DISSÊRTUM

La expresión de lo justo

EDICIÓN VIRTUAL Nº 16 · ENERO-NOVIEMBRE 2019

Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Unviersidad de La Sabana

Universidad de La Sabana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

DISSÊRTUM

Dirección:
Juanita Aranguren Orjuela *(estudiante de Derecho)*

Coordinación profesoral:
Camila F. Herrera Pardo *(profesora de planta)*

Consejo editorial:
Miguel Ángel Polanía Torres *(estudiante de Derecho)*
Luisa Fernanda Lasso Rivera *(estudiante de Derecho)*

Edición Virtual 16: Enero-noviembre 2019

ISSN: *2344-8180*

Diseño y diagramación por Ludo Comunicaciones.
www.ludocomunicaciones.com - info@ludocomunicaciones.com

CONTENIDO

Pag.

Acción de tutela y medio ambiente 5

De la libertad y la razón de ser
de las criptomonedas 19

Aquarela: Afectación del patrimonio
histórico de Cartagena de Indias 39

Ensayo sobre las garantías mobiliarias en Colombia 59

La legitimidad y eficacia:
Análisis de las medidas de toque de
queda decretadas por el Covid-19. 71

El ejercicio de una actividad lícita como causal
de ausencia de responsabilidad penal ¿Entre la
atipicidad o la ausencia de antijuridicidad?" 91

La influencia de la teoría feminista crítica
de las relaciones internacionales en la
construcción jurisprudencial del estándar
de violencia sexual como tortura:
el caso del Tribunal Penal Internacional
para la Antigua Yugoslavia 107

Una mirada sobre las plataformas digitales
desde el Derecho Del Consumo 121

SAYCO: Una institución de revuelo 139

ACCIÓN DE TUTELA Y MEDIO AMBIENTE

Oved Mauricio Toledo Ferreira

Universidad de La Sabana

Resumen

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial generado por los diferentes tribunales nacionales frente a los mecanismos constitucionales de protección al medio ambiente y su estrecha relación con el desarrollo de los derechos fundamentales, el presente artículo de investigación tiene como objetivo principal exponer e identificar las acciones constitucionales que han llegado a proteger el entorno ambiental. De igual manera, la presente investigación pretende exponer los principales casos que han sido objeto de estudio por los altos tribunales nacionales y que ha su vez han establecido un precedente importante y sustancial en la actualidad frente al amparo constitucional para con el medio ambiente, con el fin de determinar que en las más recientes decisiones judiciales, el medio ambiente también ha podido llegar a ser objeto de reconocimiento, preservación y protección a través de la acción de tutela por su gran impacto y su estrecha relación con el desarrollo de los derechos humanos.

Palabras clave: Acciones constitucionales; protección al medio ambiente; derechos fundamentales; desarrollo jurisprudencial; derechos humanos; acción de tutela; Colombia.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la protección al medio ambiente es un tema actual, crítico y constante que ha generado un impacto social, cultural y legal en las generaciones presentes. Prueba de ello, lo observamos en la evolución que se ha dado frente a los mecanismos de protección de este. De ahí, la muestra perfecta que, el ordenamiento jurídico esta llamado a buscar mecanismos de protección que sean adecuados y efectivos a las contingencias y necesidades tanto presentes como futuras.

Con lo anteriormente expuesto, la siguiente investigación encuentra como objeto de estudio una razón académica e institucional, debido a que el presente trabajo demuestra la relación estrecha que se ha generado entre la protección a los derechos fundamentales y al medio ambiente mediante las decisiones emitidas por las distintas instituciones a nivel nacional.

Con el fin de abordar la relación planteada, la pregunta de investigación que este trabajo plantea es: ¿Cuáles son los mecanismos constitucionales que protegen el medio ambiente y su relación con los derechos fundamentales en la actualidad del país? La hipótesis que se pretende sostener es que se ha observado que, en las más recientes decisiones de los altos tribunales en Colombia, estos han protegido el medio ambiente con acciones constitucionales propias de protección de derechos fundamentales.

Para el desarrollo del siguiente análisis se usará el método de definición o profundización en cuanto este mismo permite realizar una conceptualización de los temas a explorar. En esta investigación, se pretende definir la relación entre derechos humanos frente a la protección del medio ambiente en el ámbito nacional según los Altos Tribunales en Colombia, situación que podrá ser desarrollada a través de la herramienta metodológica de estudio de casos. Adicionalmente, se usará el método prescriptivo que tendrá por objeto el planteamiento de una nueva noción a los diferentes tribunales e investigadores, sobre cual es la relación intrínseca que existe hoy día entre derechos humanos y protección al medio ambiente

Por lo tanto, el principal objetivo de la investigación es analizar algunas de las decisiones emitidas por los Altos Tribunales de Colombia, sobre el alcance que se ha obtenido mediante el uso de acciones constitucionales frente a la protección directa del medio ambiente. Los propósitos específicos son los siguientes: i) definir cuales son las acciones constitucionales presentes que protegen y previenen los principales daños y afectaciones al medio ambiente; ii) identificar el desarrollo jurisprudencial emitido por los Altos Tribunales Nacionales frente a la protección y reconocimiento al entorno ambiental; iii) identificar

la relación que se ha realizado frente a la acción de tutela con la protección al medio ambiente y iv) describir los efectos de la relación planteada entre el medio ambiente y la protección otorgada a este mediante la acción de tutela.

Siguiendo con lo anteriormente planteado, el trabajo está estructurado en tres sesiones. La primera hace una descripción teórica de los mecanismos de protección al medio ambiente y a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de 1991. La segunda sección de esta investigación describirá la intrínseca relación que se ha generado a través de la jurisprudencia entre la protección a derechos humanos y medio ambiente. Finalmente, el tercer apartado analizará las posibles ventajas y consecuencias que se podrán obtener del análisis entre la relación de los mecanismos planteados.

LA EVOLUCIÓN DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES COMO MEDIO DE PRESERVACIÓN AMBIENTAL

En Colombia, la protección constitucional al medio ambiente es un tema que encuentra su fundamento en el interés general. Es por esto que, las diferentes instituciones jurídicas y representativas del conglomerado social, han buscado la protección sistemática y continua del mismo a través de acciones que reconocen y protegen la dignidad humana.

La Constitución Política de 1991 estableció y permitió el uso de acciones jurídicas colectivas encaminadas a reconocer y brindar una protección al entorno ambiental como derecho colectivo de tercera generación y fuente principal de desarrollo de los nacionales colombianos. Entre dichas acciones observamos (i) la acción popular; (ii) la acción de grupo; (iii) el habeas corpus y hoy en la actualidad el uso inclusivo de la individual, inmediata y subsidiaria (iv) acción de tutela.

Frente a lo anteriormente expuesto, es importante mencionar el artículo 88 superior que determina lo siguiente:

> *"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".*[1]

En consecuencia, el constituyente determinó que existirían acciones popu-

lares que tendrían como objetivo principal (i) garantizar la protección efectiva de los intereses y derechos colectivos entre los cuales se encuentra el ambiente y la naturaleza, y en aquellos casos en los que se consuma el daño y la protección preventiva no se pueda sobrellevar, existirían medidas (ii) que promuevan y generen las respectivas indemnizaciones por el daño consumado. Las acciones a las cuales se hace referencia son: (i) la acción popular y (ii) la acción de grupo que se encuentran consagradas y desarrolladas en la Ley 472 de 1998 y proceden contra toda acción u omisión por parte de autoridades y particulares que vulneren o amenacen derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares y de grupo han sido las medidas principales pertinentes que han tenido la sociedad colombiana para la búsqueda de la protección de intereses y derechos colectivos, y en el caso particular de la protección al bien supremo del entorno natural. De igual forma, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-215 de 1999 ha expresado que:

> *"El carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario".*[2]

La acción popular es una acción colectiva que encuentra su fundamento en la protección del interés general, con el fin de evitar la consumación de daños futuros o de hacer cesar un daño, agravio o afectación a intereses colectivos. Es decir, la acción popular tiene como objeto la realización de todo tipo de acontecimientos que busquen la no consumación de un daño que tenga como consecuencia la afectación a todos y cada uno de los participantes de la sociedad. Cabe aclarar que la acción popular puede ser interpuesta por personas naturales, jurídicas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones populares, el Ministerio Público y servidores públicos en general, incluso en los casos en que los mismos no sean los directa-

[1] Constitución Política de Colombia , artículo 88, Capitulo IV – De la protección y aplicación de los derechos.

[2] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C215 de 1999, magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Expedientes D-2176, D- 2184 y D-2196. Acción pública de inconstitucionalidad.

mente afectados por la contingencia de los daños futuros a los que se refiere.

Por otro lado, observamos la acción de grupo que tiene como fin la búsqueda del reconocimiento e indemnización por la consumación de un daño o agravio a un interés o derecho colectivo; es decir, esta acción tiene como único objeto, el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios por todos y cada uno de los daños generados a determinado grupo de personas. Esta acción debe ser presentada a través de un abogado y se debe demostrar la afectación mínima a un grupo de no menos de veinte personas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se toma como punto diferencial que la acción popular tiene como objeto evitar la consumación de un posible daño futuro; mientras que la acción de grupo busca la indemnización de un daño ya consumado. En ambas acciones la carga de la prueba siempre la debe tener la parte demandante.

De la misma manera, el artículo 30 de la Constitución Política nos expone el derecho fundamental al habeas corpus y determina lo siguiente:

> *"Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas".*[3]

En otros términos, el habeas corpus es entendido como aquella acción publica que tiene todo sujeto de derechos que busca la protección y reconocimiento de la libertad, frente a las posibles aprehensiones físicas e ilegitimas en el territorio nacional. El habeas corpus, se determina una vez se haya limitado la libertad del sujeto por un término mayor a treintaiséis horas.

La relación entre el desarrollo del habeas corpus y la protección al medio ambiente se ha desarrollado a través de la jurisprudencia nacional. Un caso ejemplar, se puede observar en la sentencia del 26 de julio de 2017 AHC4806-2017 de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto la misma corporación falló un habeas corpus a favor del "Oso Chucho".

La plataforma fáctica es la siguiente: Chucho era un mono andino de anteojos que se encontraba en cautiverio en la reserva natural de Rio Blanco. Chucho era tenido bajo protección especial en la mencionada reserva en un área de media

[3] Constitución Política de Colombia , artículo 30, Capitulo II – De los derechos fundamentales.

cuadra encerrada con alambre. Según relatan los hechos, este mono era muy apegado a su compañera Clama (otro mono de anteojos); a raíz de la muerte de Clama, Chucho empezó a tener comportamientos agresivos y empezó a huir de manera reiterativa de su cautiverio, razón por la cual fue trasladado al zoológico de Barranquilla. Sin embargo, en su cautiverio la población comenzó a notar que este mismo mono se encontraba teniendo los mismos problemas anteriormente presentados y su falta de nutrición era notoria, razón por la cual el abogado Luis Gómez Maldonado interpuso un Habeas Corpus a nombre de Chucho ante la sala civil y agraria del Tribunal Superior de Manizales; no obstante, dicha acción no tuvo un final a favor de Chucho, en cuanto el Tribunal determinó que esta acción estaba para proteger los intereses de seres humanos y no animales, situación que llevó a que el mismo actor apelara tal decisión ante la Corte Suprema de Justicia, la cual determino lo siguiente:

> *"si bien la acción de hábeas corpus, por tratarse de una herramienta constitucional dirigida para salvaguardar la garantía supralegal de la libertad de las personas, la misma no resulta entonces incompatible para asegurar a los animales como "seres sintientes", y por tal sujetos de derechos, legitimados para exigir por conducto de cualquier ciudadano, la protección de su integridad física, así como su cuidado, mantenimiento o reinserción a su hábitat natural"*

Por lo tanto, la Corte reiteró que los animales son seres sintientes y gozan de una protección tanto a nivel nacional como internacional. Es por esto, que aún cuando el habeas corpus sea una acción dirigida para salvaguardar la libertad de las personas, la misma acción no es excluyente en su busqueda de protección de los minimos basicos de todo animal en pro y cuidado de la protección ambiental. Razón por la cual, la misma corporación se refirió en la misma sentencia a la la protección del ambiente expresando que:

> *"La protección al medio ambiente superaba nociones que lo entendían como un insumo del desarrollo humano, al cual había que cuidar simplemente porque su desprotección significaría un impedimento para nuestro progreso. El ambiente es visto como contexto esencial del transcurso de la vida humana, razón por la cual se entendió que su protección se desarrollaba sobre el fundamento de la armonía con la naturaleza y que el accionar de los seres humanos debe responder a un código moral, que no implica nada distinto a un actuar acorde con su condición de seres dignos, concepción que se ubica en las antípodas de una visión que avale o sea indiferente a su absoluta desprotección, así como que se aleja de una visión antropocentrista, que asuma a*

los demás -a los otros- integrantes del ambiente como elementos a disposición absoluta e ilimitada de los seres humanos".[4]

De igual manera, podemos observar la sentencia STC4360-2018 de la Corte Suprema de Justicia que ordenó la protección inmediata a El Amazonas por las continuas y sistemáticas afectaciones como la deforestación y contaminación. En esta ocasión, bajo una impugnación interpuesta, la honorable Corte determinó que:

"Los reseñados factores generan directamente la deforestación de la Amazonía, provocando a corto, mediano y largo plazo, un perjuicio inminente y grave para los niños, adolescentes y adultos que acuden a esta acción, y en general, a todos los habitantes del territorio nacional, tanto para las generaciones presentes como las futuras, pues desboca incontroladamente la emisión de dióxido de carbono (CO2) hacia la atmósfera, produciendo el efecto invernadero, el cual transforma y fragmenta ecosistemas, alterando el recurso hídrico y con ello, el abastecimiento de agua de los centros poblados y degradación del suelo.. Por tanto, en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, 'sujeto de derechos', titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran" [5]

Determinando lo anterior, vemos que el desarrollo jurisprudencial que ha establecido la Corte Suprema se ha tornado en un proceso de adecuación a la necesidad actual de proteger el medio ambiente en toda la expresión de la palabra. Esto en cuanto la misma corporación, ha expresado la necesidad de utilizar acciones de otra naturaleza, como el habeas corpus o la demanda pública, con el fin de proteger el medio ambiente, entendiendo el mismo, como bien principal del desarrollo de la sociedad y de todos.

LA TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

La acción de tutela es uno de los mecanismos más efectivos y usados a nivel nacional para la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales. Esta definida como aquel mecanismo constitucional que tiene como objeto la protección y reconocimiento de los dere-

[8] Corte Constitucional de Colombia, sentencia t 661 del 2012. Magistrado ponente: Adriana M. Guillén Arango. Acción de tutela.

[9] Henao Mera, A., 2016. La Tutela Como Mecanismo Para La Defensa Del Ambiente | Manglar Abogados. [online] Manglarabogados.com. Available at: <http://manglarabogados.com/tutela-defensa-del-ambiente/> [Accessed 9 June 2020].

chos fundamentales de las personas. Esta misma acción, se encuentra definida en el artículo 86 superior y desarrollada en el Decreto 2591 de 1991, que a su vez expone que su interposición debe ser resulta en un lapso no mayor a 10 días por cualquier juez de la nación.

La acción de tutela tiene como presupuesto y requisito, que debe ser interpuesta de manera (i) subsidiaria e (ii) inmediata. La subsidiariedad implica que esta acción procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que con la interposición de esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por otro lado, la inmediatez de esta implica que la protección por la posible omisión o acción de la autoridad o particulares debe ser de manera inmediata para evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales y que haya perjuicios irremediables.

De esta misma manera, se expone que el amparo de este mecanismo solo se ve con ocasión a la vulneración y afectación de derechos humanos; sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha determinado una relación intrínseca entre la afectación a los derechos fundamentales y el desarrollo de otros entornos como el medio ambiente[6], al ser un recurso esencial para el desarrollo de los demás derechos fundamentales. De acuerdo con lo anterior, observaremos el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que protegió a través de la acción de tutela los derechos colectivos:

En la sentencia T 022 del 2008 la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos e intereses colectivos. El caso en relación disponía, la presunta vulneración al derecho medio ambiente sano por el desbordamiento de materias fecales en una casa de habitación, dejando como presuntos responsables a la la empresa Aguas de Cartagena S. A., ESP, ACUACAR por la falta de diligencia para con dicha situación. Frente a la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho al ambiente sano como derecho colectivo, el tribunal constitucional expresó que:

> *"En principio, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la protección de derechos colectivos, lo cual no obsta para que "el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable". De manera que la acción de tutela*

[6] El medio ambiente sano, un derecho de todos: cartilla de aprendizaje. Grupo de Acciones Públicas, Universidad del Rosario / Beatriz Londoño Toro, directora del Grupo de Acciones Públicas, Universidad del Rosario; Facultad de Jurisprudencia. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. 64 p.:il

es procedente en eventos de afectación grave y directa del interés colectivo, para lo cual se hace necesario determinar si quien la promueve padece un perjuicio irremediable y si con el amparo se persigue la protección de derechos fundamentales de un grupo determinado o determinable de individuos o, por el contrario, su propósito es la protección de derechos o intereses de la comunidad. La jurisprudencia de esta corporación ha fijado los criterios que permiten establecer la viabilidad de la tutela en tales eventos, a saber: (i) debe existir conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la amenaza o vulneración de un derecho fundamental; (ii) el accionante debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental; (iii) la vulneración del derecho fundamental no debe ser hipotética sino que debe encontrarse expresamente probada en el expediente; (iv) la orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo, aunque por efecto de la decisión este último resulte protegido y (v) debe estar acreditado que las acciones populares no son un mecanismo idóneo en el caso concreto para la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado".[7]

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede expresar que la procedencia de la acción de tutela en temas de protección a derechos colectivos se debe determinar por (i) una conexidad entre el derecho colectivo y el fundamental; (ii) el accionante debe ser el directamente afectado; (iii) se debe probar la vulneración del derecho colectivo; (iv) la decisión emitida busque el restablecimiento del derecho fundamental y finalmente (v) se acredite que el ejercicio de acciones populares no podrían proteger de manera efectiva el derecho presuntamente vulnerado.

Una vez observada la procedencia de la acción de tutela referente a la protección de derechos colectivos se expondrá el desarrollo de la misma acción frente a la protección del medio ambiente. La Corte Constitucional en la sentencia T 661 del 2012 expresó la protección a un ambiente sano a través del amparo de la tutela por encima de la protección de la acción popular. Los hechos del mencionado fallo fueron los siguientes:

Inicialmente, los accionantes – Willington Puentes y Viviana Sandoval- a nombre propio y en representación de sus hijos interpusieron acción popular contra la alcaldía de Suarez, Tolima, por considerar vulnerados sus derechos a un ambiente sano; sin embargo, dicha acción no pros-

[7] Corte Constitucional de Colombia, sentencia t 022 del 2008, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Acción de tutela

peró por situaciones económicas de los accionantes. Por estas situación, y ante la necesidad de una respuesta pronta, los mismos deciden interponer acción de tutela por considerar que la alcaldía de Suarez, no implementó las medidas necesarias para el mantenimiento de un pozo séptico anaeróbico que se encuentra ubicado diagonal a su vivienda, el cual viene presentando problemas en razón a que se percibe un olor putrefactivo, penetrante, constante afectando y vulnerando sus derechos fundamentales la vida, a la integridad física, a la salud en conexidad con la vulneración o amenaza del derecho al medio ambiente sano y los derechos del niño.

Dicha acción fue negada en primera instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, Tolima, al expresar que no existen pruebas que determinen la vulneración al derecho a la salud; adicionalmente, el juez determinó que ya existe una acción popular que propende y es la idónea para la protección de derechos colectivos, teniendo en cuenta que el objeto de controversia principal es un derecho colectivo y no uno fundamental.

No obstante, la Corte Constitucional determinó en segunda instancia que:

> *"La acción popular es, inicialmente, el mecanismo adecuado para tramitar controversias relacionadas con la contaminación del ambiente. No obstante, cuando se corrobore que tal situación genera una amenaza o una vulneración sobre los derechos fundamentales de las personas, y se constante en el caso concreto que la acción popular es ineficaz para proteger estos derechos, la acción de tutela es procedente para invocar la intervención inmediata y urgente del juez constitucional en procura de la salvaguarda de tales intereses jurídicos"*

De igual manera, la Corte dispuso que:

> *"En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente, salvo que el actor recurra a ella ´como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental".*[8]

En consecuencia, la Corte amparó los derechos invocados por los accionantes y ordenó al municipio a adoptar las medidas

pertinentes en el término de 48 horas. Teniendo en cuenta los casos mencionados, debemos expresar que existe un desarrollo jurisprudencial presentado que ha determinado que, si bien los mecanismos propios de protección a derechos colectivos son las acciones populares, también es posible usar la acción de tutela en cuanto la misma busque la protección de un perjuicio irremediable frente a un derecho fundamental o un derecho conexo al mismo.[9]

CONCLUSIONES

Es por esto que, abarcando los diferentes puntos encontrados, podemos determinar que en principio el medio ambiente en todo su concepto -flora y fauna- es un recurso único y fundamental para el desarrollo de los demás derechos fundamentales, que debe ser protegido a nivel constitucional y abarcado en las acciones de protección directas a los derechos humanos. De igual forma, el reconocimiento al mismo, no se puede limitar al reconocimiento de situaciones particulares; sino por contrario, al ser este tan importante para la protección del ser humano en una sociedad, debe ser contemplado en un nivel superior. Lo anterior se puede ver reflejado en el desarrollo adecuado que tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional le han otorgado al mismo, reiterando la protección a través de acciones colectivas e impulsando su reconocimiento también a través de la acción de tutela e incluso el habeas corpus.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia, artículo 88, Capitulo IV – De la protección y aplicación de los derechos.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C215 de 1999, magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Expedientes D-2176, D- 2184 y D-2196. Acción pública de inconstitucionalidad.

- Constitución Política de Colombia, artículo 30, Capitulo II – De los derechos fundamentales.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 26 de julio de 2017 AHC4806-2017, sala de casación civil y agraria. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

[6] El medio ambiente sano, un derecho de todos: cartilla de aprendizaje. Grupo de Acciones Públicas, Universidad del Rosario / Beatriz Londoño Toro, directora del Grupo de Acciones Públicas, Universidad del Rosario; Facultad de Jurisprudencia. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. 64 p.:il

- Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 05 de abril de 2018 STC4360-2018, sala de casación civil y agraria. Magistrado ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia t 022 del 2008, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Acción de tutela

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia t 661 del 2012. Magistrado ponente: Adriana M. Guillén Arango. Acción de tutela.

- El medio ambiente sano, un derecho de todos: cartilla de aprendizaje. Grupo de Acciones Públicas, Universidad del Rosario / Beatriz Londoño Toro, directora del Grupo de Acciones Públicas, Universidad del Rosario; Facultad de Jurisprudencia. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. 64 p. :il

- Henao Mera, A., 2016. La Tutela Como Mecanismo Para La Defensa Del Ambiente | Manglar Abogados. [online] Manglarabogados.com. Available at: <http://manglarabogados.com/tutela-defensa-del-ambiente/> [Accessed 9 June 2020].

De la libertad y la razón de ser
de las criptomonedas

Juanita Aranguren Orjuela

Universidad de La Sabana

Resumen

El auge del fenómeno social, cultural y económico de las criptomonedas es innegable. Su existencia real y exponencial arrastra una serie de consecuencias institucionales y financieras que han sido medidas desde todos los ángulos. Sin embargo, el fundamento filosófico y las causas últimas que de él se desprenden han sido asiduamente soslayados.

De modo que la presente investigación se centra en la pregunta de ¿cómo se fundamentan filosóficamente las criptomonedas? interrogante que se responderá, en primer lugar, criticando el movimiento ciberpunk como raíz filosófica; y segundo, a través de la filosofía liberal, específicamente la corriente del libertarismo, que se erige como el punto de partida y la justificación de esta forma moderna de transacción de valores desintermediada.

En particular se realizará un estudio sobre la fundamentación filosófica de las criptomonedas y su relación con la libertad personal, la iniciativa privada, la anti-monopolización y la democracia, visibles en la obra de Murray Rothbard y Friedrich Hayek.

Para tal propósito, se examinarán las corrientes emblemáticas del liberalismo con especial énfasis en el libertarismo, en sus orígenes, principios y concepción del Estado. Posteriormente, se tratará la intermediación y el blockchain y los impuestos desde una perspectiva moral fundada en la libertad y en la voluntad del hombre como el fundamento más excelso de la naturaleza humana. Y finalmente se concluirá.

INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO GLOBAL DE LAS CRIPTOMONEDAS.

Las criptomonedas son un fenómeno global porque han revolucionado de punta a punta el comercio electrónico; que descansaba exclusivamente en las instituciones financieras como intermediarios clave para la confianza y el mantenimiento del sistema. Esta manifestación de libertad de los agentes económicos es una actividad transfronteriza y universal que hoy por hoy se toma todos los mercados del mundo.

El hecho de que los costos de la mediación desaparezcan ya constituye una idea de por sí innovadora, que pueden emplear los Estados en políticas de inclusión financiera (Litchtfous, Yadav & Fratino, 2018). Por tal motivo, Estados como Alemania, España, Suiza, Singapur, Japón, Australia, China, entre otros, han tomado un papel activo respecto a su regulación para políticas de bancarización, aspectos tributarios y el control para prevenir la comisión de delitos.

Las criptomonedas surgieron en el 2008 a raíz de una crisis de liquidez del sistema financiero estadounidense: las personas dejaron de confiar en quiénes dirigían el sector bancario por el exceso de avaricia y la falta de transparencia en sus intentos de reactivar la economía, a través de hipotecas de alto riesgo y de nuevos instrumentos financieros como la permuta de incumplimiento de crédito los bancos conseguían incentivos.

Aquella crisis de liquidez trajo consigo una crisis de confianza, los consumidores dejaron de creer en las instituciones financieras, en los bancos y en las autoridades regulatorias, pues era evidente que todo cuanto hicieron se dirigió a obtener los incentivos económicos que giraban alrededor del sistema financiero.

La primera criptomoneda introducida en el mercado fue creada por Satoshi Nakamoto y se bautizó Bitcoin. Su estructura y funcionamiento se encuentran en *A Peer-to-Peer Electronic Cash System"*[1]. Y como bien señala Marshall: "Fue una respuesta de la sociedad a las fallas del mercado financiero global" (Marshall, 2018, p. 29).

Así, el Bitcoin constituyó una revolución sumamente notoria en el mundo financiero, pues por primera vez hubo una forma de transar bienes y servicios sin intermediarios que cobraran a su arbitrio por las operaciones. Con esta criptomoneda nació una

[1] Específicamente, esto se encuentra en un libro escrito por Satoshi Nakamoto en 2008, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.

nueva forma de confiar, una que soslaya a los agentes económicos tradicionales y sitúa sus ojos en la desintermediación, la privacidad y el liberalismo.

De ahí que surjan las siguientes cuestiones: ¿sería posible un sistema económico sin intermediarios? ¿los bancos son indispensables para el desenvolvimiento del comercio? ¿las criptomonedas podrían ser usadas como un instrumento para la inclusión financiera?

Desde la introducción del Bitcoin, el mercado de las criptomonedas y sus tecnologías asociadas han crecido exponencialmente. En 2017 se estimó que había más de 700 criptomonedas, muchas de ellas guardan una profunda relación con la concepción y el protocolo original del Bitcoin, lo único que varía en ocasiones son los algoritmos y el máximo de unidades de existencia (Jugmayer, Stifter, Krombholz & Weippl, 2017)

Para ser un poco más concretos, las criptomonedas son activos virtuales que se fincan en la tecnología blockchain; un sistema descentralizado de intercambio de valores, encriptado, transparente y público, en el que se registran las operaciones de todos los miembros (Houben & Snyers, 2018).

Habiendo expuesto lo anterior, hay que poner de presente que las consecuencias institucionales y financieras de las criptomonedas han sido medidas desde todos los ángulos, pero que en la actualidad no existe una fundamentación filosófica que informe de su existencia.

Es por ello que a lo largo de este artículo se propondrá una fundamentación filosófica desde el libertarismo, partiendo de una crítica y aproximación filosófico-descriptiva del movimiento cyberpunk, un acercamiento conceptual al liberalismo y a sus corrientes selectas y por último, para establecer la relación entre las criptomonedas y el libertarismo, se desarrollará un apartado de justificación de filosofía política con autores como Rothbarth, Hayek y Ayn Rand.

APROXIMACIÓN FILOSÓFICO-DESCRIPTIVA DE LA FUNDAMENTACIÓN ORIGINARIA Y ACTUAL DE LAS CRIPTOMONEDAS

El origen de las criptomonedas se enmarca en el movimiento Cyberpunk, que es una suerte de subcultura posmoderna (Villaplana, 2011) que fomenta el amor por el internet y las posibilidades que de este se despliegan (Canucciari & Levy, 2016). El texto base de este ismo es el Manifiesto Cyberpunk escrito por Christian Kirtchev en 1997.

El movimiento Cyberpunk es una manifestación artística del siglo XX. Es

esencialmente una expresión de la ciencia ficción que se desarrolla con un enfoque autoconsciente y autorreflexivo que sirven como cimiento para entablar críticas sociales, políticas y económicas. En ese tenor, los impulsores de este movimiento pretendían distorsionar la realidad, ambición característica de la ciencia ficción, para cuestionarla a través de deconstrucciones y de reducciones a lo absurdo.

En el terreno literario, el movimiento Cyberpunk tuvo un amplio cultivo. Inició con Neuromante[2] de William Gibson en 1984, una narrativa en la que se cristalizaba un universo que pervertía el futuro con extrapolaciones científicas, tecnológicas y políticas. Así, en 1984[3], Un mundo feliz[4] y en las novelas de Gibson, Sterling[5] o Pat Cadigan[6] se vertían las cuatro peculiaridades del Cyberpunk: la utopía, la distopía y la antiutopía; el postapocalipsis; la extrapolación de medios sociales y el desdén de la tecnología y sus aplicaciones (Mota, 2015) [7].

A la luz de lo anterior, el motor que llevó a que se constituyera esta subcultura fue un profundo desacuerdo por las estructuras de poder y las desigualdades sociales, al igual que la preocupación por la privacidad y las libertades personales que se mermaban con el capitalismo. Existía una molestia en lo relacionado al manejo de la información y a la falta de garantías para acceder a la verdad. Lo que implicó que las personas ambicionaran crear un propio sistema fuera de las jerarquías tradicionales, que tuviera como raíz más importante la criptografía, para hacerle frente al problema de la privacidad. Esta idea se correspondía con las ideas dispuestas en el Manifiesto Cyberpunk acerca del anonimato, de las libertades personales y del poder de la información.

El Manifiesto se divide en cinco partes. A saber: (i) Cyberpunk, (ii) Sociedad, (iii) Sistema, (iv) La visión y por último, (v) ¿En dónde estamos? En sí, no hay un cuerpo lógico textual ni una redacción coherente o seria que permita deducir las ideas fundantes de una nueva forma de organización económica y mucho menos de las criptomonedas.

I. Cyberpunk

En este apartado se hace alusión a la calidad de quiénes hacen parte del movimiento cyberpunk: *"ratas de la tecnología"* y se desarrolla un pensamiento que aduce a la pretensión de una sociedad más informada y menos sesgada por el Estado y por los medios de comunicación. Desde

[2] Novela de ciencia ficción que desarrolla la trama de un futuro invadido por microprocesadores.
[3] Novela distópica de George Orwell que desarrolla conceptos de omnipresencia y del Gran Hermano
[4] Novela distópica de Aldous Huxley que desarrolla un futuro con tecnología reproductiva.
[5] Escritor estadounidense de ciencia ficción que fundó el Movimiento Cyberpunk
[6] Escritora estadounidense emblemática para el cyberpunk. escribió Tea from a Empty cup, Mindplayers, Synners, entre otros.

este momento, se muestra un profundo desprecio por las estructuras sociales y por su ordenación cultural que desencadena una ambición por el libre acceso a la información por la red.

Se hace latente una visión de la realidad de forma distinta que tiene como principal singularidad, como anteriormente se postulaba, la autoconsciencia y la autoreflexión: "Somos aquellos que vemos la realidad de forma distinta. Nuestro punto de vista muestra más de lo que la gente ordinaria puede ver. Ellos solo ven lo exterior, pero nosotros vemos lo interior." (Kirchev, 1997, p.1)

Además, se hace explícita la convicción de marginación por parte de las personas que tienen un conocimiento precario de la realidad: "La sociedad no nos entiende, somos los "raros" y los "locos", personas que a ojos de la gente normal que viven lejos de la información y las ideas libres" (Kirchev, 1997, p. 2). Y de este modo, se forja un afán por toda suerte de ciencia y tecnología que rodee la verdad y que erradique la prohibición a los medios de culturización y de entendimiento.

II. Sociedad

En esta sección se pone de manifiesto la inconformidad con los valores y la ideología en la que se desenvuelve la sociedad. Se ataca directamente al conservadurismo y a la paralización de la razón de los sujetos que forman parte de la realidad. Según el texto, "la sociedad está podrida" (Kirchev, 1997, p. 2) por una ideología infundada -o si se quiere muerta- de los ciudadanos y de los dirigentes, lo que reclama una ignorancia colectiva enfrascada en el tiempo y en la negligencia de las políticas públicas.

De nuevo, se genera un enlace con una de las peculiaridades originarias del Cyberpunk: la utopía. Hay una agresión a la consciencia temerosa e indiferente de los colectivos hacia una nueva organización de las instituciones que responde a una ideología liberal y revolucionaria: "Su temor es tan fuerte que esto es proclamado enemigo revolucionario e idea liberal- es un arma. Este es su error." (Kirchev, 1997, p. 2)

Se debe recordar que el fin de la utopía en las ciencias narrativas es llamar de modo espiritual y físico a la acción, como efectivamente sucede en este texto "Las personas deben dejar sus temores atrás y seguir adelante. En el sentido de que lo poco que ahora tengas podrá multiplicarse en el mañana." (Kirchev, 1997, p. 2). El movimiento Cyberpunk y la nueva visión de la realidad que plantea promete una sociedad transparente, más justa y más libre, que le haga un contrapeso a la futura ruina económica y política y a los efectos devastadores del sistema, que es el acápite que sigue.

III. *Sistema*

En este acápite se trata un profundo desacuerdo con el sistema y con sus principios. Hay un ataque directo al hecho de que los principios con los que surgió

el sistema son los mismos en su origen hasta la actualidad. Aquellos principios que se corresponden con presupuestos anteriores como el conservadurismo, según el Manifiesto, son erróneos y se han quedado estancados en el tiempo.

Quizá la frase central de este apartado sea "el sistema está equivocado" (Kirchev, 1997, p. 3), que es una declaración crítico-reflexiva que se hace ordenadamente, después de haber superado el ítem de cyberpunk y de sociedad. Las ideas que se exponen bajo esta indicación son que el sistema se rige bajo principios atemporales y superfluos que no responden a la actualidad de los medios sociales.

Por otro lado, se plantea un concepto que resultará crucial en el cyberpunk: "eclipse informativo" (Kirchev, 1997, p. 3). Los cyberpunk fundamentan sus pretensiones de liberación y de disidencia en esta noción, debido a que, según ellos, el gobierno necesita personas que obedezcan ciegamente y sin indagaciones. Así, al Estado no le conviene que las personas se informen ni que descubran la verdad, por lo que, cuando los individuos adquieren más información de la que se supone deberían tener, no pueden distinguir entre cuál es correcta y cuál no.

De este modo, se introduce la idea de liberación en cuando al derecho de expresión, de prensa y al del acceso a la información. El eclipse informativo debe cesar y se debe democratizar la verdad, fines en los cuales es vital la red, ya que los cyberpunk ven en ella un espacio propicio sin barreras ni límites para compartir lo que el Estado no quiere que los ciudadanos sepan.

IV. La visión

En esta sección se expone, desde la autocrítica y la autoconsciencia, el problema de que algunas personas sean indiferentes en el curso de su vida al ideal de liberación por el que deberían luchar. El problema radica en que mientras haya más personas desinformadas el eclipse informático se propagará y se extenderá en el tiempo aún más, lo que fortalece el monopolio de verdad del Estado y hace más débiles las posibilidades de que cada hombre alcance la libertad.

Se exponen dos posibles visiones del mundo: la del futuro oscuro y la del futuro optimista, y se enfrasca a los cyberpunk en el medio de estas dos: en el interés de lo que ocurre en la actualidad y también en la perspectiva de un futuro optimista en el que el hombre pueda tener anarquía desde su casa a través de la red, porque "el que controla la Red, controla la información" (Kirchev, 1997, p. 4)

V. ¿En dónde estamos?

En este punto del Manifiesto se hace latente la utopía de vivir en un mundo de mentes electrónicas, informado y transparente. Se abre la posibilidad de ser libres bajo las riendas del ciberespacio y bajo la rebeldía de la red. De igual forma, se hace

expresa la pretensión de cambio y de lucha para transformar las normas existentes a preceptos que se adapten más a las necesidades de los ciudadanos.

El cyberpunk se encuentra en un mundo enfermo en el que se reprime la libertad de expresión y de prensa, en el que las personas actúan como entes sin consciencia y en el que no les interesa en lo más mínimo levantar la voz ante las atrocidades y abusos del gobierno. En definitiva, un mundo en el que el sistema se esmera por atesorar súbditos sin poder de discernimiento.

CRÍTICAS AL MANIFIESTO CYBERPUNK

Se discrepa por tres razones puntuales de la convicción de que el Manifiesto Cyberpunk es el antecedente ideológico de las criptomonedas: en primer lugar, consideramos que hay problemas lógicos en la construcción de su contenido. En segundo lugar, estimamos una interpretación sesgada entorno al fenómeno y por último, en que hay formas más fundadas de justificar el nacimiento y existencia de las criptomonedas.

A continuación, se tratarán los problemas lógicos del Manifiesto y más adelante, después de haber precisado el espectro conceptual de esta ideología, se estructurará la fundamentación filosófica de las criptomonedas desde el libertarismo y por ende, se explicará el segundo punto de discrepancia.

PROBLEMAS LÓGICOS

En el Manifiesto se trata expresamente que la sociedad está 'atascada' en el conservadurismo, sin embargo, no se encuentra una conexión fundada entre la hipótesis de que hay una ideología imperante y la consecuencia del eclipse informático, por lo que se está en presencia de una falacia.

Las causas de tal atasco pueden ser múltiples y no necesariamente concurrir en la ideología del conservadurismo: la ignorancia, la indiferencia, la ambición, la falta de sentido de pertenencia de los servidores públicos, en fin, cientos, y la inmutabilidad de las instituciones y del pensamiento no es una enfermedad que tenga un diagnóstico unívoco ni posible.

El conservadurismo es una corriente filosófica que defiende un statu quo, es decir, un estado de las cosas en particular, cosa que se opone en amplia medida al liberalismo, que propende por la libre competencia del mercado y la determinación de sus propias reglas conforme al comportamiento de los agentes comerciales. (Espejel, 2016)

De la idea tratada se desprende que cuando el Manifiesto hace alusión a que "nuestra sociedad está enferma y necesita ser curada. La cura es un cambio de

sistema" (Kirchev, 1997, p. 3) en realidad no hay un vínculo entre el disgusto hacia el conservadurismo y la solución, que es un cambio de sistema. Si lo que tiene a la sociedad atascada es la ideología del conservadurismo, por esa línea el remedio sería el cambio de ideología, pero no, se propone un cambio del sistema. Y un sistema está compuesto no solo por una ideología, sino por normas, leyes, instituciones y funcionarios.

Por lo anterior, es importante traer a colación una idea que muy bien desarrolló Parsons (1974):

"Consideramos los sistemas sociales como constituyentes del sistema más general de acción, siendo los otros elementos constitutivos primarios los sistemas culturales, los sistemas de personalidad y los organismos conductuales. Los cuatro se definen de manera abstracta en relación a la conducta concreta de la interacción social. Tratamos los tres subsistemas de acción distintos del sistema social, como constituyentes de su ambiente" (p. 1)

Y también, una definición de Luhmann sobre sistema: "unidades estructurales de forma variable con respecto al tiempo; que se mantienen frente a un entorno complejo y cambiante gracias a la posición de una diferencia con respecto al entorno" (Miklos, 2001, p. 236).

Con el soporte de las reflexiones de estos dos autores se puede inferir que un sistema social no puede concebirse como la sola aparición de un elemento; tal como puede ser la ideología, el conservadurismo. Sino que, un sistema está dado por experiencias culturales, de personalidad y de organismos conductuales, siguiendo a Parsons. Y adicionalmente, el hecho de que un sistema sea una estructura presupone una unión de varios elementos, por lo que no es válida la conclusión que aparece en el Manifiesto Cyberpunk de que la solución a la enfermedad de la sociedad es el cambio de sistema.

Por otro lado, se plantea la idea de que las personas temen 'lo nuevo y lo desconocido', siendo 'lo nuevo y lo desconocido' el ideal de liberación del cyberpunk. Esta afirmación carece de fallas lógicas, puesto que se está cayendo en una falacia de generalización al sostener que todas las personas sienten miedo de los ideales del movimiento cyberpunk y por eso no lo siguen, cuando en realidad habría que tener en cuenta los casos en que los sujetos por un razonamiento individual no juzguen esta ideología como la más adecuada.

Lo anterior es en sí mismo contradictorio con la naturaleza de los valores que dieron nacimiento al cyberpunk, debido a que uno de los pilares fundamentales de su construcción fue la puesta central e indiscutible del sujeto como ente racional, autorreflexivo, autocrítico y autoconsciente. En otras palabras, el movimiento cyberpunk se pone a sí mismo como verdad revelada, en cuanto a

que su filosofía potencia la crítica y el juicio, pero en fenómenos diferentes a este.

En este vértice también subyace al plano lógico un problema de la propuesta del Manifiesto para erradicar el eclipse informativo que es el libre acceso a la red y a la verdad a través de un ciberespacio. Nada asegura que cuando las personas tengan la libertad de navegar en internet puedan distinguir entre la información verídica y la no verídica, postulado se complementa con una idea ya tratada y es que puede que la razón que da nacimiento al eclipse informativo no recaiga en la voluntad del Estado por poseer ciudadanos ignorantes, sino por otras causas como la falta de gusto por el conocimiento o la desidia intelectual.

Aparte de los problemas lógicos ya presentados, se debe mencionar también que el Manifiesto Cyberpunk cae en un yerro interpretativo, ya que se está interpretando un fenómeno determinado e individual desde una perspectiva sesgada, esto es, desde el odio injustificado al conservadorismo y a sus valores. Y se sostiene que hay una interpretación incorrecta de la realidad porque la razón por la que está atascada la sociedad no es por una ideología, sino por la conjugación de múltiples razones indeterminables.

Las razones indeterminables, que no son el tema de este escrito, dependen del juicio de quién estudie la realidad. Puede que un espectador considere que el desarrollo en la actualidad está truncado por la falta de valores culturales, o, puede que alguien más estime que la causa de que la sociedad no haya alcanzado su desarrollo en el total de las posibilidades sea la falta de diligencia de los dirigentes.

FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

Llegados a este punto, se considera que la mejor forma de fundamentar la existencia de las criptomonedas es a través del liberalismo económico, debido a que sus postulados dotan de sentido su libre tránsito por el libre mercado y la libre competencia, que no son más que expresiones de un sistema basado en la propiedad privada que funciona mediante decisiones de agentes económicos privados con el fin de obtener beneficios. (De Vroey, 2009).

Entonces, la libertad de mercado y la libertad de competencia, concepciones propias del liberalismo económico, permiten que agentes privados, o en otras palabras, personas que transan con criptoactivos, estén en la plena facultad de disponer de su propiedad privada para alcanzar sus intereses y pretensiones, y en últimas, para aumentar su capital sin necesidad de someterse a una moneda de curso legal estatal.

Liberalismo

De este modo y habiendo agotado la crítica al Manifiesto Cyberpunk, se dedicará este apartado a una breve introducción sobre el liberalismo, partiendo desde su

definición y origen, para luego estudiar más a fondo corrientes selectas que son fructíferas para los fines de este escrito: fundamentar filosóficamente la existencia de las criptomonedas.

Sin más preámbulo, Bobbio se refiere al liberalismo como "teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy, del Estado mínimo (reducido al mínimo indispensable)." (Bobbio, 1991, p. 89)

El liberalismo es una ideología que pone en el centro de su desarrollo la libertad, la tolerancia, la razón y el individualismo, y desaprueba el poder, la autoridad y la tradición (Alexander, 2014). Como bien apunta Ryan, la idea de un gobierno limitado, del mantenimiento y la conservación del *Rule of Law*, de la prohibición de la arbitrariedad del poder, del respeto por la propiedad privada y de la autonomía para celebrar contratos y la responsabilidad de los individuos por sus propias vidas, implican un estado íntimamente relacionado con la economía, la democracia, el bienestar y el progreso moral y cultural. (Ryan, 1995)

El liberalismo surgió en el siglo XVI inspirado en el individualismo de la reforma protestante y de las revoluciones inglesas del siglo XVII. Ha tenido múltiples exponentes y no ha sido una vertiente pacífica en cuanto a contenido y postulados. Así, los más importantes fueron: Locke, Hume, Smith, Bentham, Mill, Hayek, Rawls, Nozick y Buchanan.

Ahora bien, teniendo por sentado que el valor principal de esta ideología es la libertad, hay variaciones con respecto a sus otros supuestos. En este escrito se expondrán dos corrientes que son de vital importancia para la justificación filosófica de las criptomonedas, por un lado, el libertarismo que es una expresión pura del liberalismo, y por otro lado, el anarcocapitalismo, que si bien no se puede considerar como una corriente de liberalismo, sí comparte nociones básicas de este.

El libertarismo es también una escuela fundamental de la filosofía política del liberalismo. El núcleo de esta escuela es comprender la libertad individual como un principio absoluto, universal, atemporal y ahistórico que sitúa a los individuos como agentes autónomos dentro de la sociedad. (Solís, 2011)

Esta corriente tiene como sustento una filosofía individualista orientada a la propiedad y a la libertad, y una filosofía política que consagra la vigencia absoluta de las libertades positivas y negativas que proponen el derecho del individuo sobre sí mismo, y el menoscabo de los derechos ajenos como único límite.

Por eso es que el axioma base de la corriente libertarianista es "ningún hombre ni grupo de hombres podrá cometer agresión contra la persona o la propiedad de

alguna otra persona" (Olimpo, 2016, p. 141). Lo que en últimas reafirma la significación de los principios morales de auto propiedad y de no agresión que ya han sido mencionados.

Esta escuela recoge, en gran medida, la idea de Locke de que la propiedad privada es una manifestación de la ley natural y por ello, la distribución o la repartición que se haga de esta mediando la coacción estatal, representa una grave violación al derecho natural, lo que es totalmente reprochable (Olimpo, 2016).

El anarcocapitalismo es una forma de filosofía política que se opone a la institucionalización y monopolización del Estado y de sus agentes como manifiesto de coacción sistemática, y defiende fervorosamente un orden social que guarde íntima relación con el derecho de propiedad y el principio de no agresión.

Desde esta escuela se sustenta la idea de orden desde la autonomía y la consciencia de los particulares sin la necesaria intervención del Estado. Debido a que, según esta corriente, la seguridad y la resolución de conflictos puede llevarse a cabo desde el núcleo de la libertad de los particulares mediante los múltiples mecanismos que ofrece el mercado y la competencia económica.

Una de las ideas principales del anarcocapitalismo es que los actores privados son competentes para asumir las funciones tradicionalmente otorgadas al Estado, por lo que, bajo esta lupa, salta a la vista la falta de necesidad de un ente central de control y monopolización. Sobre todo si se tiene en cuenta que las funciones otorgadas al Estado son, en realidad, funciones que él mismo se ha atribuido con exclusividad y privilegios. (Capella, 2014)

Ahora bien, el anarcocapitalismo supone que el Estado sirviéndose de actos abusivos, corruptos e ineficientes opta por no amparar ni resguardar la propiedad y la libertad de los particulares, sino que las desconoce sistemáticamente a través de leyes injustas e impuestos que no son más que una expresión ilegítima de una organización que no tiene razón de ser.

Según esta corriente, el Estado no está legitimado porque ningún individuo se ha sometido mediante contrato alguno al poder estatal. Y no tiene razón de ser porque a partir de los principios fundamentales que se tratarán más adelante, el de propiedad y no agresión, en la práctica puede existir sociedad sin Estado; materializando la libertad de una sociedad en la resolución de conflictos a través de intercambios y acuerdos fruto de la voluntad.

La diferencia entre el libertarianismo y el anarcocapitalismo es que la escuela anarcocapitalista es de corte antiestatal, mientras que el libertarianismo acepta la existencia del Estado mientras no se cometan violaciones ni transgresiones a la ley natural en lo que respecta al principio de la propiedad.

El libertarianismo reconoce que el anarcocapitalismo es una corriente radical al negar la necesidad de la existencia del Estado, puesto que dentro de sus postulados está validar al Estado como una forma de organización para la materialización de las libertades. Lo que no se acepta, de ninguna manera, dentro de esta corriente es que el Estado intervenga en casos innecesarios en los que la autonomía de la voluntad de los particulares debería primar.

De esta forma, señaladas las principales particularidades de las dos corrientes del liberalismo que atañen a este escrito, se pasará a la aproximación de fondo del libertarismo y su relación con las criptomonedas que estará orientada a la pregunta de ¿es imprescindible que la ley designe un determinado tipo de moneda como la legítima? Para lo cual se hará una breve introducción a Friedrich Hayek y Murray Rothbard.

APROXIMACIÓN AL LIBERTARISMO DE FONDO Y RELACIÓN CON LAS CRIPTOMONEDAS

En primer lugar, Hayek planteó un cuestionamiento que revolucionaría el mundo económico y que sirve como fundamento a la hora de leer el fenómeno moderno de los criptoactivos: ¿Es imprescindible que la ley designe un determinado tipo de moneda como la legítima? (Hayek, 1976). Este interrogante abre el paso a una justificación filosófica entendida desde la libertad como el valor fundante de la naturaleza del hombre.

Y tal justificación es precisamente esa: no, no es imprescindible que la ley designe un determinado tipo de moneda como la legítima, puesto que el hombre, mediando su autonomía de la voluntad, es perfectamente capaz y libre de determinar que moneda es la más conveniente, pertinente y eficaz para la realización de sus intereses y para el acrecentamiento de su propiedad privada.

Por otro lado, Hayek postularía una idea muy pertinente:

> Dado que el problema económico de la sociedad es uno de adaptarse rápidamente a los cambios en las circunstancias

> particulares de tiempo y espacio, sólo los individuos familiarizados con tales circunstancias pueden resolver eficiente y eficazmente el problema. No podemos esperar, dice Hayek, a que le comuniquemos la información a una autoridad central, ésta la integre y entonces emita sus órdenes. Para entonces ya es demasiado tarde. (González, 2012, p. 6)

De lo anterior se desprende que el Estado, con su aparato judicial y legislativo lento y arcaico, se queda corto ante fenómenos tan importantes e inminentes como las criptomonedas, y son las personas que están envueltas en el ir y el devenir del mercado las que pueden establecer cuales son los activos con los que quieren transar, y como fue objeto de reiteración, qué es lo mejor para su propiedad privada.

Las autoridades centrales siempre van a fallar en la regulación porque el tiempo en que las sociedades y el mercado se transforman simplemente no puede concatenarse con la expedición de leyes o decretos que busquen regular el comportamiento del hombre en un espacio tan dinámico como el comercio.

Siguiendo con este razonamiento, una autoridad central definitivamente no puede establecer un sistema cerrado y rígido en el entendimiento de la moneda unitaria con poder libertario y fuerza circulatoria, ya que esta noción limita la libertad del hombre y sesga la realidad externa produciendo una salida invariable e impensada, como la vulneración de los derechos de propiedad de los intervinientes del mercado.

Por otro lado, Murray Rothbard, pensador de nacionalidad estadounidense, es el principal exponente del anarcocapitalismo. Es tratado como un reaccionario radical por su pensamiento político y su inspiración originaria fue el anarquismo norteamericano (Boubetta & Anxo, 2004). Rothbard ideó su propio sistema libertario a través de una crítica radical al Estado.

En tal crítica al Estado, Rothbard situó la libertad de mercado como base indiscutible del funcionamiento y del sostenimiento de la sociedad anarquista. Dentro de sus postulados, no comprendió una visión colectivista de los individuos, sino que, como ya se apuntó, desarrolló una filosofía individualista que le otorgaba valor a cada quién como persona precisamente por las libertades individuales que poseía.

En sí, Rothbard juzga la existencia del Estado y reprocha su funcionalidad por dos razones puntuales. La primera hace referencia a:

> Los derechos sociales no son verdaderos derechos derivados

> de la naturaleza humana sino que son derechos arbitrariamente establecidos por políticos y juristas. Son derechos de contenido ambiguo y que implican coerción sobre otros para ser financiados. (Boubetta & Anxo, 2004, p. 113)

Y la segunda razón, que tiene un profundo contenido económico se explica así:

> Rothbard usa un argumento de tipo económico para criticar las políticas sociales. Según él cuando un determinado comportamiento se subsidia disminuye el desinterés en dejar de practicarlo y aumenta el incentivo en practicarlo. De esta forma si se subvenciona el desempleo o una situación de marginalidad disminuirá el deseo de abandonar tales prácticas, pues la situación objetiva mejorará, alterando las preferencias relativas a otro tipo de conductas. La guerra contra la pobreza mejorando la situación de los pobres aumenta la pobreza, es la conclusión que saca Rothbard de los programas sociales. (Boubetta & Anxo, 2004, p. 113)

En aras de fundamentar la existencia de las criptomonedas van a ser trascendentales las propuestas de Rothbard en cuanto a la sustitución de los agentes públicos por agentes privados, ya que, esto abarca por supuesto el ente rector de la economía que es el Estado por ser el que fija la moneda de curso legal y el modo en que las personas tienen que transar comercialmente. (Rothbard, 1999)

Por otro lado, Friedrich Hayek fue un economista y filósofo, destacado por haber sido el máximo contradictor de John Keynes[8], principalmente porque este sostenía la tesis de que para que la economía funcionara el Estado debía intervenir constantemente, lo que en el pensamiento influenciado por el liberalismo del siglo XIX de Hayek no se concebía. (Vergara, 2008)

Hayek criticó fuertemente el hecho de que se le atribuyeran facultades discrecionales a agentes del Estado cuando lo correcto hubiese sido, a su juicio, que en materia económica el libre comercio y flujo de la oferta y la demanda marcara los trazos de funcionamiento y sostenimiento del mercado. (Vergara, 2008)

[8] Economista británico. Obras principales: Tratado sobre probabilidad, Tratado sobre la reforma monetaria, Teoría General del empleo, el interés y el dinero.

Y así, en ese esfuerzo de desarrollar una teoría que compaginara con el liberalismo social, Hayek defendió una visión de cooperación social desde el imperio de la ley, es decir que, a diferencia de Rothbard, Hayek aprobaba la existencia del Estado como medio para alcanzar la convivencia pacífica.

Sin embargo, esa convivencia pacífica de la que hablaba Hayek no era una excusa para dotar a los agentes públicos de total discrecionalidad a la hora de crear leyes, lo que es sumamente importante en cuanto a las criptomonedas y al concepto de totalitarismo a través de la supresión de libertades.

Habiendo hecho este esbozo, se fundamentará la existencia de las criptomonedas a través de cuatro puntos en desarrollo de la filosofía de Rothbard y de Hayek que son: el principio de no agresión, la atribución excesiva de facultades por parte del Estado, la teoría de la propiedad y la teoría estatal.

El postulado básico del principio de no agresión es que todo lo que no vulnere los derechos o la propiedad de otro individuo debe ser legal (Rothbard, 1963). La existencia en sí misma de las criptomonedas no ataca ni agrede de forma alguna la propiedad de otro, sino que, por el contrario, es una expresión de las libertades individuales y del derecho de propiedad.

Es oportuno traer a colación un fragmento de Rothbard "El credo libertario descansa sobre un axioma central: ningún hombre ni grupo de hombres puede cometer una agresión contra la persona o la propiedad de alguna otra persona. A esto se lo puede llamar el "axioma de no-agresión" (Rothbard, 2006, p. 39)

Lo anterior significa que el fundamento esencial del hombre es la libertad, y que en ese entendido, el hombre debe desplegar esa facultad sin agredir la propiedad de otros. El principio de no agresión se materializa como una muestra fehaciente de la autonomía privada de la voluntad y específicamente, en las criptomonedas. Lo que valida, en últimas esta organización monetaria alternativa es el hecho de que no se está agrediendo al axioma originario y fundante del libertarismo, esto es, el principio de no agresión.

En sí, no se afecta de ningún modo la propiedad privada de los intervinientes del mercado, ya que es totalmente legal que convencionalmente los sujetos que componen una sociedad transen de la forma en que quieran los bienes y servicios pertinentes. Lo que no estaría bien es que el Estado prohibiera a merced de favorecer el sector bancario estas transacciones

Las criptomonedas no pueden ser ilegales porque su existencia y uso son la

materialización del derecho a la libertad. Siendo así lo anterior, que particulares se organicen y creen activos que sirven para intercambiar bienes y servicios es totalmente legal, porque no se está vulnerando la propiedad de nadie, sino por el contrario, las criptomonedas responden a la noción de propiedad.

Ahora bien, se puede llegar a la conclusión de que el hecho que los Estados prohíba o restrinja la naturaleza y el alcance de las criptomonedas afecta evidentemente el derecho a la propiedad, lo que en últimas debe verse como una conducta arbitraria y propia de un totalitarismo, pues se está poniendo la economía al servicio de unos pocos.

Tan es así, que salta a la luz que los intereses que realmente se agreden son los del sector bancario, ya que el hecho de que haya formas de transar en el comercio sin intermediarios, esto es, blockchain, resulta totalmente perjudicial para su negocio pues los costos de transacción y de asesoramiento dejan de existir.

Es preciso apuntar que al Estado no le conviene que el sector bancario esté en descontento, porque en últimas estas instituciones son medios que le sirven para ejecutar fines importantes; como la inclusión financiera y la erradicación de la pobreza extrema.

El principio de no agresión tiene un componente que atiende a la legitimidad de los ataques. Este componente de la legitimidad de la agresión se activa cuando se está ante un acto que es ilegal pero que está fundamentado. En el caso de las criptomonedas no hay lugar para hablar de legitimidad porque, como ya se apuntó, su ejercicio y existencia es perfectamente legítimo.

Rothbard sostiene que el Estado puede ser el principal agresor de la propiedad privada. Lo anterior tiene fundamento en que: "el Estado es el agresor supremo, el eterno, el mejor organizado, contra las personas y las propiedades del público. Lo son todos los Estados en todas partes, sean democráticos, dictatoriales o monárquicos, y cualquiera sea su color." (Rothbard, 2006, p. 69)

En sí, el Estado es el principal agresor porque se ha tomado funciones que no le pertenecen, funciones que hacen parte del sector privado y que deberían ser tomadas por este, como por ejemplo, el establecimiento de una moneda unitaria y específica con poder circulatorio y fuerza cambiaria.

Para finalizar, cuando el Estado deje de tomarse funciones que podrían llevar a cabo agentes privados, como la determinación de la moneda a transar, fenómenos como las criptomonedas podrán surgir libremente a la vida en sociedad y contribuirán con políticas

como la inclusión financiera y la erradicación de la pobreza.

El hecho de que existan formas organizadas de transar que no implican costos de intermediación y que no son más que expresiones del derecho de propiedad, la libertad y la voluntad constituyen un modo de realización individual de intereses que de ninguna afectan los derechos de otro y por ende, no deben ser prohibidas ni sancionadas.

Un fin mayor que el de la realización de los intereses privados y la materialización de la libertad es la inclusión financiera: la posibilidad de que personas que están soslayadas del sistema financiero, debido a los altos costos de la intermediación del sector bancario, puedan acceder a productos y servicios financieros a través de pagos, transacciones, créditos y préstamos entregados de una forma responsable y sostenible; para su bienestar y una mejor calidad de vida.

CONCLUSIONES

El liberalismo como corriente filosófica es la mejor forma de fundamentar la existencia de las criptomonedas por sus postulados esenciales sobre libre mercado y libre competencia. Las criptomonedas son posibles, si y solo si, se dan en un ámbito en que los agentes privados tengan la libertad de disponer de su propiedad privada según sus intereses y de actuar, conforme a sus facultades individuales, dentro de la legalidad y el principio de no agresión.

Se demostró que el cyberpunk se queda corto como ideología para fundamentar la existencia de un fenómeno tan amplio e imponente como las criptomonedas. Esto se realizó a través de críticas de fondo y lógicas del texto base del cyberpunk: El Manifiesto Cyberpunk.

Así, mediante el principio de no agresión se rescató y se justifico la legalidad de la existencia y el uso de criptomonedas, debido a que transar comercialmente con estas es una expresión de la libertad y de la propiedad como derechos, y no una agresión o vulneración a la propiedad de otros.

En cuanto a la atribución excesiva de facultades al Estado, se tuvo que no es imprescindible que la ley designe un determinado tipo de moneda como la legítima, pues los agentes privados al conocer mejor el mercado tienen la libertad de establecer el mejor medio para llevar a cabo sus transacciones comerciales sin que el Estado pueda interferir en esto por la libertad de mercado.

Para finalizar, se estableció que un fin mayor, más allá de la realización de la libertad y la voluntad de los particulares, es la inclusión financiera. Es legítimo y totalmente válido que individuos puedan

entrar al mundo financiero y disponer de su propiedad sin costos de intermediación para mejorar su calidad de vida y alcanzar el bienestar que, se espera, cualquier ser humano tenga.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alexander, J. (2014). The Major Ideologies of Liberalism, Socialism and Conservatism. Political Studies.

2. Bobbio, N. (1991). El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica, p. 89.

3. Boubeta, B. & Anxo, M. (2004). Un reaccionario radical: el pensamiento político de urray N. Rothbard. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, vol. 3, núm 1, 2004, pp. 111-124.

4. Capella, F. (2014). Anarcocapitalismo, Minarquismo y Evolucionismo. IJM Actualidad.

5. Cannucciari, C & Levy, D. (2016) Banking on Bictoin. Estados Unidos.

6. Choice of Currency: A Way to Stop Inflation", Friedrich A. von Hayek, The Institute of Economic Affairs, 1976.

7. De Vroey, M. (2009). El liberalismo económico y la crisis. Lecturas de Economía, 70. 1-15.

8. Espejel, J. (2016) Liberalismo, conservadurimo y administración pública. Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, pp 22-47.

9. Gónzalez, J. (2012). El pensamiento económico y legal de Fredrich A. Hayek.

10. Houben, R. & Snyers, A. (2018). Cryptocurrencies and blockchain: Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of life Policies. 1-15. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf

11. Judmayer, A., Stifter, N., Krombholz, K. y Weippl E. (2017). Blocks and Chains. Introduction to Bitcoin, Cryptocurrencies and Their Consensus Mechanisms. Morgan & Claypool Publishers. 1-9. Recuperado de: http://www.morganclaypoolpublishers.com/catalog_Orig/samples/9781627057134_sample.pdf

12. Kirtchev, C. (1997). Un manifiesto Cyberpunk. Recuperado de: project.cyberpunk.ru/idb/manifesto_es.html

13. Lichtfous, M., Yadav, V. & Fratino V. (2018). Can blockchain acelerate financial inclusion globally? Deloitte, Inside Magazine,19, 02, 1-8. Recuperado de: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/lu/Documents/technology/lu-blockchain-accelerate-financial-inclusion.pdf

14. Marshal, W. (2018). Deflación y criptomonedas. Ola financiera, 11, 2, 29. Recuperado de: http://www.revistas.unam.mx/index.php/ROF/article/view/65515/57477

15. Miklos, T. (2001). Las decisiones políticas. De la planeación a la acción. Instituto Federal Electoral, p 236.

16. Mota, E. (2015). El cyberpunk, una deconstrucción de la realidad. Apuntes sobre un posible "neo-ciberpunk cubano". Centro de Formación Literaria Onelio Jorge Cardoso, La Habana, Cuba.

17. Olimpo, J. (2016). El liberalism Rawlsiano y la propuesta libertaria. Universidad Autónoma de México.

18. Parsons, T. (1974) El sistema de las sociedades modernas. Trillas, p. 1.

19. Rothbard, M. (1999), Historia del pensamiento económico, 2 vols. , Unión Editorial, Madrid.

20. Rothbard, M. (1963). War, peace and the State. Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays.

21. Rothbard, M. (2006). Hacia una nueva libertad: El manifiesto libertario. Grito Sagrado.

22. Ryan, A. (1995) 'Liberalism', in R. Goodin and P. Pettit (eds), A Companion to Contemporary Political Philosophy. Oxford: Blackwell, pp. 291–311

23. Solís, M. (2011). Libertarismo y justicia social: la libertad como valor político. Revista Humanidades. Universidad de Costa Rica.

24. Vergara, J. (2008). Hayek, pensador de la libertad. Convocatoria del Cuarto Concurso de Ensayo Caminos de la Libertad de Grupo Salinas y Fundación Salinas.

25. Villaplana, A. (2011). El Cyberpunk: crítica a la tecnología informática. Revista de comunicación, 11, 4, 1-17. Recuperado de: https://revistas.tec.ac.cr/index.php/comunicacion/article/view/1249/1153

AQUARELA:
AFECTACIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO DE CARTAGENA DE INDIAS

Carlos Andrés Aponte Martínez
Juan Carlos Castillo Rodríguez
Julián Ricardo Murcia Rodríguez.

Universidad de La Sabana

Resumen

En el año 2017, el órgano consultivo de la UNESCO "ICOMOS" visitó la ciudad de Cartagena de Indias (Colombia) para evaluar el estado del patrimonio histórico de la ciudad. En dicha misión, ICOMOS determinó que la construcción del proyecto inmobiliario Aquarela (de más de 20 pisos y a escasos 200 metros del Castillo de San Felipe de Barajas) constituía una afectación visual y una vulneración del centro histórico amurallado de la ciudad. Desde entonces, existe un conocido enfrentamiento legal entre la Unesco, el Ministerio de Cultura de Colombia, la Alcaldía de Cartagena y la constructora del proyecto; cuya controversia se plantea en la discusión de demoler AQUARELA para preservar el reconocimiento de Cartagena como Patrimonio de la Humanidad declarada por la UNESCO. Es por ello, que el presente artículo tiene como propósito poner de manifiesto la situación actual que afronta la ciudad de Cartagena respecto del proyecto Aquarela; señalar el impacto cultural e histórico que supone su construcción; exponer las implicaciones y encrucijadas jurídicas que atraviesa Aquarela en cuanto a procesos judiciales, licencias urbanísticas y nueva normatividad, con la finalidad de proponer una posible solución a la problemática descrita.

Palabras clave: ICOMOS, Unesco, Aquarela, Patrimonio Cultural, Licencias urbanísticas, Función social de la propiedad.

Abstract

In 2017, UNESCO's advisory agency "ICOMOS" visited Cartagena de Indias (Colombia) to evaluate the city's historical heritage conservation status. In this mission, the agency determined that the developing construction of the real state project building AQUARELA (which has over 20 floors and is approximately just 200 meters away from the Castillo de San Felipe de Barajas) would certainly implicate a visual affectation to the zone and therefore a violation to the restricted area that is reserved for the city's historic and walled (amurallado) centre. Since then, there has been a well-known legal confrontation between the UNESCO, Colombia's Culture Ministry, Cartagena's Town Hall and Aquarela's project builder; whose controversy revolves around the discussion of Aquarela's demolishing in the aim of maintaining Cartagena's World Heritage recognition by the UNESCO. Thus, this article aims to: display the current situation that the city of Cartagena faces because of the Aquarela project; point out the historic and cultural impact that its construction causes; expose Aquarela's juridical implications and crossroads regarding judicial processes, urban planning licenses and new regulation; all in order to, finally, propose a solution to the described problematic.

Keywords: ICOMOS, Unesco, Aquarela, World Heritage, Urban planning licenses, Property's social function.

INTRODUCCIÓN

El proyecto inmobiliario multifamiliar de vivienda de interés social (VIS) denominado Aquarela, ubicado en el barrio Torices de Cartagena de Indias (Colombia) y que ha sido desarrollado por iniciativa de Promotora Calle 47 S.A.S.; se ha convertido en el punto de discusión entre la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), el Ministerio de Cultura de Colombia, la Alcaldía Distrital de Cartagena y la sociedad del proyecto en construcción referida. Lo anterior, por implicar la posibilidad de incorporar a Cartagena en la lista de patrimonio en riesgo, al vulnerar los compromisos adquiridos en la conservación de la riqueza histórica y cultural que envuelve la ciudad antigua, que podría conllevar la pérdida del título o distinción de ser Patrimonio de la Humanidad.

La situación no es para nada fácil de dirimir. Por un lado, se encuentra la promoción comercial de un proyecto inmobiliario en la etapa de preventa por haber obtenido la licencia urbanística inicial de la Torre 1, por parte de la Curaduría Urbana No. 1 de Cartagena. En desarrollo de la comercialización del proyecto, se encuentran los inversionistas afectados como adquirentes de buena fe de las unidades de vivienda en AQUARELA, que, a mediano o largo plazo, esperarían recibir materialmente su vivienda familiar con el título de adquisición respectivo. Por otro lado, se evidencia que el proyecto inmobiliario referido, ha vulnerado el área de influencia del Castillo de San Felipe de Barajas, competencia directa del Ministerio de Cultura; puesto que dicho desarrollo sobrepasó los cuatro (4) pisos de altura conforme al POT de Cartagena vigente que fue aprobado en el año 2001, elevando una construcción de 20 pisos y aspirando llegar al número 31 respectivamente.

Frente a esta controversia, al parecer, la solución consistiría en ordenar por parte de la autoridad distrital correspondiente, la demolición de la Torre 1 de Aquarela para poder conservar el privilegio declarado por la UNESCO sobre Cartagena de Indias. Pero ¿qué sucedería entonces con los inversionistas afectados por este proyecto inmobiliario? Lo anterior en tanto esta población podría correr el riesgo de perder totalmente su inversión ante la ejecución avanzada de la obra en construcción.

Es por ello, que el presente artículo tiene como propósito a través de una metodología analítica-argumentativa poner de manifiesto la situación actual que afronta la ciudad amurallada respecto del proyecto Aquarela; señalar el

impacto cultural e histórico que supone su construcción; exponer las implicaciones y encrucijadas jurídicas que atraviesa Aquarela en relación a procesos judiciales, licencias urbanísticas y nueva normatividad; y por último, proponer una posible solución viable a la problemática descrita. Es de considerar que Colombia ha adquirido compromisos con la comunidad internacional de preservar el contenido histórico y cultural que representa Cartagena de Indias como Patrimonio de la Humanidad, declarado así por la UNESCO en el año de 1984 y que consideramos, así se debe mantener.

UNA MIRADA AL CASO AQUARELA DESDE EL VALOR CULTURAL Y PATRIMONIAL DE CARTAGENA DE INDIAS

La grave problemática que representa la construcción del proyecto Aquarela, se debe, en gran medida, al impacto que esta tiene y tendría sobre la riqueza cultural, histórica y patrimonial del centro histórico de Cartagena de Indias.

Dicha riqueza ha sido reconocida a nivel nacional por el Decreto 1911 de 1995, el cual declaró Monumento Nacional -entre otros- al "Castillo de San Felipe de Barajas y las Baterías colaterales"; y consecuentemente, por la Ley 397 de 1997, la cual pasó a considerar a aquellos Monumentos Nacionales como Bienes de Interés Cultural. Estos, en el ámbito nacional, son aquellos "declarados como tales por la ley, el Ministerio de Cultura o el Archivo General de la Nación, en lo de su competencia, debido al interés especial que el bien revista para la comunidad en todo el territorio nacional" (Ley 397 de 1997, artículo 8; Ley 1185 de 2008, artículo 5). Y, de acuerdo con Velásquez (2010), los bienes de interés cultural "son expresión de la nacionalidad por tener un valor histórico, estético, plástico, artístico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental lingüístico, sonoro, musical, etc." (p. 101).

Adicionalmente, el Castillo de San Felipe y sus alrededores también han sido reconocidos por su valor patrimonial, histórico y cultural a nivel internacional. Tanto así, que en 1984, la UNESCO declaró la ciudad de Cartagena como Patrimonio de la Humanidad. Lo anterior, debido a que la mencionada organización considera al puerto, las fortalezas y monumentos de Cartagena como lugares de "un valor universal excepcional y que por ello deben formar parte del patrimonio común de la humanidad" (UNESCO, 2020).

Ahora bien, ¿qué relación guarda todo lo anterior con el proyecto Aquarela? Pues bien, "el pasado 3 de julio,

durante la 43.º reunión del Comité de Patrimonio Mundial de la Unesco en Bakú, Azerbaiyán, se le notificó al Gobierno Nacional del plazo de dos años (del cual ya ha transcurrido más de un año) que se le otorgaban para que el edificio Aquarela fuera demolido debido a las implicaciones negativas que tenía sobre los atributos del Centro Histórico de la ciudad" (Paréntesis fuera del texto original) (El Espectador, 2019). Este edificio, que en planos consta de casi 94 metros de altura y más de 30 pisos y que actualmente tiene 20 construidos, se encuentra a tan solo 200 metros de distancia del Castillo de San Felipe, y perturba la relación visual y simbólica entre el Castillo y sus alrededores (CNN, 2019). Independientemente de que este proyecto no se encuentre -según el POT de la ciudad- en la zona de influencia de este bien de interés cultural, el impacto visual que tiene repercute negativa y significativamente sobre el valor cultural, histórico y patrimonial del Castillo y sus alrededores.

Así lo concluye el informe de ICOMOS Internacional[1] (Consejo Internacional de Monumentos y Sitios), uno de los órganos asesores de la Convención de Patrimonio Mundial. Dicho informe señala la amenaza que afronta la ciudad como Patrimonio de la Humanidad con ocasión del proyecto Aquarela y otras causales, además, hace algunas recomendaciones al Gobierno Nacional sobre la materia. A saber:

Estas amenazas (entre ellas el Proyecto Aquarela) enfatizan la urgente necesidad de concluir y aprobar los Planes de Manejo y Protección Especial (PMPE), delimitar zonas de amortiguamiento, y generar una mejor sinergia entre las instancias nacionales y distritales implicadas en la administración de la propiedad. También se espera que los mencionados Planes permitan el control del proceso de gentrificación que pone en riesgo la autenticidad de la propiedad (ICOMOS International, 2017, p. 6).

En igual medida, el informe de ICOMOS recomienda al Gobierno Nacional "hacer uso de todos los instrumentos legales para ordenar indefinidamente el cese de la construcción del proyecto y demoler lo que se ha construido de él, teniendo en cuenta la amenaza que este representa para la conservación de los atributos que sostienen un Valor Universal Excepcional (Outstanding Universal Value)" (ICOMOS International, 2017, p. 8).

[1] Informe sobre la 'Misión de Asesoramiento de Icomos a Puerto, Fortalezas y Grupo de Monumentos, Cartagena (Colombia)' de Icomos Internacional (Ministerio de Cultura, 2018).

Así mismo, cabe señalar que la no consolidación del proceso de adopción de planes de manejo para la zona de influencia del Castillo de San Felipe por parte del Gobierno colombiano podría suponer un incumplimiento de los compromisos que Colombia adquirió con la aprobación de la Convención sobre la protección mundial, cultural y natural de 1972 de la UNESCO por medio de la Ley 45 de 1983; Convención que, en su artículo 5 consagra:

> Cada uno de los Estados Parte en la presente Convención procurará dentro de lo posible:
>
> a) Adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general. (Convención sobre la protección mundial, cultural y natural, 1972, art. 5)

Con base en lo anterior y de acuerdo con el ultimátum hecho por la UNESCO a Colombia, el Gobierno Nacional debe presentar un informe para el 1º de diciembre de 2020, que dé cuenta de las medidas tomadas en respuesta a las recomendaciones hechas por la UNESCO. Ante un eventual incumplimiento, estos sitios de la Ciudad Amurallada podrían pasar a la Lista de Patrimonio Mundial en Peligro; lista, que en virtud del artículo 11 numeral 4 de la mencionada Convención, contiene aquellos bienes declarados Patrimonio de la Humanidad cuya protección exige grandes trabajos de conservación y que están amenazados por peligros graves y precisos tales como proyectos de grandes obras públicas o privadas, o un rápido desarrollo urbano y turístico -situaciones que aplican en el caso en cuestión-.

Ante la posibilidad de pasar a la Lista de Patrimonio Mundial en Peligro, César Moreno Triana -especialista en la unidad de América Latina y el Caribe del Centro de Patrimonio Mundial de la Unesco en París- afirma: "No es una situación positiva, porque pondría al Estado colombiano en una situación de presión frente a la comunidad internacional, ya que exponen a Cartagena como un sitio en situación de riesgo" (El Espectador, 2019). Lo anterior, sin perjuicio del impacto que pueda llegar a tener sobre el sector turístico y hotelero de la ciudad y, por qué no, del país.

Todo lo anterior pone de manifiesto la importancia de formular y poner en marcha una solución a esta problemática, que, desafortunadamente, afecta considerablemente el valor histórico, cultural, arquitectónico y patrimonial de Cartagena de Indias, Colombia y el mundo.

PROCESOS JUDICIALES QUE AFRONTA AQUARELA

Para lograr comprender los motivos por los cuales la ciudad de Cartagena se ha visto en peligro de perder la declaratoria de Patrimonio Mundial de la Humanidad, debemos hacer un barrido de las actividades urbanísticas y judiciales que se han adelantado en la ciudad. Este proyecto, por comprometer un bien de interés cultural, generó diversos procesos en su contra, de los cuales han resultado distintas determinaciones de los jueces de la República de Colombia.

El primero de estos procesos fue iniciado a finales de 2017 por el Ministerio de Cultura y la Procuraduría General de la Nación, a partir de una acción popular interpuesta ante el Juzgado Décimo del Circuito de Cartagena. Esta acción, desembocaría en la decisión de suspender los efectos de las determinaciones administrativas que permitieron el inicio de la construcción de la obra. Esta providencia judicial fue dejada en firme por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar en abril del 2018.

El segundo proceso originado con ocasión de la construcción del edificio Aquarela, fue una querella policiva, que se llevó a cabo en octubre de 2017 y que sellaría la obra. Como resultado de este proceso, la inspectora de Policía de Cartagena, Paola Serna, declaró infractora de normas urbanísticas a la Promotora Calle 47 S.A.S., por lo que fue condenada a pagar una multa de $156'248.400 pesos y a restituir 619,5 metros que corresponden a antejardines y áreas comunes; en un plazo de dos meses, por haber invadido espacio público.

El tercer proceso fue interpuesto por la Procuraduría General de la Nación el 25 de octubre de 2017. Este proceso versa sobre la petición del Ministerio Público de suspender de manera inmediata el proyecto Aquarela. Como medida cautelar se solicitó la suspensión de las licencias urbanísticas que dieron vía libre al proyecto, además, se pidió suspender de manera inmediata las obras que adelantaba hasta el momento la sociedad constructora. Todo lo anterior, fundado en la afectación visual que representan 4 torres con una altura superior a 30 pisos para el Castillo San Felipe de Barajas (Procuraduría General de la Nación, 2017).

Por último, está el proceso penal adelantado por la Fiscalía General de la Nación en contra de Ronald Llamas, Curador número uno de Cartagena; Lucas Tamayo, representante legal de la sociedad constructora; y Claudio Restrepo, arquitecto del proyecto. En esta acción, se imputaron los cargos de prevaricato por acción y urbanización ilegal al Curador; y daño en recursos naturales

junto a urbanización ilegal al representante legal y al arquitecto de la sociedad. Con motivo de esto, el Juez 9° Penal Municipal de control de garantías otorgó la libertad a los sindicados en tanto que, a su consideración, hay una hipertrofia legal que no permite determinar el área de influencia que tiene el castillo por una falta de actualización en el POT y de la inexistencia del PEMP. Este proceso no está relacionado con la permanencia o demolición del edificio, pero surge con motivo de la construcción de este.

LEGALIDAD DE LA LICENCIA URBANÍSTICA DE CONSTRUCCIÓN

Cartagena de Indias, como Patrimonio de la Humanidad, es una joya arquitectónica única en el mundo que debe ser preservada y defendida por propios y extraños. No obstante, las condiciones jurídicas que tiene la ciudad en cuanto al uso del suelo son precarias y no van acorde a la necesidad de proteger el patrimonio.

Para empezar, el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de Cartagena de Indias es el Decreto 0977 del 20 de noviembre de 2001. Este se define como "el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal"[2]. Por lo tanto, las normas de uso del suelo y desarrollo territorial se encuentran contenidas en este Decreto. Sin embargo, la Ley 136 de 1994 exige que los POT deben ser presentados para revisión ante el Concejo Distrital cada 12 años. La última modificación, de la cual fue objeto el POT de Cartagena de Indias, es el Acuerdo 033 de 2007. Empero, un fallo del Consejo de Estado[3] dejó sin efectos el citado Acuerdo al confirmar la sentencia del 28 de marzo de 2014, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, en la cual se demandaba la falta de algunos requisitos obligatorios de formación para el POT[4]. En consecuencia, Cartagena de Indias cuenta con un POT desactualizado y no acorde a la realidad jurídica a la cual debe estar sometido, con más de 18 años de antigüedad.

Ahora bien, ahondando en la normatividad vigente en la época de construcción del proyecto inmobiliario VIS Aquarela, el artículo 471 del POT define y reglamenta la periferia histórica

[2] Ley 388 de 1997, Art 9.

[3] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00384-01

[4] Su modificación debe estar sometida al mismo procedimiento previsto para su aprobación. Artículos 24 y 25 de la ley 388 de 1997. No se llevó a cabo un cabildo abierto y una consulta popular antes de la aprobación del acuerdo.

de la ciudad. La periferia histórica "se define como los monumentos y áreas de influencia". Entre estos monumentos, encontramos el Castillo de San Felipe de Barajas y su respectiva área de influencia de este. El artículo 472, por su parte, contempla cuáles son las manzanas catastrales que componen el área de influencia del Castillo de San Felipe.

> "ARTICULO 472. Área de influencia del Castillo de San Felipe. Está constituida por las manzanas catastrales Nos. 111, 117, 118, 119, 120, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 151, 152, 160, 161 y 678."

Evidentemente, esta enunciación de manzanas catastrales es taxativa. Es decir, se limita únicamente a las mencionadas en la norma y no admite discusión. Lo anterior, es de suma importancia porque el artículo 476 establece un límite de altura para las construcciones dentro del área de influencia.

> "ARTICULO 476. Limitación de altura. Se permitirán construcciones con altura máxima de dos (2) pisos en las manzanas catastrales No. 117 A, 119, 131, 135, 136, 137, 138, 151 y 622. Se encuentran señaladas en el plano No. 6.
>
> Se permitirán construcciones con altura máxima de cuatro (4) pisos en las manzanas catastrales Nos. 11, 117, 152, 162 y parte de la manzana 678, de acuerdo con lo señalado en el plano No. 6."

Así, hay un límite de altura de 2 y 4 pisos, únicamente para las manzanas catastrales mencionadas en los citados artículos y no para las que están por fuera del área de influencia. En este orden de ideas, corresponde analizar si el proyecto inmobiliario VIS Aquarela se encuentra dentro o fuera del área de influencia del Castillo de San Felipe y así establecer si se encuentra sometido a un límite de altura.

Aquarela se encuentra ubicado en la manzana catastral No. 186 del barrio Torices en la dirección: Carrera 17 Nº 35-07, de acuerdo con la licencia urbanística de construcción que autorizó la obra[5]. En esta licencia urbanística, se encuentra un concepto del arquitecto Alfonso Rafael Correa Cruz, jefe de la División de Patrimonio Cultural del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (IPCC), en el cual se expresa que

[5] Curaduría Urbana Distrital No. 1. Resolución Nº 0595/ 28 DIC. 2015.

"el inmueble ubicado en el barrio Torices Manzana 186 Sector 2 no se encuentra localizado en el área de influencia del Castillo San Felipe". Este dato puede ser verificado en la Cartografía IGAC de la Secretaria de Planeación Distrital del Sistema de Información Geográfico del Distrito de Cartagena:

Efectivamente, al consultar la cartografía del barrio Torices y ubicándonos en la Carrera 17 Nº 35-07, nos encontramos con la Manzana Catastral 186.

Dejando lo anterior claro y comparando la localización del proyecto con el POT, podemos establecer que Aquarela no hace parte del área de influencia del Castillo San Felipe de Barajas. El POT establece como área de influencia las Manzanas Catastrales 111, 117, 118, 119, 120, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 151, 152, 160, 161 y 678. No menciona la Manzana Catastral 186, en la cual se encuentra el proyecto Aquarela. Por consiguiente, el proyecto inmobiliario VIS Aquarela, no se somete a la regulación del POT en cuanto al límite de altura establecido para las construcciones dentro del área de influencia del Castillo de San Felipe.

En conclusión, nos encontramos ante una licencia de construcción acorde a la normatividad urbana vigente

al momento de solicitar el permiso para construir el proyecto.

NUEVA NORMATIVIDAD PARA EL CASTILLO DE SAN FELIPE DE BARAJAS

En el año 2018, entró en vigor el aclamado Plan Especial de Manejo y Protección del Cordón Amurallado y el Castillo de San Felipe de Barajas. Esta norma tiene como objetivo "plantear acciones y alternativas que permitan la recuperación y conservación del Cordón Amurallado y del Castillo de San Felipe de Barajas, para preservar y potenciar sus valores culturales y patrimoniales, con el objeto de facilitar su sostenibilidad en el tiempo y su reconocimiento por la sociedad". En consecuencia, el PEMP reglamentó el uso que se le debe dar al suelo del área afectada y su zona de influencia.

Este plan, contempla unas modificaciones muy importantes a la normatividad establecida en el POT:

1. Se modifica y amplía el área de influencia del Castillo de San Felipe. (Ahora, sí se comprende la manzana catastral 186 del barrio Torices dentro del área de influencia al incluir una periferia de 600 metros).

2. La importancia de esta norma radica en su obligatoriedad, prevalencia e implementación al POT.

A. La obligatoriedad se refiere a que las solicitudes de licencias urbanísticas sobre los inmuebles localizados en la zona de influencia se resolverán con sujeción a las normas urbanísticas y arquitectónicas adoptadas en el PEMP.

B. La prevalencia se refiere a que las normas urbanísticas que se expidan para la zona afectada y la zona de influencia del PEMP, se entienden jerárquicamente subordinadas a las normas relacionadas con el patrimonio cultural. Por lo tanto, deberán aplicarse de preferencia frente a cualquier disposición que contraríe o desconozca su contenido.

C. De conformidad con el artículo 1.3 de la Ley 397 de 1997, el Distrito de Cartagena de Indias deberá incorporar dentro del POT, el Plan Especial de Manejo y Protección.

3. Contempla unos programas y proyectos estratégicos para construir y operar de manera eficiente la infraestructura y el espacio

público bajo criterios de desarrollo social y económico.

4. Establece un Régimen Sancionatorio para las personas que vulneren el deber constitucional de proteger el patrimonio cultural de la Nación.

5. Ubica al Ministerio de Cultura como principal mediador y veedor del patrimonio.

Todo lo anterior, hace entender que la normatividad vigente en Cartagena es muy diferente a la que existía cuando se inició la construcción de la obra. En consecuencia, la ciudad tiene una normatividad incluyente y segura en cuanto a la protección del patrimonio. El PEMP siempre fue pedido por la UNESCO y finalmente Cartagena tiene uno para sus fortificaciones. Actualmente, la ciudad cuenta con una torre de 31 pisos que se levanta a escasos 200 metros del Castillo de San Felipe de Barajas. Esta torre, se ha convertido en una gran amenaza para la integridad cultural de la ciudad y la UNESCO se ha convertido en el principal veedor para la demolición de esta imperfección.

DEMOLER AQUARELA, ÚNICA SOLUCIÓN

En la sesión No. 43 del Comité del Patrimonio Mundial (World Heritage Committee) se urgió a Colombia para que detenga la futura construcción del proyecto y considerar fuertemente la demolición de lo avanzado hasta ahora de la obra (UNESCO, Decisión 43 COM 7B.99).

Aunado lo anterior, urge pensar en una solución pronta, eficaz y oportuna que cumpla con los requisitos exigidos por la UNESCO para proteger el patrimonio. Por consiguiente, se considera pertinente y adecuado proceder con una expropiación por vía administrativa por las razones que se explicarán a continuación:

Antes que nada, vale la pena resaltar la función social de la propiedad consagrada en la Constitución Política de 1991. El inciso segundo del artículo 58 de la Carta Magna establece que "La propiedad es una función social que implica obligaciones". Es decir que, cuando resultare en conflicto los derechos de los particulares con el interés colectivo, aquel deberá ceder al interés público o social. De ahí, que el último inciso del citado artículo consagre los tipos de expropiación que son posibles en el ordenamiento jurídico:

> Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (Const., 1991, art. 58)

De esa manera, se ve claramente que el derecho a la propiedad privada se sujeta a algunas limitaciones. Así, identificamos dos tipos de expropiación: la ordinaria o judicial y la administrativa.

En sentencia C-153 de 1994, la Corte Constitucional de Colombia define la expropiación como: "una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa". Dentro de ese mismo pronunciamiento, se obtienen las características de la expropiación ordinaria o judicial:

Para que opere la expropiación es necesaria la intervención de las tres ramas del poder público, así:

- El legislador fija los motivos de utilidad pública o interés común.

- La administración declara para un caso concreto los motivos de interés público y gestiona la expropiación.

- El juez controla el cumplimiento de las formalidades y fija la indemnización mediante el procedimiento de expropiación. Sin embargo, en la expropiación por vía administrativa, la intervención del juez es sólo eventual para los casos de demanda por vía contenciosa. (Corte Constitucional, C-153 de 1994)

Por lo tanto, es claro derivar del mismo que esta expropiación requiere una sentencia e indemnización previa, expropiación y entrega anticipada.

Ahora, en relación con la expropiación por vía administrativa, esta se define como:

> La potestad que tiene la Administración de "privar" del derecho a la propiedad a los particulares, dirigida a desarrollar proyectos encaminados a la utilidad pública y al interés social, de acuerdo con un procedimiento específico y previo pago de una indemnización, en la medida que la persona natural o jurídica privada

> sacrifica sus derechos patrimoniales para satisfacer fines estatales[6]. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-764, 2013)

En esta, no se requiere sentencia judicial, sino un acto administrativo. En adición, no requiere únicamente la delación de motivos de utilidad pública e interés social, sino también la declaratoria de motivos de urgencia. Finalmente, esta es un tipo de expropiación para realizarse en el menor tiempo posible, por lo que su ejecución es sumamente subsidiaria. Es, entonces, un mecanismo estatal para salvaguardar el interés general sobre el particular.

La expropiación por vía administrativa se encuentra regulada en el capítulo VIII de la Ley 388 de 1997. En este se encuentran consagrados los motivos de utilidad pública, los criterios para la declaratoria de urgencia, los efectos, el procedimiento y los recursos relacionados con este mecanismo.

Respecto al caso concreto, el mecanismo más apropiado resulta ser la expropiación por vía administrativa debido al plazo que la UNESCO le otorgó al distrito para que solucionara el problema originado por la construcción del proyecto inmobiliario. De forma que, se seguirá estableciendo cuáles son esos motivos de utilidad pública y de urgencia que se acomodan al caso objeto de estudio:

Los motivos de utilidad pública se encuentran consagrados en el artículo 58 de Ley 388 de 1997 que modifica el artículo 10 de la Ley 9 de 1989. Uno de esos motivos se encaja correctamente a la situación del proyecto Aquarela:

> h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional y local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico; (…)

Evidentemente, lo que se busca con la expropiación de Aquarela es preservar el patrimonio histórico de la ciudad. El Castillo de San Felipe es un eminente ejemplo de la arquitectura militar de los siglos XVI, XVII y XVIII. Por ello, el Decreto 1911 de 1995 declaró al Castillo de San Felipe de Barajas como Monumento Nacional, hoy Bien de Interés Cultural de Ámbito Nacional (BICN) conforme al Artículo 1 de la ley 1185 de 2008. Teniendo en cuenta lo anterior, la afectación por parte de la torre construida es notoria y a todo el pueblo colombiano

[6] Sentencia C-764 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

le urge salvaguardar el patrimonio que representa esta emblemática fortaleza.

En segundo lugar, corresponde analizar los criterios para la declaratoria de urgencia. De modo semejante, el artículo 65 de la Ley 388 de 1997 contiene estos criterios. El numeral 2 del mencionado artículo, encuentra plena relación con el caso objeto de discusión:

> 2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda el instrumento expropiatorio. (…)

Es claro que la razón por la cual se prefirió la expropiación por vía administrativa y no por vía ordinaria o judicial es precisamente por la oportuna y pronta solución que requiere este problema. La Decisión 43 COM 7B.99, tomada durante la sesión 43º del Comité del Patrimonio de la Humanidad, estableció en su numeral 14 que Colombia deberá entregar el 1 de diciembre de 2020 un reporte acerca de la implementación de las sugerencias dadas por la UNESCO (suspender las obras y demoler Aquarela, entre otras) para que este sea discutido en la sesión 45º del mismo Comité, sesión que se llevará a cabo en el año 2021. El incumplimiento de estas sugerencias, podrían colocar a Cartagena en la lista de patrimonio en riesgo y posteriormente, perder el título de Patrimonio de la Humanidad. En otras palabras, la solución debe ser pronta y eficaz. Por lo tanto, le compete a la administración distrital iniciar el proceso de expropiación por vía administrativa del proyecto para así demoler lo avanzado hasta ahora y salvar el patrimonio histórico de la ciudad. Dicho esto, la conclusión que se deriva del problema jurídico expuesto posiblemente pueda despejarse a través de aplicar por parte del Gobierno Distrital de Cartagena o entidades correspondientes, la expropiación por vía administrativa del Proyecto AQUARELA, con fundamento en la declaratoria de los motivos de urgencia que el Distrito Turístico pudiere argumentar para tal fin. Ahora, corresponde al Distrito de Cartagena de Indias garantizar el debido proceso para que junto a la empresa constructora de Aquarela y el Ministerio de Cultura puedan coincidir en una justa indemnización para los afectados con esta decisión. Vale la pena recordar que fue precisamente la falta de regulación y normatividad en cuanto a la protección del patrimonio por parte del distrito la que llevó a que este problema sucediera.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D. T. Y C. Decreto No. 0977 de 2001. "Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias."

Concejo del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. Acuerdo 033 de 2007. "por medio del cual se modifica excepcionalmente el decreto distrital 0977 de 2001, plan de ordenamiento territorial y se dictan otras disposiciones."

Congreso de la República de Colombia. (12 de marzo de 2008). Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 -Ley General de Cultura- y se dictan otras disposiciones. [Ley 1185 de 2008]. DO: 46.929.

Congreso de la República de Colombia. (7 de agosto de 1997). Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. [Ley 397 de 1997]. DO: 43102.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 136 de 1994. "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios." En: Diario Oficial No. 41.377 de 2 de junio de 1994

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 388 de 1997. "Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones." En: Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00384-01

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-153 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-764 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio

Curaduría Urbana Distrital No. 1 Cartagena de Indias D.T y C. Resolución No. 0595 del 2015. "Por la cual se concede licencia de construcción. Modalidad Obra Nueva – Primera Etapa. Uso Residencial Multifamiliar VIS. Proyecto Aquarela."

El Tiempo (2018) Tribunal Administrativo confirmó suspensión de obras de Aquarela. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/tribunal-confirma-suspencion-de-obras-del-edificio-aquarela-en-cartagena-204082

El Tiempo (2018) Procuraduría pide a Cartagena tomar acciones sobre edificio Aquarela. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/procuraduria-pide-a-cartagena-actuar-sobre-construccion-de-edificio-aquarela-184848

El Tiempo (2017). Mincultura dice que proyecto Aquarela impacta castillo San Felipe. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/cultura/arte-y-teatro/castillo-san-felipe-de-barajas-corre-peligro-por-construcciones-143142

El Tiempo (2018) Unesco presentó petición a Cartagena para que no se afecte el patrimonio de la ciudad. Recuperado de: https://www.larepublica.co/ocio/unesco-presento-peticion-a-cartagena-para-que-no-se-afecte-el-patrimonio-de-la-ciudad-2591288

El Tiempo (2018) Colombia debe entregarle informe a Unesco sobre edificio Aquarela. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/colombia-debe-entregarle-informe-a-unesco-sobre-edificio-aquarela-259584

Guevara, L. (30 de julio de 2018) El ABC para entender el caso del proyecto de vivienda Aquarela en Cartagena Recuperado de: https://www.larepublica.co/empresas/el-abc-para-entender-el-caso-del-proyecto-aquarela-en-cartagena-2754290

ICOMOS. (2017). Report on the ICOMOS Advisory Mission to "Port, Fortresses and Group of Monuments, Cartagena" (Colombia). Recuperado de: https://whc.unesco.org/en/list/285/documents/

Laura Camila Arévalo Domínguez. (2019). Unesco: "Aquarela es solo uno de los problemas de conservación de Cartagena". El Espectador, consultado el: 21 de marzo de 2020. Recuperado de: https://www.elespectador.com/noticias/noticias-de-cultura/unesco-aquarela-es-solo-uno-de-los-problemas-de-conservacion-de-cartagena-articulo-869724

Melissa Velásquez Loaiza. (2019). Cartagena podría dejar de ser Patrimonio de la Unesco por este edificio. CNN en español, consultado el: 21 de marzo de 2020. Recuperado de: https://cnnespanol.cnn.com/2019/07/12/cartagena-podria-dejar-de-ser-patrimonio-de-la-unesco-por-este-edificio/

Ministerio de Cultura. (2020). Unesco se pronuncia frente al estado de las Fortificaciones de Cartagena de Indias. Recuperado el 21 de marzo de 2020, del sitio web mincultura.gov.co: https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Paginas/Unesco-se-pronuncia-frente-al-estado-de-las-Fortificaciones-de-Cartagena-de-Indias.aspx

Ministerio de Cultura. Resolución 1560 de 2018. "Por la cual se aprueba el plan especial de manejo y protección, PEMP, del Cordón Amurallado y el castillo de San Felipe de Barajas, ubicados en Cartagena de Indias, declarados monumento nacional, hoy bienes de interés cultural del ámbito nacional."

Montaño, J. (18 de junio de 2018) En libertad quedaron los cerebros del proyecto 'Aquarela' en Cartagena. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/quedan-en-libertad-cerebros-del-proyecto-aquarela-de-cartagena-232442

Montaño, J. (18 de octubre de 2017) Proyecto amenaza vista del Castillo de San Felipe en Cartagena. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/torres-de-apartamentos-amenazan-vista-del-castillo-de-san-felipe-en-cartagena-141548

Montaño, J. (19 de octubre de 2017) Así otorgaron licencias a torres de Cartagena que afectan patrimonio. Recuperado de https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/asi-se-otrorgaron-las-licencias-a-las-polemicas-torres-de-cartagena-142714

Montaño, J. (30 de enero de 2018) Juez ordena suspender permisos y obras de Aquarela en Cartagena. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/juez-ordena-suspender-permisos-y-obras-de-aquarela-en-cartagena-176566

Montaño, J. (5 de junio de 2018) Capturan a curador que dio aval a torre cerca a Castillo de San Felipe. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/capturan-curador-que-avalo-edificio-cerca-a-castillo-de-san-felipe-en-cartagena-226572

Montaño, J. (9 de marzo de 2018) El Castillo de San Felipe y las murallas tienen nuevo Pemp. Recuperado de: https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-castillo-de-san-felipe-y-las-murallas-de-cartagena-tienen-nuevo-pemp-192042

Oficina de Planeación Distrital. Cartagena de Indias. División Sistemas de Información S.I.G. Cartografía IGAC 2010.

Presidente de la República de Colombia. (2 de noviembre de 1995). Por el cual se declara como Monumento Nacional una serie de inmuebles localizados en Cartagena de Indias, Bolívar. [Decreto 1911 de 1995]. DO: 42075.

Procuraduría General de la Nación. (2017). Procuraduría pide suspender construcción de edificio Aquarela en Cartagena. Miércoles, 25 de octubre del 2017. Recuperado el 29 de abril de 2020 en el sitio: https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-pide-suspen-de-construccion-de.-edificio-Aquarela-en-Cartagena.news

UNESCO. (1972). Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. Recuperado de https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf

UNESCO. (2020). Port, Fortresses and Group of Monuments, Cartagena. Recuperado el 21 de marzo de 2020, del sitio web whc.unesco.org: https://whc.unesco.org/en/list/285/

UNESCO. (2020). What is the World Heritage Convention? Recuperado el 21 de marzo de 2020, del sitio web whc.unesco.org: https://whc.unesco.org/en/faq/21

Velásquez, L. (2010). Bienes. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

ENSAYO SOBRE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN COLOMBIA

Miguel Angel Polanía Torres
Laura Vanessa Mora Montañez
John Edwin Zapata Hernández

Universidad de La Sabana

Resumen

El objetivo principal de esta investigación es explicar, la naturaleza jurídica de las garantías mobiliarias; enfocándose en el mal llamado carácter accesorio de esta institución, defendiendo así, el criterio de la autonomía. Lo anterior, se fundamenta en la importancia que otorga el legislador a la finalidad económica que se implantó en esta figura, que es el rápido acceso al crédito para pequeñas y medianas empresas, también llamadas Pymes. En este artículo se responde a la pregunta ¿La figura de la garantía mobiliaria es de carácter accesorio o autónomo? Partiendo de las diferencias de esta institución con las figuras del contrato de prenda (hoy reemplazada por las garantías mobiliarias), y la hipoteca, siendo este último distinto por el objeto que se garantiza, que son bienes inmuebles, a fin de interpretar el carácter autónomo de la garantía mobiliaria.

En La presente investigación desarrollada por los estudiantes del subgrupo de garantías mobiliarias, pertenecientes al semillero de Derecho Civil Bienes, se refiere al tema de las garantías mobiliarias, una novedosa figura dispuesta por la Ley 1676 de 2013, la cual tiene por objeto, "incrementar el acceso al crédito, mediante la ampliación de bienes, derecho o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas".

La principal característica que le ha dado el legislador a la figura de las garantías mobiliarias es el de ser un contrato autónomo, y es el punto en el cual se basará este escrito, pues genera confusión con respecto a los contratos de carácter principal.

Para analizar esta problemática es necesario mencionar las figuras de prenda e hipoteca, pues frente a ellas se podrá entender las distinciones que tiene con las garantías mobiliarias y así mismo, por qué el legislador les da el carácter de principal. Análogamente, también se busca hacer una comparación con la hipoteca a pesar de que el bien objeto de garantía sólo recurre a bienes inmuebles, pues las garantías mobiliarias con la figura expresada tienen en común la aplicabilidad de la autonomía. Finalmente, se hará un paralelo en cuanto a los bienes que son dados en garantía por un tercero y que, a propuesta de los estudiantes, puede ser también aplicado a las garantías mobiliarias.

ANTECEDENTES DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

La historia de las garantías mobiliarias, a diferencia de la prenda o de la hipoteca, no deviene de instituciones jurídicas que se remontan a siglos o décadas atrás, pues es claro que tal figura parte de un régimen moderno que se deriva de las garantías reales, anteriormente nombradas, pero con una finalidad, y es que tales disposiciones sean modernizadas por los Estados para que dispongan de un régimen eficiente y eficaz frente a las operaciones que promueven la oferta de un crédito garantizado, todo esto, según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, abreviado como CNUDMI. (2010, p. 1).

En el Derecho Romano, el Derecho Real de Prenda (Pignus) consistía, según Trujillo Arroyo y Clavijo González, "… en la entrega de una cosa corporal en garantía como contrato accesorio para respaldar alguna deuda, y con obligación, por parte del acreedor prendario,

de restituir la cosa una vez cubierta su acreencia" (pag. 409)

En el derecho moderno, las garantías mobiliarias han tenido su origen en el contenido del artículo 2 del Uniform Commercial Code (UCC, Secured transactions, article 9, 2010) donde se establece la posibilidad de poner en garantía bienes tales como las cosechas de un cultivo (agricultural lien), minerales (extracted collateral), una cuenta por cobrar, entre otras opciones.

Tal figura ha sido recogida, tradicionalmente, por otros códigos, cómo el código civil francés o también llamado napoleónico -de 1804- , que en sus artículos 2071 y 2072, da la definición de la figura de prenda como una garantía en el cual el deudor entrega una cosa mueble. Tal código, ha servido de inspiración por Andrés Bello para elaborar el código civil chileno, que, a su vez, constituye el podio por el cual se ha influenciado el código civil colombiano (1873) y otros códigos latinoamericanos.

Si se tiene en cuenta la definición del código civil colombiano, este no difiere mucho de la definición que da el código de 1804, pues también lo define como un contrato de garantía por el cual se entrega un objeto mueble al acreedor que sirve para la seguridad de su crédito.

El código civil colombiano también ofrece algunas modalidades en cuanto a los contratos de prenda, entre los cuales se encuentra la prenda de cosa ajena (Art. 2415); prenda de cosa embargada (Art. 1521), etc.

Por otra parte, a partir de la Ley 1676 de 2013 nace la novedosa figura de las garantías mobiliarias, la cual dispone, en su artículo 3º, que la figura de prenda y sus modalidades se considerarán como tal una garantía mobiliaria, lo que puede interpretarse que puede tener la misma naturaleza jurídica, que, explicada más adelante, se verá que tal afirmación es errónea.

LA GARANTÍA MOBILIARIA Y SU RELACIÓN CON LA PRENDA

El contrato de prenda en el código civil se encontraba definido en el artículo 2409 en el cual dispone que es un contrato por el cual se entrega un bien mueble como garantía al acreedor para asegurar el crédito, que viene siendo la obligación principal en el cual accede.

Así mismo, las garantías mobiliarias constituyen una figura jurídica novedosa que surge ante las imperativas necesidades de las relaciones jurídico-económicas. El articulo 3 de la ley 1676 de 2013 entretiene a las garantías

mobiliarias como un derecho de posesión que tiene el acreedor sobre uno o varios bienes específicos dados en garantía, sobre activos circulantes, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, al igual que sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

La Ley 1676 de 2013 en su artículo 3° menciona que la prenda, tanto civil como comercial, y, en todas sus modalidades se considerarán como garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto en la norma mencionada, pero debe tenerse en cuenta que dicha disposición habla de la derogación de la figura de la prenda frente a la garantía mobiliaria. Sin embargo, la naturaleza jurídica de ambas figuras es distinta, pues las ya conocidas características de una prenda tradicional, como lo es su carácter real (Art. 2411 C.C.), accesorio (Art. 2410 C.C.), y unilateral (Art. 2419 C.C.) distan de la naturaleza que otorga el legislador a las garantías mobiliarias, pues en la Ley 1676 de 2013 se habla de que debe ser un contrato caracterizado por su solemnidad (Art. 9), por ser principal (Art. 3) y bilateral (Arts. 18 y 19).

Por su solemnidad

El artículo 9 de la Ley 1676 de 2013 contradice la forma de perfeccionamiento que existe entre las garantías mobiliarias y la prenda, ya que esta última, como se ha mencionado, al ser un contrato de carácter real, el perfeccionamiento se genera por medio de la entrega de la cosa, a diferencia de las garantías mobiliarias, al ser un medio de constitución debe hacerse por medio de un contrato escrito entre el garante y el acreedor garantizado, o, en los casos que dicte la ley como su surgimiento por medio de ministerio de ley.

¿Es autónoma, principal o accesoria?

Tal característica debe ser la que más conflicto genera entre los doctrinantes, ya que se da un cambio abrupto con respecto a la accesoriedad que caracteriza a las figuras de garantía, como lo son la prenda y la hipoteca, pues se entendía que tales garantías debían seguir la suerte de un contrato principal.

Ante tal discusión, que ya ha sido abordado por el Dr. Bonivento Fernández, al adjudicar tal característica como especial de esta figura. Pues no se debe entender su carácter de principal con que no sigue la suerte de un contrato para existir, sí no que debe su

autonomía alrededor de la obligación garantizada (2017, p. 60.).

Sin embargo, para la legislación anglosajona esto representa ya el carácter de principal de una garantía, pues el hecho de que esta institución jurídica pueda ser independiente de la obligación garantizada, aún cuando ante la jurisdicción se halla generado la ineficacia o nulidad absoluta del contrato, le da ya esa característica; pues no esta supeditada su existencia a la obligación garantizada.

Los defensores de la teoría de la accesoriedad de la garantía mobiliaria se decantan por el carácter de la autonomía de ésta, debido a que argumentan que la obligación por la cual tiene objeto la garantía mobiliaria es la de garantizar la obligación primaria. Según Dapena Echavarría, una garantía "está orientada a asegurar el cumplimiento de una obligación (…)" e igualmente "es un accesorio que sigue la suerte del crédito garantizado" (2014, p.55.). Pero en sí, lo que le da el carácter de autónomo a la garantía es la sobrevivencia de ésta frente a la obligación garantizada según el artículo 61 de la Ley 1676, la cual dicta que

> *Los mecanismos de defensa y las excepciones que se pueden proponer por el deudor y/o garante, solo podrán ser las siguientes:*
>
> *a) Extinción de la garantía mobiliaria acreditada mediante la correspondiente certificación registral de su terminación, o mediante documento de cancelación de la garantía;*
>
> *b) Extinción de la obligación garantizada, u obligación garantizada no exigible por estar sujeta a plazo o condición suspensiva;*
>
> *c) Falsedad de la firma que se le atribuye como propia, o alteración del texto del título de deuda o del contrato de garantía, o de su registro. Se tramitará por el procedimiento de tacha de falsedad y desconocimiento del título regulado por los artículos 269 a 274 del Código General del Proceso;*
>
> *d) Error en la determinación de la cantidad exigible.*

Es decir, que la garantía mobiliaria sólo podrá extinguirse bajo estas causales. Frente a tal tesis es deducible que las garantías mobiliarias se comportan como una hipoteca abierta, pues no se puede concluir que sea principal porque a pesar de constituirse la garantía antes del contrato en donde se delega la prestación principal, la garantía se modula

ante esta última frente a su existencia, e igualmente, según el artículo anteriormente citado, en el literal b, se hace mención a que la excepción del deudor o garante podrá ejercerse cuando se genere la extinción de la obligación garantizada o que esta no sea exigible por incumplimiento del plazo o la condición suspensiva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que frente a la hipoteca abierta el hecho de que no se cumpla la obligación, no podrá serle exigible, de pleno derecho, al acreedor del cual se hizo a favor la garantía. En cambio, en la garantía mobiliaria se tendría que ejercer la excepción frente a la jurisdicción. Es por ello, que la legislación anglosajona le da ese carácter.

Por otro lado, Bonivento Fernández hace una definición sobre la oponibilidad, como "la facultad de hacer valer derechos frente a terceros o de oposición de una garantía mobiliaria". Ante tan concepto, la Ley 1676 en su artículo 21 manifiesta que tal oponibilidad será efectiva frente a los siguientes hechos:

- Por la inscripción en el registro de las garantías mobiliarias.

- Por la entrega de la tenencia

- Por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el título III.

Sin embargo, el artículo 48 de la Ley 1676 de 2013 habla sobre las reglas de la prelación, en el cual manifiesta que "Una garantía mobiliaria que sea oponible mediante su inscripción en el registro, tendrá prelación sobre aquella garantía que no hubiere sido inscrita." Lo que deriva del principio de publicidad ante su registro frente a un concurso de acreedores, pues la prelación se definirá por el orden temporal al primero que haya registrado el bien en garantía.

Frente a lo dicho anteriormente, el carácter principal de las garantías mobiliarias versa no sobre su autonomía frente a un contrato principal, que como veremos más adelante, este versa no porque subsista por sí mismo sí no que modula un contrato del cual seguirá su suerte y ante los procesos judiciales frente a la oponibilidad y prelación.

Por su bilateralidad

Otra de las características por las cuales difiere el contrato de garantía mobiliaria y el contrato de prenda es que esta última, según el artículo 2419 del código civil, solo representa obligaciones para el acreedor con respecto a la cosa dada en garantía, en las cuales es obligado a "guardar y conservar la prenda" y responder ante deterioros por culpa de éste. Ha dado entonces una particularidad el legislador al contrato de

garantías mobiliarias por en los artículos 18 y 19 de la Ley 1676 del 2013 derechos y obligaciones correlativas tanto al garante como al acreedor garantizado al cuidado y manutención de la cosa dada en garantía.

Teniendo en cuenta que en esta figura existe un garante y un acreedor garantizado, se hará referencia a los derechos y obligaciones i) del garante y ii) del garantizado.

En cuanto a quién garantiza, la ley 1676 de 2013 establece en su artículo 18 los derechos y obligaciones que le asisten. En primer lugar, si la garantía mobiliaria es sin tenencia, éste tendrá el derecho de usar, transformar, vender, permutar o constituir otras garantías mobiliarias o alquilar los bienes en garantía en el giro ordinario de sus negocios. De la misma manera, —salvo pacto en contrario—, podrá ceder o vender los créditos o cuentas por cobrar derivados de la venta, permuta o arrendamiento de los bienes en garantía y su cesionario o comprador podrá efectuar los cobros correspondientes a esos créditos o cuentas siempre y cuando fueren atribuibles a los bienes en garantía en el giro ordinario de los negocios del garante y de su cesionario o comprador (artículo 18, L. 1676).

Asimismo, el garante tiene los siguientes deberes frente a los bienes en garantía y el acreedor garantizado: i) tomar las medidas para evitar pérdidas y deterioro de los bienes, ii) permitirle al acreedor inspeccionar dichos bienes para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación, iii) asumir la responsabilidad por destrucción, pérdida o daño y, iv) cubrir los gastos e impuestos de los bienes en garantía (artículo 18, L. 1676).

Por último, si las garantías mobiliarias son con tenencia y se ha cumplido con las obligaciones, el garante tiene derecho a: i) que se le devuelva los bienes en garantía y, ii) se libere de cualquier control sus cuentas bancarias (artículo 19, L. 1676).

Por otro lado, frente al acreedor garantizado, la ley 1676 estipula que en caso de existir garantías mobiliarias con tenencia, el acreedor debe i) cuidar y preservar los bienes en garantía que estén bajo su tenencia, ii) mantener identificables dichos bienes y en caso de ser fungibles mantener la misma cantidad y calidad y, iii) usar los bienes en garantía solo en la medida de lo convenido, así mismo, tiene el derecho a cobrar al garante los gastos en los que incurra por mantenimiento del bien (artículo 19, L. 1676).

LA HIPOTECA Y LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS

Si bien el legislador en el artículo 3 de la ley l676 de 2013, establece que las garantías mobiliarias se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principal, en la hipoteca, por el contrario, se hace la interpretación de la accesoriedad de la misma en torno al artículo 2457 del código civil, pues como se manifiesta en aquel artículo, la hipoteca se extingue cuando así lo haga la obligación principal, mostrando la dependencia a esta última. Por lo tanto, a simple vista se pensaría que la hipoteca no se podría constituir sin una obligación a garantizar ya existente, sin embargo, el Código enseña otra cosa en el artículo 2438, allí dispone que se podrá otorgar la hipoteca en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba. Esto con la finalidad de ajustar el derecho a las necesidades que puede darse en las relaciones jurídicas.

Lo anterior podría significar entonces que la hipoteca podría ser autónoma, pero esto no sería necesariamente cierto, pues en estos casos en que la hipoteca se constituye de manera anterior al contrato al que accede, nos encontramos ante la llamada hipoteca eventual o condicional, en la cual la constitución de la misma se anticipa pues se da el gravamen con anterioridad al contrato que pretende asegurar, pero si en el futuro no se da el contrato o la obligación principal no tendrá efecto alguno la hipoteca constituida, por lo que hay una dependencia, indirecta pero existente, dependiendo de esta la expansión de sus efectos. Cuando se realiza la hipoteca anterior a la existencia de la obligación principal, lo que realmente se pretende es el aseguramiento de la garantía real, en búsqueda de ser el primero en el tiempo y consecutivamente el primero en el Derecho; dentro de este tipo de hipotecas, existe la conocida hipoteca abierta, este tipos de hipotecas dentro de las condicionales son definidas por Álvaro Pérez Vives como aquellas que aportan la garantía en beneficio de quien eventualmente pueda llegar a ser con posterioridad acreedor del constituyente, generalmente un banco o una institución de crédito, diciendo que lo común es respaldar de esa manera el sobregiro en cuenta corriente, préstamos sobre cuya efectividad no haya certeza al momento de instaurarse el gravamen. (1990, P. 81)

Por tanto, se puede identificar la similitud con las garantías mobiliarias en cuanto a la autonomía del contrato, y la posibilidad de la puesta del bien por parte de un tercero que estaría llamado a responder, aunque no deba, es decir que el tercero responde, pero no debe (caso contrario del deudor que pone

su bien como garantía, pues en ese caso si debe y responde). Esto con el fin de garantizar y facilitar las relaciones jurídicas y la participación de terceros interesados en dar como garantía su bien, en beneficio del deudor y para seguridad del acreedor; además, teniendo otro punto en común y es que tanto en la garantías mobiliarias y en la hipoteca por deuda ajena puede darse supuestos de afectación o apropiación del bien, únicamente dado en garantía, esto quiere decir que no se extiende a otros bienes del deudor o en este caso del tercero, solo bajo el cual se puso el gravamen.

CONCLUSIONES

Las garantías mobiliarias en Colombia se consolidan como un nuevo mecanismo jurídico que facilita las relaciones de préstamo, pues al constituirse sobre bienes muebles dan una mayor agilidad en el proceso de empréstito en relación con una entidad financiera, generando importantes beneficios al sector empresarial, especialmente para las PYMES.

Sin embargo, existen muchos reparos, interpretaciones y aclaraciones sobre los alcances que está puede tener debido a su naturaleza jurídica como, el carácter autónomo del contrato de las garantías mobiliarias, pues como se aprecia del artículo 3 de la ley 1676, se entiende que se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales; ya que, como se concluyó, es muy difícil comprender que se constituya una garantía mobiliaria –incluso, una garantía en general-, sin necesidad de otra convención, pues lo propio de una garantía, es existir en razón a otra obligación.

Adicionalmente, la misma definición del artículo 1499 el código civil, referente a la naturaleza de los contratos, especifica que un contrato es accesorio cuando su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación que se considera como principal, por lo que, es válido afirmar que, en la práctica las garantías mobiliarias surgen como mecanismo para i) acceder a un crédito y, ii) asegurar una obligación principal, evitando una futura insolvencia.

De igual forma, es necesario aclarar que, a nuestra consideración, lo que el legislador pretendía manifestar en el artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, era que, el contrato de garantía mobiliaria es autónomo frente a los procesos judiciales que pudieran suscitar en torno a la obligación garantizada, en ese sentido, lo que realmente se quería expresar es que, las excepciones derivadas de la obligación a garantizar no afectan la ejecución de la garantía.

BIBLIOGRAFRÍA

1. LIBROS

Bonilla Sanabria, Fabio A. El nuevo régimen de garantías mobiliarias. Revista E-Mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2014. Artículo electrónico disponible en: http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf Fecha de creación: no disponible. Consultado el 24 de agosto de 2014.

Bonivento, J. (2017). Los principales contratos civiles y comerciales. Bogotá, D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Castillo, C. (1999). Responsabilidad personal y garantía hipotecaria. Pamplona: Aranzadi

Perez, A. (1990). Garantías Civiles. Bogotá : Editorial Temis

Trujillo Arroyo, J., & Clavijo González, Alfonso Rev. (2011). Derecho romano y el derecho civil colombiano / actualizado y revisado por Alfonso Clavijo González. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez ; Club de abogados ; Academia colombiana de Abogacía.

2. CODIGOS

Código Civil Colombiano [Código]. (2016). 36ª edición Legis.

Código Napoleón – Código Civil Francés [Código]. (1807). Recuperado de: http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf

3. CIBERGRAFIA

Cancillería De La República. Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI). Recuperado de: http://www.cancilleria.gov.co/en/internacional/politica/economico/cnudmi

Congreso De La República. (20 de agosto de 2013).]. Por lo cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. [Ley 1676 de 2013]. D.O: 48.888.

Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas. Publicación de las Naciones Unidas. Nueva York, 2010. Recuperado de: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/s/09-82673_ebook-S.pdf

La legitimidad y eficacia:

Análisis de las medidas de toque de queda decretadas por el Covid-19.

Carlos Andrés Aponte Martínez
Juan Carlos Castillo Rodríguez

Universidad de La Sabana

Resumen

El objetivo principal de esta investigación es explicar, la naturaleza jurídica de las garantías mobiliarias; enfocándose en el mal llamado carácter accesorio de esta institución, defendiendo así, el criterio de la autonomía. Lo anterior, se fundamenta en la importancia que otorga el legislador a la finalidad económica que se implantó en esta figura, que es el rápido acceso al crédito para pequeñas y medianas empresas, también llamadas Pymes. En este artículo se responde a la pregunta ¿La figura de la garantía mobiliaria es de carácter accesorio o autónomo? Partiendo de las diferencias de esta institución con las figuras del contrato de prenda (hoy reemplazada por las garantías mobiliarias), y la hipoteca, siendo este último distinto por el objeto que se garantiza, que son bienes inmuebles, a fin de interpretar el carácter autónomo de la garantía mobiliaria.

Palabras claves: Legitimidad, Dominio, Eficacia, Toque de queda, Covid-19

INTRODUCCIÓN

Al momento de escribir este artículo, Colombia y el mundo se enfrentan a una de las crisis sanitarias más grandes de la historia reciente: La pandemia generada por el virus Covid-19. Esta enfermedad originada en Asia fue declarada pandemia por la OMS el 11 de marzo de 2020, a razón de la propagación que había tenido la enfermedad hasta ese entonces . Por ende, los gobiernos de la mayoría de Estados, incluido Colombia, han venido tomando una serie de medidas encaminadas a contener el virus y mitigar todas las consecuencias que éste pueda generar. De ahí que, en ciudades como Cartagena de Indias y Bogotá D.C., se hayan tomado medidas drásticas como limitar totalmente la libre circulación de vehículos y personas por el territorio o, en otras palabras, decretar el toque de queda. El presente trabajo analizará la legitimidad y el cumplimiento de estas medidas con base a los planteamientos de Max Weber.

La legitimidad weberiana es uno de los principales conceptos dentro de la teoría del autor, en cuanto al desarrollo de este para hacer la explicación de la relación de los sujetos de una sociedad con respecto a los tipos de dominio. En el presente trabajo se buscará hacer un análisis aplicado respecto a la teoría de la legitimidad en los distritos de Bogotá D.C y Cartagena de Indias, y, de esta manera responder a la pregunta: ¿Existe una relación causal entre el cumplimiento de las normas de toque de queda, en los distritos de Bogotá y Cartagena de Indias, y la legitimidad de las autoridades que las dictan? Siendo de esta manera el objeto de estudio la legitimidad de Weber y nuestra unidad de análisis las medidas de toque de queda implementadas en el marco de la cuarentena nacional.

Las medidas de toque de queda buscan limitar el derecho a la libre circulación dentro de un determinado territorio . Los alcaldes municipales o distritales tienen la facultad de hacerlo mediante decretos cuando las situaciones contempladas en la Ley lo ameriten. Los decretos, por ser normas de obligatorio cumplimiento, y, el Covid-19 al ser una enfermedad que le ha quitado la vida a muchas personas, hacen esperar una

[1] "En estos momentos hay más de 118 000 casos en 114 países, y 4291 personas han perdido la vida." Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. (Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, 2020)

[2] Definición tomada del artículo 1 del Decreto Distrital 090 de 2020, "Por el cual se adoptan medidas transitorias para garantizar el orden púbico en el Distrito Capital, con ocasión de la declaratoria de calamidad pública efectuada mediante Decreto Distrital 087 del 2020."

efectividad o cumplimiento total de estas medidas.

Es por ello, que resulta particularmente interesante hacer un análisis de como las medidas de toque de queda son más o menos eficaces. Lo anterior, evaluando la percepción de las personas a través de encuestas y entrevistas, centrándonos particularmente en la forma como dentro de las ciudades de Cartagena de Indias y Bogotá D.C. se pueda llegar a percibir al alcalde como autoridad pertinente y legitima para emitir ordenes que puedan llegar a afectar la esfera personal de las personas y tener incidencia dentro del comportamiento de la sociedad en general.

METODOLOGÍA

Como inicio metodológico se realizó una encuesta. En esta, se logró obtener información acerca de la percepción que tienen las personas con respecto a la legitimidad del alcalde y también la forma en cómo los encuestados califican la gestión que ha tenido el alcalde con relación al Covid-19. Asimismo, se consiguió determinar si los encuestados habían cumplido o no las medidas y también si consideraban que las demás personas habían cumplido las medidas restrictivas. Todo esto con los objetivos de:

1. Tener una gran cantidad de respuestas y así lograr evidenciar de una manera más sólida el pensamiento de las personas.
2. Individualizar a las personas que se encuestan (Edad, Sexo, residencia).
3. Tener una información de la realidad de las ciudades, a través de la opinión de sus habitantes.

Gracias a los medios electrónicos disponibles, la encuesta fue respondida por 247 personas. La mayoría de las participantes fueron mujeres, se obtuvo una cantidad muy variada de edades. Por encima de las expectativas, uno de los rangos de edad que mayor cantidad de respuestas tuvieron, fue aquellos los rangos de edad en los que se encuentran los adultos mayores.

Como segunda parte de nuestra muestra metodológica, la herramienta de las entrevistas semiestructuradas nos permitió obtener respuestas que serán la parte cualitativa del trabajo. Logramos entrevistar a 4 personas con distintos perfiles cada uno y sin tener en cuenta la posición que puedan llegar a tener cada una de ellas, con respecto a la legitimidad de las normas y las autoridades que las emiten. En primer lugar, se entrevistó en la ciudad de Cartagena de Indias, a un deportista de la tercera edad que no cumplía la cuarentena por realizar su actividad física. Igualmente,

en la ciudad de Cartagena, se realizaron dos entrevistas más. Una a un habitante de la calle que se dedicaba a cuidar carros y otra a un vendedor ambulante. Por otro lado, en la ciudad de Bogotá, se entrevistó a un oficial retirado de la Fuerza Aérea Colombiana.

Además de estas herramientas se tomaron en cuenta fuentes como leyes, decretos y artículos académicos, los cuales permitirán postular un marco conceptual con las bases suficientes para desarrollar el análisis de por qué en Bogotá y Cartagena se considera a los alcaldes como autoridades legítimas y la incidencia que esto tiene en cuanto al cumplimiento de las normas emitidas por los mismos.

ECONOMÍA Y SOCIEDAD, UN ACERCAMIENTO AL PENSAMIENTO DE MAX WEBER.

El marco conceptual del presente escrito encuentra su fundamento en una de las grandes obras de Max Weber: *Economía y Sociedad*. En la mencionada obra, el autor interpreta la sociología como "una ciencia que pretende entender, interpretando la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos." (Max Weber, 1922. p 5). En otras palabras, la sociología, para Weber, es la ciencia del acto social. Ahora bien, por acción Weber entiende una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) y por acción social debe entenderse una acción en que el sentido del acto se relaciona con el comportamiento de otras personas. (Aron & Leal, 1970. p 286)

Para poder inmiscuirse en el objeto de estudio del presente trabajo, hay que definir antes lo que para Weber era el Estado. En la conferencia "La política como vocación", Weber define el Estado como "una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima." Y que para "subsistir necesita, por tanto, que los dominados acaten la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan." (Weber, 1919 p 84-85). A partir de la definición anterior de Estado se derivan una serie de conceptos necesarios para el marco conceptual objeto de estudio. Ellos son: Legitimidad, dominación y autoridad.

Para Weber, la legitimidad es un concepto tan abstracto que no le encuentra una definición concreta. Sin embargo, a partir de las menciones que hace el autor en Economía y Sociedad se pueden obtener unas conclusiones muy útiles para el respectivo análisis.

Anteriormente, se mencionó el concepto de acción social, ahora Weber

pasa a un segundo plano al entender el concepto de relación social. La relación social es "la probabilidad de que se actuará socialmente en una forma indicable."(Max Weber, 1922. p 21) Es decir, la referencia a los otros tiene un carácter de reciprocidad. En consecuencia, Weber identifica una regularidad en las relaciones sociales que se llama orden legítimo.

El concepto de orden legítimo que entiende Weber contiene lo que para él es legitimidad. Un orden legitimo es un orden válido y legitimidad es la creencia en la validez de las acciones. En adición, debemos entender validez como aquella efectividad en el cumplimiento del orden. Por lo tanto, un orden valido es un orden que goza de efectividad. (Martínez-Ferro, 2010). A partir de lo anterior, se destacan dos órdenes legítimos: la convención y el derecho.

Debemos diferenciar estos órdenes a partir de la garantía que existe en cada uno para su cumplimiento. La convención se encuentra respaldada por la probabilidad de una sanción social. En otras palabras, la violación al orden convencional trae consigo una desaprobación colectiva. Por otro lado, la garantía que tiene el derecho para su cumplimiento es la probabilidad de una coacción ejercida por "un cuadro de individuos" que tienen como objetivo velar por la aplicación de ese orden. Entonces, podría decirse que la consecuencia de la violación de un orden de derecho es la imposición física (o psíquica) del castigo.

Weber define la dominación como "la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos)." Así mismo, Weber resalta la necesidad de un "cuadro administrativo". Este cuadro administrativo es "un grupo humano con un poder institucionalizado en el que sus miembros están divididos en dos partes: los que mandan y los que obedecen."

En consiguiente, existen tres caracteres de dominación legitima: Racional, tradicional y carismático.

1. ***Racional:*** "Que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)." (Max Weber, 1922. p 172-173)

"En el caso de la autoridad legal se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de

su competencia." (Max Weber, 1922. p 172-173)

2. Tradicional: "Que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional)." (Max Weber, 1922. p 172-173)

"En el caso de la autoridad tradicional se obedece a la persona del señor llamado por la tradición y vinculado por ella (en su ámbito) por motivos de piedad, en el círculo de lo que es consuetudinario." (Max Weber, 1922. p 172-173)

3. Carismático: "Que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)." (Max Weber, 1922. p 172-173)

"En el caso de la autoridad carismática se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma tiene validez." (Max Weber, 1922. p 172-173)

Por consiguiente, En el presente trabajo se entenderá la eficacia desde un sentido sociológico. Es decir, el grado de cumplimiento que la norma jurídica pueda llegar tener en la sociedad. Norberto Bobbio, en su obra Teoría General del Derecho, menciona que "El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige." (Bobbio, 1987. p 22). Por otro lado, la Corte Constitucional ha definió en sentencia C-873 de 2003 el sentido sociológico de la eficacia como "La forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas".

En cuanto a Weber, él incluye a la eficacia dentro de su noción de legitimidad. Por lo tanto, para Weber las normas legítimas son eficaces por sí mismas. Hernán Martínez-Ferro, en su ensayo, *Legitimidad, dominación y derecho en la teoría de del Estado de Max Weber* explica muy bien lo anteriormente mencionado:

"Ahora bien, la validez de la que estamos hablando tiene que ver con el reconocimiento de las normas como obligatorias o como modelos de

conducta. ¿Cómo se justifica la obligatoriedad de las normas? Es algo que Weber no nos dice. Señala que si las normas son válidas, entonces son obligatorias. Esto quiere decir que identifica validez de un orden con obligatoriedad. Cuando se refiere a la legitimidad de un orden señala dos elementos: que se cumpla con un orden en un grado significativo (eficacia de la norma), y que los sujetos lo consideren como obligatorio o válido. Lo que equivale a establecer la siguiente ecuación: "legitimidad = eficacia + validez". El prestigio de ser obligatorio y modelo es igual al "prestigio de legitimidad". En consecuencia, podemos modificar nuestra ecuación y decir: "legitimidad = eficacia + obligatoriedad"." (Martínez-Ferro, 2010. p 416).

En resumen, la eficacia en este trabajo hará referencia al grado de cumplimiento que tienen las normas con respecto a la colectividad de personas a las cuales dirige su mandato. Y, como consecuencia, se analizará si el cumplimiento implica necesariamente la legitimidad de la norma.

Toque de queda:

Por toque de queda debemos entender una medida tomada por la administración pública mediante un acto administrativo en la cual se ordena a los civiles permanecer en sus lugares de residencia por un tiempo determinado. Debido a la importancia en el presente trabajo de estas medidas, se considera necesario realizar un análisis breve acerca de la naturaleza de este tipo de medida.

Para empezar, los toques de queda se dictan a partir de actos administrativos. El Consejo de Estado, ha establecido que los actos administrativos son una "expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto"[3]. Estas manifestaciones de la voluntad del poder ejecutivo se hacen efectivas a través de decretos. Estos decretos contienen normas de obligatorio cumplimiento para la colectividad de personas a la que se encuentra dirigido. El no cumplimiento de las normas consagradas en los decretos acarrea una sanción de tipo administrativo y en algunos casos puede configurarse como un delito.

Ahora bien, es menester de este escrito resaltar la situación que afronta Colombia y todo el mundo en razón de la pandemia generada por el Covid-19. A corte de 8 de abril de 2020, el

[3] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950)

Covid-19 ha tenido más de 1,500,000 infectados alrededor de todo el mundo y ha cobrado la vida de 87,984 personas. En Colombia, los infectados ascienden a 2000 y las muertes a 54[4],

Como consecuencia, las autoridades locales y nacionales de toda Colombia han venido tomando una serie de medidas drásticas para afrontar la crisis y así poder contener el número de contagios y muertes.

En concordancia con lo anterior, el artículo 14 de la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana) establece que "Los gobernadores y los alcaldes, podrán disponer acciones transitorias de policía, ante situaciones extraordinarias que puedan amenazar o afectar gravemente a la población, con el propósito de prevenir las consecuencias negativas ante la materialización de un evento amenazante o mitigar los efectos adversos ante la ocurrencia de desastres, epidemias, calamidades, o situaciones de seguridad o medio ambiente; así mismo, para disminuir el impacto de sus posibles consecuencias, de conformidad con las leyes que regulan la materia."

En adición, el artículo 202 de esa misma ley, consagra la posibilidad de decretar el toque de queda cuando las circunstancias así lo exijan, ante situaciones extraordinarias como epidemias que amenacen o afecten gravemente a la población y con el propósito de prevenir el riesgo o mitigar sus efectos.

En consiguiente, los toques de queda en las ciudades de Cartagena de Indias y Bogotá D.C. se decretaron a través del decreto 0506 del 17 de marzo de 2020 y el decreto 090 del 19 de marzo de 2020, respectivamente.

LEGITIMIDAD, ¿SINÓNIMO DE EFICACIA?

Como se expresó desde un principio, este trabajo fue realizado a través del uso de una metodología mixta compuesta por una encuesta y unas entrevistas a personas determinadas. Ahora, corresponde analizar los resultados de estas y llegar a una conclusión con respecto al marco conceptual objeto de este artículo.

Para empezar, la encuesta se dirigió a hombres y mujeres mayores de 10 años en las ciudades de Cartagena de

[3] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950)

Indias y Bogotá D.C. A estas personas se les hicieron 5 preguntas fundamentales para nuestro objeto de estudio: La primera de ellas consistía en determinar si las personas evaluadas consideraban al alcalde o alcaldesa de su respectiva ciudad como una autoridad legítima; la segunda, busca evaluar la percepción que tenían las personas con respecto a la gestión del alcalde o alcaldesa frente a la situación de pandemia generada por el Covid-19; la tercera pregunta, iba encaminada a calificar si las personas estaban de acuerdo o no con las medidas de toque de queda en su respectiva ciudad; la cuarta pregunta, se dirigía a determinar el cumplimiento de la medida por parte de la persona consultada. Por lo tanto, se preguntaba si esa persona había cumplido o no el toque de queda; por último, la quinta pregunta, consultaba la impresión de las personas con respecto al cumplimiento de los demás. Es decir, si para ellos, las otras personas habían cumplido o no el toque de queda.

La anterior encuesta fue respondida por 247 personas. Los resultados son los siguientes:

- En la primera pregunta, 233 personas (94.3%) consideran a su alcalde o alcaldesa como una autoridad legítima, 10 personas (4%) consideran que no y no sabe/no responde fueron 4 personas (1.6%);

- En la segunda pregunta, 197 personas (79.7%) calificaron como excelente o muy buena la gestión de su alcalde o alcaldesa con respecto a la pandemia, 40 personas (16.2%) la concibieron como regular y 10 personas (4%) la calificaron como mala o pésima;

- En la tercera pregunta, 239 personas (96.8%) están de acuerdo con las medidas de toque de queda decretadas por el alcalde o alcaldesa, 4 personas (1.6%) no están de acuerdo y otras 4 personas (1.6%) no saben/no responden la pregunta;

- En la cuarta pregunta, 243 personas (98.4%) respondieron que si han acatado el toque de queda decretado en su respectiva ciudad y 4 personas (1.6%) afirmaron no haber acatado la medida;

- Finalmente, en la quinta pregunta, 140 personas (56.7%) consideran que las personas en su ciudad han acatado la medida, 79 personas (32%) perciben que las personas no han acatado la medida y 28 personas (11.3%) no saben/no responden.

(Ver Anexo)

A partir de los anteriores resultados, se derivan las siguientes premisas: En primer lugar, la mayoría de los encues-

tados consideran a los alcaldes de sus respectivas ciudades como unas autoridades legítimas; en segundo lugar, esta misma mayoría, está de acuerdo con la gestión de los alcaldes y apoyan las medidas de toque de queda; por otro lado, podemos evidenciar un conflicto en cuanto al acatamiento de los encuestados con la percepción de estos en relación con el cumplimiento de las demás personas; en consecuencia, un 98.4% de los encuestados afirma cumplir el toque de queda y solo un 56.7% considera que las demás personas han acatado la medida.; finalmente, es evidente que los alcaldes de estas ciudades son considerados autoridades legítimas, sin embargo, la percepción que tienen acerca de la efectividad de las medidas no es concordante con la legitimidad de estas.

Para Weber existen 2 tipos de ordenes legítimos relevantes: la convención y el derecho. La convención, es aquel orden a partir del cual la violación de este acarrea un rechazo social. Del otro lado, el derecho, es un orden legítimo que tiene como naturaleza una sanción coactiva. Es decir, si se viola ese orden, la consecuencia es una sanción de obligatorio cumplimiento. De hecho, esta sanción es ejercida por un grupo de personas que monopolizan el uso de la fuerza del estado y hacen cumplir el orden.

Ahora bien, el orden legítimo que encontramos concordante con las respectivas alcaldías de Cartagena de Indias y Bogotá es el orden legítimo de derecho. Las alcaldías de Cartagena de Indias y Bogotá son entidades territoriales de orden local sometidas a un régimen especial. En la actualidad tienen carácter de distritos. Estas alcaldías son la cabeza de la administración pública distrital y el alcalde es el representante legal de la persona jurídica formada por la entidad territorial.

El orden legítimo de derecho se basa en las sanciones coactivas, igual a lo que ocurre con los actos administrativos expedidos por los alcaldes. El toque de queda o simulacro de aislamiento preventivo expedido por los respectivos alcaldes tienen como garantía de cumplimiento las sanciones administrativas que pueden ser impuestas por la autoridad que cumple las funciones de policía, las cuales están en cabeza del alcalde distrital. Es evidente que, la situación planteada con respecto a Cartagena de Indias y Bogotá cumple con lo establecido por Weber para ser un orden legítimo de derecho, principalmente, por estar garantizado en una sanción coactiva y tener un grupo de personas que tienen como objeto hacer cumplir dicho orden.

Seguido a lo anterior, Weber discierne con el concepto de dominación. Para él la dominación es la probabilidad de que un grupo de individuos obedezca unos determinados mandatos. Weber identifica la necesidad de un "cuadro administrativo" para que exista la dominación. En otras palabras, es necesario que exista un grupo de individuos dividido en dos: los que mandan y los que obedecen. Las entidades territoriales son un cuadro administrativo. En este, los que mandan son las autoridades territoriales y los que obedecen son sus respectivos ciudadanos.

Weber distingue tres tipos de dominación: La racional, la tradicional y la carismática. La dominación racional descansa en la creencia de que las normas deben ser cumplidas por su legalidad. De este modo, la probabilidad de que las personas cumplan la norma se debe a que esas normas cumplen con una finalidad, son resultado del cumplimiento de un procedimiento formal y son publicadas. Creemos que este tipo de dominación es la que más se adecúa al contexto de Cartagena de Indias y Bogotá. En tanto que, la legitimidad del cumplimiento de los actos administrativos se debe a que, quien obedece, no obedece a la persona que manda (como ocurriría en la carismática), sino al ordenamiento impersonal, este solo obedece como miembro del cuadro administrativo y obedece exclusivamente al derecho. En consecuencia, cuando un ciudadano cumple un acto administrativo, no lo hace porque un alcalde lo expidió o porque el alcalde se lo ordena, lo hace porque la naturaleza de ese acto es de obligatorio cumplimiento y como miembro de la sociedad debe cumplirlo.

En relación con la pregunta de investigación planteada, es momento de establecer la existencia de una causalidad entre la legitimidad y el cumplimiento de las medidas de toque de queda. Los resultados de la encuesta dejan claro que existe una incertidumbre en cuanto a la percepción que tienen las personas encuestadas con respecto al cumplimiento de las medidas por parte de las demás personas.

La segunda parte de la metodología consiste en unas entrevistas realizadas a distintas personas que no cumplen el toque de queda y otras que si lo hacen. La primera entrevista fue realizada a un adulto mayor aficionado por el deporte, llamado Jhony Alfonso María de Ligorio Rodríguez de la ciudad de Cartagena de Indias. Este sujeto dice considerar al alcalde como una autoridad legítima y apoya la gestión que ha tenido con respecto a la pandemia. No obstante, dice no cumplir el toque de queda porque considera que los deportistas deben

tener unas horas específicas para realizar su actividad física. Por lo tanto, él sale de su casa muy temprano en la mañana sin importarle la restricción que observa la medida de toque de queda en la ciudad. (Ver Anexo)

La segunda entrevista fue realizada a Daniel Díaz, cuidador de autos en la ciudad de Cartagena de Indias, quien expresa su apoyo al alcalde y a todas las medidas que ha tomado para contener la propagación del Covid-19. Igualmente, esta persona dice cumplir las medidas de forma completa y declara estar cumpliendo la medida al momento de realizar la entrevista. Al contrario de lo que afirma, es evidente que esta persona se encuentra incumpliendo las medidas del toque de queda. Lo anterior, se hace notar en dos momentos. Primero, cuando dice haber cumplido las medidas el lunes y cuando afirma que la está cumpliendo en ese momento. Es falso, ya que, las medidas son 24 horas, todos los días de la semana. Por consiguiente, al afirmar que la cumplió el lunes hace entender que la medida aplica únicamente para el día que los ciudadanos quieran y al insistir en estar cumpliendo la medida incurre en el error de no estar contemplado en las excepciones de la restricción. Claro está que este hombre dice acatar la medida cuando en realidad no la está cumpliendo. (Ver Anexo)

La tercera entrevista fue realizada al señor José Lara de Cartagena de Indias. Esta persona vive del día a día y se dedica a la venta ambulante, va de calle en calle vendiendo sus productos. Él, al igual que el resto de entrevistados considera al alcalde Cartagena como una autoridad legítima y está de acuerdo con todas las medidas que este ha implementado en atención a la pandemia. A pesar de lo anterior, este dice no cumplir la restricción de toque de queda por razones laborales. Claramente, la venta ambulante no se encuentra contemplada en las excepciones al toque de queda. Por lo que esta persona se encuentra incumpliendo las medidas. (Ver Anexo)

La cuarta y última entrevista fue realizada al señor Francisco Guerrero, en la ciudad de Bogotá. Este sujeto dice ser un oficial retirado de la Fuerza Aérea de Colombia y que actualmente su empleo consiste en ser comerciante. Ante la pregunta formuladas con respecto a la legitimidad de la Alcaldesa de Bogotá, respondió que considera que es legítima en tanto cumplió los lineamiento para alcanzar dicho cargo, pero por el contrario, manifestó que el cumplimiento de la medida de toque de queda la ha cumplido no a razón de que esta haya sido emitida por Claudia López, la cual es una figura política reconocida en Colombia, sino a razón de reconocer los

mandamientos y sanciones que acarrearían el incumplimiento de la medida. (Ver Anexo)

Aunado lo anterior, se puede concluir que la legitimidad concebida a las autoridades y los mandatos emitidos por estas no acarrean causalmente el cumplimiento de estos mandatos. La legitimidad es evidente tanto en los encuestados como en las personas entrevistadas. Así mismo, la falta de cumplimiento se evidencia tanto en la encuesta como en las entrevistas. Unos afirman estar cumpliendo las medidas cuando en realidad no la cumplen, otros dicen apoyar la medida mientras no la cumplen y otras simplemente no las cumplen por razones laborales. Además, el carácter racional de las personas que cumplen la medida se evidencia en la última entrevista. Esta persona cumple los actos administrativos más por su condición de ciudadano y la naturaleza sancionatoria de estos mandatos que por la personalidad del alcalde o el orden en el cual se encuentra. En suma, no existe una relación causal entre la legitimidad de las normas de toque de queda con su cumplimiento.

CONCLUSIÓN

La principal conclusión que deriva de este trabajo es que la legitimidad de la que gozaban las medidas de toque de queda decretadas en Cartagena de Indias y Bogotá D.C., no significan necesariamente que las personas a las cuales iban dirigidas responderían con su cumplimiento. Por lo tanto, no existe una relación causal entre la legitimidad y la eficacia de las normas. Lo anterior, se obtuvo a partir de la realización de encuestas y entrevistas semiestructuradas que permitieron determinar el tipo de legitimidad y el cumplimento que tuvieron las medidas de toque de queda.

Se entendió que las personas que no cumplían las restricciones de libre circulación lo hacían por razones que buscaban justificar su incumplimiento. En el primer caso, encontramos a un deportista que no cumplía las medidas porque tenía la necesidad de realizar actividad física por fuera de su lugar de residencia. A continuación, se encontró a un hombre que decía cumplir la cuarentena cuando en realidad no la estaba cumpliendo. Finalmente, se hizo referencia a un sujeto que no cumplía con las medidas por razones laborales sin estar contemplado en las excepciones que consagra la norma.

Bibliografía

Aron, R., & Leal, A. C. T. (1970). Las etapas del pensamiento sociologico / Raymond Aron ; traducción de Aníbal Leal.

Bobbio, N. (1987). Teoria General del Derecho. Bogotá: Temis.

Congreso de la Republica de Colombia. Ley 1801 De 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Consejero ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-873 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa. Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil tres (2003).

Coronavirus COVID-19 Global Cases by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU).

Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus. (2020). Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Recuperado 9 de abril de 2020, de https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

Martínez-Ferro, H. (2010). Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber / Legitimacy, domination and law in the sociological theory of Max Weber State. Estudios Socio-Jurídicos.

Max Weber. (1922). Economia y Sociedad. (J. Winckelmann, Ed.) (Segunda ed). Madrid: Fondo de Cultura Economica.

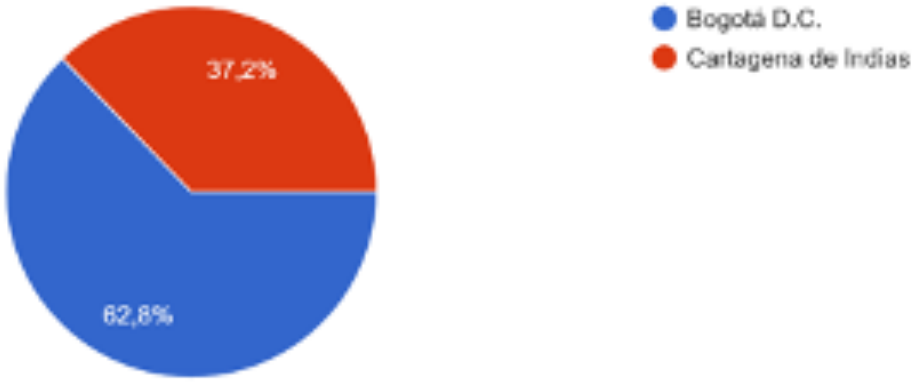
Weber, M. (1967). El político y el cientifico. El politico y el cientifico (Quinta). Madrid: El Libro de Bolsillo Alianza Editorial.

ANEXO 1

- Resultados de la encuesta.
- Total de respuestas: 247

Indique en cuál ciudad reside.

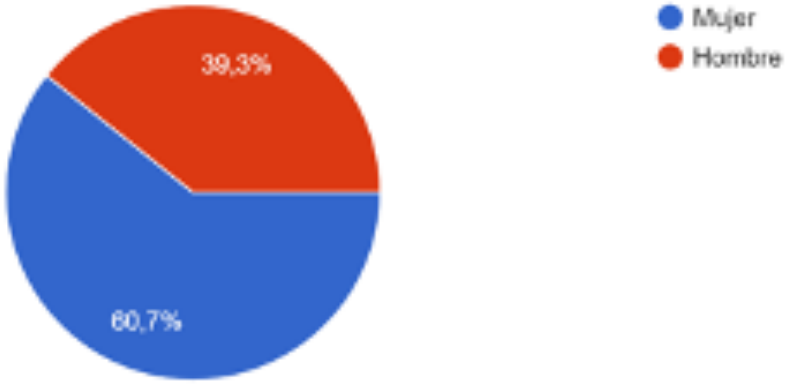
247 respuestas



CARTAGENA DE INDIAS: 92 PERSONAS
BOGOTÁ D.C.: 155 PERSONAS

¿Cuál es su sexo?

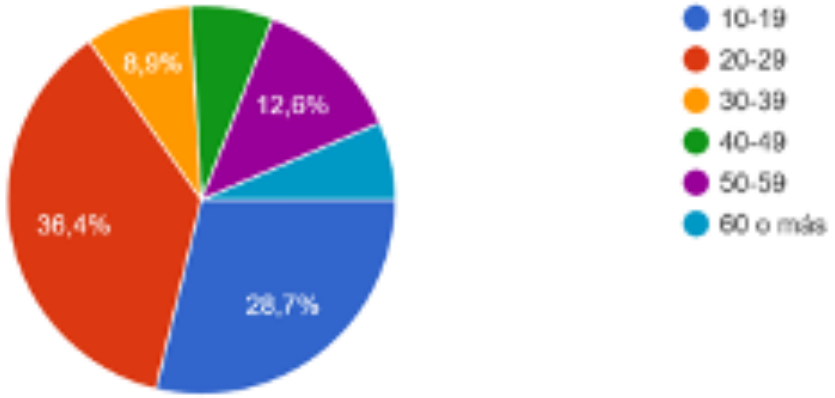
247 respuestas



HOMBRE: 97 PERSONAS
MUJER: 150 PERSONAS

¿En qué rango de edad se encuentra?

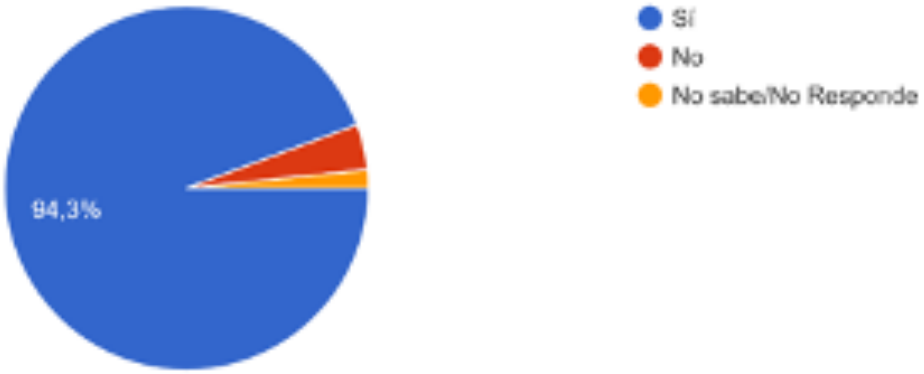
247 respuestas



10-19 AÑOS: 71 PERSONAS
20-29 AÑOS: 90 PERSONAS
30-39 AÑOS: 22 PERSONAS
40-49 AÑOS: 17 PERSONAS
50-59 AÑOS: 31 PERSONAS
60 Ó MÁS: 16 PERSONAS

¿Usted considera al actual alcalde(sa) de su ciudad como una autoridad legítima?

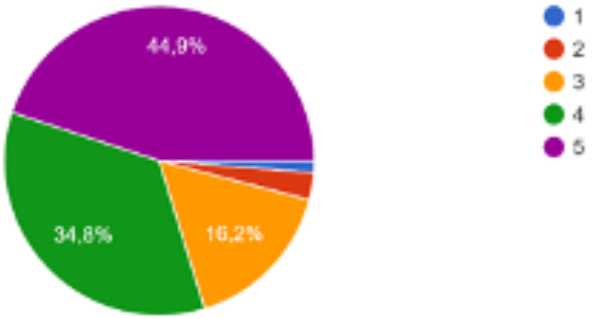
247 respuestas



SI: 233 PERSONAS
NO: 10 PERSONAS
NO SABE/NO RESPONDE: 4 PERSONAS

De 1 a 5 (Siendo 1 pésimo y 5 excelente) ¿Cómo considera usted la gestión del actual alcalde(sa) en cuanto a la situación de la pandemia generada por el Covid-19?

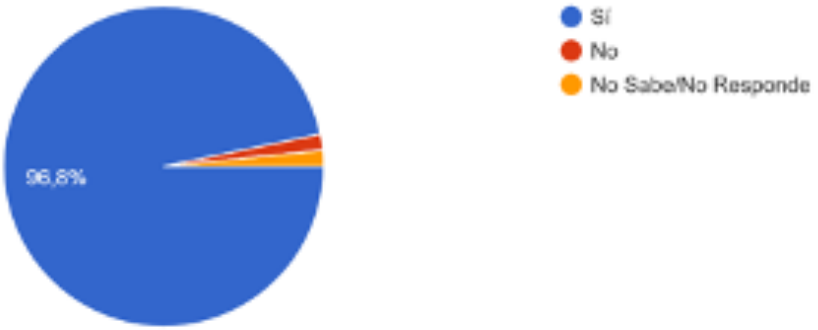
247 respuestas



5: 111 PERSONAS
4: 86 PERSONAS
3: 40 PERSONAS
2: 7 PERSONAS
1: 3 PERSONAS

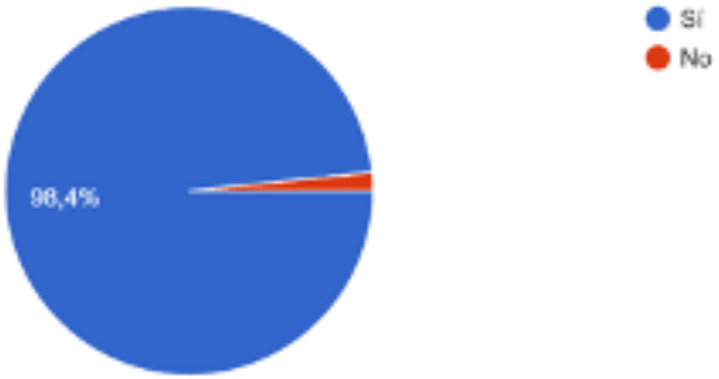
¿Está de acuerdo con las medidas de toque de queda decretadas por el alcalde(sa) distrital?

247 respuestas



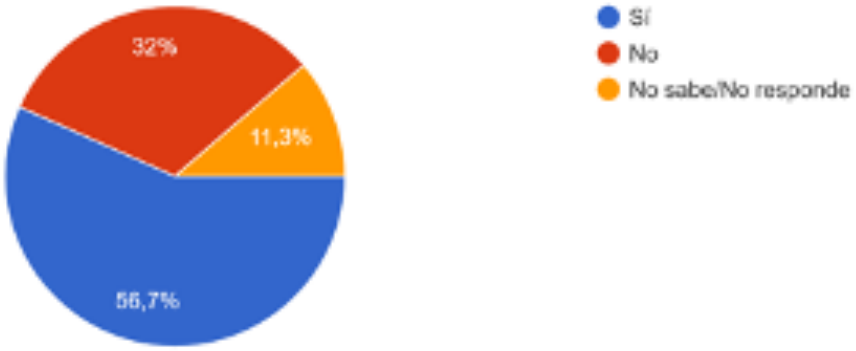
SI: 239 PERSONAS
NO: 4 PERSONAS
NO SABE/NO RESPONDE: 4

¿Usted ha acatado el toque de queda decretado por el alcalde(sa) distrital?
247 respuestas



SI: 243 PERSONAS
NO: 4 PERSONAS

¿Usted considera que las personas en su ciudad han acatado el toque de queda?
247 respuestas



SI: 140 PERSONAS
NO: 79 PERSONAS
NO SABE/NO RESPONDE: 28 PERSONAS

ANEXO 2

- Entrevista semi estructurada
  - **Preguntas:**
    - ¿Cuál es su opinión del Alcalde(sa)?
    - ¿Lo considera como una autoridad legítima?
    - ¿Cómo califica la gestión deL alcalde(sa) en cuanto al Covid-19?
    - ¿Qué opina de las medidas de toque de queda?
    - ¿Las apoya?
    - ¿Se ha visto afectado?
    - ¿Lo ha cumplido?
    - ¿Cree que las demás personas han cumplido las medidas?

El ejercicio de una actividad lícita como causal de ausencia de responsabilidad penal

¿Entre la atipicidad o la ausencia de antijuridicidad?"[1]

Jazmín Alejandra Rubiano Arias[2]
Julián David Vanegas Cardona[3]

[1] Dr. Julio Darío Vélez López, Asesor del trabajo, abogado y docente de derecho penal Universidad Católica de Oriente
[2] Estudiante IV Semestre de derecho, Universidad Católica de Oriente
[3] Estudiante VI Semestre de derecho, Universidad Católica de Oriente

Universidad de La Sabana

Resumen

En el presente ensayo se realizará un breve estudio sobre la naturaleza jurídica de la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita lo cual encierra el ejercicio de un oficio o cargo desde luego que sean acreditados por una institución universitaria y por el estado como lo es por ejemplo el ejercicio de (la medicina, la abogacía y los deportes, etc.) y siendo estos tomados como causal de exclusión de responsabilidad penal. En el desarrollo del trabajo inicialmente se definirán conceptos fundamentales para un mejor entendimiento de lo que se desea plantear en este escrito. Siendo este un tema tan discutido se hará alusión con la intensión de evidenciar el desacuerdo de los doctrinantes sobre el tema tratado se plantearán tres teorías (los que defiende que la institución es de naturaleza atípica, los que defienden que es de naturaleza jurídica y los que proponen que tiene un carácter mixto entre la tipicidad y la antijuridicidad) y para ellos citando los distintos autores que defienden cada una de ellas para finalmente dar la postura propia sobre el tema.

Palabras claves: Tipicidad, antijuridicidad, justificantes, imputación objetiva, riesgo desaprobado, prohibición, responsabilidad penal.

Abstract

In the present test will realize a brief study of the legal nature of the institution of the legitimate exercise of a lawful activity which encloses the excercise of a trade or position of course to be accredited by a university and the state as it is to be held for example exercise (medicine, law and sports, etc.). And being these taken as grounds of exclusión of criminal responsability. In developing the fundamental concepts initiallly work for a better understanding of what one wants to raise in this writing. Being this such a controversial subject will hint ith the intention of demonstrating the indoctrinators disagreement about the subject will be raised three theories (which argues that the institución is atypical nature, those who argue that it is of legal nature and proposing that has a mixed character between typicality and unlawfulness) And for them mentioning the different authors that define each of them to finally to give his stance on the issue

Key words: Typicity, unlawfulness, voucher, strict imputation, risk disapproved, criminal responsability, prohibition.

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico colombiano al igual que el resto del mundo se tiene al derecho penal como ultima ratio pues es este por el cual el estado castiga por las conductas contrarias a derecho más severas que se dan en la sociedad y por tanto no se pueden dejar vacíos que dejen a la interpretación de los juristas la aplicación de instrumentos normativos como lo es el legítimo ejercicio de una actividad lícita que aunque se encuentra plasmado en el artículo 32 numeral 5 como una de las causales de exclusión de responsabilidad penal, el legislador de turno no hizo precisión sobre que requisito de la teoría del delito excluye esta institución, si la conducta, si la tipicidad, si la antijuridicidad o la culpabilidad pues no obstante aunque hay autores que plantean que podría excluir la conducta o la culpabilidad se encuentra que el real campo de discusión es entre la tipicidad la antijuridicidad.

OBJETO

El objeto del presente trabajo es el concepto del legítimo ejercicio de una actividad lícita consagrado en el numeral 5 del artículo 32 del Código Penal.

OBJETIVO

Con el presente ensayo se busca hacer un análisis sobre el numeral 5 del artículo 32 del Código Penal que regula como una situación que da lugar a ausencia de responsabilidad penal el legítimo ejercicio de una actividad lícita, dirigido a indagar acerca de si su naturaleza jurídica a la luz del derecho penal colombiano se corresponde con la atipicidad del comportamiento o con la ausencia de antijuridicidad del comportamiento típico.

JUSTIFICACIÓN

Son varias son las razones que justifican la elaboración del presente ensayo.

En primer lugar, resulta necesario estudiar el tema que se propone desarrollar en este ensayo, teniendo en cuenta que si bien es cierto un sector de la doctrina penal colombiana y extranjera se ha detenido a reflexionar con respecto a la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita (¿Causal de atipicidad o causal de ausencia de antijuridicidad?), concreta y particularmente en el derecho penal colombiano existe un déficit de trabajo teórico sobre el tema, lo cual genera el requerimiento concreto de propiciar la reflexión y el estudio como medios necesarios para intentar llenar dicho vacío.

En segundo lugar, se justifica la realización de este ensayo en la pretensión de generar un dialogo, un puente, que nos lleve a concebir el problema que existe entre la prohibición y el permiso en el derecho penal, lo cual podría llegar a generar conflictos normativos, pues se trata de un tema que nos obliga a repensar la estructura de la teoría del delito y deja en evidencia la relevancia del vacío normativo que sobre el particular ha dejado el legislador y que la doctrina aún no ha resuelto.

En tercer lugar, este ensayo se justifica en la medida en que pretende arrojar como beneficio el ofrecer al operador jurídico penal (fiscalía, jueces, ministerio público, abogado de la víctima, abogado de la defensa, procesado), insumos conceptuales y herramientas analiticas para que la aplicación de la institución del legítimo ejercicio de una actividad lícita no quede sometida al criterio personal de cada uno de esos distintos actores.

DESARROLLO

El derecho penal en sentido objetivo. La teoría de las normas en el derecho penal

La expresión derecho penal no es ciertamente unívoca. La doctrina en general suele distinguir por lo menos tres sentidos en la que esa expresión puede ser entendida.

Así, se señala que el derecho penal puede considerarse desde un punto de vista de vista objetivo, es decir, como sistema normativo, bien, desde un punto de vista subjetivo, como potestad del Estado y, por último, en sentido científico, para hacer referencia con ella a la dogmática penal.

Pues bien, teniendo en cuenta el propósito del presente trabajo, interesa detener el análisis del derecho penal en sentido objetivo que ha sido definido como: "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medidas de seguridad". (Bustos Ramírez. 1994, P. 50)

Plateado lo anterior, cabe indagar entonces por la naturaleza y el contenido de las normas penales que integran este sector del ordenamiento jurídico, así como las consecuencias que la adopción de una determinada postura frente a la norma penal acarrea en la estructura del concepto del delito.

Así, con respecto a la naturaleza de la norma penal existen varias posturas y planteamientos teóricos (Velásquez

Velásquez, 2009, P. 234), que para los efectos que aquí interesa desarrollar, de manera sintética pasan a exponerse.

La teoría monista de las normas o de los imperativos

Según ésta postura el derecho penal está conformado solamente por normas con un carácter imperativo, luego en el ámbito jurídico sólo hay mandatos y prohibiciones (deberes de hacer y de no hacer). Ello no quiere decir, según Bustos Ramírez, que se desconozca la existencia de otras reglas jurídicas en el ordenamiento penal, pero ellas no tienen autonomía y sólo cobran significación en su relación con los imperativos. Estas otras reglas jurídicas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente (Bustos Ramírez, 1994, P. 55).

A tono con lo anterior, siguiendo lo expuesto por el autor citado, la teoría monista tiene repercusiones sobre la teoría del derecho penal y, por tanto, respecto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito. Estas repercusiones se manifiestan en lo que se ha llamado la teoría de los elementos negativos del tipo, con una larga tradición en la dogmática del derecho penal. Las reglas de permiso (p. ej. se permite matar en legítima defensa) aparecen como simples presupuestos de la norma formuladas negativamente (p. ej. se prohíbe matar, si no se actúa en legítima defensa…). Luego una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio (Ibid).

Así entonces, de conformidad con la teoría monista, la afirmación de que una conducta es típica implica sostener que también es antijurídica, dado que las causales de justificación entendidas como reglas de permiso, quedan abarcadas como elementos negativos del tipo penal.

La teoría dualista de las normas

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo -prohibiciones o mandatos-, pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste sólo en normas, sino que además existe otro genera de reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general). Estas reglas de permiso son de carácter independiente frente a las normas y no tienen entonces sólo por función delimitarlas o circunscribirlas (Ibid, P.57).

De ahí que, según la teoría dualista, la tipicidad no absorbe a la antijurídicidad, con lo cual las causales de justificación no hacen parte del tipo penal, sino que están contenidas en un nivel sistemático distinto, autónomo y posterior al de la tipicidad que es la antijurídicidad.

Breves consideraciones sobre la teoría del delito como expresión de la conducta punible

Resulta necesario y pertinente iniciar el desarrollo del tema propuesto en este ensayo, efectuando una breve alusión a la estructura del concepto de la conducta punible, a partir de la regulación normativa prevista en la artículo 9 del código penal colombiano, según el cual: "Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

Como se desprende con toda claridad de la citada regulación normativa, el concepto del delito como una especie de la conducta punible, se compone de cuatro requisitos esenciales, la conducta, la tipicidad, la antijurídicidad y la culpabilidad, los cuales a su vez tienen y exigen en sí mismos otros requisitos para la posibilidad de la estructuración de su propia existencia.

Así entonces, siguiendo lo planteado por parte del profesor Fernando Velásquez Velásquez:

> El concepto de conducta se debe entender como la resultante de reunir las diversas notas que se le han asignado a la acción jurídico penal a lo largo de la historia de la dogmática: la causalidad, la finalidad y la socialidad (el carácter social), lo que permite acuñar un concepto final-social que intenta explicar todas las formas de aparición del delito o hecho punible. De esta manera, se pueden erigir cuatro estructuras diferentes: una para los hechos de comisión dolosa, que sirve de base a todas las demás; otra, a los omisivos dolosos; una más a los de comisión imprudente o culposa; y, la última, a los omisivos culposos, cada una de ellas con una configuración distinta en los diversos estratos de la construcción.
>
> En cuanto a la tipicidad, como producto de lo anterior, se parte de una concepción compleja del tipo penal que mira en él tanto aspectos subjetivos como objetivos, con la advertencia de que en estos últimos se ubica la construcción de la imputación objetiva.
>
> La antijuridicidad se divide en firmal y material, pero, a diferencia del cuestionable finalismo ortodoxo, se

desecha un concepto radical del injusto personal, dando cabida con ello, tanto al bien jurídico (desvalor de resultado) como al valor ético social (desvalor de acción), acorde con una concepción mixta de la norma penal (norma de determinación-norma de valoración), de esta manera, pues, se pretende restablecer el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo también en este plano de análisis.

A su turno, la culpabilidad o responsabilidad penal plena se entiende como un juicio de exigibilidad de carácter jurídico y social, pues, se es culpable en concreto, en un determinado contexto histórico y social, y no en abstracto.

Así entonces, para el fin que se persigue en este trabajo, es necesario resaltar y centrar la atención en la configuración del injusto penal, entendido este como la conducta típica y antijurídica, con lo cual se hace necesario precisar el significado de estas dos categorías del concepto de delito.

Pues bien, en el derecho penal se sostiene que la tipicidad equivale a la adecuación de la conducta realizada por el sujeto al tipo penal que la describe, por lo que, puede decirse, se trata de un concepto dinámico y funcional en la medida en que presupone la existencia de una conducta ajustada a un tipo, subsumible en él, o ligada a él por un nexo de dependencia temporal o personal. En otras palabras, la tipicidad es la resultante afirmativa del juicio de tipicidad (Velásquez Velásquez, 2009, P. 555).

Por su parte, la antijuridicidad debe ser entendida como un juicio negativo de valor en virtud del cual se determina si la conducta típica y antinormativa pugna o no con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado. En otras palabras: no basta con la verificación de la ausencia de una norma permisiva o causal de justificación -aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta en estudio representa una amenaza o daño para el bien jurídico tutelado -aspecto material (Ibid, P. 707).

Por último, siguiendo, de nuevo al autor nacional ya citado, los presupuestos sobre los que descansa el juicio de culpabilidad son los contenidos en el artículo 33 del código penal colombiano, esto es, la capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que -si falta uno cualquiera de ellos o ambos al mismo tiempo- no se puede emitir en contra del agente ningún juicio de responsabilidad penal; en otras palabras: es culpable quien tiene la posibilidad de comprender las exigencias norma-

tivas y de conducirse o motivarse de acuerdo con dichos dictados. Esto significa, a contrario sensu, que no es culpable o responsable quien –dadas las circunstancias de orden personal y social concretas en las que realiza el injusto (conducta típica y antijurídica)- se encuentra en imposibilidad de decidirse conforme a las exigencias del derecho (Ibid, P. 827).

La teoría de la imputación objetiva. Su ubicación sistemática dentro del injusto penal y sus consecuencias

El código penal colombiano señala en el artículo 9 que: "… La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado…".

La anterior consagración normativa ha suscitado discusión acerca de su ubicación dentro del sistema de la estructura del delito (Ibid, P. 585).

En este trabajo se parte de la premisa en virtud de la cual si la ubicación sistematica de los requisitos de la imputación objetiva se encuadra dentro del aspecto obejtivo del tipo, ello ha de producir necesariamente efectos en la configuración del injusto penal dentro del sistema teórico.

En virtud de la imputación objetiva resulta ineludible examinar a efectos de determinar si el resultado que afecta al bien jurídico (lesión o puesta efectiva en peligro), es la consecuencia de la acción o de la omisión del sujeto, los siguientes tres requisitos (Ibid, P. 589).

a). Si la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico. b). Si ese riesgo se ha plasmado en el resultado lesivo (tentativa o consumación) y, c). Si el resultado queda cobijado por el tipo penal.

Acorde con lo anterior, se insiste, asumiendo que la ubicación sistemática de los requisitos de la imputación objetiva pertenece al tipo en su aspecto objetivo y que, por consiguiente, el análisis de los tres requisitos que la componen se debe también efectuar en sede del juicio de tipicidad, resulta entonces necesario preguntarse si cuando el sujeto activo obra en legítimo ejercicio de una actividad lícita, realiza a la luz del derecho penal colombiano positivo vigente ¿una conducta atípica o una conducta típica más no antijurídica?.

En otros términos expuesto, teniendo en cuenta que el legítimo ejercicio de una actividad lícita es regulada como una causal de ausencia de responsabilidad penal, entonces habrá que indagar si la exoneración penal deviene en virtud de que ella se constituye como una causal

de atipicidad o de si ella se constituye como una causa de justificación.

La discusión sobre la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita

En este trabajo se parte de la premisa de que el conjunto de normas que integran el derecho penal en sentido objetivo se encuentra compuesto por prohibiciones, mandatos y permisos (causas de justificación), esto es, se asume la postura de la denominada teoría dualista de las normas que ya fue expuesta.

Pues bien, el legítimo ejercicio de una actividad lícita hace referencia al ejercicio de una profesión u oficio como la medicina, la abogacía, o deportes, etcétera, de la cual es imaginable que se puedan generar resultados lesivos de posible interés para el derecho penal

Que sea una actividad lícita significa que está permitida por el ordenamiento jurídico; sin embargo, para que esta esta causal de exclusión de responsabilidad se concrete no es suficiente con que sea una actividad lícita, sino que además esta debe ser legitima "debe ser en todo caso conforme a las pautas que la regulan, acorde con la respectiva ley reglamentaria si ya existe". (Ibid)

Naturaleza jurídica

En el derecho penal se ha presentado una gran controversia con respecto a cuál es la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad lícita, y aunque varios autores han hecho referencia a esta cuestión no se ha logrado obtener una respuesta más o menos unificada que pueda despejar el problema

Para intentar lograr una cierta precisión sobre desde que requisito de la teoría del delito (tipicidad o antijuridicidad) actúa como excluyente de responsabilidad penal el legítimo ejercicio de una actividad lícita, a continuación, se pasa a analizar las tres posturas que consideramos existen al respecto.

Posturas que sostienen que su naturaleza es la de ser una causa de atipicidad.

Un factor común entre los autores que plantean que la naturaleza jurídica de la institución aquí desarrollada, es el hecho de que un sujeto que ejerce una actividad lícita no podría llegar a cometer ni siquiera el injusto penal, pues el hecho de que esta actividad sea conforme a derecho implica que no debería plantearse la conducta como típica.

Como lo ha propuesto Mario Salazar Marín, quien ejerce una actividad lícita

no incurre en injusto, dado que una conducta no puede ser lícita e ilícita al mismo tiempo. Ni siquiera entonces una acción lícita debe encuadrar en un tipo, refiriéndonos así a la teoría de la ratio essendi, según la cual en el derecho solo hay conductas contrarias o conformes a él. (P. 628)

Por tanto, con base en esta teoría es ilógico que una conducta ya tomada por típica se considere al mismo tiempo como permitida o que siendo conforme a derecho se tome como típica, porque no debe haber intermedios, el derecho penal debe ser preciso pues es la herramienta más severa que tiene el Estado para ejercer su poder punitivo.

Por su parte Frisch pareciera también ser partidario de defender la atipicidad como naturaleza del legítimo ejercicio de una actividad lícita, al encuadrar las justificantes dentro del riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, para este autor la figura analizada en este ensayo se toma como excluyente de la tipicidad, pero además de esto Frisch también plantea que la tipicidad absorbe el requisito formal de la antijuridicidad (las causales de justificación) llevandolas a la imputación objetiva, específicamente al contexto del riesgo jurídicamente desaprobado; por tanto si la conducta no se considera permitida sino por el contrario prohibida (típica) se configura así un injusto (Frisch, Citado en Reyes Alvarado, 2005, P. 108).

Por su parte, Zaffaroni habla de casos de tipicidad conglobante menciona dos actividades de las anteriormente nombradas y se trata de las intervenciones quirúrgicas y de las lesiones deportivas, lo cual lo hace defensor de esta teoría que plantea la atipicidad cuando se ejerce la actividad lícita, sin embargo, su argumento fundamental no radica en que la tipicidad absorba elementos de la antijuridicidad (las causales de justificación), como lo han sostenido otros autores, pues la tipicidad conglobante no es lo mismo que justificante, tipicidad conglobante como su nombre lo dice es un elemento de la tipicidad que plantea que para que exista tipicidad penal debe la conducta ser previamente antinorrmativa y corresponder a una descripción legal. Tal descripción la denomina como "tipicidad legal", y la anti-normatividad, que se establece a partir de la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, buscando que unas conductas a pesar de aparecer descritas son mandadas, fomentadas o insignificantes, la llama "tipicidad conglobante". De manera tal, que la tipicidad penal surge de la constatación de la tipicidad legal sumada a la conglobante, y si falta esta última, la conducta se tomara como atípica (Zaffaroni, 2000).

Posturas que sostienen que su naturaleza es la de ser una causa de justificación.

Algunos sectores de la doctrina consideran que el legítimo ejercicio de una actividad lícita da lugar a excluir la antijuridicidad de una conducta típica como es el caso de Luis Jiménez de Asua quien sitúa esta institución como una causal de justificación, pero a pesar de que constata que, en el código penal español no se tiene dicho expresamente que el ejercicio de la actividad lícita sea una causa de justificación, no es claro al argumentar porque lo considera así, pues dice: "A falta de precepto taxativo se ha invocado el fin reconocido por el estado, la esfera de libertad, que el poder público nos deja, la justificación supra legal, ausencia de tipicidad (…), confundiendo la justificación con el elemento subjetivo de lo injusto que para el afecta a su vez al tipo. (Jiménez de Asua, 1961, P. 583)

Otro representante de esta postura es Alfonso Reyes Echandía quien hace un análisis de esta institución no precisamente desde el código penal colombiano sino desde el artículo 39 de la Constitución Política que garantiza el derecho al libre ejercicio de profesión u oficio; plantea Reyes que: "tener un título profesional conlleva la facultad de ejecutar aquellos actos necesarios para el logro de los fines propios de la respectiva profesión, aun en el caso de que la realización de tales fines implique lesión de bienes jurídicamente protegidos. En tales condiciones, el abogado que en un alegato se ve precisado a exponer hechos que lesionan el honor o la fama de un tercero no ejecuta acción antijurídica. (P.19)

También, el profesor español Santiago Mir Puig como tal no habla del ejercicio de una actividad lícita sino del ejercicio de un oficio o cargo, y como ya se ha dicho anteriormente, el ejercicio de una actividad lícita hace referencia precisamente a estos, por tanto, queda claro que estamos hablando de una misma situación.

Sin embargo, Mir Puig habla de estos supuestos mirados desde el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho que, hacen referencia a la obediencia debida pues, dice el autor que no obstante que en su ordenamiento jurídico se enumeran cuatro supuestos: 1.) cumplimiento de un deber, 2.) ejercicio de un derecho, 3.) ejercicio de un oficio y 4.) Ejercicio de un cargo, no se toman como instituciones aparte el ejercicio de un cargo u oficio pues son más bien fuentes de posibles derechos y deberes.

Para este autor: cuando el derecho impone a alguien el deber de realizar un hecho previsto en un tipo penal

> o le confiere un derecho que se lo permite, es evidente que no puede considerarse contrario a derecho, esto es, antijurídica la realización de aquel hecho. Una clase especial de deber impuesto por el derecho que puede dar lugar a esta situación es el deber de obedecer determinadas órdenes" y es aquí donde deja claro que desde su posición entiende que estos presupuestos excluyen de responsabilidad penal por no ser antijurídico (Smir Puig, 1998, P. 484).

Como se desprende de lo dicho en este apartado, por regla general los autores que defienden esta teoría lo hacen apoyados en el supuesto de que tales instituciones se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico y, que, por tanto, se consideran como normas permisivas las cuales tienen un análisis en el ámbito de la antijuridicidad como justificantes.

Posturas que sostienen que su naturaleza es mixta.

Siendo este tema de la naturaleza jurídica del legítimo ejercicio de una actividad licita, de tratamiento escaso en la doctrina colombiana, sí que ha sido mucho más difícil encontrar autores que defiendan esta institución desde esta teoría de la naturaleza jurídica mixta.

En Colombia está ha sido planteado por Fernando Velásquez Velásquez, quien dice que el ejercicio de una actividad lícita posee una naturaleza mixta: como causal de atipicidad y de justificación, pues en muchos casos el ejercicio de una actividad conforme al derecho no representa ninguna amenaza o lesión para el bien jurídico y se está en frente a situaciones de evidente adecuación social de la conducta en las que faltaría la imputación objetiva (P. 744).

Otro autor que asume que el ejercicio de una actividad lícita posee una naturaleza mixta es el profesor Juan Fernández Carrasquilla quien, aunque no habla precisamente de la institución objeto de este ensayo, da una forma de unificar las justificantes con la tipicidad e incluso con la culpabilidad entendiéndose aquí incluido el legítimo ejercicio de una actividad lícita, según esto propone Carrasquilla:

> para lograr el concepto de tipo total, compuesto de la suma de conducta típica (tipo de acción), antijuricidad típica (tipo de injusto) y culpabilidad típica (tipo de culpabilidad, pero exceptuando reprochabilidad), expone que la antijuricidad de la conducta esta patente antes de la descripción legal, por lo que "el injusto se tipifica", mientras que para la tradición es el tipo el que se justifica o injustifica, con el resultado paradó-

jico de que una misma conducta estaría a un mismo tiempo prohibida y permitida (tipificada y justificada), o bien, inexorablemente, permanecería prohibida (tipificada) pese a estar autorizada". Dice finalmente Fernández Carrasquilla que "el tipo penal no abarca hechos permitidos, lícitos y autorizados o mandados, como tampoco hechos inocuos, insignificantes o socialmente adecuados.

Al tratar sobre las causales de justificación que él llama "tipo permisivo", se refiere a ellas como excluyentes no solo de antijuridicidad sino también de tipicidad, en razón a que "la antijuridicidad es el más importante complemento objetivamente valorativo del tipo de la acción conminada con pena (Fernández Carrasquilla citado por Gómez Pavajeau, 2005, P. 77).

Toma de postura.

Parece correcto indicar que a la luz del código penal colombiano vigente, el legítimo ejercicio de una actividad lícita debe ser entendido como una causal de exclusión de la tipicidad, pues la ubicación sistemática del concepto de la imputación objetiva situado como requisito de la estructura del tipo, lleva aparejada la necesidad de entender que una actividad que se ejerza lícita y legítimamente no pueda sobrepasar el filtro del requisito de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, porque aunque tal actividad este causando una lesión o un peligro al bien jurídico cumpliendo con el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, lo cierto es que dicha lesión o peligro queda dentro del contexto del riesgo permitido.

De otro lado, sea cual sea la naturaleza que se le otorgue al legitimo el ejercicio de la actividad lícita, lo cierto es que el entendimiento que un sector de la doctrina hace en cuanto a que los criterios de la teoría de la imputación objetiva deben ser analizados dentro del aspecto obejtivo de los tipos, lleva a pensar que la discusión acerca de la teoría de las normas penales que se acoja (bien sea la teoría monista de los imperativos o la teoría dualista), debe ser puesta al día y reactualizada de cara a la moderna teoría de la imputación objetiva desarrollada principalmente por Jakobs y Roxin en Alemania.

Todo parece indicar que se hace necesario reestructurar y repensar la teoría de la conducta punible, ante la posibilidad de asumir una posible absorción por parte de la tipicidad de las causales de justificación (causales generadoras de riesgos permitidos), que se entienden por un sector de la doctrina como de exclusión del aspecto formal de la antijuridicidad y, por otro

sector, como causales de justificación conglobantes, es decir, que a la vez dichas causales tendrían la potencialidad de excluir la tipicidad o la antijuridicidad, dependiendo de la perspectiva analítica que se adopte.

Quizá por ello un autor tan representativo como Günther Jakobs ha señalado: "no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación". (Marcial Pons, 1997, p. 245), con lo cual pareciera situarse en la idea de que un comportamiento ejecutado dentro del contexto propio de una actividad lícita no puede estimarse siquiera como típico.

Del mismo modo Claus Roxin (1997), afirma:

> Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo (p. 371).

CONCLUSIONES

Es evidente el déficit teorico existente en cuanto a la institución del legítimo ejercicio de una actividad licta, que no solo se da en el ordenamiento jurídico colombiano, en el que la doctrina no se ha interesado en profundizar sobre la cuestion, para intentar dar una solución acerca de su naturaleza jurídica.

Cuando el ordenamiento jurídico tiene estas fisuras no sólo está corriendo el riesgo de que los operadores judiciales puedan tomar decisiones carentes de fundamento, sino también, generar inseguridad jurídica.

Ante ese panorama han de adelantarse estudios jurídicos encaminados a propiciar el adecuado entendimiento de las instituciones jurídicas, para nuestro caso, relacionadas con la teoría del delito. A ello, modestamente queremos contribuir con este trabajo que constituye apenas el embrión y la semilla de la aproximación al tema desarrollado.

Bibliografía

Bustos Ramírez, J. (1994). Manual de derecho penal, parte general. Cuarta edición. Editorial PPU, S.A. Barcelona España.

Gómez Pavajeau, C. A. (2005). El principio de la antijuridicidad material. 4 edición. Editorial giro editores LTDA, Bogotá Colombia. P.77. Citando a Juan Fernández Carrasquilla. Derecho penal fundamental tomo 2 editorial Temis Bogotá Colombia 1998.

Jackobs. (1997). Derecho parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Apartado 16. Segunda edición, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Jiménez de Asua, L. (1961). Tratado de derecho penal. Tomo 4, editorial losada S, A, Buenos Aires Argentina.P.583.

Mir Puig, S. (1998). Derecho penal parte general, quinta edición, editorial corregrafic SL, Barcelona España. P. 484

Reyes Alvarado, Y. (2005). Imputación objetiva. Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia. P. 108 citando a Wolfgang Frisch. Tatbestandsmäbiges

Reyes Alvarado, Y. (2005). Prólogo. Imputación objetiva. Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia.

Reyes Echandia, A. (1974).Derecho penal parte general, Tercera edición, Editorial publicaciones universidad externado de Colombia, Bogotá Colombia .P. 219.

Roxin, C. (1997).Derecho penal parte general fundamentos. La estructura de la teoría del delito, segunda edición, editorial civitas SA.Madrid España, Pp. 573

Salazar Marín, M. (2007). TEORIA del delito, con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal, editorial Ibáñez, Bogotá Colombia.

Velázquez, F. (2009). Derecho penal, parte general, Cuarta edición. Editorial Comlibros, Bogotá Colombia. P.744.

Velázquez, F. (2009). Derecho penal, parte general. Cuarta edición. Editorial Comlibros, Bogotá Colombia. P.747

Zaffaroni, E. R. (2000). Derecho penal, parte general. Fundamentos y relación con la anti normatividad. Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina. P.562

Zaffaroni, E. R. (2000). Derecho penal parte general. Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina.

La influencia de la teoría feminista crítica de las relaciones internacionales en la construcción jurisprudencial del estándar de violencia sexual como tortura: el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Luisa Fernanda Lasso Rivera

Universidad de La Sabana

Resumen

El presente artículo tiene como propósito dilucidar los concepto de la teoría feminista crítica de las relaciones internacionales que son recogidos en sentencias selectas del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, para así evidenciar de qué manera esta escuela del pensamiento pudo haber influenciado en el trabajo de los jueces que conocieron los casos de la época, en particular en el desarrollo jurisprudencial que dio origen al estándar de violencia sexual como tortura, en el juzgamiento de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Palabras claves: Feminismo crítico, teoría de las relaciones internacionales, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, violencia sexual, tortura, crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad.

INTRODUCCIÓN

A finales de los años setenta, de manera simultánea al auge del movimiento por los derechos civiles y políticos de las personas afrodescendientes, los movimientos feministas empezaron a tener mayor visibilidad en las reivindicaciones sociales y en el estudio las distintas disciplinas (Villarroel, 2007). Es en este momento cuando las teorías feministas del conocimiento intentan romper con los esquemas tradicionales y exigen una restructuración de las Relaciones Internacionales, a fin de explicar los fenómenos mundiales que se produjeron a partir de la década de los ochenta (Salomón, 2002). Para la teoría feminista, al valorar términos propios de las Relaciones Internacionales como lo son el poder, la política, la capacidad militar y la fuerza, se parte de la idea de que, en estos escenarios, los hombres han estado presentes y las mujeres ausentes (Kaufman, 2013). Lo anterior, ha generado que durante mucho tiempo los problemas propios de la condición femenina no sean tenidos en cuenta en el estudio de las Relaciones Internacionales, así, la teoría feminista pretende hacer un esfuerzo para revelar algunas situaciones que deben afrontar las mujeres en estos contextos.

En el caso concreto del Tribunal Penal Internacional Para la Antigua Yugoslavia (en adelante TPIY), un organismo ad hoc que fue creado de manera exclusiva con el mandato de juzgar los crímenes que ocurrieron en la Antigua Yugoslavia, la consolidación de un nuevo estándar de violencia sexual como tortura en su jurisprudencia recoge distintos postulados de las teorías feministas de las Relaciones Internacionales, pero trascendió el enfoque liberal de las mismas, pues el TPIY no se limitó a condenar a los individuos por hechos aislados sobre violaciones a los derechos humanos de las mujeres, sino que, al reconocer un patrón en la sistematicidad de la ocurrencia de actos de violencia sexual, usó planteamientos propios de la teoría feminista crítica para establecer, vía jurisprudencia, que siempre que un agente del Estado ejerciera violencia sexual en contra de una mujer, debía entenderse como tortura, lo anterior está basado en un postulado feminista bajo el cual esta situación de violencia es el resultado de un contexto de discriminación en razón del género arraigado en las estructuras económicas, sociales y culturales propias de la sociedad (Tickner, 1992).

Con base en lo anterior, este texto pretende responder al interrogante de cuales son los postulados de la teoría feminista crítica que fueron recogidos en la jurisprudencia del TPIY para consolidar un nuevo estándar de tortura, a

partir de la violencia sexual que perpetuaron los agentes del Estado durante los conflictos que surgieron en la Antigua Yugoslavia, partiendo de la hipótesis según la cual la preponderancia del papel de los individuos, en este caso, colectivos de mujeres y el análisis de las condiciones sociales y estructurales, más allá del Derecho, pudieron haber influenciado en una nueva valoración de la violencia sexual, en las sentencias proferidas por el TPIY. El Objetivo general será analizar que ideas centrales del feminismo crítico se recogen en los pronunciamientos de los jueces del TPIY, para su consecución se han planteado dos objetivos específicos: el primero busca analizar algunos aspectos del conflicto de la Antigua Yugoslavia que puedan ser de relevancia para la teoría crítica feminista y para los casos que serán objeto de análisis en este escrito, el segundo, busca confrontar ideas centrales de la teoría crítica feminista con algunas consideraciones del TPIY.

Para resolver esta pregunta, este texto se ceñirá a las siguiente estructura: en primer lugar, se presentarán algunas consideraciones sobre el movimiento de mujeres en la Antigua Yugoslavia y su papel en el conflicto que se presentó en la zona; posteriormente, se hará una valoración sobre la evolución jurisprudencial del crimen de violencia sexual en las primeras sentencias del TPIY ; en tercer lugar, se contrastarán las principales tesis de la teoría crítica con las consideraciones más relevantes sobre la violencia sexual como estándar de tortura ; por último se aportarán algunas conclusiones. La metodología que será utilizada será principalmente un análisis que se haga a partir de la revisión de literatura, enfocada en textos académicos que hayan podido desarrollar y abordar estos temas, así como de las sentencias proferidas por el TPIY que sean más relevantes.

I. El movimiento de mujeres y su papel en los conflictos de la Antigua Yugoslavia

Los conflictos de la Antigua Yugoslavia fueron enfrentamientos que surgieron a partir de la disolución de esta estructura federal. Así, el año de 1991 es considerado el inicio de esta contienda, debido a la declaración de independencia de Eslovenia de Yugoslavia, tendencia que se mantendría para que Croacia y Bosnia Herzegovina manifestaran también su intención de alcanzar la soberanía nacional, durante toda la década de los noventas Croacia y Bosnia Herzegovina se enfrentaron en brutales batallas militares (ICTJ, 2008). Según exponen los autores, estos enfrentamientos tuvieron objetivos distintos dependiendo de la perspectiva de cada Estado, así, para Serbia

y Montenegro aquella fue una disputa por mantener la integridad territorial de Yugoslavia; para Croacia, Bosnia Herzegovina y Eslovenia fue una guerra de liberación, estando muy presente en el caso de Bosnia un elemento de supremacía étnica (Fuentes, 2006).

De otro lado, se ha considerado que los conflictos que se presentan a finales del siglo XX, y los que continúan aún en nuestro siglo, se caracterizan por estar al nivel de "la comunidad", quien tiene el nexo con la acción que genera confrontación social, es en la comunidad en donde se genera mayor violencia y tensión (Goodhand y Hulme 1999). En ese sentido se puede llegar a sostener que las disputas contemporáneas se han centrado en el papel de los individuos y sus identidades o intereses, y allí es donde la concepción de nuestras estructuras sociales cobra un significado vital en donde los distintos movimientos intentarán repensar el status quo o preservarlo, en contextos de guerra. La teoría crítica, que propone replantear algunas de estas estructuras y discursos que se posesionan como hegemónicos, toma fuerza en esta tendencia sobre la configuración de los conflictos.

A finales de los años ochenta, distintos debates en materia de etnicidad y nacionalismo se empiezan a gestar en algunos sectores, predominantemente el sector académico, en la Antigua Yugoslavia, las mujeres fueron partícipes de estas discusiones, exponiendo por primera vez, y en grupo, algunas de sus preocupaciones como lo son la legislación sobre la violencia sexual, el cuidado de sus hijos y su participación en las distintas esferas de la vida pública (Supek, O, 1994). A diferencia de las demás cuestiones que eran objeto de debate, nacionalismo e identidad étnica, las mujeres supieron ver que los asuntos que las inquietaban las interpelaban a todas por igual sin importar su nacionalidad o etnia. Lo anterior, es una postura propia de las teorías críticas que hace perder fuerza a la relevancia de los Estados en la Teoría de las Relaciones Internacionales, ya que según esta escuela de pensamiento las estructuras replican factores de opresión, un fenómeno que trasciende las fronteras nacionales.

En 1987 tuvo lugar la Primera Conferencia Feminista de Yugoslavia en Liubliana, cuya resolución enfatizó en que las mujeres no reconocerían las fronteras artificiales creadas por los hombres, y que ellas estaban unidas bajo una hermandad que podía superar disputas sobre derechos territoriales y geográficos (Stojsavljevic, 2000), A pesar de que con el transcurso de la guerra, algunas facciones del movimiento feminista se vieron permeadas por propaganda estatal e ideas de naciona-

lismo radical, que les impidieron seguir cooperando con sus pares croatas o serbias, otro sector muy importante se fortaleció durante la guerra y mujeres de los distintos Estados miembros de la disuelta Yugoslavia empezaron a fundar grupos de sociedad civil y ONG´s cuyo objetivo era ayudar a las mujeres víctimas de violencia sexual en la guerra, que fueron objeto de "limpieza étnica" y que se vieron afectadas por una separación de su núcleo familiar. Las distintas maneras en las cuales el conflicto afectó a las mujeres de la antigua Yugoslavia dan cuenta de la forma exclusiva en la cual ellas se vieron afectadas por el mismo, en su condición de ser mujer.

Asimismo, es importante resaltar que la literatura considera que es precisamente en el conflicto surgido en el año de 1991, que dio lugar a la disolución de la Antigua Yugoslavia, el que visibilizó la violencia sexual como un crimen en la guerra. Según los autores esta visibilización se debe a que la violencia sexual, en este contexto, dejó de ser un fenómeno oculto y se convirtió en un arma de propaganda al ser éste un conflicto étnico, pues el acceso carnal violento perpetuado por un militar hacia una mujer de otra etnia suponía una contribución al extermino de este grupo (Stojsavljevic, 2000). Así, distintos grupos de intereses como la prensa, organizaciones de Derechos Humanos y la comunidad internacional tuvieron la intención de preocuparse por este asunto que empezó a ser de relevancia debido al carácter sistemático y generalizado que tenía en el conflicto de la Antigua Yugoslavia. Lo anterior, se debe también a una denuncia y organización de los grupos feministas que se consolidaron en este territorio desde los años ochenta.

II. La naturaleza del crimen de violencia sexual: su desarrollo jurisprudencial en el TIPY

A pesar de que, en el siglo XX, durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial, la violencia sexual fue una práctica generalizada, y utilizada como estrategia de guerra, no fue sino hasta la conformación del Tribunal Penal para Ruanda y para la Antigua Yugoeslavia, que este crimen empezó a ser visibilizado por los tribunales internacionales. Lo anterior, debido a los esfuerzos del movimiento feminista por visibilizar esta problemática, llamando la atención de los jueces internacionales (Ríos y Brocate, 2017). El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se reconoce, por primera vez en la historia, a la violencia sexual como un crimen contra la humanidad, de carácter internacional. Posteriormente, este reconocimiento quedará asimismo plasmado en el estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante

TPIR). Sin embargo, dado que ambos tribunales llegaron a considerar la violación, no como un tipo penal autónomo, sino dentro de la categoría de crimen contra la humanidad es menester recordar que según el desarrollo jurisprudencial de la época para que este crimen se configure, la violación debe ser de carácter masiva, generalizada o sistemática (Odio Benito, 2017).

En la sentencia Furundžija, el TIPY reconoció por primera vez que las diversas formas de violencia sexual, en todos los conflictos armados, bien sean internacionales o no internacionales, configuran la responsabilidad penal internacional para el individuo o grupos de individuos que la perpetúan. Posteriormente, en el caso Celebici los Fiscales acusaron a cuatro hombres de haber infringido normas del DIH, por la violación de dos mujeres serbias, argumento que el TIPY incluyó en su sentencia para motivar el sentido del fallo. De otro lado, en el caso Akayesu el TPIR concluyó que, al igual que la tortura, la violación se utilizaba para fines concretos de dañar la dignidad de la persona, mientras que puede ser un medio de amenaza, humillación y degradación. Señaló además, por primera vez, que cuando la violación era perpetuada por un agente del Estado o por otra persona con un puesto oficial se constituía como un acto de tortura. Posteriormente, en Akayesu el TIPY describe a la violencia sexual como cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias coactivas. Este estándar fue además seguido por el TIPY que se reconoció en la sentencia Furundžija.

Particularmente, y por primera vez, en el caso Celebici vs Fiscalía del TIPY, la Sala Primera de Revisión, dentro de sus consideraciones, evalúa el delito de violencia sexual como tortura. Lo anterior, debido a que el delito de violencia sexual no estaba expresamente prohibido por los Convenios de Ginebra, en atención a que el asunto a conocer era sobre violaciones al DIH de prisioneros del campo Celebici en Bosnia Herzegovina, y por lo tanto la Sala procede a evaluar sí los elementos que constituyen el delito de tortura se pueden ver concatenados en actos de violencia sexual. Así, trayendo colación los estándares señalados dentro de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TIPY, en Sala de Primera Revisión, establece que para que se configure tortura debía presentarse un acto intencional mediante el cual se infrinja dolor físico psíquico a una persona, en segundo lugar, que ese sufrimiento sea infringido con un propósito o finalidad, en tercer lugar que esa actuación sea desarrollada por un funcionario público o particular que actúe bajo órdenes de un miembro del Estado.

El TIPY en su sentencia Celebici vs Fiscalía, cuya línea jurisprudencial no varió frente a la valoración del delito de violencia sexual, decidió ajustarse a los estándares ya establecidos por la CortelDH que le permiten evaluar, de manera general, que actos se constituyen como tortura, añadiendo a este desarrollo jurisprudencial que la violencia sexual se considera siempre un acto de tortura, no solo porque se reúnen las condiciones exigidas para que el acto sea calificado de esta manera, sino porque además es una afrenta grave a la dignidad e integridad personal de quienes la sufren y que también, en escenarios de conflicto armado, suele ser producto de un sistema basado en una discriminación por género y sexo que también ha sido reconocida por el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Por otro lado, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, o, Estatuto de Roma ha señalado en su artículo 8 que algunos crímenes de naturaleza sexual pueden ser considerados crímenes de guerra, y en ese sentido configuran graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH). No obstante, paralelamente, en su artículo 5 este documento considera, de manera expresa, a la violación dentro de los crímenes contra la humanidad. Y, asimismo, considera al embarazo forzado, como un crimen de violencia sexual que puede configurar genocidio, dependiendo si se prueba o no el dolus especialis de este crimen (Zorilla, 2005).

Del análisis anterior de este acápite se puede concluir que, en primer lugar, no fue sino hasta la década de los 90 que las cortes internacionales prestaron especial atención a la configuración de los crímenes de violencia sexual en los conflictos armados, los cuales habían sido invisibilizados durante mucho tiempo. Asimismo, se evidencia que la tipificación de este crimen no ha sido pacífica, y que en la jurisprudencia y en la legislación internacional no hay un acuerdo para calificar si, la perpetuación de la violencia sexual constituye un crimen de guerra, de lesa humanidad o genocidio, no obstante, esta investigación puede llevar a concluir que, dependiendo de las circunstancias particulares de los casos, las cortes han incluido a la violencia sexual en algunas de estas categorías. Corresponde a continuación alejarnos de este acápite de análisis jurídico para entender, desde la bibliografía, la influencia del pensamiento de la teoría feminista crítica en la construcción de esta nueva perspectiva del Derecho Penal Internacional.

III. Los postulados de la teoría feminista crítica en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia

La teoría feminista crítica surge como una reacción a la teoría feminista liberal, y pretende ir más allá de la garantía del principio de igualdad ante la ley para las mujeres. Así, la teoría feminista crítica parte de la idea, según la cual, la verdadera igualdad no podrá ser posible hasta que las estructuras fundantes de nuestra sociedad, influenciadas por su sistema de carácter patriarcal, muestren un cambio definitivo en su naturaleza y eso incluyen todos los aspectos la vida social, desdibujando la línea entre lo público y lo privado. En el plano de las Relaciones Internacionales, la teoría feminista crítica reconoce que las dinámicas entre los Estados y los sujetos están fuertemente influenciadas por instituciones y estructuras que se han construido sin tener en cuenta los intereses y necesidades de las mujeres. De allí, que la forma en la cual se considera y valora la violencia sexual sea replanteada es algo fundamental desde esta postura.

Asimismo, paras las teorías críticas el Derecho no se reduce a un sistema abstracto y racional separado de los factores económicos, sociales y políticos, sino que, es el resultado de las formas en la cuales operan estos sistemas en un contexto social determinado, para la teoría feminista radical, entonces, no basta simplemente con promover reformas desde lo legal sin tener en consideración planteamientos para repensarse estos aspectos (Charlesworth, Chinkin y Wright, 2014). Es por ello que, en el Derecho Internacional, las mujeres y la feminidad han quedado relegadas a un segundo plano, pues a simple vista las cuestiones que le ocupan no tienen en consideración sus problemas propios, esto frente a temas como territorio, soberanía, independencia, guerra, entre otros (Charlesworth, Chinkin y Wright, 2014).

Un aporte fundamental de la teoría feminista crítica radica en desafiar la concepción realista del control del hombre sobre el hombre; es decir, el poder como forma de dominación que ha sido asociada siempre con la masculinidad desde que el ejercicio del poder es visto como una actividad varonil (Lozano Vásquez, 2012). Para la teoría feminista crítica, un concepto crucial como el de seguridad en las Relaciones Internacionales, debe ser repensado para atender también asuntos de la seguridad propia de las mujeres, viendo en la capacidad militar de los Estados una amenaza más que una garantía para salvaguardad la vida e integridad de la población femenina (Tickner, 1998).

La influencia de la teoría crítica feminista en la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia puede verse desde sus primeros fallos en la definición de un nuevo concepto sobre violencia sexual. Así, en su caso Celebici vs Ficalía, por primera vez en la Historia, un tribunal internacional definió la violencia sexual como la invasión física de naturaleza sexual, perpetuada en contra de una persona en circunstancias que son coercitivas, apartándose de la definición tradicional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en donde la penetración es el elemento central para que se constituya un acto de violación (Bou Franch, 2012). Este nuevo enfoque sobre cómo se aborda la violencia sexual, centrado no tanto en los hechos y detalles, sino más en el elemento coercitivo de carácter sexual es un aspecto que la teoría feminista crítica aprobaría, pues trata de repensar un concepto con el propósito de buscar una mayor garantía y protección a los derechos de las mujeres.

Asimismo, en su fallo sobre Kunarac vs Fiscal el TPIY consideró que, debido al carácter sistemático de su ocurrencia, los crímenes de violencia sexual perpetrados por agentes del Estado no constituían hechos aislados y respondían sobre todo a una discriminación estructural que se ejercía en contra de las mujeres serbias, lo anterior, agravaba su conducta y la violencia sexual ejercida que en este caso llegó a ser considerada no solo como tortura, sino también como un crimen de lesa humanidad. Al respecto, el reconocimiento de estas condiciones sociales, sumado a una valoración de la cultura, y la evidencia de factores de discriminación de carácter estructural son aspectos que han sido tenidos en cuenta, no solo para proferir un fallo de responsabilidad penal individual, sino además, para hacer una contribución a cuales son las situaciones que fueron causa de la violencia contra las mujeres en el conflicto de la Antigua Yugoslavia y sobre las cuales el Estado debía tomar algunas medidas para erradicar estas situaciones.

Finalmente, al consolidar la violencia sexual como una forma de tortura, el TPIY da mayor relevancia y busca proteger con más vehemencia la integridad personal y la dignidad de quienes son víctimas de esta conducta delictiva. Con anterioridad a los juicios celebrados por este tribunal la violencia sexual solo se limitaba a ser motivo de un fallo condenatorio para algunos miembros de los ejércitos que habían incurrido en ella, sin embargo, la valoración de este acto como uno de tortura, con base en los elementos analizados a partir de los casos concretos implica que este tribunal ha realizado un estudio exhaustivo de las condiciones en las cuales se presentan estos crímenes, develando patrones de ciertas prácticas discrimi-

natorias contra las mujeres. Más allá de ser un aporte teórico o simbólico, en este punto se evidencia la idea de las teorías críticas, según la cual el Derecho es una disciplina que debe estar conectada con un contexto social, político y económico para mantener o cambiar un status quo en la sociedad, entendiendo a esta estructura desde sus dinámicas en la práctica en que se desenvuelve, y no como el producto de abstracciones y argumentos racionales que pretenden mantener una imparcialidad.

CONCLUSIONES

Este texto pretendió responder al interrogante sobre cuales eran los postulados de la teoría feminista crítica de las Relaciones Internacionales que se evidenciaban en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, con especial atención, a su valoración de la violencia sexual como un acto de tortura, asimismo, pretendió caracterizar los movimientos de mujeres durante el conflicto en la Antigua Yugoslavia para entender cual era el contexto objeto de estudio por este tribunal internacional. Con base en la investigación ya realizada, se puede afirmar que el TPIY tomó en cuenta algunos postulados de la teoría crítica feminista para desarrollar el tipo penal de violencia sexual y su consolidación como estándar de tortura, lo anterior, permitió no solo que estos hechos fueran visibilizados, sino que además, se analizara su naturaleza a la luz de un contexto de discriminación sistemática perpetuada contra las mujeres, por lo hechos ocurridos en la Antigua Yugoslavia, y por la ausencia de una perspectiva femenina en la interpretación de los conflictos y los estudios del Derecho Internacional y la Teoría de las Relaciones Internacionales.

Bibliografía

Brenda Cossman et al., Gender, Sexuality and Power: is feminist theory enough?, 12 Colum. J. Gender & L. 601, 604, 2003.

Charlesworth, H., Chinkin, C., & Wright, S. (1991). Feminist Approaches to International Law. The American Journal of International Law, 85(4), 613-645. doi:10.2307/2203269

Fiscal vs. Furundzija. (1998). Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (No. IT-95-17/1-T-). Recuperado de http://www.icty.org/

Fiscal vs. Mucic et al. "Celebici Camp". (1998). Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (No. IT-96-21-T) Recuperado de http://www.icty.org/

Fiscal vs. Furundzija. (1998). Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (No. IT-95-17/1-T-). Recuperado de <http://www.icty.org/>

Fuentes, J. (2006). Los Balcanes, 10 años después de Dayton. Política Exterior, 20(111), 133-140. Retrieved from www.jstor.org/stable/20645931

Goodhand, Jonathan, & Hulme, David. (1999). From wars to complex political emergencies: Understanding conflict and peace-building in the new world disorder. Third World Quarterly, 20(1), 15–26

International Center for Transitional Justice. (2008). Transitional justice in the former Yugoslavia, especial de informe.

Kaufman Joseph. (2013). Introduction to International Relations, theory and practice, Rowman and Little Field Publishers, Inc.

Lozano Vásquez (2012) El Feminismo en la teoría de Relaciones Internacionales: un breve repaso Feminism in International Relations Theory: A Brief Review, Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, núm. 114

MacKinnon, Catharine A. Feminism, Marxism, Method, and the State: An agenda for theory, 7 Signs 515-544 (1982).

Odio Benito Elizabeth. (2017). De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el Derecho Internacional Humanitario: Aportes del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

Tickner, J. (1993). Gender in International Relations: Feminist Perspectives on Achieving Global Security.

Tickner, J. Ann, "Hans Morgenthau's Principles of Political Realism: A Feminist Reformulation" en Millennium: Journal of International Studies, vol. 17, núm. 3, 1988.

Revenga Rubio Teresa (2014). El Feminismo y las Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid

Villarroel Peña Yetzy U (2007). Los aportes de las teorías feministas a la comprensión de las relaciones internacionales. Politeia 2007

Stojsavljevic Jovanka. (2000). Women, conflict, and culture in former Yugoslavia. International Riew

Supek, O. (1994). Women and nationalist conflict in former Yugoslavia: War rapes and human rights, paper presented at the American Anthropological Association, Atlanta, GA, November/ December 1994 (manuscript)

Zorrilla Maider. (2005). La Corte Penal Internacional frente a la violencia sexual. Cuaderno de Deusto de Derechos Humanos, No. 34.

UNA MIRADA SOBRE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DESDE EL DERECHO DEL CONSUMO

Sofía Culma Cifuentes
Kevin Stiven Lozano Capera
John Edwin Zapata Hernández

Universidad de La Sabana

Resumen

Uno de los principales problemas para las plataformas digitales y los consumidores en Colombia es la falta de regulación que existe respecto de la relación contractual entre las partes contratantes. Por ello, a través del presente estudio se realiza un análisis de los casos Uber y Rappi en América Latina y Europa, así como, un examen de las normas de la jurisdicción colombiana que pueden llegar a regular las actuaciones de las plataformas digitales que prestan servicios en el territorio colombiano. Así, se determina que el Estatuto del Consumidor y la Ley de Comercio Electrónico al ser normas de carácter general son aplicables al momento de proteger los derechos de los consumidores respecto al producto o servicio que estos adquieren de una plataforma digital. De lo anterior, se concluye que la protección que brinda el derecho del consumo si bien, es aplicable a algunas disposiciones de la relación contractual entre la plataforma y el usuario, no es idónea debido a que, es una norma que no está diseñada para regular las plataformas digitales en su totalidad, toda vez que, estas son medios novedosos que ha desarrollado el empresario para participar en el mercado y se encuentran en un proceso de expansión.

Palabras claves: Plataforma; Consumidor; Comercio; Responsabilidad; Contratación; Uber; Rappi.

INTRODUCCIÓN

En la edad post moderna las relaciones comerciales van de la mano con el desarrollo tecnológico, es así como la adquisición de bienes y servicios ha debido adaptarse a una economía globalizada. En el mercado, como en la naturaleza, la supervivencia del operador económico depende de su capacidad de adecuar su operación a las nuevas tecnologías y las necesidades que surgen por el uso de estas.

Dentro de las nuevas posibilidades que nos presentan los avances tecnológicos, encontramos la contratación electrónica, opción que se manifiesta como una gran oportunidad para la oferta de bienes y servicios a un mayor número de consumidores con un alcance ilimitado en lo que a fronteras se refiere.

Es así, que en marzo de 2009 en EE.UU. se dio vida a la plataforma Uber, la cual actualmente brinda una opción de transporte en más de 70 países alrededor del mundo[1]. En 2015, en Colombia se fundó la compañía Rappi, una plataforma tecnológica o aplicación que facilita el acceso del consumidor a diferentes productos y que actualmente funciona en nueve países de Latinoamérica[2]. Estas dos aplicaciones son ejemplos de nuevas formas de incursión en el mercado que han generado una discusión en el ámbito jurídico en tanto no se tiene certeza de las leyes que deben regir su operación en los diferentes países donde se han radicado, problemática que no es ajena al territorio colombiano.

Por lo anterior, en este artículo se busca realizar un análisis de la normatividad colombiana recogida en el Estatuto del Consumidor y que puede ser aplicada a los casos de Uber, Rappi y otras plataformas digitales que ofrezcan servicios mediante medios tecnológicos, desde un enfoque de protección de los derechos que le asisten al consumidor.

En consecuencia, se llevará a cabo un estudio de la Ley 1480 de 2011, o también llamada Estatuto del Consumidor, en relación con las políticas de uso y condiciones de las plataformas digitales, en contraste con lo contenido en la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico en el Estado Colombiano. En segundo lugar, se describirá la situación jurídica de algunas plataformas digitales en países de América Latina y

[1] Pardo, D. (2020). Uber en Colombia: cómo se "reinventó" la empresa para volver al país pese a la prohibición. Marzo 07, 2020, de BBC Mundo Sitio web: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51578415.

[2] El Espectador (2020). Rappi anunció el recorte del 6 % de su personal en América Latina. Junio 09, 2020, de El Espectador. Sitio web: https://www.elespectador.com/noticias/economia/rappi-anuncio-el-recorte-del-6-de-su-personal-en-america-latina/

Europa y se presentará la posición de los investigadores frente a la problemática planteada, para así determinar así determinar la situación jurídica en la que se encuentran estas plataformas digitales en Colombia.

I. REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN COLOMBIA.

Para llevar a cabo el presente análisis se parte de considerar que en el ordenamiento jurídico colombiano a la fecha no existe ninguna regulación sobre las plataformas digitales de economía colaborativa, que brinden plena garantía y protección a los derechos de los usuarios. Sin embargo, existe normatividad que puede regular – en parte - este tipo de actividad, ya sea la Ley 527 de 1999 o la Ley 1480 del 2011.

i. Comercio electrónico y Estatuto del Consumidor

En Colombia, los derechos de los consumidores son garantías de orden constitucional en tanto que el artículo 78 de la Constitución Política establece cargas sobre los prestadores de bienes o servicios en el territorio, en relación con los consumidores. Estas cargas se manifiestan en deberes como el respeto a la salud y la seguridad de los destinatarios finales de dichos productos o servicios. Es así como la Ley 1480 de 2011 plantea como objetivos *"proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos…"*[3].

Bajo la anterior premisa, el Estatuto del Consumidor se encarga de regular las relaciones de consumo que puedan surgir entre productores y/o proveedores respecto de los consumidores (artículo 2). Así, la relación de consumo es aquella que está conformada por un consumidor, entendido como toda persona natural o jurídica que sea destinatario final de un producto o servicio, para el disfrute personal, familiar o empresarial, siempre que este no esté ligado intrínsecamente a su actividad económica[4], v. gr. quien adquiere un televisor para el disfrute familiar. Desde el otro extremo de la relación de consumo se ubica el productor, entendido como *"Quien de manera habitual, directa o*

[3] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 1 [Título I, capítulo I]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

[4] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 5, numeral 3 [Título I, capítulo 2]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos"[5].

De igual forma, la Ley 1480 de 2011 establece en su artículo 3 un listado no taxativo de derechos de los consumidores, tales como: derecho a recibir productos de calidad; seguridad e indemnidad; información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible e idónea; protección contra la publicidad engañosa, mecanismos de reclamación; derecho de elección; derecho de participación; derecho de representación; derecho a informar; derecho a la educación; derecho a la igualdad, entre otros.

De lo anterior se desprenden algunas conclusiones iniciales: (i) los derechos de los consumidores son garantías constitucionales cuya efectividad se hace manifiesta a través del Estatuto, (ii) la Ley 1480 de 2011 protege a los consumidores en las relaciones frente a los productores y/o proveedor de bienes o servicios, entendiendo al primero como la parte débil de la relación contractual[6] (iii) la relación de consumo, como ámbito objetivo de aplicación del Estatuto del Consumidor, nace de un contrato, cualquiera que sea su forma, entre el productor y/o proveedor y el consumidor.

Tradicionalmente, la contratación en Colombia se ha dado a través de la relación directa entre las partes, implicando el contacto entre el productor del bien o servicio y su destinatario final. Sin embargo, la normativa en el derecho de consumo amplió el espectro de regulación hacia medios no convencionales de contratación, como las ventas a distancia, que son aquellas en las cuales la persona no tiene contacto directo con el producto que adquiere, supuesto que no dista de la actualidad frente a las plataformas de economía colaborativa como Uber o Rappi. Por ello, el artículo 5, numeral 16 de la Ley 1480 contempla las ventas a distancia en la modalidad de comercio electrónico, como una forma por la cual se puede establecer una relación de consumo entre el destinatario final de un producto o servicio y el productor y/o proveedor de este.[7]

[5] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 5, numeral 9 [Título I, capítulo 2]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

[6] Robledo, P. F., Ramírez, M. A., Acuña, A. M., & Uribe Navarro, A. M. (2020). Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá D. C: Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá D. C: Superintendencia de Industria y Comercio.

[7] Si bien, la normativa del derecho del consumo amplió su espectro de protección para la figura de las ventas a distancia en la modalidad de comercio electrónico sobre venta de bienes, en los casos de Uber y Rappi debe interpretarse la norma en relación con la prestación de servicios de intermediación, en concordancia con la necesidad de adaptación que exige el mercado, en virtud de garantizar los derechos de la parte débil de la relación contractual: el consumidor.

Consecuentemente, la Ley 527 de 1999 que fue adoptada como producto de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) pretende: *"eliminar o reducir los obstáculos jurídicos que entorpecen el desarrollo del comercio internacional y modernizar y armonizar progresivamente el derecho mercantil."* (UNCITRAL, 2004)[8]. Siguiendo este objetivo, se define el comercio electrónico como:

> **b) Comercio electrónico.** Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;[9] **(subrayado fuera de texto).** (CNDUDMI, 2020)

Teniendo en cuenta lo anterior, hay que determinar que la CNUDMI en la Ley Modelo buscaba implementar la validez de los mensajes de datos entorno a los contratos que se podían generar en la legislación interna. Es decir, buscaba que los mensajes de datos tuvieran validez dentro del contexto o la naturaleza de cada contrato, ya sea este escrito o consensual, si era necesaria la firma, su admisibilidad y la fuerza probatoria, conservación y también la formación de estos. Además, se incorpora un apartado sobre los actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías y sus documentos.

De lo anterior se desprende un amplio concepto sobre comercio electrónico y la intención de promover el desarrollo del derecho mercantil de la mano con las nuevas tecnologías, pues, como

[8] COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). (2004). EL ABECÉ DE LA CNUDMI. 18 de abril del 2020, de CNUDMI Sitio web: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-leaflet-s.pdf

[9] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 527 DE 1999 "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Artículo 2, literal b [Parte I, Capítulo I]. En: Diario Oficial: 43.673. Bogotá: Imprenta Nacional, 1999.

manifestó la CNUDMI, se pretende modernizar el derecho mercantil. Razón por la cual, sobre el entendido de esta ley, su regulación sería aplicable a las plataformas digitales que actualmente prestan servicios en Colombia, como es el caso de Uber o Rappi.

De igual forma, el Estatuto del Consumidor define el comercio electrónico como la *"realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios"*[10]. Sin embargo, bajo conceptos tan amplios y etéreos sobre lo que se entiende por comercio electrónico, vale la pregunta en un contexto actual de virtualización, si las aplicaciones digitales se enmarcan e este concepto, si les es aplicable el Estatuto del Consumidor y si esta norma es idónea para proteger los derechos de los consumidores.

Tal como vemos, el comercio electrónico es un concepto que puede abarcar cualquier tipo de relación contractual en la que una persona actúe de forma directa o por intermedio de un representante. En este sentido, Ortega (2020) sostiene que *"el comercio electrónico es un concepto amplio que involucra cualquier transacción comercial a través de medios electrónicos"*[153] (p. 153). Sobre ello, trae a colación que la Organización Mundial del Comercio y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional presentan ejemplos de medios a través de los cuales se puede llevar a cabo este tipo de comercio:

- Redes de telecomunicaciones, v.gr. teléfono, fax, televisión, internet, etc.

- Vías de transmisión basadas en técnicas electrónicas como la comunicación por medio del Intercambio Electrónico de Datos (I.E.D) transmisión de mensajes electrónicos y la transmisión por vía telefónica de textos de formato libre.

Asimismo, sobre el concepto de contrato electrónico expresa que, de forma genérica, son "aquellos que se celebran o perfeccionan a través de medios electrónicos"[12] (p. 155), mientras que otra parte de la doctrina lo define como "acuerdo de voluntades en que

[10] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 5, numeral 9 [Título I, capítulo 2]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.
[11] Ortega, J. (2017). La contratación electrónica en los ordenamientos jurídicos español y colombiano: una especial atención a la cuestión de la perfección contractual y el derecho de revocación. En: Jiménez, F. (ed.). Estudios de derecho del consumo (Ley 1480 de 2011) (p.155-179). Bogotá D.C: Universidad de La Sabana.
[21] Pérez, M. (2003). El contrato por medios electrónicos. Bogotá D.C.: U. Externado de Colombia.

las partes se comprometen a realizar una obligación consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, caracterizado esencialmente por la utilización de medios electrónicos" (Pérez, p. 153, 2003) .

Teniendo en cuenta que tanto la Ley de Comercio Electrónico como el Estatuto del Consumidor comprenden la contratación electrónica como la que se lleva a cabo por medio de mensajes de datos frente a toda operación comercial sobre bienes o servicios, se procederá a analizar la efectividad de la norma frente a estos casos.

II. REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA

i. Regulación de Uber

Uber se ha extendido en diferentes países de América Latina y en cada uno de ellos ha conquistado los mercados locales, pero también se ha encontrado con diferentes problemas a la hora de adecuarse a la normatividad que rige estos mercados. Es así que en Argentina en septiembre del 2018, Uber fue condenado a pagar una multa y también inhabilitados para ejercer cualquier actividad vinculada al transporte de pasajeros, sin embargo, en mayo del 2019 la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires dictaminó que la actividad de la empresa no constituía una contravención en la causa por "uso indebido del espacio público con fines lucrativos"[13]. El Juez Sergio Delgado, uno de los tres integrantes del fallo que determinó que Uber en Argentina es legal, aseguró que la circulación de automotores, que es la actividad desarrollada por el conductor del vehículo, sí es legal.[14]

Respecto de la legislación argentina, se puede determinar que la relación jurídica que existe entre los usuarios y los socios se trata de un contrato de transporte conforme lo regulado en los artículos 1280 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, los cuales plantean que hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar

[13] Giambartolomei, M. (Enero 24, 2020). Uber: la justicia porteña insiste con que el pago con tarjeta de crédito está prohibido. Abril 08, 2020, de La Nación Sitio web: https://www.lanacion.com.ar/sociedad/uber-justicia-portena-insiste-pago-tarjeta-credito-nid2327171.

a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete y se refiere a la responsabilidad tanto por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, como la responsabilidad que acarrea el transportista, según la cual, este responde por los siniestros que afecten al pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas.

Actualmente la empresa Uber SPA, administradora en Chile de la aplicación Uber, se define como un intermediador de servicios o gestor de una base de datos que une a requirentes de transporte y conductores.[15] En este momento se encuentra en trámite ante el Congreso de Chile un proyecto de ley que busca regular las plataformas tecnológicas que ofrecen servicios de transportes, por lo que las plataformas de transporte de pasajeros (Uber, Beat, DiDi y Cabify) están en estado de alerta.[16]

La situación ha sido un poco diferente en México, debido a que la Ciudad de México fue pionera en la regulación de la plataforma Uber. Fue así como en 2015 fijó un acuerdo que incluye un pago del 1,5% por cada viaje al gobierno de la capital, así como permisos anuales para los conductores y reglas sobre las condiciones de los automóviles,[17] con el cual se logró establecer la legalidad de la plataforma en el país. En México la relación contractual existente, de acuerdo con los términos y condiciones de la aplicación, es diferente ya que se incluyen cláusulas específicas para cada estado federado del país.

ii. Uber en la Unión Europea

Cabe resaltar que El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió que Uber es una empresa de transporte y no una mera plataforma digital de intermediación entre conductores y usuarios,[18] por lo que se han desarrollado figuras jurídicas como el parasubordinado en el sistema español, parasubordinati en Italia o workers en Inglaterra, que permiten a las plataformas ejercer en sus territorios.

[15] Dirección del Trabajo Ord. 6165, de 29 de Diciembre de 2016.

[16] El Economista. (Septiembre 23, 2019). Ley Uber: plataformas en Chile advierten que proyecto perdió foco y piden omitir aspectos. Abril 09, 2020, de La República Sitio web: https://www.larepublica.co/globoeconomia/ley-uber-plataformas-advierten-que-proyecto-perdio-foco-y-piden-omitir-aspectos-2911760.
Cárdenas, L. (Febrero 04, 2020). "No es opción dejar Chile": DiDi, Cabify, Uber y Beat fijan posición ante próxima ley que los regulará. Abril 09, 2020, de La Tercera Sitio web: https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/no-es-opcion-dejar-chile-didi-cabify-uber-y-beat-fijan-posicion-ante-proxima-ley-que-los-regulara/998435/.

[17] Corona, S. (Julio 16, 2015). El DF es la primera ciudad que regula a Uber en América Latina. Abril 09, 2020, de El País Sitio web: https://elpais.com/internacional/2015/07/16/actualidad/1437073257 _ 032569.html.

[18] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 20 de diciembre de 2017, dictada en el asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite taxi y Uber System Spain.

iii. Rappi en América Latina

Por otra parte, en el caso de la plataforma Rappi se estudia que, según los términos y condiciones de la compañía, en países como México, Brasil y Chile, la relación entre la empresa y el usuario son las concernientes a un contrato de mandato remunerado celebrado por medios electrónicos, el cual es definido como:

> Aquel acuerdo de voluntades celebrado entre el Consumidor y el Comisionista, por medio del cual el Consumidor solicita, a través de la Plataforma, la gestión de un encargo al comisionista, obligándose este último a cumplir con dicho encargo por cuenta y riesgo del Consumidor, a cambio de recibir una remuneración como contraprestación[19] (Rappi, 2020)

La plataforma colombiana, fue suspendida en Argentina, junto a Glovo y PedidosYa, debido a que un juez de Buenos Aires tomó esta medida con el objetivo de que las plataformas demuestren que cumplen con los requisitos legales de seguridad de los repartidores que van en bicicleta o motocicleta.[20]

iv. Uber en Colombia.

En Colombia la condición de legalidad de Uber se decidió en marzo de 2019 en la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en dicha sentencia se sancionó a Uber por la infracción de normas referentes a la competencia desleal.

Sin embargo, días después Uber regreso al país cobijado bajo unos nuevos términos y condiciones que establecen que las características actuales de la relación se rigen bajo un contrato de arrendamiento de vehículo, entendido como:

El documento privado suscrito por el Arrendador y Arrendatario mediante el cual el Arrendador entrega a título de arrendamiento, y el Arrendatario recibe al mismo título, el uso y goce de un Vehículo, con control operativo por parte del Arrendatario y con la posibilidad para el Arrendatario de tener un conductor provisto por el Arrendador,

[18] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 20 de diciembre de 2017, dictada en el asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite taxi y Uber System Spain.

[20] Chiquiza, J. (2019). Rappi alcanza los 100.000 repartidores en siete países de América Latina. Marzo 07, 2020., de La República. Sitio web: https://www.larepublica.co/globoeconomia/rappi-alcanza-100000-repartidores-en-siete-paises-de-america-latina-2895127

de acuerdo con las cláusulas descritas en dicho Contrato de Arrendamiento de Vehículo." (Rappi, 2020)

Sin embargo, es importante señalar que el servicio que ofrece Uber a los consumidores puede generar algunas fricciones relacionadas con los derechos que le asisten a estos, en especial, con la responsabilidad por daños. Uber advierte a los usuarios que no será responsable de daños indirectos, incidentales, especiales, ejemplares, punitivos o emergentes, incluidos el lucro cesante, la pérdida de datos, la lesión personal o el daño a la propiedad, entre otros.

Siendo así, se considera que, respecto a las disposiciones del Estatuto del Consumidor, las políticas de uso de Uber plantean una cláusula eximente de responsabilidad frente a las obligaciones que le corresponderían a la plataforma como prestadora de un servicio. Por lo que el artículo 7 de la Ley 1480 establece un deber sobre productores y/o proveedores de servicios de responder por la calidad, idoneidad, seguridad, buen estado y funcionamiento del servicio prestado, en el marco de la calidad con que la que el mismo se lleva a cabo.

Surge la pregunta de cuál es la responsabilidad de Uber en el marco de las normas protectoras de los derechos de los consumidores: ¿estamos ante una cláusula abusiva? ¿Los derechos de los consumidores, frente a esta modalidad de contrato de arrendamiento, se protegen por las normas específicas de dicho contrato y solo respecto de la persona con la que el usuario se contacta? ¿Hace falta una regulación concreta para proteger de forma adecuada los derechos de los consumidores frente a una economía digital que cada día evoluciona?

Bajo las anteriores cuestiones, se debe considerar que el contrato por el cual el usuario se vincula con Uber es un contrato de adhesión, entendido este como *"Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas"*[21]. Razón por la cual, se prohíbe el pacto de cláusulas por las cuales el productor o prestador de un bien o servicio se exima de su responsabilidad frente a su operación[22] y su establecimiento genera su ineficacia de pleno derecho[23].

[21] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 5, numeral 4 [Título I, capítulo II]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.
[22] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 38, [Título VII, capítulo II]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.
[23] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 43, [Título VII, capítulo III]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

Respecto de la segunda cuestión, cabe recordar que el Estatuto del Consumidor es Ley general y por tanto las leyes específicas, que puedan afectar las relaciones contractuales de consumo, no pueden serle contrarías . Por consiguiente, cuando una norma específica sobre el contrato de arrendamiento establezca condiciones particulares para una relación contractual, que sean contrarias a las disposiciones generales del Estatuto del Consumidor, se presentaría un conflicto normativo sobre cuál disposición aplicar: la norma que establece los derechos y acciones del arrendatario frente a alguna desavenencia contractual o la norma que regula sus derechos como destinatario final de un servicio. Así sigue sin haber respuesta a la pregunta de cuál es el grado de responsabilidad de Uber por los servicios que presta, dejando claro que existe un vacío normativo en este punto.

v. Rappi en Colombia

Por su parte, se genera una problemática similar con Rappi. En este caso, la plataforma digital Rappi define la relación contractual que nace de sus servicios en los siguientes términos:

> Aquel acuerdo de voluntades celebrado entre el Consumidor y el Mandatario, por medio del cual el Consumidor solicita, a través de la Plataforma, la gestión de un encargo al Mandatario, obligándose este último a cumplir con dicho encargo por cuenta y riesgo propio, a cambio de recibir una remuneración como contraprestación.[25] (Rappi, 2020)

En consecuencia, Rappi, de la misma forma que Uber, expone en sus términos y condiciones de uso, la implementación de una modalidad contractual propia del derecho colombiano, la cual es un contrato de mandato sin representación. De igual forma, especifica que *"las reclamaciones por garantía se deben realizar directamente a los Mandatarios, quienes tienen la obligación de responder por la gestión del encargo.".* Así, estamos ante un supuesto de cláusula eximente de responsabilidad por parte de Rappi frente a los servicios que presta.

[24] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Artículo 2, [Título I, capítulo II]. En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.
Rappi, Inc. (). Términos Y Condiciones De Uso De Plataforma "Rappi". Abril 09, 2020, de Rappi, Inc. Sitio web: https://legal.rappi.com/mexico/terminos-y-condiciones-de-uso-de-plataforma-rappi-3/.

[25] COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 40212 de 28 de agosto de 2019.

Si bien, la relación contractual que nace para los usuarios de Rappi respecto de la persona que se desempeña encargo, se trata de un mandato remunerado, celebrado por medio electrónico, debemos tener en cuenta las consideraciones que anteriormente se realizaron sobre el artículo 2 del Estatuto del Consumidor en el caso de Uber. Es decir, las normas sobre el contrato de mandato se encargarán de regular la relación entre el mandante (usuario de Rappi) y el mandatario (la persona que prestará el servicio solicitado), pero no queda claro cuál es la vinculación que presenta Rappi respecto del solicitante del servicio en los eventos de inconformidad con el mismo.

Sobre este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), a través de la Resolución No. 40212 de 28 de agosto de 2019[26] sancionó a Rappi S.A.S por el incumplimiento de la normativa sobre comercio electrónico y la Ley 1480 de 2011. Al respecto, la SIC sostuvo que el modelo de negocio de Rappi no puede considerarse como un portal de contacto, pero sí como una aplicación que realiza actividades de comercio electrónico y que es partícipe de la cadena de comercialización en la que se encuentran el usuario, el rappitendero y el establecimiento de comercio.

En consecuencia, determinó en el caso concreto que Rappi, que al ser parte de la cadena de comercialización hasta el momento en que se debe realizar el pago por parte del usuario, es responsable de ofrecerle al mismo la información más veraz, clara y concreta posible según sea el caso del producto que se oferta a través de su plataforma. De igual forma, le ordenó a la sociedad ajustar sus políticas de uso a la normativa referente a la protección de los derechos del consumidor en cuanto a estos aspectos.

De lo anterior, podemos concluir que la SIC, cumpliendo con su deber de proteger los derechos del consumidor, abrió una brecha para dar a entender que el Estatuto de Consumidor es aplicable, al menos en parte, a Rappi. Sin embargo, también deja ver que aplicaciones como esta, o como Uber, son plataformas digitales que presentan una modalidad innovadora de participar en el mercado y respecto de las cuales, actualmente, no existe regulación en Colombia. Por esta razón, se generan vacíos normativos que deben resolverse caso a caso por el juez del consumo.

[26] COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 40212 de 28 de agosto de 2019.

III. CONCLUSIÓN

En virtud del estudio desarrollado, se concluye que la adquisición de servicios por medio de plataformas digitales no se encuentra regulada en una norma específica dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, se puede acudir a normas de carácter general como la Ley 527 de 1999, Ley de Comercio Electrónico y la Ley 1480 del 2011, para realizar un acercamiento a la protección que recibe el consumidor respecto de los servicios que adquiere mediante aplicaciones como Uber y Rappi. Así mismo, estas normas brindan una primera aproximación de la regulación de la materia en Colombia, atendiendo a que la prestación de servicios a través de plataformas digitales se encuentra incluida dentro la acepción de comercio electrónico.

Además, se determina que las plataformas digitales han, desde sus inicios, representado desafíos jurídicos para los países, tanto de América Latina como de Europa. Es así como Uber y Rappi han sido sancionados en diferentes naciones debido al vínculo contractual que establecen con sus usuarios, lo que las ha llevado a desarrollar diferentes estrategias jurídicas para seguir en funcionamiento dentro del mercado. Si bien, las plataformas han sido sancionadas, el debate se ha centrado en temas relacionados con lo laboral y lo contractual, dejando de lado, como se evidencia en los casos mencionados anteriormente, el análisis sobre la responsabilidad de las plataformas digitales frente al consumidor del servicio que estas ofrecen.

Ahora bien, en el Estado colombiano Uber debió cambiar el mecanismo jurídico mediante el cual contrataba con sus usuarios con el fin de poder seguir teniendo presencia en el país, dado que la SIC lo sancionó por prácticas desleales que se encontraban afectando la libre competencia del mercado colombiano. Actualmente, Uber se encuentra realizando sus operaciones en Colombia bajo la figura de un arrendamiento de vehículo y no como lo hacía en el pasado, mediante un mandato. En esta nueva forma de contratación Uber incluye cláusulas que lo eximen de todo tipo de responsabilidad frente a los usuarios y que pueden ser consideradas como cláusulas abusivas en relación con la Ley 1480 de 2011.

Por su parte, Rappi maneja una forma de contratación que se enmarca en la figura jurídica de un contrato de mandato. Así, de la misma forma que Uber, establece dentro de sus políticas de uso que cualquier tipo de responsabilidad respecto de la inconformidad del usuario frente al servicio o el producto que recibe, se reclamará frente al rappitendero y no frente a la plataforma que

los contacta. Por ello, en el año 2019, la SIC sancionó a Rappi por conductas contrarias a los derechos de los consumidores respecto de la información suministrada por la plataforma, abriendo la posibilidad para considerar que el Estatuto del Consumidor le es aplicable como plataforma de comercio electrónico que es, en ese punto en concreto, sin que sea clara su aplicación para los demás derechos de los consumidores.

Por todo lo anterior, es claro que las modalidades contractuales y empresariales por las que plataformas de economía colaborativa como Uber o Rappi se presentan en el mercado, no solo colombiano, evidencian inconvenientes para el legislador desde diferentes aristas. Concretamente, desde el derecho del consumo, permiten ver que el Estatuto del Consumidor no está diseñado para aplicarse a plataformas en las cuales su operador actúa como un componente de la cadena de comercio, siendo necesario que la responsabilidad que dichos operadores puedan tener frente a los consumidores deba determinarse a través de los casos concretos y no por una normativa que los acoja y regule previamente.

IV. BIBLIOGRAFÍA

a. Páginas web:

El Espectador. (2020). Rappi anunció el recorte del 6 % de su personal en América Latina. Junio 09, 2020, de El Espectador. Sitio web: https://www.elespectador.com/noticias/economia/rappi-anuncio-el-recorte-del-6-de-su-personal-en-america-latina/

Giambartolomei, M. (Enero 24, 2020). Uber: la justicia porteña insiste con que el pago con tarjeta de crédito está prohibido. Abril 08, 2020, de La Nación Sitio web: https://www.lanacion.com.ar/sociedad/uber-justicia-portena-insiste-pago-tarjeta-credito-nid2327171.

Pardo, D. (2020). Uber en Colombia: cómo se "reinventó" la empresa para volver al país pese a la prohibición. Marzo 07, 2020, de BBC Mundo Sitio web: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51578415

El Economista. (Septiembre 23, 2019). Ley Uber: plataformas en Chile advierten que proyecto perdió foco y piden omitir aspectos. Abril 09, 2020, de La República Sitio web: https://www.larepublica.co/globoeconomia/ley-uber-plataformas-advierten-que-proyecto-perdio-foco-y-piden-omitir-aspectos-2911760

Rappi, Inc. (2020). Términos Y Condiciones De Uso De Plataforma "Rappi". Abril 09, 2020, de Rappi, Inc. Sitio web: https://legal.rappi.com/mexico/terminos-y-condiciones-de-uso-de-plataforma-rappi-3/.

b. Libros

Ortega, J. (2017). La contratación electrónica en los ordenamientos jurídicos español y colombiano: una especial atención a la cuestión de la perfección contractual y el derecho de revocación. En: Jiménez, F. (ed.). Estudios de derecho del consumo (Ley 1480 de 2011) (p.155-179). Bogotá D.C: Universidad de La Sabana.

Pérez, M. (2003). El contrato por medios electrónicos. Bogotá D.C.: U. Externado de Colombia.

Robledo, P. F., Ramírez, M. A., Acuña, A. M., & Uribe Navarro, A. M. (2020). Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá D. C: Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá D. C: Superintendencia de Industria y Comercio.

c. Sentencia judicial

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 40212 de 28 de agosto de 2019.

d. Leyes

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LEY 1480 DE 2011 "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". En: Diario Oficial: 48.220. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LEY 527 DE 1999 "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". En: Diario Oficial: 43.673. Bogotá: Imprenta Nacional, 1999.

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). (2004). EL ABECÉ DE LA CNUDMI. 18 de abril del 2020, de CNUDMI Sitio web: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-leaflet-s.pdf

Dirección del Trabajo Ord. 6165, de 29 de diciembre de 2016.

SAYCO: UNA INSTITUCIÓN DE REVUELO

Miguel Ángel Polanía Torres

Universidad de La Sabana

Existen diferentes modalidades por medio de las cuales los ordenamientos jurídicos en el mundo establecen la manera de proteger y promover el sistema legal de los derechos de autor. En Colombia, Sayco y Acinpro han sido instituciones que entre otras cosas buscan la distribución y recaudación de los derechos patrimoniales de autor; estas instituciones se han ido consolidando por mandato legal, y cada vez adquieren un mayor protagonismo por su papel de cobro, es precisamente ahí, donde han surgido diferentes escándalos en relación con las tarifas que manejan, y la recaudación de tal dinero.

Es así, como en los últimos años se ha perfilado una curva de crecimiento en los casos mediáticos por la inconformidad y corrupción en el desarrollo de los cobros de entidades que tienen esa potestad, por tal motivo, se torna la necesidad de realizar aportes para identificar los problemas en tales cobros y ayudar a consolidar un sistema de recaudo que inspire confianza en la ciudadanía y que vaya en concordancia con los requerimientos de legalidad y legitimidad.

Con el objetivo de centrar la discusión, el presente ensayo solo analizará de manera detallada la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor Sayco, con relación a qué derechos y obligaciones se le han atribuido, el proceso y los criterios que utiliza para establecer los cobros, y la relevancia jurídica que los escándalos han ocasionado hacia el sistema de derechos de autor.

En concordancia con lo anterior, se plantea resolver las siguientes preguntas, ¿cuál es la naturaleza jurídica de Sayco? y ¿cuáles son los criterios que tiene Sayco en la tarifa de recaudación de dineros, derivados de los derechos patrimoniales de autor? La hipótesis que se busca sostener es que la susodicha institución tiene un largo camino para obtener la legitimidad de su actuación y funcionar autónomamente de acuerdo con unos criterios claros de cobro para todos los sectores sobre los que recae su competencia.

Para el presente ensayo se utiliza el método descriptivo, pues el objetivo del texto académico es hacer un análisis del ejercicio de las funciones de Sayco en los últimos años, identificando sus atribuciones esenciales, así como los problemas por los que ha venido atravesando y su relación con el Estado colombiano

Resumen

En Colombia, existe un sinnúmero de instituciones que tienen la titánica labor de recolección de dineros, ubicándose Sayco como una de las más importantes. En la tarea por entender su funcionamiento, estructura y capacidades, se buscará el sustento legal en relación con su ejercicio práctico, es decir, analizar el cumplimiento de sus funciones desde diferentes perspectivas. Sayco se convierte en el epicentro de diferentes medios informativos e instancias jurídicas por la poca claridad en el desarrollo de sus procesos, desembocando en persistentes inconformidades y altos niveles de desconfianza a esta institución por parte de la ciudadanía. Es por lo anterior que se incluirán en el presente texto diferentes informes periodísticos, decisiones judiciales y fuentes normativas para establecer si Sayco abarca sus obligaciones legales y medir la eficacia en los procesos que esta realice, al igual que mostrar el impacto y relevancia que los escándalos han tenido para la transformación de su actuar. Siendo esto, una aproximación mayoritariamente descriptiva.

Palabras claves: Tarifas de cobro, Sayco, Derechos de autor, compositores, sociedades colectivas y Colombia.

Abstract

In Colombia, there are countless institutions that have the titanic work of collecting money, being Sayco one of the most important. In the search to understand its operation, structure and capabilities, legal support will be sought in relation to its practical exercise, that is, to analyse the fulfilment of its functions from different perspectives. Sayco becomes the of its processes, leading to persistent nonconformities and high levels of distrust of this institution by the citizens. It is for the above that different journalistic reports, judicial decisions and regulatory sources will be included in this text to establish if Sayco covers its legal obligations and measure the effectiveness in the processes that it performs, as well as to show the impact and relevance that the scandals have had to transform its actions. This being a mostly descriptive approach.

Palabras claves: Collection fees, Sayco, Copyright, composers, collective societies and Colombia.

LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA: CASO SAYCO

Existen dos mecanismos que permiten la administración del contenido patrimonial de los derechos de autor, en ejercicio de los elementos expresados en el artículo 12 de la ley 23 de 1982 y 13 de la Decisión Andina 351 del 1993. Por un lado, la denominada gestión individual y por el otro, la gestión colectiva. La primera hace referencia a que la administración de tales recursos sea llevada directamente por el titular de tal derecho, es decir, que él mismo realice las negociaciones para dar la autorización y posteriormente hacer el recaudo monetario. Sin embargo, este método no es tan efectivo cuando por la naturaleza y cantidad de las negociaciones se asciende a un gran número, pues hace que el desgaste por parte del titular se vea reflejado y pierda la oportunidad de recibir más recursos debido a la limitación de su tiempo.

Como una de las soluciones al problema anterior, surge la llamada gestión colectiva, que ha sido definida por la doctrina como:

> *"el sistema de administración de derechos de autor y de derechos conexos por el cual sus titulares delegan en organizaciones creadas al efecto la negociación de las condiciones en que sus obras, sus prestaciones artísticas o sus aportaciones industriales -según el caso- serán utilizadas por los difusores y otros usuarios primarios, el otorgamiento de las respectivas autorizaciones, el control de las utilizaciones, la recaudación de las remuneraciones devengadas y su distribución o reparto entre los beneficiarios" (Lipszyc, 2006, p. 12)*

Las sociedades de gestión colectiva se ubican como el mecanismo ideal para los tiempos modernos de globalización y relaciones a gran escala, pues éstas cumplen por sí mismas el trabajo de autorización y recaudo que para una persona natural le sería prácticamente imposible llevarlo eficientemente. En términos generales, las sociedades de gestión colectiva facilitan y reducen los siguientes tres costos en relación con la facultad económica de los derechos de autor:[1]

1. Costos de búsqueda: las sociedades gestión colectiva permiten la

[1] Merges, R. P. (1996). Contracting into liability rules: Intellectual property rights and collective rights organizations. Cal L. Rev., 84, 1293.

conexión efectiva entre el usuario y las obras, pues por una parte facilita al titular acercarse y promover sus obras en el mercado, y por otra, le permite al usuario acceder a tal obra de manera segura, ágil y en cumplimiento de la ley

2. Costos de negociación: una vez existe la conexión, este tipo de sociedades permite establecer las tarifas por la utilización de las obras de acuerdo con el mercado, ahorrando tiempo y recursos a los titulares y agilizando los permisos para la utilización de las obras.

3. Costos de ejecución del contrato: la sociedad de gestión colectiva como entidad facilita el monitoreo de la utilización de la obra, verificando que se use de conformidad con lo pactado y calculando la tarifa en caso de que esté determinada por la cantidad de usos[2]. Las sociedades de gestión colectiva como personas jurídicas establecen mecanismos para el monitoreo efectivo, además por su misma naturaleza le permite tener mayor presencia en diferentes lugares y con el reconocimiento suficiente dentro del sector para sentar seguridad en sus funciones.

Sayco es una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor sin ánimo de lucro, reconocida con personería jurídica número 237 del 16 de agosto de 1946, expedida por el Ministerio de Justicia. La cual, se ha consolidado como una sociedad de gran relevancia para el país, por su papel en el recaudo y entrega de los derechos patrimoniales de los Derechos de Autor.

Actualmente, Sayco representa cerca del 90% de los autores y compositores del país, esto se traduce en más de 8.000 nacionales y aproximadamente a más de tres millones de titulares a nivel mundial, por medio de convenios de reciprocidad suscritos con otras entidades de gestión colectiva, cubriendo alrededor de 180 países en el mundo[3]. Esto la sitúa como la principal sociedad de gestión colectiva, y al ser precisamente esa su naturaleza, se configuran como un agente intermediario entre el titular de la obra y el usuario, es decir, el consumidor, al otorgar directamente los permisos que permiten el uso de las obras y seguidamente, retribuir económicamente a los titulares por dicho uso[4].

[2] Monsalvo, F. A. (2017). Las sociedades de gestión colectiva frente a la libre competencia económica. Rev. Prop. Inmaterial, 23, 131.
[3] LR-Legal. (2018) Sayco y Acinpro, empresas comprometidas con el talento colombiano. Retrieved from https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip&db=edsens&AN=edsens.613673357&lang=es&site=eds-live&scope=site. Párr., 2
[4] Consejo de Estado, Sección cuarta. (25 de septiembre de 2008) Sentencia 16143. [MP Héctor J Romero Díaz]

FUNCIÓN: MANDATO LEGAL Y CONVENCIONAL DE SAYCO

Sayco está constituida como una sociedad en el ordenamiento colombiano, teniendo como finalidad la representación de los intereses de sus afiliados o socios, es por tanto que la estructura de funcionamiento empieza con la afiliación. Para ser socio de Sayco es necesario ser autor o compositor con 20 o más obras en ejecución, presentar el formulario de ingreso, entre otros requisitos formales; otra de las formas por la que Sayco puede tener derecho a la administración de ciertas obras, surge por medio de los contratos de representación recíprocos suscritos con sociedades hermanas alrededor del mundo, es decir, con sociedades de gestión colectiva ubicadas en otros países. La finalidad de estos acuerdos es facilitar el cobro de tasas y distribución de regalías de los artistas colombianos que tienen presencia en el exterior, así como las obras de artistas extranjeros en Colombia,[5]

Una vez el solicitante es aceptado en la sociedad y/o se ha suscrito el contrato de representación, Sayco se encarga de llevar el registro y recopilación de la obra sobre la cual se está haciendo uso y que ha sido puesta por el titular para el cobro y recaudo de los dineros que produce. Para llevar el registro de los usos de la obra administrada, Sayco utiliza tres mecanismos[6]:

a) Empresas de Monitoreo especializada, que se encargan de recopilar o identificar las utilizaciones realizadas por determinados usuarios,

b) Áreas especializadas dentro de Sayco para el Monitoreo en conceptos en los cuales los usuarios no pueden o no proveen la información detallada del uso de las obras administradas,

c) Los usuarios directos, los cuales remiten directamente la información sobre la utilización de las obras utilizadas; en medios físicos o electrónicos.

Después de tener el registro de los usos de las obras administradas, Sayco procede a realizar el cobro para hacer la respectiva distribución a los socios titulares de las obras. Para los cobros, Sayco elabora unas tarifas de acuerdo con criterios específicos, aplicándolas por concepto derivados de establecimientos públicos, radio y televisión, espectáculos públicos y derechos digi-

[5] Álvarez Cabrera, S. F. (diciembre, 2014). El derecho de propiedad intelectual en la industria musical colombiana. Sujetos de derecho y protección jurídica. Revista de Derecho Privado, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

[6] Consejo directivo de Sayco. (28 de octubre de 2016). Reglamento de distribuciones a socio

tales. La elaboración de tales tarifas, se realizan por la potestad que tienen Sayco en virtud del artículo 30 de la Ley 44 de 1993, artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 48 de la Decisión andina 351 de 1993, para obtener el pago de las remuneraciones por la utilización de las obras que la Sociedad administra.

Así, y de acuerdo con el reglamento de tarifas de Sayco para el cobro a los establecimientos públicos , la tarifa se determina 53% por la ubicación del negocio a nivel nacional; el 26% por la categoría y el 21% por capacidad. Además, en la fórmula tarifaria se suman los ponderados de ubicación y categoría.

El siguiente cuadro sirve de ilustración para una mejor identificación de los criterios:

VARIABLES IDENTIFICADAS EN LOS ESTABLECIMIENTOS	CONCEPTOS DE LA CLASIFICACIÓN DE LA MÚSICA DE ACUERDO CON SU CATEGORIA	CLASE DE ESTABLECIMIENTO SEGÚN SU OBJETO SOCIAL
Ubicación	Música esencial: la cual es utilizada como materia prima en un establecimiento comercial	Código 101. Establecimientos que para fines de su objeto social vendan productos o presten servicios para consumirlos dentro del mismo establecimiento
Estrato o nivel socioeconómico	Música necesaria: utilizada por los establecimientos como complemento a su actividad y su utilización genera de manera directa mayor consumo de productos o servicios.	Código 102. Establecimientos que para fines de su objeto social vendan productos para llevar y consumir sitios diferentes al del establecimiento comercial
Categoría: Se refiere a la necesidad o importancia del uso de obras musicales, de acuerdo con el objeto o actividad del establecimiento	Música ambiental: utilizada en un establecimiento el cual puede continuar con su actividad comercial con o sin ambientación musical, generalmente es empleada por el comerciante como valor agregado al servicio que presta	Código 103. Establecimiento que presten servicios de hospedaje.
Capacidad: De acuerdo con el tamaño del establecimiento y el número de personas que ingresan		Código 104. Personas Jurídicas regidas con normas de propiedad horizontal. Usuarios de la música en áreas comunes.

[7] Consejo directivo de Sayco. (9 de agosto de 2011). Reglamento para las tarifas de cobro a establecimientos públicos

Por otro lado, y de acuerdo con el reglamento de tarifas de Sayco para el cobro a espectáculos públicos[8], se analiza principalmente:

FORMAS DE LIQUIDACIÓN POR	CLASIFICACIÓN DE MUSICA	CLASES DE PORDUCTORES	TIPO DE ENTRADA
Corrientes	Imprescindible	Permanentes	Entrada con cobro
Obras dramáticas	Necesaria		
Dramático-musicales	Ambiental	Ocasionales	Entrada sin cobro
Coreográficas o de cualquier género similar en capitales y pueblos.	Incidental		

En el caso de las tarifas para las emisoras y televisión, se analiza especialmente[9]:

EMISORAS[10] DE RADIO	Radiodifusión sonora Comercial	Radiodifusión sonora de Interés Público	Radiodifusión sonora Comunitaria
UBICACIÓN[11] GEOGRÁFICA E ÍNDICE DE POBLACIÓN	No aplica	Clase Primera: en ciudades con población superior a 2 millones de habitantes. Clase Segunda: en ciudades con población entre 1 millones y 1.999.999 habitantes. Clase Tercera: en ciudades con población entre 500 mil y 999.999 habitantes Clase Cuarta: en ciudades con población entre 100 mil y 499.999 habitantes. Clase Quinta: En ciudades con población inferior a 100 mil habitantes.	Clase Especial: en ciudades con población superior a 200 mil habitantes. Clase Primera: en ciudades con población entre 100 mil y 199.999 habitantes. Clase Segunda: en ciudades con población entre 50 mil y 99.999 habitantes Clase Tercera: en ciudades con población entre 20 mil y 49.999 habitantes. Clase Cuarta: en ciudades con población entre 10 mil y 19.999 habitantes. Clase Quinta: en ciudades con población inferior a 10 mil habitantes.

[8] Consejo directivo de Sayco. (12 de abril de 2012). Reglamento para las tarifas de espectáculos públicos

[9] Consejo directivo de Sayco. (14 de diciembre de 2016). Reglamento para las tarifas de radio y televisión

[10] Congreso de Colombia. (12 de abril de 2010) Artículo 18 [Título II]. Resolución 415, por la cual se expide el Reglamento de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones.

[11] Congreso de Colombia. (25 de octubre de 2010) Artículo 17 [Título I]. Decreto 3942, por el cual se reglamentan leyes relación con las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos y la entidad recaudadora y se dictan otras disposiciones.

CATEGORIAS	Categoría A: utilizan más del 80% de música en su programación Categoría B: utilizan entre el 30% y el 80% de música en su programación Categoría C: utilizan hasta el treinta por ciento 30% de música en su programación	No aplica	No aplica
Clase Frecuencia FM / Frecuencia AM[12]	No aplica	Primera 1 SMMLV / 95% SMMLV Segunda 95% SMMLV /90% SMMLV Tercera 90% SMMLV / 85% SMMLV Cuarta 85% SMMLV / 80% SMMLV Quinta 80% SMMLV / 75% SMMLV	Especial 50% SMMLV / 40% SMMLV Primera 40% SMMLV / 35% SMMLV Segunda 35% SMMLV /30% SMMLV Tercera 30% SMMLV / 25% SMMLV Cuarta 25% SMMLV / 20% SMMLV Quinta 20% SMMLV / 15% SMMLV

CLASE TELEVISIÓN:		**FUNCIÓN**
TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN O POR ABONADOS	TELEVISION ABIERTA	Comercial
Televisión cableada y cerrada: la que señal llega a través de un medio físico de distribución, destinado exclusivamente a esta transmisión, artículo 19 Ley 182 de 1995 literal b).	Televisión nacional de operación privada con cubrimiento nacional, zonal, regional y local.	Interés público, social, educativo y cultural
Televisión satelital: la señal de televisión llega al usuario desde un satélite de distribución directa, Artículo 19 de la Ley 182 de 1995 literal c).	Televisión nacional de operación pública con cubrimiento nacional, zonal, regional y local.	Cubrimiento nacional
	Televisión de interés público, social, educativo y cultural con cubrimiento nacional, zonal, regional o local.	Cubrimiento regional o local

[12] Ibidem

LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL ESCÁNDALO

A pesar de su importante labor, Sayco se ha convertido en una institución en el ojo del huracán, de la cual es común escuchar titulares mediáticos en los diferentes medios de comunicación a nivel regional y nacional, pues por casos de corrupción, clientelismo, cobros injustificados y tarifas que parecieran no tener un marco de regulación, han hecho que ésta institución pierda credibilidad y sea objeto de protestas y críticas.

Ejemplos de lo anterior, son las declaraciones hechas por músicos como Carlos Palacio que califica a Sayco como "incompetente" por su organización y accionar, la del musico y gestor cultural Andrés Correa que manifiesta que Sayco es inflexible con los pequeños productores, pero abiertamente laxos, con las "tarifas irrisorias" a los grandes empresarios y mega eventos y la declaración de Julián Mosquera, gerente operativo de la Fundación Gilberto Álzate Avendaño, que afirma que Sayco genera "situaciones injustas para los artistas", imponiendo exigencias económicas que impide a los intérpretes emergentes obtener un lucro suficiente de su labor[13]. Por su parte el músico Rafael Ricardo, expresó que la administración de Sayco mantiene tantas irregularidades que ni siquiera permite el reproche por alguno de sus socios, pues en caso tal, utilizan una figura interna de clasificación de "adherente" que, de acuerdo con el reglamento interno de Sayco, es un tipo de clasificación inferior y sin muchos beneficios dentro de la entidad. Además, Caicedo divisó otra irregularidad en los pagos de las regalías: "Hay una cantidad de cheques girados a compositores, unos muertos, que no han sido reclamados y sus nombres no aparecen dentro de una coordinadora regional. Es muy sospechoso"[14].

Finalmente, una de las declaraciones más virales fue la hecha por el ministro del Interior, Aurelio Iragorri que mencionó "Nos hartamos de intervenciones, discursos y de que nunca lleguemos a lo que queremos: que Sayco sea transparente, democrática y que cumpla las funciones designadas"[15].

Producto de las irregularidades y descontento generalizado, el gobierno nacional interviene en el año 2014,

[13] Arcadia. (2011). ¿Qué opina Sayco? Revista Arcadia, consultado el 19 de noviembre de 2019. Recuperado de: https://www.revistaarcadia.com/musica/articulo/que-opinan-sayco/26538

[14] El Tiempo. (2014). La última oportunidad de Sayco. Consultado el 19 de noviembre de 2019. Recuperado de: http://vlex.com/vid/oportunidad-sayco-493765866

[15] Ibidem

atreves del ya mencionado ministro del Interior de la época, Aurelio Iragorri, estableciendo junto con el gerente de Sayco, Nino Caicedo, entre otros, un acuerdo que:

> *"preveía los siguientes puntos una comisión especial de vigilancia de todos los procesos de Sayco, por parte del Gobierno; la democratización de la sociedad, a partir de un cambio de estatutos en la asamblea del próximo 25 de marzo [2014]; la implementación de un modelo de recaudo por medio de monitoreo digital; la depuración de la cuota de fomento que entrega la sociedad a miembros que no generan regalías, y la creación de un fondo para mejorar la imagen de Sayco." (El Tiempo, 2014b, párr., 3)*

De igual manera, la Dirección Nacional de Derecho de Autor mediante la Resolución 020 del 28 de enero de 2015, ordenó someter a control a dicha Sociedad en los términos de los artículos 28 y 29 de la Ley 1493 de 2011. Los anteriores artículos revisten de atribuciones al DNDA del Ministerio del Interior para ejercer control y ordenar medidas coercitivas para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos. Además de disponer un amplio catálogo de herramientas para la consecución de tal fin.

A pesar de las diferentes medidas tomadas, se seguían sumando afirmaciones interpuestas por terceras personas, que decían que Sayco coaccionaba el pago de tarifas sin motivar la causa del pago ni el monto de este, obstruyendo la gestión individual de obras por parte de las autores y compositores, y cobrando el licenciamiento por la explotación de obras que no estaban dentro de su administración, pues eran de artistas que no representaban[16].

Gran parte de la controversia ha suscitado por la infracción de los artículos 3 y 6 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 8 de la ley 155 de 1959, que se refiere en términos generales al abuso de la posición dominante que tiene Sayco al ser la única sociedad de gestión colectiva de naturaleza especializada. La Superintendencia de Industria y Comercio declaró la posición dominante por primera vez a una sociedad de gestión colectiva en el año 2017, siendo Sayco merecedora de esa atribución mediante la resolución de sanción número 10150

[16] Abello, F. (2016). Decisión Superintendencia de Industria y Comercio sobre una Investigación en Contra de Sayco (Sociedad de Autores y Compositores de Colombia). Revista La Propiedad Inmaterial, 209. Retrieved fromhttps://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.revpropin22.12&lang=es&site=eds-live&scope=site

del 7 de marzo de 2017. La posición dominante es considerada como una posición de fortaleza económica que habilita a un agente para prevenir que se mantenga una competencia efectiva[17]. La posición dominante per se no está prohibida, sin embargo, es propio del Estado Social de Derecho buscar y evitar ese tipo de concentraciones que pueden afectar gravemente el desarrollo económico y la protección de diferentes garantías, es por eso, que la normatividad le exige al agente que ostente una posición dominante con mayor cuidado, transparencia y eficacia en su actuar.

CONCLUSIÓN

Sayco se ha consolidado como una sociedad de gestión colectiva de relevancia nacional e internacional; gracias a su trayectoria, representación y socios que la conforman, hace que está sociedad mantenga una posición privilegiada en el territorio nacional, posición que la obliga a actuar con mesura, transparencia y eficacia, pues como fue declarado por la Superintendencia de Industria y Comercio, Sayco al tener una posición dominante en el campo de la recolección de los derechos patrimoniales de autores y compositores, debe ser detalladamente vigilada y cuidadosa en su operación.

De igual manera, los escándalos y voces de protesta a esta institución han hecho que se dieran cambios y que haya evolucionado a través del tiempo, pues ha venido adoptando nuevas medidas y reglamentos para mantener criterios más justos y claros en el cobro, al igual que medidas para mejorar el funcionamiento, comportamiento que en gran medida han sido presionado por la intervención del Estado, especialmente a través de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y del Ministerio del Interior, con la finalidad de la protección de intereses comunes y la consecución de las prerrogativas del Estado de Derecho.

A pesar de lo anterior, Sayco tiene un largo camino para consolidarse en el campo de la eficiencia y transparencia, por lo cual es necesario que tome medidas para llenar los vacíos en algunos campos como en los criterios de cobro a los gremios de trasporte público como taxistas, pues hasta el momento no existe un reglamento específico que aplique para ellos como si los hay para los establecimientos públicos.

[17] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. United Brands Company and United Brands Continental By Commission of European Communities. Asunto 27/26, 14 de febrero de 1978.

BIBLIOGRAFÍA

Abello, F. (2016). Decisión Superintendencia de Industria y Comercio sobre una Investigación en Contra de Sayco (Sociedad de Autores y Compositores de Colombia). Revista La Propiedad Inmaterial, 209. Tomado de https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.revpropin22.12&lang=es&site=eds-live&scope=site.

Álvarez Cabrera, S. F. (diciembre, 2014). El derecho de propiedad intelectual en la industria musical colombiana. Sujetos de derecho y protección jurídica. Revista de Derecho Privado, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

Arcadia. (2011). ¿Qué opina Sayco? Consultado el 19 de noviembre de 2019. Recuperado de: https://www.revistaarcadia.com/musica/articulo/que-opinan-sayco/26538.

Congreso de Colombia. (12 de abril de 2010) Artículo 18 [Título II]. Resolución 415, Por la cual se expide el Reglamento de Radiodifusión Sonora y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia. (25 de octubre de 2010) Artículo 17 [Título I]. Decreto 3942, por el cual se reglamentan leyes relación con las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos y la entidad recaudadora y se dictan otras disposiciones.

Consejo de Estado, Sección cuarta. (25 de septiembre de 2008) Sentencia 16143. [MP Héctor J Romero Díaz].

Consejo directivo de Sayco. (9 de agosto de 2011). Reglamento para las tarifas de cobro a establecimientos públicos.

Consejo directivo de Sayco. (12 de abril de 2012). Reglamento para las tarifas de espectáculos públicos.

Consejo directivo de Sayco. (14 de diciembre de 2016). Reglamento para las tarifas de radio y televisión.

Consejo directivo de Sayco. (28 de octubre de 2016). Reglamento de distribuciones a socios

El Tiempo. (2014). La última oportunidad de Sayco. Consultado el 19 de noviembre de 2019. Recuperado de: http://vlex.com/vid/oportunidad-sayco-493765866.

El Tiempo. (2014b). Gobierno propone un plan para salvar a Sayco. Consultado el 28 de abril de 2020. Recuperado

de: https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13541000.

Lipszyc, D. (2006) Derecho de autor y derechos conexos. Argentina: Unesco.

LR-Legal. (2018) Sayco y Acinpro, empresas comprometidas con el talento colombiano. Retrieved from https://search.ebscohost.com/login.=edsens&AN=edsens.613673357&lang=es&site=eds-live&scope=site. Párr., 2.

Merges, R. P. (1996). Contracting into liability rules: Intellectual property rights and collective rights organizations. Cal L. Rev., 84, 1293.

Monsalvo, F. A. (2017). Las sociedades de gestión colectiva frente a la libre competencia económica. Rev. Prop. Inmaterial, 23.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. United Brands Company and United Brands Continental By. Commission of European Communities. Asunto 27/26, 14 de febrero de 1978.

Universidad de
La Sabana