza humana con la agresividad y poder establecer en el hombre la búsqueda incesante de poder como una de sus características naturales. Así, pues, en su *Leviatán* afirma: “De este modo señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte. Y la causa de esto no siempre es que un hombre espere un placer más intenso del que ha alcanzado; o que no llegue a satisfacerse con un moderado poder, sino que no pueda asegurar su poderío y los fundamentos de su bienestar actual, sino adquiriendo otros nuevos” (Hobbes, 1982, p. 79).

1.4. *El egocentrismo humano*

Hobbes establece que lo que subyace en la naturaleza humana es su extremado egocentrismo. En esta medida, el bienestar es el criterio fundamental que, en su pensamiento, el hombre utiliza para medir la magnitud del valor de las cosas. Para él, el hombre no es sino un ser egoísta que mide las cosas a través de sí mismo y del beneficio que, mediante ellas y de los demás hombres, le sea posible obtener. De esta manera, su interés por los otros siempre estará referido a sí mismo, razón por la cual Hobbes establece que la compasión producida por una desgracia ajena proviene de la idea de que una calamidad semejante pueda ocurrirle a cualquiera, ya que, si inmerecidamente otros la sufren, en determinado momento podremos sufrirla nosotros; lo que significa que la compasión no es por los otros, sino por nosotros, pues podremos estar en determinado momento bajo el mismo peligro (Jaramillo, 2009).

Por consiguiente, las cosas se tornan buenas o malas dependiendo de la utilidad que, para los objetivos del hombre, representen. Así, “lo útil personal” y todos los seres, incluso los hombres, adquieren el carácter de cosas y medios en la consecución de sus fines egoístas. Por tanto, el concepto de *valor* en Hobbes no es un término que se pueda entender axiológicamente ni insertar en la escala de lo denominado “valoración moral”; esto es, como aquella instancia ajena a la tendencia egoísta del hombre en la que el aspecto moral se perfila al margen de todo interés. La axiología hobbesiana carece de fundamentos metafísicos distintos al interés humano. En Hobbes el valor es un criterio funcional que establece las cosas buenas o malas en relación con lo que a los demás les resulta apreciable; o sea que,

En cuanto a los hombres, no es el vendedor sino el comprador quien determina el precio. Porque, aunque un hombre (cosa frecuente) se estime a sí mismo con el mayor valor que le es posible, su valor verdadero no es otro que el estimado por los demás. (Jaramillo, 2009)

1.5. *La hipótesis o condición natural del hombre*

Teniendo en cuenta estas características de la naturaleza humana, Hobbes plantea la hipótesis de un estado o condición natural del hombre en la que, dadas unas condiciones de igualdad, los hombres se encuentran bajo el imperio de sus pasiones; en donde, por no existir ningún control sobre sus deseos de

apropiación, y al ser solo sus apetitos los elementos determinantes de lo bueno y de lo malo, entran en un estado general de guerra, en el que nada garantiza la conservación de su movimiento natural: la vida y las cosas que para sí mismo el hombre quiere (Jaramillo, 2013).

En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto. Por consiguiente, no hay cultivo de la tierra ni uso de los artículos que puedan ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni computo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad: y, lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve (Hobbes, 1982, p. 103).

El estado general de igualdad en el cual Hobbes concibe al hombre es uno de los factores causantes de la guerra, ya que la diferencia existente entre hombre y hombre no es tan perceptible como para que un individuo no pueda aspirar, con base en ella, al mismo beneficio que otro individuo reclama para sí.

Parece que el reconocimiento de esta igualdad los hace pensar que tienen igualdad de derecho sobre las mismas cosas, y es la causa por la que se presenta un estado de competencia tal que, dados los peligros que todos contra todos representan, no se garantiza la tendencia natural que tiene el hombre a conservar su movimiento. Tendencia esta que, bajo todo tipo de circunstancia, pretende el hombre preservar, pues las leyes que regulan el movimiento natural de los cuerpos, y que tienden bajo todo tipo de circunstancias a su conservación, regulan en igual medida el movimiento natural del hombre.

Este, al igual que las diversas cosas del mundo natural, tiende a preservar su movimiento; todo en él está encaminado a la autoconservación de la vida; es decir, todos sus requerimientos y necesidades básicas apuntan a la conservación de su existencia, y esta determinación que se expresa en la armonía orgánica de su cuerpo, cuya finalidad primera es existir, tiene su correspondencia en los cuerpos materiales, que, a su vez, tienen como finalidad específica la prolongación de su propio movimiento (Jaramillo, 2013).

En otra perspectiva, es importante tener en cuenta, en relación con el estado natural, que Hobbes no intenta hacer una historia de la génesis del Estado, reconociendo así que la hipótesis del estado natural es solo una situación potencial a la base de toda asociación política. Pretende mediante ella conocer cuál sería el comportamiento natural del hombre abandonado al

funcionamiento de su propio mecanismo, en ausencia de un poder civil que controle el alcance de los apetitos individuales; pero al no poder sobrevivir este bajo dichas circunstancias, Hobbes deriva la necesidad racional del Estado como elemento básico para la existencia.

Es igualmente importante señalar que el hombre natural al que se refiere Hobbes no es el hombre primitivo sin mayor poder de intelección, sino el hombre social que todos conocemos, por lo que se refiere a una condición natural ya “socializada” y no a un estado natural, ya que lo que pretende conocer mediante este mecanismo es la esencia que subyace en el comportamiento de los hombres reunidos entre sí, sin un poder que gobierne sus impulsos. Al referirse al hombre natural, Hobbes piensa al hombre social, en específico al hombre de la segunda mitad del siglo XVII; y al referirse al estado natural, Hobbes lo piensa como un producto de su experiencia histórica, es decir, “como un rudimento del sistema social, en el cual se proyectan, sometidas a esquemas mecanicistas, las condiciones de sociabilidad histórico-reales de la primera burguesía, abstraídas de su contexto fáctico inmediato”.

A pesar de que para Hobbes el hombre es un ser insociable, reconoce la necesidad de relacionarse con los otros para poder vivir. Las apetencias que en su insociabilidad reclama el hombre solo las puede obtener a merced de otros. Para tal efecto, tiene necesariamente que conceder privilegios a aquellos de cuyos favores depende su existencia. No podrá obrar conforme a normas que solo le beneficien y que vayan en contra de los intereses de los otros, pues no tendrían valor alguno como instrumento de subsistencia.⁴

Es bajo esta circunstancia que la razón funciona como un cálculo mediante el cual es posible prever las distintas consecuencias de los diferentes actos que

⁴ Para poder tener acceso a ciertas cosas y a algunos privilegios, tendrá que acceder a una limitación en su desenfadado deseo de posesión, en la que cada uno se compromete, mediante la aceptación universal de dicha restricción, a obrar conjuntamente para el beneficio de todos. Lo que, en otros términos, significa que el valor subjetivo de las normas convertido en valor objetivo será lo único que permitirá que el deseo personal se vea realizado.

Es entrando en conciliación con sus semejantes como el hombre puede obtener aquellas cosas que se propone. Obligarse es permitirse a sí mismo disfrutar de sus derechos; no obligarse es convertir a los demás en un obstáculo. Es esta la única circunstancia por la cual llega a asociarse con los otros, pero no porque el individuo tienda a la sociabilidad, sino porque es la única situación que le permite la obtención de sus propósitos egocéntricos. Lo que, en otros términos, significa que el hombre no se vincula al hombre por un interés recíproco o movido por fines altruistas, ya que el *apetitum societatis* es extraño al hombre de Hobbes. Por lo tanto, el reconocimiento entre los hombres solo se llevará a cabo sobre el común apetito de los objetos, o sea que el mundo de los objetos materiales en el que se encuentra el hombre y por el cual compite será el término mediador de la relación.

el hombre, para la preservación de su existencia, pretenda realizar. Esto no significa que la razón se proponga objetivos diferentes a los de la pasión, pues se encuentra, al igual que ella, sometida a la ley de conservación del movimiento de la vida (Jaramillo, 2013).

La razón solo es vigía de las pasiones, que coopera a la consecución de los propósitos que ellas establecen. No propende a la dignificación del hombre en el sentido medieval ni a la reafirmación de la parte superior que en él existe, porque el hombre es un deseo incesante de poder, y es esta la fuerza que lo determina a obrar (Jaramillo, 2013).

En el pensamiento de Hobbes, el hombre es una máquina que expresa sus determinaciones naturales a través de deseos perceptibles racionalmente, pero que, lejos de ser libres, son solo determinaciones orgánicas que dejan al margen cualquier posible libertad de la voluntad en el hombre (libre albedrío) (Jaramillo, 2013).

La razón, en la concepción hobbesiana, no puede ser entendida en términos de una ética del bien, como el camino que lleva a la virtud o al *summum bonum*, pues es simplemente aquella instancia operativa que permite, mediante la previsión de las consecuencias, entrever el camino más adecuado para la obtención de los propósitos que la inmediatez de la pasión por sí misma no podría garantizar; es decir, “en cualquier materia en que exista lugar para la adición y la sustracción existe también lugar para la razón y, donde quiera que aquella no tenga lugar, la razón no tiene nada que hacer” (Jaramillo, 2009).

1.6. *Las leyes naturales*

En la condición natural de guerra en la que se encuentra y en la cual no existe un poder objetivo que regule sus comportamientos, el hombre está con frecuencia expuesto a todo peligro, sobre todo a morir de forma violenta, y es este temor universalizado del hombre hacia la muerte la única pasión que lo inducirá a frenar la satisfacción del apetito natural que lo gobierna.

Al ser la muerte su mayor peligro, solo el miedo podrá controlar la fuerza irracional de sus pasiones, y en esta perspectiva la razón será la vigía de aquellas pasiones que lo llevarán a una vida confortable y sin zozobras. En consecuencia, le sugerirá convenientes artículos de paz o leyes naturales, a través de los cuales será posible establecer una relación social con los demás, ya que las leyes de la naturaleza son principios o normas generales establecidos por la razón, que

prohíben al hombre todo aquello que pueda destruir su vida o privarle de los medios necesarios para conservarla (Hobbes, 1982, p. 106).

La ley natural no propende, a diferencia del derecho natural, hacia la satisfacción instintiva de los intereses egoístas, sino que tiene como referencia para la consecución de sus propósitos el interés ya generalizado. En la medida en que la igualdad del bienestar es la condición requerida para la realización del bienestar individual, la ley natural funciona como una restricción al derecho natural; en este sentido, estamos de acuerdo con Guillermina Garmendia de Camusso cuando dice:

Las leyes naturales establecen las bases en que la razón se apoya para el logro calculado, ya no instintivo, de la seguridad individual. La previsión racional no sometida a las pasiones subjetivas, sino objetiva, general, aporta mayor efectividad a la acción humana en la consecución de sus fines egoístas. (Garmendia y Schnaith, 1973, p. 141)

Sin embargo, el reconocimiento racional de la ley natural no será un elemento suficiente para que tenga fuerza obligante, pues el hombre es incapaz por sí mismo de tenerla en cuenta en su relación con los demás, dado su determinismo. Lo único que él asume como “obligatorio” es la tendencia a la autoconservación de la vida por la búsqueda de la satisfacción incesante del deseo.

La ley natural en el estado de naturaleza, según Hobbes, solo obliga *in foro-interno*; es decir, el hombre debe tener una disposición interior a cumplirla cuando los demás también la observen, pero en sentido estricto solo serán obligatorias cuando exista una fuerza exterior que la respalde; lo que en otros términos significa que solamente por la intervención de la fuerza la eficacia normativa de las leyes naturales podrá pasar del propósito a la acción, como dice Bertrand de Jouvenel:

Las normas son, pues, objetivamente necesarias, pero el reconocimiento de su necesidad objetiva no las hará observar; no es este un estímulo lo bastante poderoso. Por tanto, serán observadas, no como objetivamente necesarias, sino como queridas por un poder que impresione las imaginaciones de una manera sensible: Dios y el Soberano. (1957, p. 417)

Sin la existencia de las leyes naturales, la relación entre los hombres no sería posible, pues tales leyes son el requerimiento básico de la existencia. Sin ellas,

el peligro general ocasionado por una guerra entre los hombres no permitiría en forma alguna la preservación de su movimiento natural: la vida.

Si enmarcamos esta situación dentro de una concepción mecanicista, podríamos decir que, así como todo cuerpo necesita de un camino sobre el cual moverse libremente, todo cuerpo cuya dirección no esté previamente señalada tenderá a estrellarse al avanzar por un camino lleno de obstáculos; en el caso del hombre, esta libertad del sujeto (cuerpo) que va por el camino supone previsión, y es la razón la facultad destinada a prever en el movimiento de la vida, la posibilidad de su despliegue.

Sin embargo, a pesar de que la razón pueda señalarle al hombre los caminos por seguir para la mejor conservación de su existencia, se requiere un poder que haga cumplir tales prescripciones, ya que por sí solas las leyes naturales no tendrían la suficiente fuerza dada la naturaleza pasional del hombre, dispuesto siempre a satisfacer irracionalmente sus pasiones; se requiere, por lo tanto, un poder que respalde a la razón que se expresa en las leyes naturales, pues solo es él quien determina su seguro cumplimiento; es decir que solo es ese poder quien determina la eficacia normativa de las leyes.⁵

5 En el mundo natural no ocurre lo mismo, aunque podríamos establecer alguna semejanza: así como en el mundo natural las leyes de la física se cumplen inexorablemente y son ellas las condiciones de posibilidad de la existencia de las cosas, en el mundo de los hombres las leyes naturales se cumplen solo si es un poder quien lo establece y son ellas las condiciones de posibilidad de la existencia en sociedad; o, dicho en otros términos, así como las leyes de la física determinan el acaecer de los diversos fenómenos que ocurren en el mundo y son las responsables del orden existente entre las cosas, en el mundo de los hombres existen otras leyes que regulan el movimiento de los hombres para que su existencia social pueda ser posible; y así como no es posible la introducción de ciertos cambios en las leyes que rigen el universo material, no es posible la introducción de cambios en las leyes de la naturaleza que rigen las posibilidades de la existencia humana, ya que se derrumbarían los mundos que tales leyes constituyen. La anterior analogía mostraría desde ya cómo la *obligatoriedad* expresada en la noción de la ley natural está asociada con *descripción* de lo que son las leyes físicas como las que expresan *de hecho* las relaciones entre las cosas. En síntesis, podemos decir que el hombre que concibe Hobbes es un ser egocéntrico, que no busca sino su propio beneficio, y es en este sentido que la justicia, la equidad, la misericordia, conceptos a los que se refiere Hobbes como leyes naturales o virtudes morales, no son determinantes por sí mismas de las acciones humanas, sino medios para la conservación de la vida, pues él no es sino una máquina sin fines trascendentes en su naturaleza.

Esta tendencia del hombre a contemplar el mundo referido a sí mismo evidencia el carácter mecánico de la forma como Hobbes lo concibe; permanecer en movimiento, es decir vivir, es lo único que en su criterio se tiene como importante; (ser egocéntrico significa intentar permanecer en movimiento de una manera cada vez más progresiva).

En esta concepción mecánica del hombre, en la que en esencia solo hemos visto la forma como de hecho se comporta el hombre, no es posible pensar una obligación como *moral* en Hobbes. Creemos que solo frente al poder autorizado del soberano podremos hablar de una dimensión moral

Los fundamentos de la obligación política

Al obrar en consonancia con lo que la ley natural establece, Hobbes piensa que, para salir del estado de guerra en el que se encuentra el hombre, es necesario renunciar al derecho natural absoluto que sobre las cosas todos tienen. Este es el artificio que constituirá a los hombres en sociedad política, mediante el traspaso a un tercero del derecho natural originario a través de la realización de un pacto; al que todos y cada uno se comprometen en conjunto a respetar, para de esta forma conformar el Estado, que Hobbes concibe como:

Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. (Hobbes, 1982, p. 141)

El cumplimiento cabal de los pactos es el elemento que garantiza a cada individuo (en la sociedad civil) disfrutar de los derechos que le concede el hecho de ser una de las partes constitutivas del pacto. Funciona como una prescripción racional insoslayable, por ser el elemento general que permitirá a la sociedad ordenarse de manera que cada una de las partes cumpla con efectividad el desempeño de sus funciones, posibilitando así el funcionamiento total de la sociedad. Esto significa que toda fragmentación de poder en el movimiento general de la sociedad, en lo que a cada una de las partes como entidades separadas le corresponde, trastornaría el movimiento armónico que mediante el cumplimiento cabal de los pactos se quiere conseguir. Por lo tanto, el único elemento que posibilita la existencia social del hombre es el cumplimiento del deber que tiene de respetar los pactos, por cuanto es solo mediante este mecanismo que él puede conservar su movimiento vital y dar cumplimiento a aquella ley fundamental de la naturaleza que dice que el hombre debe procurar, por todos los medios posibles, la conservación de su vida (Hobbes, 1982, p. 107).

En Hobbes, por ser todo cambio y movimiento, el hombre flota al vaivén de su deseo natural; solo el pacto permitirá que el hombre obre en conformidad con las prescripciones que para su seguridad él ha establecido, porque al estar

del hombre (si es que tal cosa es posible en él), teniendo en cuenta que su compromiso frente al soberano tiene como mira la conservación de la existencia. Es desde este principio que entendemos la obligación moral en Hobbes y el criterio a partir del cual será posible pensar los fundamentos de la obligación política como obligación prudencial.

determinado por una fuerza exterior (el soberano) no tendrá la opción de cambiar de dirección; entonces, la paz se perfilará como algo real, pues el hombre por su propia mano no podrá alejarse de ella por temor al soberano.

En otros términos, el pacto introduce una característica que ni hace parte de la naturaleza pasional del hombre ni es una de las tantas veleidades a las que con frecuencia la pasión lo lleva; es decir, no pertenece al flujo ondeante de sus deseos, cuya fogosidad natural impide aquello que asegurará la paz: en síntesis, podríamos decir que el pacto figura como el muelle al cual el hombre amarra el bote de la vida (por la obligación adquirida en el momento de la realización del pacto).

Es a partir de la consolidación del pacto cuando se puede hablar propiamente de una vida ética y social del hombre. El elemento primario de organización se opera a partir del *Pactum Subjectiortis*. Desde aquí, la dimensión moral del hombre adquiere cuerpo y la vida ya no es “pobre, embrutecida y breve”, porque las condiciones que a partir del establecimiento del pacto se generan posibilitan vivir de la manera como la naturaleza les permite comúnmente vivir a los hombres.

En consecuencia, es solo a partir de la realización de tal evento que se puede hablar de justicia y de injusticia, pero no un concepto de justicia moral según la acepción cristiana o kantiana. Para Hobbes, no es un criterio moral natural el que me obliga a conceder a otro igual derecho sobre lo que para mí reclamo, sino que es el único camino que me queda para disfrutar de aquello que de otra manera no sería posible conseguir; lo que en otra forma significa que en el estado de sociedad no existe una fuerza interior (moral) que obliga al hombre a respetar a los otros. Es solo la fuerza coactiva que sobre él se ejerce, y a la que por necesidad se adhiere, la que lo impulsa a poner límite a su libertad natural. Es la conservación de su existencia la única fuerza que como moral en él opera y la única que se toma audible a su conciencia; solo por ella acepta prescripciones racionales frente al control de las pasiones que pueden poner en peligro su vida.⁶

⁶ En este sentido, la justicia en Hobbes no tiene como referencia el bienestar del hombre en general, sino el interés del individuo mismo cuya satisfacción no puede ser total por el obstáculo que los otros en su objetivo representan y a los que debe sacrificar gran parte del beneficio que podría ofrecerse a sí mismo, sino fuera por la dificultad que representan en su pretensión aquellas cosas que, al igual que él, los demás hombres quieren conseguir y cuya posibilidad está determinada por la distribución equitativa del derecho que se disputan. La justicia, entendida como distribución equitativa, es el único medio a través del cual es posible que cada cual disfrute de aquello que por derecho natural le corresponde; lo que, en otros términos, significa que el concepto de *justicia* en Hobbes no tiene ningún fundamento intrínseco que surja de sentimientos morales de la naturaleza humana, sino que, por el contrario, son extrínsecos, ya que dependen de la satisfacción de las

La moral de Hobbes tiene como base el interés, y es en esta medida en que las leyes naturales constituyen las normas de conducta que se tienen que asumir frente a los otros, para que la existencia social sea posible: lo único que percibe Hobbes es que el hombre quiere vivir, así tenga que volverse necesariamente ético para lograrlo.

El hombre se ve obligado a guardarle obediencia al soberano porque todo hombre como cuerpo natural tiende a conservar su movimiento. Perseverar en ese movimiento es el deber moral que tiene el hombre para consigo mismo, pues su bien máximo está en la vida; lo que en otros términos significa que el fundamento de la obligación política se reduce en últimas a la conservación de la existencia, y es por esta razón que el hombre tiene el deber de respetar el pacto, lo que hace no por deber, sino conforme al deber. Si lo miramos desde la perspectiva de Kant, esto no puede ser moral, porque según él lo único que es bueno sin condición o restricción es la buena voluntad que actúa no solo de acuerdo con el deber, sino por respeto al deber, determinado única y exclusivamente por la razón (1983, pp. 27 y ss.). En Hobbes esto no sucede: él acepta la obligación que se deriva del pacto porque las circunstancias de su vida así lo exigen, es decir, porque entre pactar o morir lo mejor sería pactar; lo que significa que “la paz, única posibilidad de supervivencia para los hombres, será producto de una respuesta mecánica de aversión ante el mal mayor, la

necesidades y apetencias naturales de los hombres (Garmendia y Schnaith, 1973, p. 101). El contrato es el único elemento a través del cual se logra refrenar el carácter antisocial del hombre y es en este proceso en el que el hombre llega al escalón más alto del desarrollo humano, porque es solamente mediante la aceptación racional de la coacción que el hombre se convierte en un ser moral; es decir, que solo así aparece en él el sentimiento del deber. Al tener la moral un origen coactivo, una vez que la coerción deje de ejercerse, el hombre no volverá a tener jamás en cuenta aquellos preceptos que hicieron de él un hombre ético y un ser social, pues la sociabilidad con todas las diversas significaciones que bajo esta palabra se cobijan no forman parte, en el pensamiento de Hobbes, de la esencia natural del hombre, ya que, como hemos dicho, el hombre no es más que deseo de poder, cuyo impulso por razones prudenciales tuvo que seguir delineamientos racionales para la mejor consecución de sus propósitos. Recordemos también que la moral en Hobbes no propende hacia la defensa de un valor moral trascendente ni hacia la razón del ser del hombre en términos teleológicos; solo busca asegurar el máximo bienestar del hombre contra todos los peligros que el hombre para el hombre representa. La moral en Hobbes no es como la de Kant: a él no le interesa si la buena voluntad es un factor determinante en la realización de las acciones, independientemente de la clase de motivación que las cause; lo que le interesa es el mundo de la exterioridad, que es el espacio en el que independientemente de las categorías de bueno o malo puede vivir. Es decir, por encima de la justificación del porqué de las cosas, lo que le interesa es satisfacer su deseo.

muerte, y de un cálculo racional utilitario para conseguir el bien mayor, la vida” (Garmendia y Schnaith, 1973, p. 132).

En otros términos, podríamos decir que el hombre obedece al Estado porque la inercia de su existencia lo lleva a conservar su movimiento; el hombre, como toda partícula que cae, busca el camino más fácil para su descenso, lo que significa que el camino más corto para conservar su movimiento consiste en obedecer al soberano. En este aspecto Hobbes (como se citó en Jaramillo, 2013) es coherente con su concepción mecanicista: el hombre, en analogía con los cuerpos que caen (que siempre tienden a buscar el camino más corto en su descenso), escoge por naturaleza el mal menor y nunca el mal mayor que lo detiene (la muerte).

Podríamos decir, forzando un poco el lenguaje, que el hombre se ve presionado a guardarle obediencia al soberano por su deseo de conservar su vida. En este sentido, la obligación del hombre frente al soberano se parece más a las prescripciones médicas en las que si un sujeto quiere conseguir cierto beneficio en relación con su salud, debe someterse a las exigencias del médico, pues este es el medio que le permitirá obtener lo que quiere (Watkins, 1972, como se citó en Jaramillo, 2013).

El hombre respeta el pacto no por amor a los otros, sino por amor a sí mismo, y sobre todo por las consecuencias de desobedecer; lo que indica que la obligación que él tiene de respetar el pacto, fuera de ser una obligación racional, también puede entenderse como obligación prudencial (MacPherson, 1970, pp. 70 y ss.). No es posible, entonces, pensar que la obligación que tienen los hombres frente al Estado sea una obligación moral en la forma como Kant la concibe, pues esta, para que pueda ser moral, tendría que haber sido aceptada íntima y libremente por el individuo, sin que una fuerza ajena ni un determinado interés lo obligue a respetarla. Lo que sí ocurre en la obligación prudencial en la que el individuo debe cumplir la norma aun si no está convencido de que es justa y, por consiguiente, aunque no se adhiera íntimamente a ella; y se cumple no por respecto al deber, sino por la obtención de un beneficio personal o por alguna otra razón en la que esté de por medio el interés (Jaramillo, 2013).

Podemos, a manera de síntesis, concluir, en lo que se refiere a la obligación política en Thomas Hobbes, que el principio del movimiento inscrito en la naturaleza del hombre es uno de los factores determinantes en el carácter de la obligación que asume este en relación con el Estado. Pensamos que, si el deber que tiene el hombre de conservarse vivo es un “deber moral”, entonces, también

lo es el deber de respetar el pacto, por cuanto es solo mediante este mecanismo que él puede conservar su movimiento natural y dar cumplimiento al sagrado deber que tiene el hombre de procurarse a sí mismo, por todos los medios por los que le sea posible, la conservación de su existencia.⁷

Cuando un hombre tiene la posibilidad de cumplir con una norma por no existir en él ningún motivo racional que se lo impida, y por no presentarse como consecuencia de su cumplimiento un mal para su vida, el hombre está, según Hobbes, en el deber de respetar el compromiso que en algún momento celebró.

7 El problema de la obligación política hace referencia a las diversas razones que justifican el derecho de recepción a la obediencia de una comunidad que se pretende gobernar; es decir, hace alusión a la fundamentación racional que valida en la conciencia de los súbditos el derecho al mando de aquel que los gobierna (Friedrich, 1968, pp. 245 y ss.). El consentimiento que al titular se otorga despoja a aquellos sobre quienes el poder se ejerce de la libertad a desconocer el deber que asumen los que a tal situación han consentido. Las razones que se aducen para el ejercicio del gobierno constituyen un elemento de capital importancia en la consecución del consentimiento de los gobernados a que se ejerza sobre ellos el poder, por medio del cual adquieren el carácter de súbditos y, por consiguiente, el deber de obedecer. En consecuencia, debe haber una adhesión general de los súbditos a las normas establecidas por aquel que los gobierna. La aceptación por parte de los individuos de las razones aducidas por aquella entidad que detenta el poder es la condición de posibilidad del gobierno. La autorización que de los gobernados deviene, en relación con las diversas leyes que caracterizan el mando, constituye el pilar sobre los cuales descansa aquello que se ha llamado “legitimidad política”, y frente a la cual, creemos, tenemos el deber moral de obedecer. Las razones que se aducen para justificar por qué debo cumplir un determinado mandato se convierten en morales en Thomas Hobbes, cuando es por ellas que se respeta el pacto, es decir, cuando son lo suficientemente importantes como para que, en ausencia de un poder coercitivo, el individuo se sienta obligado a obedecerlas. Lo que he dicho, en otros términos, significa que lo que distingue a una obligación moral de otra obligación es que, a pesar de no haber una fuerza externa que obligue al individuo a obedecer, esta se torna ante el individuo como ineludible por la fuerza de las razones en las que se funda, y en el caso de Hobbes la razón fundamental por la que el hombre debe respetar el pacto es porque de él depende el bien máspreciado para el hombre que es la vida. De esta manera, para hablar de la fundamentación de la obligación política no se requiere solo de la existencia de un dispositivo formal (promesa) como fuente de los deberes existentes entre los contrayentes; no es solamente el compromiso adquirido entre las partes el elemento último de donde deviene la fuerza de la obligación. Porque un convenio arbitrario o convencional no determina por su instauración el carácter inviolable del pacto y, por ende, la obligación de respetar lo establecido. El fundamento hace referencia a un principio último (como, por ejemplo, la conservación de la existencia) que determina más allá de lo que por sí mismo el compromiso establece. Es en esta perspectiva que creemos que se puede hablar de un carácter moral de la obligación política en la concepción hobbesiana del Estado.

El problema que se presenta en este tipo de obligación radica en que no es lo suficientemente vinculante, ya que las razones por las que se respeta no son tenidas siempre en cuenta por la generalidad de los hombres como norma inviolable de conducta. Algunos podrán reconocer la importancia de sus fundamentos, pero los hombres no son amantes del deber por el deber; se requiere un poder que haga efectivo el cumplimiento de la obligación, ya que su reconocimiento racional no es para todos motivo suficiente de respeto.

Por ello, quien cumple, primero se confía a su amigo, contrariamente al derecho, que nunca debió abandonar, de defender su vida y sus medios de subsistencia. Pero en un Estado civil donde existe un poder apto para constreñir a quienes, de otro modo, violarían su palabra, dicho temor ya no es razonable, y por tal razón quien en virtud del pacto viene obligado a cumplir primero tiene el deber de hacerlo así (Hobbes, 1982, p. 112).

La exigencia de su cumplimiento está fundada en la necesidad de asegurar aquello que la inseguridad del cumplimiento del pacto podría poner en peligro, esto es, la preservación de la vida, que es el derecho natural, por cuya defensa el hombre se hace obediente o irrespetuoso de los pactos.

La condición de posibilidad de la sociedad es el cumplimiento de los pactos, pero en el fondo de toda actividad humana se esconde el principio de la conservación de la existencia, que no es sino la propensión al único bien más grande para el hombre por encima del cual no existe un bien mayor que no le esté subordinado.

La vida del hombre es la expresión del movimiento vital que lo constituye como ser pasional; es la expresión de lo que es el hombre y por cuya satisfacción el hombre vive: “pasión”. Lo que, en otras palabras, significa que toda obligación se convierte, cuando existe “una condición validatoria” (Warrender, 1936, como se citó en Watkins, 1957, pp. 105 y ss.) en presencia de la cual no haya razones para su incumplimiento, en obligación moral, entendida como aquella obligación ineludible que frente a sí mismo el hombre asume por razones de su propia sobrevivencia.

El deber moral que tiene el hombre de permanecer en movimiento, establecido por las leyes de la naturaleza, constituye norma inalienable por encima de la cual no puede pasar el poder soberano. Veamos, en esta perspectiva, la forma como la conservación de la existencia es un derecho moral inalienable.

Hobbes conoce que los pactos sin el respaldo de la voluntad son meras palabras sin fuerza vinculante alguna; la intervención de una fuerza exterior que obligue al hombre a obrar conforme a su razón es el único elemento no natural del que sí se puede fiar. La maleabilidad de la pasión humana no permite que la realización de una promesa determine su seguro cumplimiento; es la solidificación de una ley objetiva que reprima el carácter contingente de la pasión lo que determina la conformidad de la conducta en lo que a compromiso se refiere.

El súbdito no tiene ningún derecho que pueda utilizar en contra del ilimitado poder del soberano, ya que él puede legítimamente hacer lo que su caprichosa

voluntad le dicte, sin que juicio moral alguno pueda oponerse al ejercicio legítimo de sus funciones, pues él es el resultado de todos los poderes individuales. Representa las voluntades de los asociados y, por tanto, puede utilizar el poder sin restricción alguna por la autoridad y el poder a él conferidos.

En consecuencia, el Estado es un individuo con derecho natural y puede utilizarlo en cualquier momento y en la forma que estime conveniente, para su defensa o para la defensa de aquellos que como unidad lo constituyen. Así como el individuo acepta cercenar una parte de sí mismo para el beneficio de su vida, el Estado puede aniquilar cualquiera de las partes que como individuo lo conforman; es decir que, entendiendo el Estado como cuerpo, la vida de sí mismo es más importante que el funcionamiento particular de una de sus partes.

A pesar de que el hombre accede *voluntariamente* a someterse bajo las leyes de su soberano, no es lógico pensar que en algún momento accede a ser artífice de su propia muerte, pues el hecho de aceptar el resultado de acción no significa que en su *fuero interno* no vaya contra su razón; porque la legitimidad de las cosas que el soberano establece no tienen por qué gozar de la aceptación incondicional del súbdito.

Es legítima cualquier cosa que tenga que ver con el ejercicio legal de los derechos del soberano, por ser el hombre uno de los elementos responsables de su constitución, y por haberlo autorizado a hacer uso libre de su poder en relación con las penas a que su conducta diere lugar. Sin embargo, esto no significa que por encima del derecho natural se encuentra el soberano, y que el hombre no puede obrar por respeto a él, conforme a los dictados que el mismo derecho natural establece; lo que de otra forma significa que el hombre, por respeto al derecho natural, no debe obediencia a su soberano en deterioro de la protección del derecho a la vida, para cuya protección el mismo soberano fue instituido.

Un pacto de no defenderme a mí mismo con la fuerza contra la fuerza es siempre nulo, pues, tal como he manifestado anteriormente, ningún hombre puede transferir o despojarse de su derecho de protegerse a sí mismo de la muerte, las lesiones o el encarcelamiento. El anhelo de evitar esos males es la única finalidad de despojarse de un derecho, y, por consiguiente, la promesa de no resistir a la fuerza no trasfiere derecho alguno ni es obligatoria en ningún pacto (Hobbes, 1982, p. 114).

Si intentamos establecer una semejanza entre esta situación y las leyes del movimiento que se presentan en la física, podríamos decir que, así como es imposible que una partícula intempestivamente por sí misma entre en reposo,

ya que la inercia es una ley que rige la conducta de los cuerpos y se verifica cada vez que estos chocan, el movimiento propio del hombre no entrará jamás en reposo, a no ser que algo lo detenga; y, aun así, se presentará en él el efecto de la inercia, es decir, su deber a conservarse eternamente en movimiento.

Conclusiones

De los análisis precedentes creemos finalmente poder extraer las siguientes conclusiones:

1. La cuestión de la obligación moral en Thomas Hobbes solo se perfila a partir de la aparición de la sociedad civil, en la que la idea de contrato es el elemento que inaugura los conceptos de deber y de derecho. Es imposible pensar en una obligación moral individual como virtud, dada la naturaleza pasional del hombre que solo atiende a su propio beneficio y que no tiene para nada en cuenta el interés general, pues es el interés particular el que el individuo privilegia por sobre todo tipo de interés.
2. La negación de la teleología en la existencia particular del hombre inaugura una forma de comportamiento moral que permite la afirmación del apetito individual como la única fuente *moral* posible de la conducta, en la que el bienestar individual es lo único que se tiene como importante y por encima del cual no existe un valor que se deba entender como supremo.
3. El mecanicismo hobbesiano permite concebir al hombre como un cuerpo en movimiento, y la obligación política, es a nuestro juicio, parte de ese movimiento natural. Es por ese impulso que el movimiento de su existencia lleva a que el individuo asuma una relación de obediencia con el soberano; el hombre como todo cuerpo en movimiento no puede intempestivamente por sí mismo entrar en reposo porque siempre se presentará en él el efecto de la inercia; de igual manera, el hombre no entrará en el reposo de la muerte porque la inercia de su movimiento (el pacto) permitirá que se conserve en movimiento.
4. Hobbes intenta prescribir describiendo (según el criterio de algunos autores) y es aquí donde muchos autores establecen que en Hobbes existe un salto de lo que es a lo que debe ser, asunto que se ha prestado a diferentes y distintas polémicas que han dividido las ideas que, en torno al

problema de la obligación política en Thomas Hobbes, hasta el momento se han presentado. Nosotros hemos sostenido que Hobbes solamente describe la forma como en la vida del hombre ocurren los hechos, y es esto lo que nos permite concluir que en Hobbes solo se puede hablar de una obligación moral, pero de carácter político, es decir, que solo se presenta como moral aquella obligación que el hombre asume como resultado del contrato.

5. Hobbes inaugura un pesimismo ético al describir un vacío moral en la naturaleza del hombre: este solo atiende a la satisfacción irracional de sus pasiones en ausencia de un poder civil que regule su conducta. El hombre por sí mismo es incapaz de obrar conforme a los preceptos de la razón; no hay nada en él que desde sí lo impulse a tener un control sobre sus propios apetitos. Al ser consciente de la determinación pasional que en él opera y que lo aleja progresivamente de su bienestar, él establece un contrato con una fuerza exterior (soberano) que lo dirija y le asegure que su existencia se siga conservando; la razón le aconseja que sea una fuerza exterior la instancia que lo rija para poder cumplir con el lineamiento moral que a sí mismo se ha propuesto. Al ser el deber algo coactivamente impuesto, violentará la tendencia natural del hombre, que solo busca la satisfacción inmediata de sus apetitos, y es este esfuerzo el que creemos se toma moral, porque va más allá de la satisfacción de los intereses inmediatos.
6. El hecho de que el hombre reconozca que, dado el carácter de su naturaleza, necesita utilizar un dispositivo para no alejarse del fin que le asegurará la vida es, en nuestro análisis, una de las formas en que Hobbes concibe el aspecto ético del hombre.
7. Hay un principio constitutivo de la naturaleza humana (la defensa de la vida) cuya importancia y deseo de protección ha llevado al hombre a la celebración de pactos y a la conformación de leyes naturales encaminadas a preservar el principio de la vida como movimiento. Y, para que esta situación sea posible, se han establecido los diferentes valores *morales*, no porque propendan hacia la dignificación del hombre, ya que no son criterios de excelencia individual, o porque reafirmen la parte superior que en él existe, pues nada tienen que ver con las virtudes heroicas; son simples condiciones para el mejor desplazamiento del movimiento de la vida, es decir, son los factores que permiten que no haya rozamiento u

obstrucción en la trayectoria del hombre. Así, pues, no es posible hablar en Hobbes de *valores morales* en la acepción cristiana o kantiana del término, porque en Hobbes el concepto de *naturaleza humana* no tiene un valor axiológico; el valor que para el hombre la vida representa no está determinado por ninguna instancia metafísica, sino porque dentro del movimiento natural no existe una razón lógica para que el movimiento natural de la existencia se tenga que ver interrumpido.

8. Esta necesidad de movimiento continuado es uno de los factores causales del deber que asume el hombre en relación con el Estado; o, lo que es lo mismo, Hobbes deriva los fundamentos de la obligación política de los elementos que cree están presentes en la naturaleza del hombre. Dicho en otros términos: toda la diversidad de los valores que a lo largo de la historia han configurado el ser específico del hombre son alejados de la realidad con que Hobbes pretende caracterizar al hombre. Se opera por primera vez en la historia una transformación sustancial del concepto de naturaleza humana: el hombre no buscará ya en Dios las razones para su propio obrar y sus deberes no hallarán en él su fundamento, sino en la necesidad misma del hombre de perpetuar su propio movimiento; es decir, la moralidad pensada para el hombre tendrá que ser deducida de su propio movimiento, y es este el criterio en el que creemos se funda la obligación política en la concepción hobbesiana del Estado.
9. En Hobbes la raíz misma de la obligación se encuentra en el contrato; la moralidad estaría ligada a elementos contractuales de convivencia entre los hombres y todo aquello que se realizare al margen de la jurisdicción del soberano no podría decirse que es moral. En este sentido, la obligatoriedad moral estaría ligada a la legalidad, de tal forma que todos los pactos sancionados jurídicamente obligan ante Dios y se convierten, por lo tanto, en obligación moral. Todo pacto que se realizare ilegalmente no obligaría ni siquiera ante Dios, a pesar de que en su configuración se hubiese celebrado un juramento. El soberano es la instancia última que reglamenta las diferencias entre el bien y el mal, y no existe para el hombre otra fuente de donde puedan proceder tales distinciones. Es desde el soberano donde todo concepto moral deviene; sin él no es posible una supuesta eticidad en el hombre, ya que solo es él quien les da el color moral a las acciones.

10. La obligación moral descansa sobre la base moral de la promesa, y dado que el hombre es una de las partes constitutivas del pacto, debe, por lo tanto, obrar conforme a los criterios que determinaron su constitución. Fue un acto de su voluntad lo que originó los pactos y es, en consecuencia, en el criterio de Hobbes, obligación cumplir aquellos compromisos que voluntariamente el hombre en determinado momento celebró.
11. A pesar de la concepción mecanicista bajo la cual Hobbes concibe al hombre, en la que hay ciertos factores que determinan su conducta, el hombre puede contrarrestar la fuerza de una determinación que en él se opera por otra cuya magnitud opaque en fuerza a la anterior. En este sentido, el temor es el elemento apaciguador de la fuerza irracional de la pasión, encargado de desvanecer la fuerza de los imperativos que la sensibilidad establece con miras a un afán de goce desmedido y que amenazan la existencia. Este temor del hombre hacia la muerte es otro de los factores por los cuales él acepta la obligación de respetar el pacto en procura del bien más grande para sí: la vida, concebida por Hobbes como el único bien moral posible para el hombre, por encima del cual no existe otra que se le pueda comparar. Por tanto, en su criterio, todas aquellas reglas que puedan mostrarse necesarias para asegurar la mayor posibilidad del movimiento continuado (la vida) tienen un carácter específicamente moral.
12. Creemos finalmente que el problema de la obligación política en la concepción hobbesiana del Estado asume un carácter moral al constituirse en la única alternativa que se le presenta al hombre para la preservación de su existencia. Es este el único bien al que creemos se le puede denominar *moral*, por el carácter supremo con que en su teoría Hobbes lo concibe (este es, en su criterio, el bien más grande por encima del cual no existe otro). Podemos, a manera de síntesis, decir que el amor a sí mismo es el fundamento último de lo que se puede entender como moral en Hobbes. No sabemos si ese criterio egoísta con que Hobbes concibe la relación entre los hombres (y que está presente en los fundamentos de una obligación política) pueda fundar una moral; en otros términos, no nos atrevemos a pensar si se pueda hablar propiamente de una ética en Hobbes, como tampoco sabríamos responder por las consecuencias de una posible ética basada en el egoísmo como fundamento de la acción moral.

Nos limitamos a pensar que Hobbes intenta hacer coincidir el interés racional con el deber moral, y en este sentido creemos es más apropiado hablar, en relación con su teoría de la obligación, de una obligación racional o prudencial, entendida como aquella que el individuo asume en dirección a la mejor consecución de sus propósitos. No reivindicamos el egoísmo ético de Hobbes para la convivencia social; creemos que el egoísmo no es una base lo suficientemente *moral* para garantizar una vida segura y feliz; aceptamos que debe ser otro tipo de fundamento distinto al utilitarismo egoísta, en el que se apoya Hobbes para fundar la obligación política, el que debe servir de base para un mejor entendimiento en la relación política entre el hombre y el Estado.

Referencias

- De Jouvenel, B. (1957). *La Soberanía*. Ediciones Rialp.
- Friedrich, C. F. (1968). *El hombre y el gobierno*. Tecnos.
- Garmendia, G. y Schnaith, N. (1973). *Thomas Hobbes y los orígenes del Estado burgués*. Siglo XXI.
- Hobbes, T. (1839-45). The English works of Thomas Hobbes (obras en inglés de Thomas Hobbes) (Sir W. Molesworth ed.) (vol. 11).
- Hobbes, T. (1982). *El Leviatán*. Fondo de Cultura Económica.
- Jaramillo, C. A. (2009). *Libertad negativa y libre desarrollo de la personalidad en John Stuart Mill* (Tesis de maestría). Universidad del Valle. <http://hdl.handle.net/10893/15161>
- Jaramillo, C. A. (2013). Libertad negativa y libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana: un análisis desde la perspectiva de John Stuart Mill y Thomas Hobbes. *Precedente*, 3, 71-120. <https://doi.org/10.18046/prec.v3.1726>
- Kant, E. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe S. A.
- MacPherson, C. B. (1970). *La teoría política del individualismo posesivo*. Fontanela.
- Romero, R. (1982). *Dos teorías contractuales, Hobbes y Rousseau*. Fundación para la promoción de la filosofía en Colombia.
- Watkins, J. W. (1957). *The political philosophy of Hobbes*. The claredon press.
- Watkins, J. W. (1972). ¿Qué ha dicho verdaderamente Hobbes? Doncel.

COMPLEMENTOS

INDICACIONES PARA LOS AUTORES

Recepción de artículos

Los artículos postulados a *Precedente* deben ser artículos inéditos resultado de un ejercicio de investigación científica, reflexión teórica o revisión bibliográfica.

Es necesario que los artículos postulados no estén participando en procesos de evaluación en otras revistas.

Los artículos deben enviarse al correo electrónico precedente@icesi.edu.co

Proceso de evaluación

El Comité Editorial de *Precedente* ha establecido un proceso de evaluación para los artículos que recibe en consideración. Al recibir un artículo el Comité Editorial evalúa la pertinencia académica del mismo y su cumplimiento de las normas editoriales establecidas por la revista. Luego procede a contactar dos pares académicos expertos en el tema que aborda el artículo para que evalúen su originalidad, actualidad de la bibliografía, dominio de la bibliografía, claridad en la argumentación, calidad de la redacción, calidad científica del artículo y la importancia y pertinencia del tema.

Con base en el concepto de los pares evaluadores el Comité Editorial de la revista toma la decisión final de negar o aprobar –con o sin modificaciones– la publicación del artículo. Cuando se sugieran modificaciones el autor, éste deberá incorporálas en un plazo no mayor a 20 días. Durante todo el proceso el Comité Editorial asegurará el anonimato de los pares evaluadores y del autor. La decisión adoptada por el Comité Editorial acerca de la publicación del artículo es inobjetable. El Comité editorial o en su defecto el Coordinador editorial de la publicación se encargará de informar a los autores oportunamente del proceso de evaluación de los artículos y de las decisiones tomadas al respecto.

Normas editoriales

Los artículos presentados al Comité Editorial de *Precedente* deben cumplir con las siguientes normas editoriales:

- Extensión entre 15 y 20 páginas, no cuenta la bibliografía, los anexos, ni los cuadros o imágenes que los artículos puedan tener.
- Los artículos deberán estar antecedidos por una página de presentación donde aparezca el nombre del autor, seguido de su correo electrónico y filiación institucional. Esta página también deberá presentar en español,

inglés y portugués el título del artículo, un resumen analítico (de máximo 100 palabras) y de tres a cinco palabras clave. Finalmente, en una nota pie de página que se desprenda del título, los datos de la investigación en que se enmarca el artículo.

- El autor del artículo debe tener en cuenta la clasificación de Minciencias para garantizar la calidad del artículo objeto de publicación en revistas. En este sentido el autor debe indicar en su artículo la categoría a la que pertenece. Y debe recordar que las categorías a, b y c son las que cuentan para indexación. Las clasificaciones son:
 1. **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
 2. **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
 3. **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
 4. **Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
 5. **Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
 6. **Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
 7. **Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

8. **Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.
9. **Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
10. **Documento de reflexión no derivado de investigación.**
11. **Reseña bibliográfica.**
12. **Otros**

- Letra Goudy Old Style, tamaño 12, espacio sencillo, tamaño del papel carta y márgenes de 3cm por cada lado. Los títulos y subtítulos del artículo deben estar en negrita, en altas y bajas, por ejemplo: Estudios de mujeres e historiografía.
- Los autores son responsables de conseguir los permisos necesarios para la reproducción de imágenes, ilustraciones, figuras y citas extensas que lo requieran.
- Las notas a pie de página se deben usar exclusivamente para hacer aclaraciones o discreciones sobre el texto, no para citar textualmente a un autor o hacer referencias bibliográficas.
- Las citas deberán realizarse dentro del texto siguiendo el formato APA. Entre paréntesis el apellido del autor, seguido de una coma y el año de edición, así: (Pérez, 1990).
- Para las citas textuales se agregarán dos puntos y el número de página, así: (Pérez, 1990: 60). Cuando el texto citado tenga menos de 40 palabras sólo se colocan comillas, si supera este límite se ubicará en un párrafo aparte con sangría a cada lado y tamaño de letra 11:

Leer bien es arriesgarse a mucho. Es dejar vulnerable nuestra identidad, nuestra posesión de nosotros mismos. [...] Así debiera ser cuando tomamos en nuestras manos una gran obra de literatura o de filosofía, de imaginación o de doctrina. Puede llegar a poseernos tan completamente que, durante un tiempo, nos tengamos miedo, nos reconozcamos imperfectamente. Quien haya leído 'La metamorfosis' de Kafka y pueda mirarse impávido al espejo será capaz, técnicamente, de leer letra impresa, pero es un analfabeto en el único sentido que cuenta (Steiner, 1994: 26).

- En las coautorías se deberá citar así: el nombre del primer autor seguido de una coma, agregando la abreviatura *et al.* –en cursiva–, año de la edición seguido de dos puntos y el número de la página, así: (Pérez, *et al.*, 1990: 60).
- La información completa de los textos citados se colocara al final del artículo en una página titulada Referencias.

Libro:

a) *De un solo autor*

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) *De dos autores:*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) *De tres autores o más*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, Apellidos, Inicial(es) y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministerio de Cultura.

Capítulo de libro:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del capítulo. En Inicial(es) del nombre y Apellido(s) del editor, coordinador o compilador, Título completo del libro (siempre en cursiva) (pp.). Editorial.

Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. En L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

Artículo de revista:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del artículo. Título de la revista (siempre en cursiva), Vol. (siempre en cursiva) (Número), pp.

Ágredo Piedrahita, O. (2002). El Odio es más fuerte que dios. *Poligramas*, 1 (17), 63-73.

Artículo de prensa:

Apellidos, Inicial(es) del nombre “Título artículo” (siempre entre comillas),
Título periódico (siempre en cursiva), Ciudad, día y mes, año.

Tesis:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). “Título tesis” (siempre entre comillas),
Tesis pregrado/PhD/Maestría, Universidad.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Submission of papers

Papers submitted for publication in the *Precedente* Journal must be unpublished articles that result from scientific research, theoretical reflection, or bibliographical review.

Papers submitted for publication must not be under evaluation or review for publication in other journals.

The articles should be sent to the following email: precedente@icesi.edu.co

Evaluation process

The Editorial Committee at *Precedente* has established a process to review articles submitted for consideration. After receiving an article, the Editorial Committee conducts an assessment to determine the academic relevance of the article and checks for conformance with the editorial rules of the journal. Then, the Committee contacts two academic peers who are experts in the subject matter for them to read the article and assess the following aspects: originality, current bibliography, proper use of bibliography, clear arguments, quality of writing, scientific quality, and significance and relevance of the topic.

Based on the opinion of the academic peers, the Editorial Committee makes a final decision to accept (either with or without modifications) or reject an article for publication. When suggestions are made, authors are to incorporate them within 20 days. Throughout the entire process, the Editorial Committee ensures that the identity of the evaluating peers and authors remain undisclosed to each other. Decisions made by the Editorial Committee as to the publication of the articles may not be contested. Either the Editorial Committee or, in its absence, the Editorial Coordinator is responsible for advising the authors of the status of the article evaluation process and associated decisions made in a timely manner.

Editorial rules

The articles submitted to the Editorial Committee at *Precedente* must meet the following editorial rules:

- The length of the articles must be from 15 to 20 pages, excluding bibliographical references, attachments, charts or images that may be provided in the articles.

- The articles must be preceded by a cover page that provides the author's name followed by his/her e-mail address and organization. The cover page must also provide the title of the article, a summary (of no more than 100 words), and from three to five key words, in both English, Spanish and Portuguese.
- Lastly, the authors must also include a footnote linked to the article title with details of the relevant research that provided the framework for the article.
- The authors are to take into account the Minciencias classification system in order to guarantee the quality of their articles for publication in journals. In this respect, authors must indicate the category to which their articles belong. They must bear in mind that categories a, b, and c are the ones eligible for indexing. A description of each kind of classification is provided below:
 1. **Scientific and technological research article.** A document that provides a detailed discussion of the original results of completed research projects. In general, it has a structure that consists of four major sections, i.e. introduction, methodology, results, and conclusions.
 2. **Reflection article.** A document that presents the results of completed research from the author's analytical, interpretative, or critical perspective with regard to a specific topic referencing original sources.
 3. **Review article.** A document that results from completed research which provides an analysis, discussion, and compilation of results of published or unpublished research in a field of science or technology for the purpose of reporting on the progress and latest development trends. It is characterized by incorporating a thorough bibliographic review of at least 50 different references.
 4. **Short article.** A brief document that presents the preliminary or partial original results of scientific or technological research work which, in general, need to be disclosed promptly.
 5. **Case report.** A document that discusses the results of a study of a specific situation aiming at divulging technical and methodological experiences with a specific case. It includes a systematic review with comments on literature available regarding similar cases.
 6. **Topic review.** A document that results from a critical review of existing literature about a specific topic or subject.

7. **Letters to the editor.** Critical, analytical or interpretative positions with regard to documents published in the journal which, at the discretion of the Editorial Committee, provide a significant contribution to the discussion of the subject on the part of the scientific community.
8. **Editorial.** A document written by the editor, a member of the editorial committee, or a guest researcher regarding orientations in the journal's field of specialization.
9. **Translation.** Translations of classic or current texts or transcriptions of historical documents or documents of special interest within the journal's range of topics of publication.
10. **Reflection document not resulting from research.**
11. **Bibliographic outline.**
12. **Other**

- Font type: Goudy Old Style, font size 12, single spacing, letter paper size, and 3-cm margins on each side. The titles and subheadings of the articles must be written in bold, using capital and small letters. For example: **Women's studies and historiography.**
- Authors are responsible for obtaining the necessary licenses for reproducing images, illustrations, charts, and extensive quotations, if so required.
- Footnotes are used only for making clarifications or qualifications of the text, not for textually quoting another author or providing bibliographic references.
- Quotations are provided in the document following APA format guidelines. The author's last name is provided in parentheses followed by a comma and the year of the publication, e.g. (Smith, 1990).
- A colon and the page number are added in the case of textual quotations, e.g. (Smith, 1990: 60). When the quoted text is less than 40 words long, only quotes are provided, but if the text exceeds this limit, then a separate indented (on both sides) paragraph in font size 11 is provided. To read well is to take great risks.. It is to make vulnerable our identity, our self-possession.. [...] This is how it should be when we take a masterpiece of literature or philosophy, of imagination or doctrine, in our hands. It can take hold of us to such an extent that, for some time, we have fear of ourselves, we acknowledge our own imperfections. Anyone who has read Kafka's *Metamorphosis* and can look at himself in the mirror unperturbed

is indeed technically able to read the printed word, but is illiterate in the only sense that matters (Steiner, 1994: 26).

- In the case of coauthorship, references to the coauthors are provided as follows: the first author's name followed by a comma, the abbreviation *et al.* in italics, the year of publication followed by a colon, and the page number, e.g. (Smith, *et al.*, 1990: 60).
- The use of the following abbreviations *ibid.*, *op. cit.*, and *loc. cit.* is not allowed. The quoted author's name is to be provided as many times as necessary.
- Complete information about the referenced texts is supplied at the end of the article in a page titled Bibliography.

Book:

a) By a single author

Last name, name initials (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

For ex. Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) By two authors:

Last names, name and last name initials, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher..

For ex. Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) By three or more authors

Last name, name initials, last names, name initial(s), and last names, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministry of Culture.

Book chapter:

Last name, name initial(s) (Year). Chapter title. From Coordinator's or compiler's name initial(s) and last name, Complete title of the book (always in italics) (pp.). Publisher.

For ex. Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. From L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

Journal article:

Last name, name initial(s) (Year). Article title. Name of the journal (always in italics), Vol. (always in italics) (issue), pp.

Ágredo Piedrahita, O. (2002). Hatred is stronger than God. *Poligramas*, 1 (17), 63-73.

Press article:

Last name, name initials, “article title” (always in quotes), newspaper title (always in *italics*), city, day, month, and year.

Thesis:

Last name, name initials (Year). “Thesis title” (always in quotes), undergraduate, graduate, or doctoral thesis, University.

Este número de *Precedente* se terminó de imprimir en el mes de julio de 2022 en los talleres gráficos de Carvajal Soluciones de Comunicación (cotizaciones@carvajal.com), Cali, Colombia. En su preparación, hecha en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, se utilizaron tipos *Goudy Old Style BT* 11 / 15 y 10 / 14. La edición, que consta de 100 ejemplares, estuvo al cuidado de Yecid Echeverry Enciso.

- El marco normativo aplicable a las plataformas de financiación colectiva. Comparativa entre la Unión Europea, España y Latinoamérica
- El trabajo clínico para la protección del derecho a la vivienda digna de la población con discapacidad víctima del conflicto armado
- La cultura jurídica argentina en la actividad intelectual de la *Corte de Oro* colombiana (1935-1940). Una mirada a partir del examen de las publicaciones de la *Gaceta Judicial*
- El derecho a la prueba y su tutela judicial efectiva en Bolivia. Desarrollo doctrinal y su tratamiento en la legislación comparada, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional
- La obligación política como obligación prudencial en el pensamiento filosófico político de Thomas Hobbes