

# ACADEMIA Y DERECHO

Revista Semestral ISSN. 2215-8944 Año 3 N° 4 Primer Semestre 2012.



Ciudad de treinta mil habitantes.



## **ACADEMIA Y DERECHO**

**Revista Semestral de la Facultad de Derecho de la  
Universidad Libre seccional Cúcuta.**

**ISSN. 2215-8944 Año 3 N° 4 Primer Semestre  
2012**

### **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE**

Presidente Nacional:

**Francisco Sierra Reyes**

Rector Nacional

**Nicolás Zuleta Hincapié**

Rector Seccional

**Iván Vila Casado**

Presidente Seccional

**Holger Cáceres Medina**

Decano Facultad de Derecho

**José Vicente Carvajal**

Director del Centro de Investigaciones

**Raquel Laguado Ramírez**

### **DIRECTOR**

**Darwin Clavijo Cáceres**

### **COMITÉ EDITORIAL**

**Iván Vila Casado.**

**Mg. Débora Guerra Moreno**

**Ph.D Rodrigo Rivera Morales**

**Ph.D. Marcela Flórez Romero**

**Ph.D. Víctor Manuel Gélvez Ordoñez**

Revista Semestral ISSN. Año 1 N° 1 Segundo semestre 2013.

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA  
FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES  
PROGRAMA DE DERECHO  
PROGRAMA DE FILOSOFÍA

Derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de los artículos citando la fuente y los créditos de los autores. Los conceptos y opiniones expresados en los artículos son responsabilidad de los autores y no comprometen a la Universidad de Pamplona.

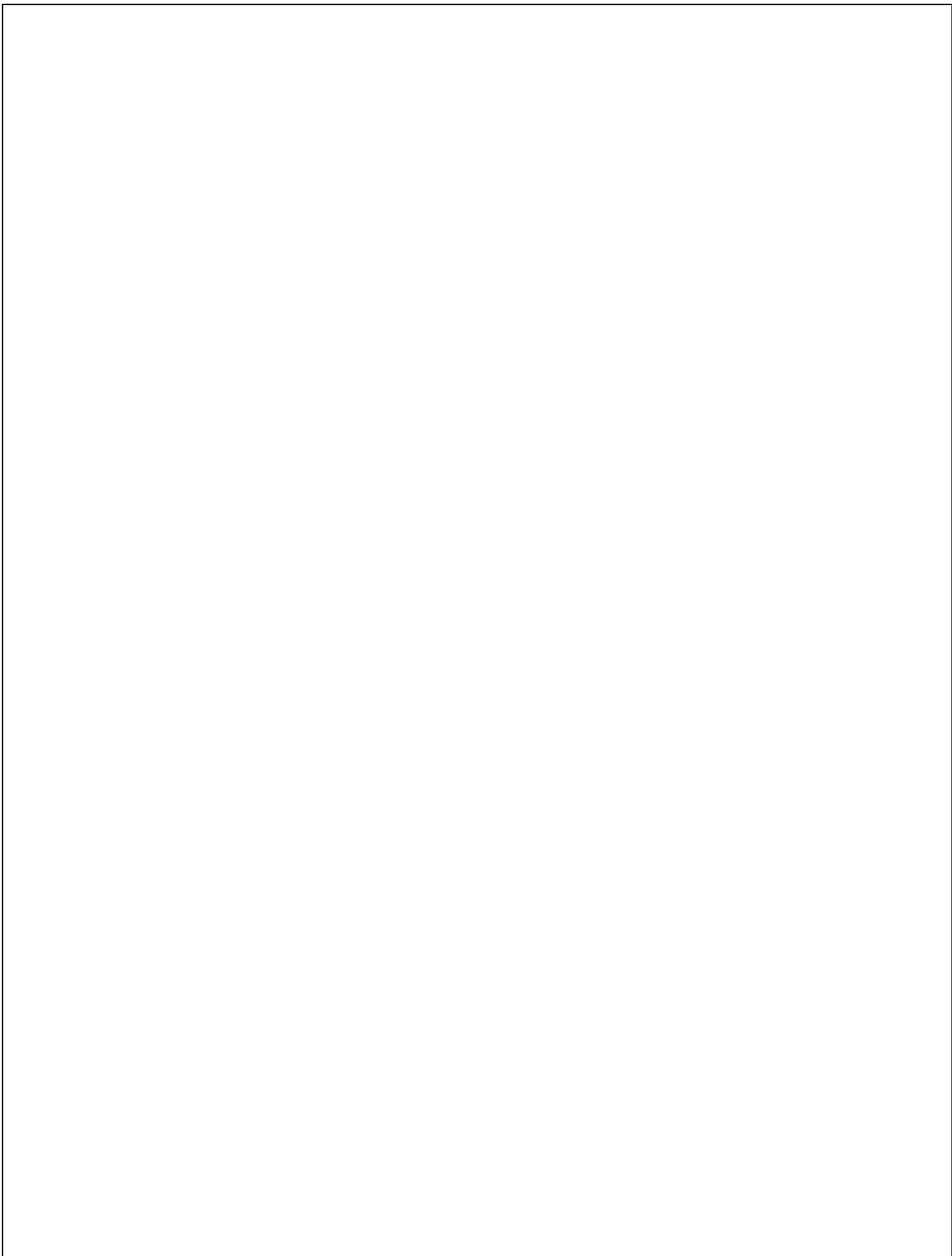
Diagramación: Programa de Derecho.

Universidad de Pamplona.

Correspondencia:

Carrera 4 Calle 4. La Casona. Dirección del programa de derecho. Pamplona, Norte de Santander.

[djurisprudencia@unipamplona.edu.co](mailto:djurisprudencia@unipamplona.edu.co)



## CONTENIDO

### **CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA URBANA DE CÚCUTA: IMPACTO GENERADO POR EL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA CIUDAD**

MARTHA LILIANA NIETO ESTÉVEZ

GABRIEL GUILLERMO FERNÁNDEZ CASTAÑEDA

### **FACTORES QUE DEFINEN LA EXCLUSIÓN SOCIAL EN COLOMBIA**

DARWIN CLAVIJO CÁCERES

### **EL REFERENDO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA: UN MECANISMO DE DIFÍCIL UTILIZACIÓN EN LOS AÑOS 2008 AL 2011**

PEDRO JAVIER SÁNCHEZ VERA

JAVIER LEONARDO CONTRERAS VARGAS

### **ANTI JURIDICIDAD Y EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN**

**(Un análisis deconstructivo y anclado en la perspectiva relacional de los derechos humanos)**

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA

### **"LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES EN CONDICIÓN DE CONTRATANTES FRENTE AL TRABAJADOR QUE SUFRE ACCIDENTE DE TRABAJO ESTANDO AL SERVICIO DEL CONTRATISTA INDEPENDIENTE- ENFOQUE JURISPRUDENCIAL 2009 -2011".**

ANGÉLICA MARÍA DEL PILAR CONTRERAS CALDERÓN

NIDIA BELÉN QUINTERO GELVES

ÁLVARO QUINTERO GELVES

## **CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA URBANA DE CÚCUTA: IMPACTO GENERADO POR EL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA CIUDAD**

MARTHA LILIANA NIETO ESTÉVEZ\*

GABRIEL GUILLERMO FERNÁNDEZ CASTAÑEDA\*\*

- *Curadora Urbana del Municipio de Cúcuta.*

\*\* *Abogado especializado en derecho inmobiliario*

Fecha de recepción del artículo: Abril 5 2012. Fecha de aceptación: Mayo 30 2012

### **RESUMEN**

Se analiza la incidencia de las disposiciones normativas sobre la transformación de la estructura urbana de San José de Cúcuta, los cambios que se han generado con el paso del tiempo en las disposiciones que regulan la clasificación del territorio municipal, formas de ocupación y el régimen de usos del suelo. Se parte de un recuento histórico acompañado de registro gráfico sobre el crecimiento urbano a partir de 1793, estimando la variación en la superficie ocupada hasta la vigencia actual, haciendo énfasis a partir del 2001 en que se aprobó y adoptó el Plan de ordenamiento territorial de la ciudad. De manera particular, se presenta el periodo 2006-2012, en que se genera la mayor densificación formal obtenida. Por último, se analiza la tendencia de la expansión urbana en el horizonte del largo plazo, conforme los cambios recientes normativos.

**Palabras claves:** San José de Cúcuta, ordenamiento territorial, estructura urbana, densificación, crecimiento urbano, expansión urbana, legislación urbana.

**TITLE:** CHANGES IN THE URBAN STRUCTURE OF CUCUTA: THE IMPACT GENERATED BY THE TERRITORIAL ORDER IN THE TRANSFORMATION PLAN OF THE CITY

### **ABSTRACT**

Analysis of the incidence of the normative dispositions about the transformation of the urban structure of the city of San Jose de Cucuta, the changes that have taken place throughout time in the dispositions that regulate the territorial state capital classification, forms of occupation, and the government usage of soil. Being a part of a historical review accompanied by the graphic register of the urban growth since 1793, estimating the variation of the occupied surface until the present validity, making an emphasis starting from 2001 in which the Territorial Order in the Transformation Plan of the city was approved and adapted. During the period of 2006-2012, the greatest formal density is obtained. As though, this analyses the tendency for urban expansion in the long-run, according to the recent normative changes.

**Keywords:** San Jose de Cucuta, Territorial Order, Urban Structure, Density, Urban Growth, Urban Expansion, Urban Legislation.

### **INTRODUCCIÓN**

Este trabajo se centra en el papel que han jugado las decisiones públicas en materia de desarrollo urbano sobre el municipio de San José de Cúcuta, presentando un análisis crítico del fenómeno de expansión de la urbe, la situación de la ocupación informal, contando con el apoyo de registros documentales dispersos que soportan hechos destacados, así como en la legislación urbana.

¿Que ha llevado a que en Cúcuta, la información sobre el crecimiento urbano se genere de manera segregada y no exista un observatorio social que concrete la realidad urbana municipal, tomando datos desde sus orígenes y hasta la fecha?, ¿Cuáles han sido las consecuencias del fenómeno de informalidad en la ciudad?, ¿Estaremos perdiendo el

derecho a la ciudad tan reclamado en las últimas décadas a nivel mundial?. Para dar respuesta a estos interrogantes, el trabajo contempla los siguientes aspectos:

Las particularidades del crecimiento urbano entre los periodos 1793 a 2012, presentando la variación gráfica de la superficie ocupada y los hechos que le han sustentado, en especial se citan las principales disposiciones normativas en materia urbanística tanto a nivel nacional como local y como las mismas han tenido injerencia en la transformación de la estructura urbana de San José de Cúcuta. Se muestra como gradualmente los márgenes de informalidad en la ocupación del suelo se van acrecentando, motivados por la presencia de ejidos municipales y la instalación de nuevas infraestructuras, llegando a superar los suelos desarrollados formalmente por parte de entidades privadas o públicas como el ICT.

Se registran además, los principales cambios que se han generado en la forma de definir la clasificación del territorio municipal. El trabajo evidencia el gran impacto de la ley 9 de 1989, primer referente normativo para el ejercicio de la planificación urbana, resaltando además, la importancia de la constitución de 1991, que sentó bases en el proceso de descentralización, marco que asigna a los municipios la competencia directa en la planificación y ordenamiento del suelo, permitiendo la generación de normas de superior jerarquía a nivel ambiental (ley 99 de 1993), metropolitano (ley 136 de 1994), participación ciudadana (ley 134 de 1994), prestación de servicios públicos (ley 142 de 1994), facilitando la coordinación, orientación, programación y regulación del desarrollo racional, armónico e integrado del territorio en el horizonte del largo plazo, integrando la sociedad civil en la toma de decisiones, de acuerdo a las estrategias de desarrollo local.

Se destaca el concepto de los **planes de ordenamiento territorial** formulado en la ley orgánica del plan de desarrollo (ley 152 de 1994 Art. 41) y concretando su alcance en la ley de desarrollo territorial que logra integrar los mandatos constitucionales y legales referidos (ley 388 de 1997), favoreciendo la construcción de un instrumento que enlaza la planeación física y socioeconómica, cuyos principios rectores son la función social y ecológica de la



propiedad, el reparto equitativo de cargas y beneficios y la prevalencia del interés general sobre el particular. (Art. 2).

Finalmente, se analiza el periodo más reciente, que muestra cambios en las formas de uso y ocupación del suelo, que introducen variaciones en la estructura funcional de la ciudad, analizando la tendencia de la expansión urbana y sus implicaciones en el horizonte del largo plazo.

### **Particularidades del crecimiento urbano de San José de Cúcuta.**

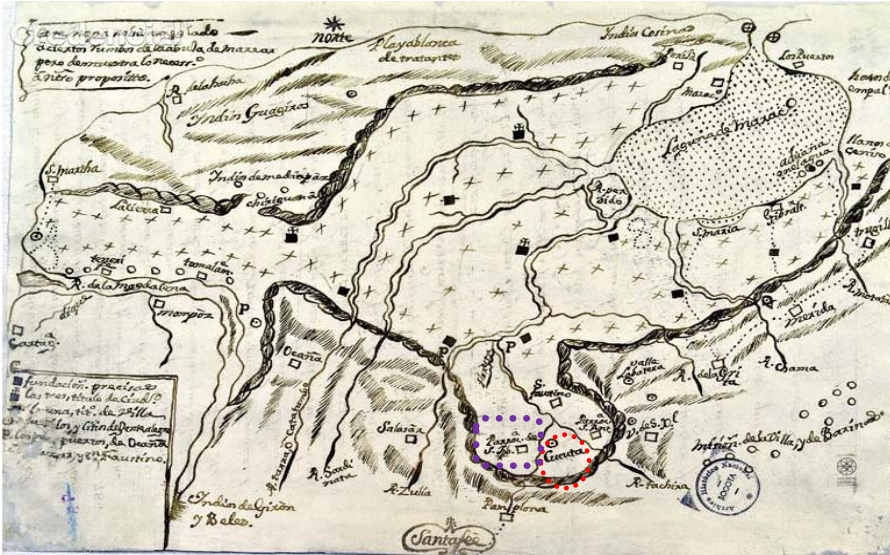
**1623.** El primer poblado que surge en el valle de Cúcuta se origina en 1623, como resultado de las medidas dictadas por la corona española para transformar la vida de las comunidades indígenas asentadas en la zona, asignando un resguardo para que se congregara el pueblo, dando origen al hoy denominado Barrio San Luis. Este asentamiento vendría a ser integrado a la ciudad de Cúcuta como corregimiento mediante ordenanza departamental 021 de 1915, siendo convertido en barrio mediante acuerdo municipal No. 28 de 22 de agosto de 1943.

**1733.** La ciudad de Cúcuta, no tuvo una fundación como las originadas por la conquista española, su núcleo formal urbano surge gracias a la donación por escritura pública de media estancia de ganado mayor que hiciera la ilustre dama pamplonesa Juana Rangel de Cuellar en el sitio de Tonchalá, con la aceptación de siete vecinos, tres testigos y diecisiete personas notificadas como colindantes por las tierras donadas. Datos históricos reseñan que la población para ese año era de 42 habitantes. Así se expresaron, quienes participaron de la escritura de obligación que firmaron los Fundadores de Cúcuta, en Junio de 1733, ante Don Juan Antonio Villamizar y Finedo:

*... "cuya fundación se ha de hacer en medida estancia de ganado mayor, que en el dicho sitio de Guasimal para el dicho efecto tiene donada Doña Juana Rangel de Cuellar por Escritura, otra de los Fundadores, tierra sana, con llano apacible para planta, teniendo el río de Pamplona que por el dicho sitio pasa, para agua y montaña para leña, para habitación de los habitantes, pasto común para las bestias que tuvieren y tierra de labor y regadío y demás requisitos que son necesarios para una fundación, y por lo que para la erección de Parroquia que pretendemos es lo primero asegurar congrua suficiente para el cura"...*

Para ese momento se consideró esencial el río como sustento y el servicio religioso, sin hacer referencia a la ubicación o directrices de otros estamentos, servicios o viviendas.

**1754.** La tierra de los indígenas y la parroquia surgida por la donación de tierras en 1733, se divide por el río Pamplonita. El siguiente plano muestra su localización:



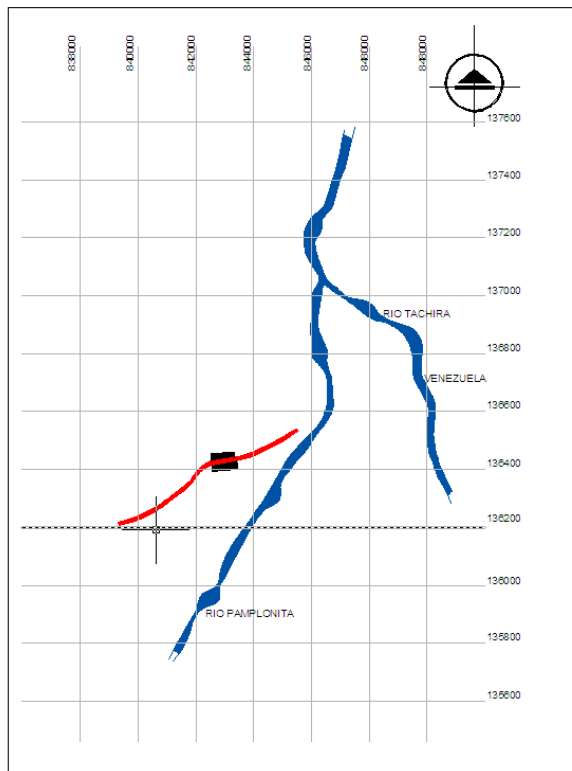
**Figura No.1** Tierra de los indios motilonos para 1754. Mapa de la zona comprendida entre la Laguna de Maracaibo y la provincia de Santa Marta, en que se señalan accidentes geográficos, los pueblos, caminos y tierras de los indios comarcanos. Corresponde al proyecto para la conquista de los motilonos por Don Ventura de Flota Sepúlveda. **Archivo General de la Nación, mapoteca 4, ref. 599 BIS.**

Hacia 1792 Cúcuta cambia de título de villa a Aldea y cuenta con 3855 habitantes. (Cámara de Comercio de Cúcuta:2004. Pág. 11).

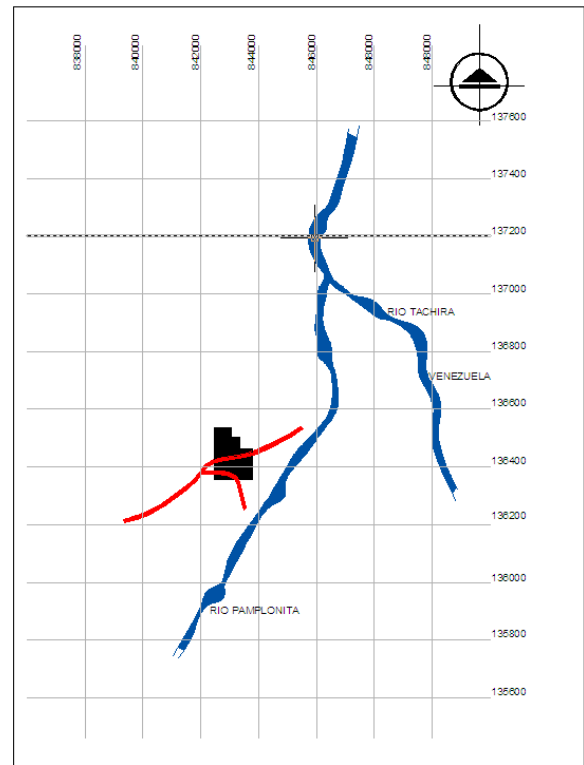
**1793 – 1875.** La tasa de crecimiento no sufre cambios vertiginosos, pasa de 3.855 habitantes a 11.846 habitantes (Niето, 1996). No hay impacto en la estructura urbana. El 18 de mayo de 1875 la ciudad es destruida. Antes del evento la ciudad contaba con 52 manzanas. En este momento de la historia la ciudad registraba una intensa actividad comercial.



**Figura No.2.** Panorámica de Cúcuta considerada por historiadores como la evidencia más antigua de la ciudad antes de la destrucción de 1875. “Cúcuta poblado de plazuelas y patios con frondosos cujíes y mamones que resguardaban sus hogares del ímpetu de los vientos y cuyos moradores vivían en casas de teja situadas en el centro y en multitud de casitas esparcidas sin demarcación de calles”. (**Ancizar. M., mediados siglo XIX**).



1793 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA



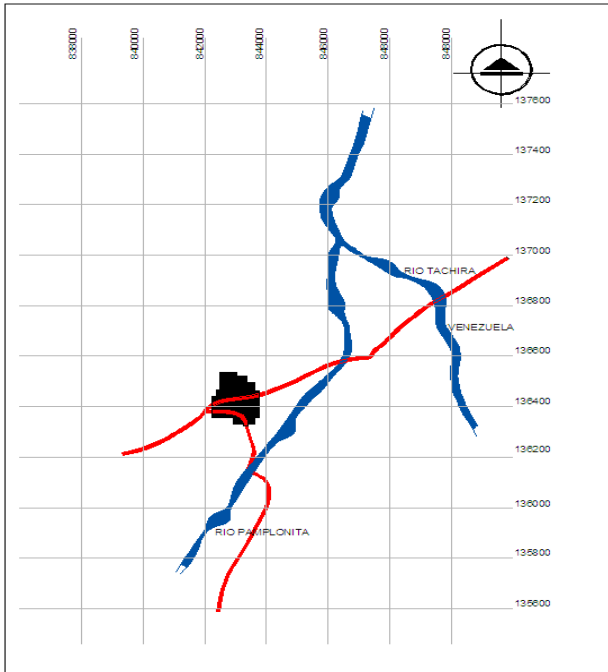
1863 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA

**Figura No.3.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1793. Elaboración propia, basado en información obtenida en Departamento Administrativo de Planeación en el año de 1996. Se aprecia un núcleo urbano concentrado en el centro.

**Figura No.4.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1863. Elaboración propia, basado en información obtenida en Departamento Administrativo de Planeación en el año de 1996. Se aprecia que la expansión horizontal se dio sobre áreas inmediatamente adyacentes.

**1875-1940's.** La ciudad logra un cambio significativo después del terremoto, gracias al aporte del ingeniero venezolano Francisco de Paula Andrade Troconis, primer gran urbanista de la ciudad, responsable de la construcción del plano que permitió reorganizar la ciudad desde su corazón (hoy centro tradicional), respetando un diseño ortogonal en que las calles y avenidas se cruzaban armónicamente (asimilable al plan hipodámico), con anchos generosos que permitieron el albergue de especies arbóreas y el tránsito libre de las aguas, generando cuadras uniformes. El plan concibió al Parque Santander como la plaza principal, el centro de la ciudad (Pérgolis: 2002), y en el costado sur la Alcaldía y en el oriente la Catedral Mayor, encontrando sitios destinados para el comercio y equipamientos de interés en inmediaciones, quedando regulados usos y actividades para ese momento, que hoy día persisten, guardando similitud con lo que promulgaron las leyes de indias.

La ciudad se refunda sobre una zona plana de fácil acceso a la población, bajo la directriz impuesta. En septiembre de 1875, el cabildo contrata el plano con el ingeniero Andrade Troconis, siendo entregado el 30 de noviembre de ese año. La asamblea del estado soberano de Santander dicta una ley especial para fomentar la reconstrucción, constituyéndose estas herramientas en los primeros marcos normativos de los que se pueda hacer referencia (Cámara de Comercio de Cúcuta: 2004. Pág. 25). Las disposiciones consideraron adecuado reasentarse sobre la misma zona que ocupaba la urbe devastada, redefiniendo un nuevo emplazamiento de manzanas y vías, ampliando los anchos de calzada. La ubicación cercana al río pamplonita, garantizaba el suministro del agua a la población, la cría de especies, el manejo de aguas servidas, quedando ubicada de manera estratégica a escasos metros de Venezuela, sobre el que se venía consolidando el intercambio comercial tanto por vía terrestre como por vía marítima con el Lago de Maracaibo y el interior del país.



1875 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA

**Figura No.6.** Plano que contiene la reconstrucción de la ciudad propuesta por Francisco de Paula Andrade Troconis. 1875



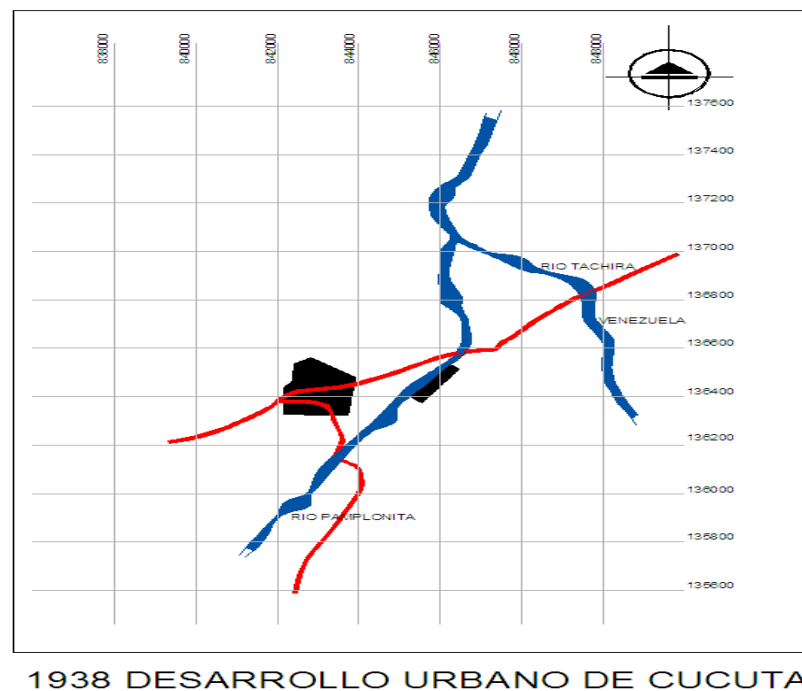
**Figura No.6.** Plano que contiene la reconstrucción de la ciudad propuesta por Francisco de Paula Andrade Troconis. 1875

El crecimiento económico y comercial de Cúcuta venía fortaleciéndose desde la segunda mitad del siglo XIX. Esta situación permitió que el proceso de reconstrucción tardara pocos años, labor en que se involucraron los estamentos oficiales, el comercio y la comunidad afectada de manera decidida. El cabildo municipal no dejó de sesionar y logró su traslado a la nueva ciudad el 9 de febrero de 1876. La ciudad atrajo la presencia de extranjeros, quienes se asentaron en sectores planos cercanos a la plaza principal (Parque Santander - Catedral de San José) con importantes casas comerciales y sitios de residencia amplios, de un piso de altura. Los grupos sociales de menores ingresos y clase obrera (trabajadores, artesanos, campesinos) que no poseían ni techo propio, ni recursos, fueron ubicados sobre zonas más retiradas que correspondían a los ejidos, en terrenos adjudicados por el municipio, distantes del centro y de servicios, algunas en alta pendiente cercanas a la cabecera reticular, núcleos de desarrollo informales que no respetaron el trazado formulado por el Ingeniero Andrade de 1875, pero que de cierta forma guardaban armonía con su contexto.

La puesta en operación del tranvía, los servicios del telégrafo nacional, telefonía y alumbrado público, así como el servicio de electricidad, las vías, caminos y pasos de frontera, facilitaron la integración con el contexto nacional y binacional.

Ya para ese momento se evidencia el fenómeno de segregación socio espacial de clases, siendo recrudescido con el monopolio de las tierras de mejor ubicación a cargo de particulares, que se reservaron para los sectores formales. El municipio compensa a través del tiempo el desequilibrio, con el banco de ejidos, facilitando la ocupación ilegal de tierras de los desfavorecidos. La población a 1905 censada asciende a 15.312 habitantes y comienza a crecer de manera acelerada pasando a 57.248 habitantes para 1938. (Nieto: 1996), superando tasas promedio que venían registrándose.

Mediante Acuerdo 35 de 1.928, el Honorable Concejo ordena levantar un plano de Cúcuta “que determine los actuales lineamientos de la ciudad y de su futuro desarrollo en un lapso de cincuenta años”.



**Figura No.7.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1938. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996. Se aprecia la conexión con el interior del país y con Venezuela por Ureña

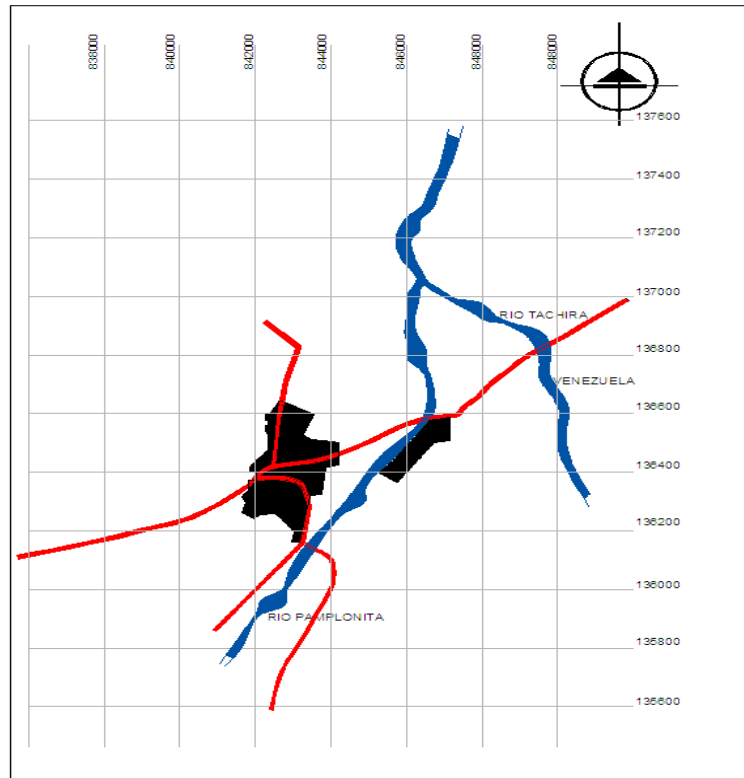
En la década de 1940, se conecta el centro de la ciudad con zona aislada (barrio San Miguel y alrededores), facilitando el desarrollo informal del sector integrado. En esta década también es inaugurado el Estadio General Santander (Medina:1983) y en 1949 entra en operación el Aeropuerto de Lanza en la zona de San Luis que duraría solo dos décadas en operación.

**1951-1959.** La población crece a un ritmo anual superior al 6%, (Dane:2005), particularmente informal, generando cambios en la forma y estructura urbana. Se forman asentamientos irregulares como Chapinero (1952), Cundinamarca (1954), Claret (1959). Ponen en servicio la Diagonal Santander, Avenida Gran Colombia y la ciudad se interconecta con el interior del país (Cámara de Comercio: 2004,pág. 137).

Entre 1954-1956, se consolida el Barrio Blanco como un proyecto de viviendas de dos pisos de altura, que se reservaron para médicos, familias reconocidas, comerciantes, docentes y empleados públicos, financiado por el BCH.

En el año de 1954, la Alcaldía estructura la Oficina del "Plan Regulador de Cúcuta", (Nieto: 1996), contratando la elaboración del plan piloto de planeamiento de la ciudad a los arquitectos urbanistas Herber Ritter Echeverry y Eduardo Mejía. El plan elaborado contenía: señalamiento del perímetro urbano, zonificación de la ciudad, sistema vial y su clasificación, y normas sobre urbanismo y servicios públicos. Se fija la localización de la zona industrial urbana donde existe actualmente. Este tipo de plan fue instituido en Colombia iniciando en Bogotá y tomado en Cúcuta.





1954 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA

**Figura No.8.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1954. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996. Se aprecia la conexión con el interior del país y con Venezuela por Ureña

En ésta década de los 50's, se inicia el Barrio Colsag y Popular, de uso residencial apoyado por el ICT; el ICT comienza el desarrollo del barrio Guaimaral (1957), se construye la Cancha Toto Hernández, el Hotel Tonchalá, el mercado de la Sexta, se construye el teatro Zulma (Cámara de Comercio:2004. Pág-137).

Mediante Acuerdo Municipal 19 de 1956 y 20 de 1959, el Concejo municipal modifica ciertas normas urbanísticas y reorganiza la oficina del Plan. En 1959 es cerrado de manera definitiva el ferrocarril y se pone en operación el Almacén Ley (Cámara de Comercio: 2004. Pág. 159-161)

**1960-1975.** Periodo de grandes cambios en la estructura urbana de la ciudad y de directrices de desarrollo. En 1962, el Alcalde Luis Raúl Rodríguez (Arquitecto), con el apoyo



de la oficina del Plan Regulador a cargo de Juan José Yáñez Rey, emprenden una revisión de la zonificación de la ciudad y el plan vial, viéndose los resultados plasmados en el Acuerdo 002 de 1962, herramienta que guio hasta 1975 el desarrollo y planeamiento de la urbe.

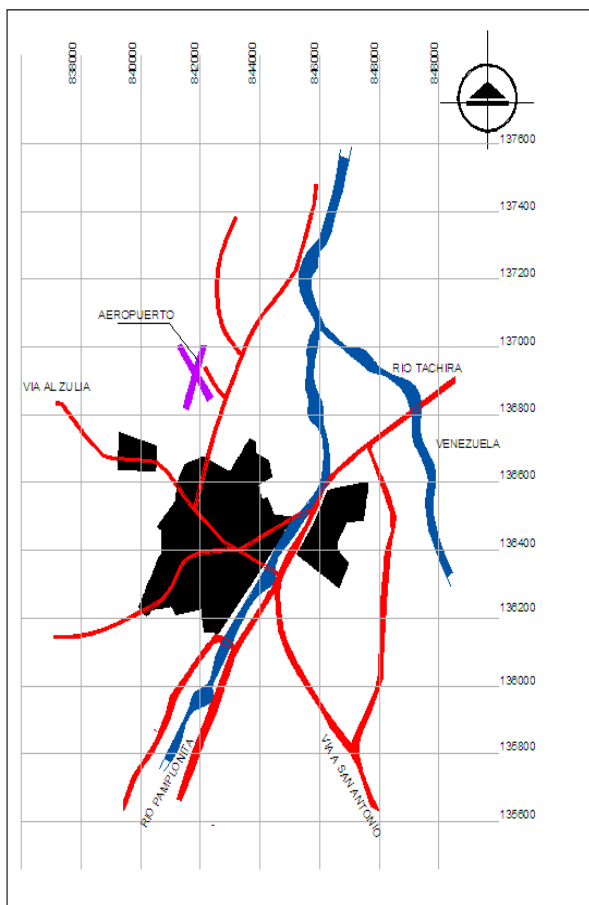
Se destacan en este periodo la construcción de equipamientos e infraestructuras de gran impacto en el desarrollo urbano: En 1960 entra en operación la Central de Transporte Estación Cúcuta. El 10 de octubre de 1971 se inaugura el Aeropuerto Camilo Daza. Además, se generan corredores viales que integran el área urbana con sectores sin desarrollar, como la Autopista Atalaya, que se enlazaría con la Diagonal Santander, vía a Boconó (Antigua a San Antonio) y se ponen en operación la Autopista Internacional, el Puente Simón Bolívar (Cámara de Comercio de Cúcuta: 2004. Pág.161) Avenida al Aeropuerto, vía antigua a Puerto Santander, entra en operación el Centro Comercial Bolívar, Edificios Seade, Agrobancario y Banco Santander, Teatro y Edificio Rosetal.

Con la apertura de nuevos corredores viales, el fenómeno de desarrollo informal a cargo de la población mas vulnerable sobre zonas críticas no aptas para el desarrollo urbano, se intensifica, sin el control de la administración municipal. Se amplía la ocupación informal de tierras al suroriente (Sectores cercanos Barrio San Luis y circunvecinos), así como la zona sur occidental citando algunos Barrios Santander (1963), al noroccidente: Comuneros (1965), Antonia Santos (1974), San Martín (1974) por Invasión de terrenos del ICT. La ventaja de la existencia de grandes extensiones de tierra en las ciudadelas atalaya y la libertad de propiedad del municipio (ejidos), favorece la invasión de las mismas, debido a que no se toman medidas efectivas de control para su recuperación. Tendencia que condiciona el tipo de desarrollo urbano que se dará (Bazant: 2004).

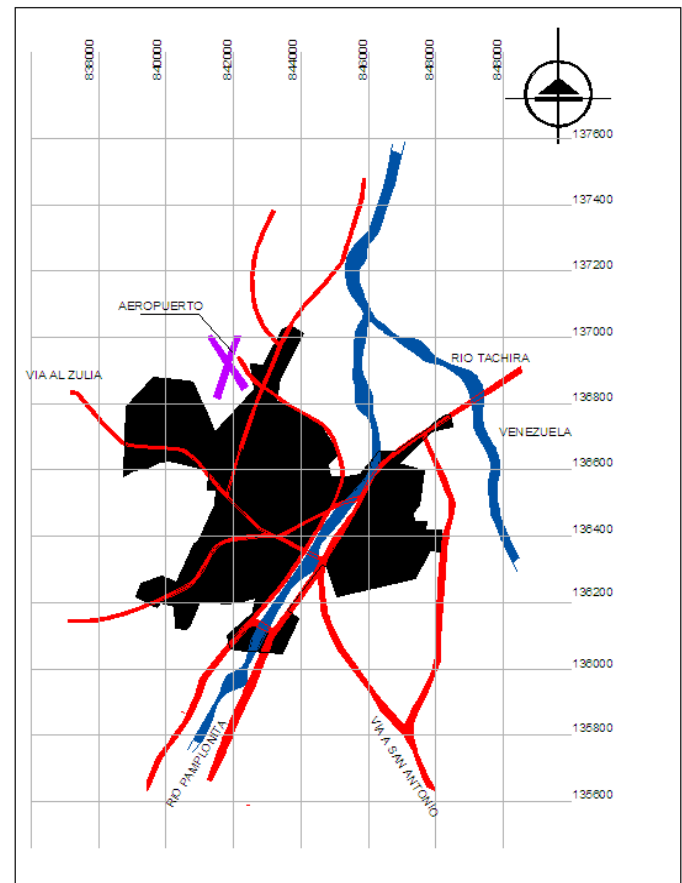
Esta forma de ocupación y uso, es observada de manera permisiva y pasiva por la sociedad, consolidando con el paso de los años un modelo propio característico de ciudades del tercer mundo, en que los habitantes apenas disponen de lo necesario y muchos se encuentran por debajo de la línea de pobreza, circundada de comercio informal, respondiendo a la fuerte dinámica que imprime la localización en zona de frontera.

En la medida que avanzan aceleradamente las invasiones, también se producen, pero en menor escala, proyectos de vivienda por parte del Instituto de Crédito Territorial, como Colpet-Pescadero (1960), Guaimaral (1960) y Ciudad Jardín (1961) desligados del centro; La Merced, Quinta Bosch (60's), Primera Etapa Atalaya (60). Así mismo, se estructuran desarrollos formales particulares como la Urbanización Quinta Oriental (1972) por mencionar alguno.

En 1975 se logra la aprobación del nuevo código de urbanismo de Cúcuta, con la dirección del arquitecto Julio Moré Polanía, instrumento que se constituiría en una gran herramienta para el desarrollo de un importante número de proyectos en la ciudad, proceso que permitió la generación de escenarios de análisis sobre las normas urbanísticas en éste consignadas.



1962 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA

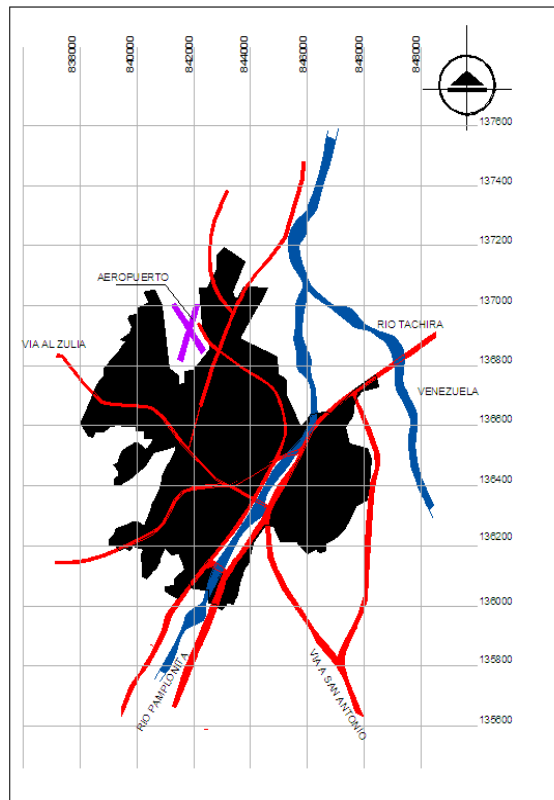


1975 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA

**Figura No.9.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1962. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996

**Figura No.10.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1962. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996

**1976-1988.** En este periodo avanzan los desarrollos informales al noroccidente del área urbana como Belisario (1980), Aeropuerto (1981), La Ermita (1982) y sectores circunvecinos, sobre predios de propiedad privada. Además, desarrollos formales como Ceiba II, Prados del Norte y Niza (1984), y el proyecto de vivienda de interés social construido por el ICT Aniversario Uno (1988). Así mismo, en este periodo se concreta la materialización de la Central de Abastos de Cúcuta. Periodo influenciado por la crisis venezolana que vendría a desestabilizar la ciudad. Se consolida la Avenida Libertadores (1983).



1985 DESARROLLO URBANO DE CUCUTA

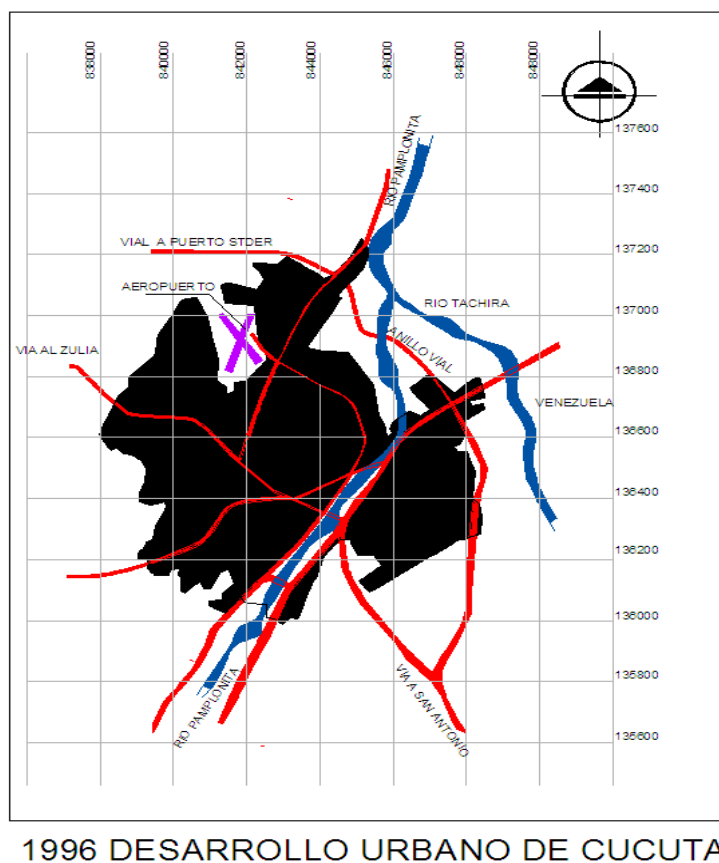
**Figura No.11.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1985. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996.

**1989-2000.** Se sanciona la ley 9 de 1989, paso importante a nivel nacional en materia de planificación urbana, consolidando el plan de desarrollo, instrumento que concebiría el reglamento de usos del suelo, cesiones y normas urbanísticas, plan vial, de servicios públicos, reserva de tierras para vivienda de interés social y reubicación de asentamientos humanos,

entre otros; introduciendo mecanismos de financiación y gestión del suelo, adquisición de bienes por motivos de utilidad pública, procesos de enajenación voluntaria o forzosa, definiendo el alcance del espacio público, la vivienda de interés social, por citar algunos. Es así como en el año de 1991 el Concejo aprueba el Acuerdo 058 de 13 de septiembre, Código de Urbanismo de la ciudad, que vendría a dejar sin efectos el Código del 75.

Con la promulgación de la constitución de 1991, surgen normas de superior jerarquía a nivel ambiental, metropolitano, participación ciudadana, servicios públicos, consolidando la figura de los planes de ordenamiento territorial y concretando su alcance en la ley de desarrollo territorial que logra integrar armónicamente todos los sectores en la Ley 388 de 1997.

En Cúcuta, en este periodo, continúa avanzando el desarrollo tanto formal como informal de la ciudad. Se consolidan proyectos urbanísticos como Los Pinos, de vivienda del ICT. También se inicia el proceso de urbanización formal de la zona norte urbana denominado Trigal del Norte (1994) que sentaría bases para lograr la expansión del suelo sobre esta área. Así mismo, comienzan su desarrollo grandes proyecto de vivienda como lo son la Urbanización García Herreros y Prados del Este. Se amplía el Puente Elias M. Soto a cuatro carriles. En este periodo el Alcalde Pauselino Camargo recupera el espacio público invadido por ventas ambulantes y casetas en el sector la Sexta (8 abril 1997), siendo reubicados en el Edificio Oití construido por el Municipio en la administración de Enrique Cuadros Corredor.



**Figura No. 12.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1996. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996.

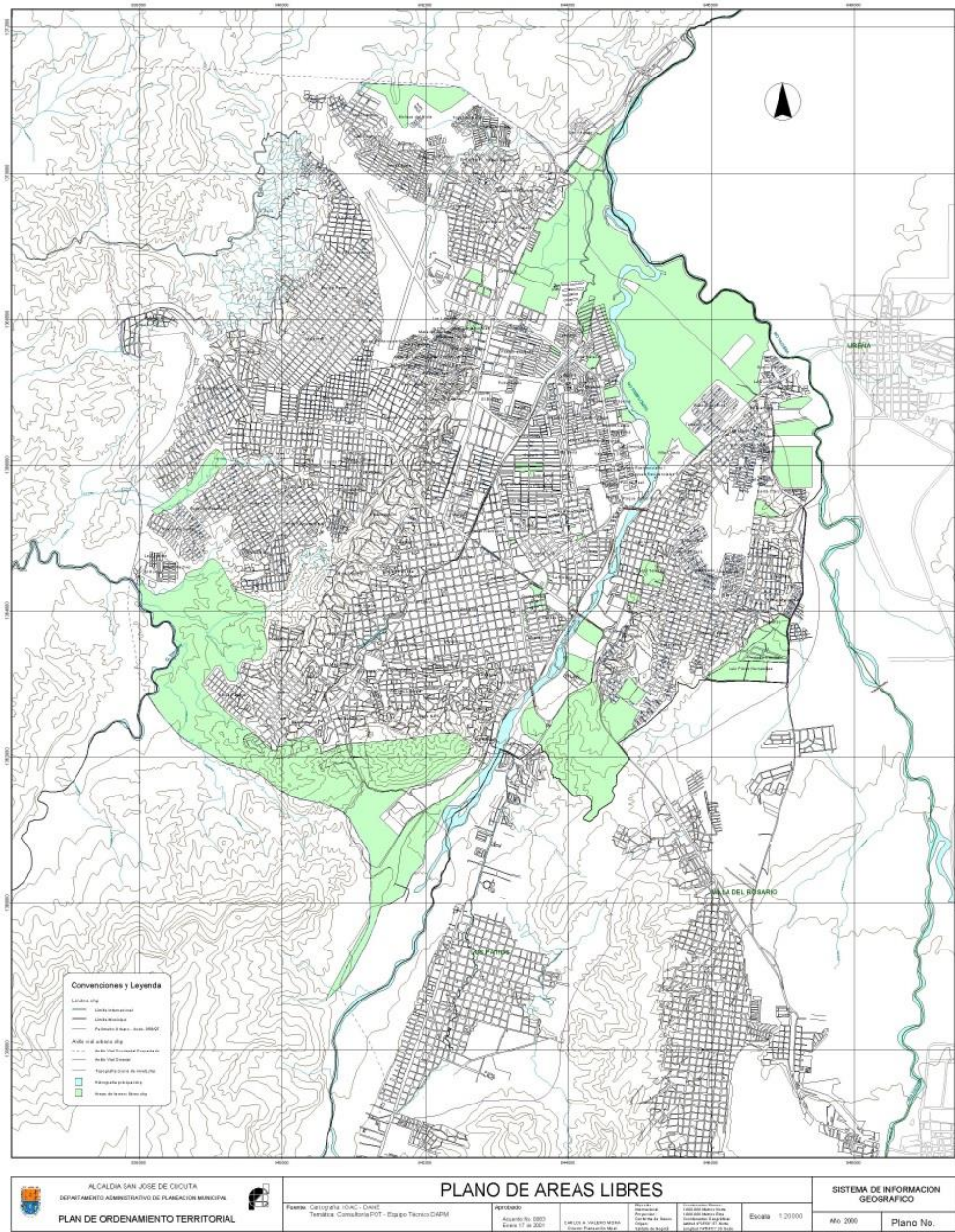
Ya para este periodo, la presencia de invasiones y ocupación de zonas de riesgo es marcada en la ciudad, al igual que otras del país, realidad del territorio que ha sido entendida por la legislación nacional en materia urbanística, en la que se reconoce el concepto de "asentamiento humano ilegal" y se propende por la regularización urbanística con miras a disminuir la brecha social que este tipo de conglomerados trae, contenidos actualmente en el Decreto 564 de 2006 en los Artículos 122 a 131 y Decreto 1469 de 30 de abril de 2010.

A principios del siglo XXI la ciudad recibe la apertura del Almacén Vivero, que vendría a ser el primer gran centro comercial que se desarrolla en la ciudad.

**Aprobación y Adopción del Plan de ordenamiento territorial (POT). Acuerdo 083 de 2001 y demás normas municipales reglamentarias.** Atendiendo lo exigido por la ley 388 de 1997,

el Municipio encauza esfuerzos para lograr la consolidación del plan de ordenamiento territorial, labor que tardó tres años (1998-2000), logrando el 17 de enero de 2001 la aprobación por parte del Concejo. En este proceso, debió transcurrir más de un año adicional de estudio en instancias de concertación y consulta, debido a que la sociedad organizada exigió que se abrieran nuevos espacios para discutir las propuestas en éste contenidas, siendo atendidas por la administración, mostrando con ello, la importancia de la sociedad en la construcción del documento definitivo. De esta forma se agotaron las etapas previstas en la ley 388 de 1997 y especialmente el Decreto 879 de 1998 en la construcción del documento.

La concertación con las autoridades ambiental (CORPONOR) y metropolitana, así como los lineamientos departamentales que sirvieron de guía para la construcción del POT conllevaron a que Cúcuta involucrara en su contenido la realidad ambiental, los hechos metropolitanos y directrices de carácter regional, las cuales se conciben como normas de obligatoria observancia (Ley 388 de 1997), fijando las vigencias del corto, mediano y largo plazo dentro de su estructuración.



**Figura No. 13. Desarrollo Urbano de Cúcuta hasta el año 2000. Plano que corresponde a las áreas libres contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial aprobado el 17 de enero de 2001.**

A diferencia de todos los periodos anteriores, en la primera década del siglo XXI, la ciudad recibe una cascada de normas que buscan implementar de manera eficiente el Plan de Ordenamiento Territorial y hacer uso de las posibilidades dadas a los municipios en materia de usos del suelo, normas urbanísticas. Por este motivo, con posterioridad a la adopción del Acuerdo 083 de 2001, el municipio ha aprobado una gran cantidad de normas, que se citan en la siguiente tabla:

**Tabla. Relación de normas aprobadas por el Concejo y el Alcalde posteriores al Plan de Ordenamiento Territorial (2001-2011).**

No.	Acto Administrativo	Observación
1	Acuerdo 098 09/03/2001	Reglamentó manejo del espacio público en municipio
2	Acuerdo 111 29/03/2011	Disposiciones sobre supresión de barreras arquitectónicas y otras
3	Acuerdo 186 27/12/2001	Declaró de utilidad pública e interés social unos predios y concedió autorizaciones al Alcalde
4	Acuerdo 187 27/12/2001	Concedió autorizaciones al señor alcalde para negociar las muelas de la Avenida 0.
5	Acuerdo 015 03/05/2002	Declaró de utilidad pública e interés social los predios ubicados en el desarrollo de las obras del programa de infraestructura vial del POT.
6	Acuerdo 055 23/09/2002	Declaró de utilidad pública los mercados ubicados en el sector de la Sexta.
7	Acuerdo 064 24/09/2002	Reglamentó participación en plusvalía en el Municipio. Decreto derogado por Acuerdo 058 de 2004.
8	Acuerdo 068 30/09/2002	Asignan usos del suelo al predio 010500010019000- Corral de Piedra y se destinó la misma para construcción de proyecto de vivienda (Actualmente Portachuela Reservado).
9	Acuerdo 070 30/09/2002	Varía la destinación de un bien de uso público del Municipio (predio las Brisas 010504280001000) y concede facultades al Alcalde Municipal para negociar en todo o en parte dicho bien inmueble.
10	Acuerdo 013 24/02/2003	Se destinan áreas de terreno ubicadas en zonas de cesión a la Diócesis de San José de Cúcuta, para equipamientos de culto institucionales en las Comunas 4, 5 y 6 del área urbana
11	Acuerdo 047 22/09/2003	Modifica el uso del suelo del predio 010701130008000 pasando de espacio público a ZAE-SM
12	Acuerdo 015 12/02/2004	Se ordena y conserva uso del suelo con carácter de espacio público de unas vías urbanas (Calle 12 entre av.5E y 6E la Riviera, Av.2 pasando por cenabastos entre av.libertadores y anillo vial oriental, Calle 2N entre Av. 12E y libertadores)
13	Acuerdo 042 23/08/2004	Modifica destino y uso de bienes de propiedad del Municipio (predio en mayor extensión del que surgió el proyecto Metropoli, predio 010504360001000 jardín botánico)
14	Acuerdo 058 13/12/2004	Reglamenta participación en plusvalía en el Municipio de San José de Cúcuta. Deroga acuerdo 0064 de 2002.
15	Decreto 178 04/06/2002	Aprobó plan parcial El Resumen ZR1 vigencia corto plazo
16	Acuerdo 006 06/05/2005	Modifica Acuerdo No.0025 del 16 de mayo de 2000, crea la Junta de Valorización y la forma en que se integra.
17	Decreto 153 20/05/2005	Aprobó Plan Parcial de Desarrollo de Suelo de Expansión Residencial 4 (ZE-R4), La Palestina Lote 1 del Municipio de San José de Cúcuta.
18	Resolución 0303 16/05/2005	Aprobó una zona de espacio público como área de compensación. (se afecta el jardín botánico de propiedad del municipio a espacio público por la desafectación de público del parque las brisas mediante Acuerdo 070 de 2002)
19	Acuerdo 026 12/08/2005	Autoriza al municipio para enajenación de bienes y otras, permitiendo con ello vender bienes que variaron destino de uso público a fiscal.



20	Acuerdo 031 13/09/2005	Modifica parcialmente el Acuerdo 083 de 2001, entre otros, criterios para usos restringidos, concepto de uso, otorga autorizaciones pro tempore al alcalde para que durante un año realice ajustes parciales al Acuerdo 083, manejo espacio público, inmuebles patrimoniales, tratamiento de consolidación, tipos de desarrollo, densidad, cesiones, normas de edificación, cerramiento de antejardines, estacionamientos, renovación urbana, y programa de ejecución del mediano plazo
19	Acuerdo 034 08/11/2005	Varió el destino del bien de uso público, constituido por el Predio LA GAZAPA LOTE 1, ubicado sobre la Avenida Libertadores, y con identificación catastral 010502250059000, el cual dejó de ser bien de uso público para en adelante ser considerado como un bien fiscal.
20	Decreto 348 14/10/2005	Modificó el uso del suelo al predio las brisas que varió destino de uso público a bien fiscal, clasificado como parte de la Zona de Sistema Urbano Ambiental – Sistema de Espacio Público (ZSUA – E.P.) a una Zona de Actividad Residencial 2 (ZR2),.
21	Decreto 349 14/10/2005	Adoptó estudio técnico referido al sistema de comunicación vial del denominado Puente La Gazapa y sus accesos. Por tanto, desapareció afectación vial sobre predio 010502250059000
22	Decreto 417 01/11/2005	Modificó uso del suelo Colegio la Presentación, pasando de Zona de Actividad Múltiple Intensiva de Empleo – Sector Central C2 a Zona de Servicios Institucionales. Derogado por Decreto 0399 de 2006.
23	Decreto 424 10/11/2005	Compensa el predio 010502250059000 <b>La Gazapa Lote 1</b> , que varió su destino mediante acuerdo 034 de 2005, de bien de uso público a fiscal, por 22.736.94 m2 de terrenos del denominado parque metropolitano que formaba parte del predio 011102690023000).
24	Decreto 428 16/11/2005	Modifica la zonificación de uso del suelo y normativa urbanística de una franja de terreno sobre el Anillo Vial Oriental y en consecuencia se hace un ajuste al Modelo de Ocupación Territorial de Suelos Urbano y de Expansión Urbana pasando de ser clasificados como Corredor de Servicios Metropolitanos de Actividad Especializada (CSM-AE) y Zona de Expansión de Servicios Institucionales (ZE-SI) a Zonas Residenciales 3 (ZR3), con base en las facultades conferidas al Alcalde Municipal mediante el Acuerdo 0031 de 2005.
25	Acuerdo 001 03/03/2006	Aprueba y autoriza la ejecución de un Megaproyecto de Interés Público, utilizando la contribución de valorización por beneficio general.
26	Acuerdo 002 13/03/2006	Deroga, adiciona y ajusta apartes de los documentos técnicos de soporte del Acuerdo 0083 de 17 de enero de 2001 y el Acuerdo 0031 de 13 de septiembre de 2005, en relación con estacionamientos, alturas y otros.
27	Acuerdo 026 07/09/2006	Se varía el destino de un bien de uso público (jardín botánico) de propiedad del municipio identificado como Lote 2 surgido de la división material del lote de mayor extensión con referencia catastral 010504360001000 con matrícula inmobiliaria No. 260-31185, exceptuando las áreas afectadas por la Calle 8N y la constituida como bien fiscal, con dirección Calle 8N 18E-30 San Eduardo.
28	Decreto 247 22/05/2006	Modifica la asignación de uso del suelo del sector Calle 18 entre avenidas Cero y Libertadores, pasando de estar clasificada como Zona de Actividad Residencial 1 (ZR1) a Corredor Mixto Articulador Secundario de Actividad Especializada (ZAE), con base en las facultades concedidas por medio del Acuerdo 0031 de 2005.
29	Decreto 285 23/06/2006	Reglamenta el Fondo Rotatorio de estacionamientos
30	Decreto 378 28/08/2006	Se modifica el plan de obras de un Megaproyecto de Interés Público a ser ejecutado por valorización por beneficio general, con base en facultades legales establecidas en el art. 4º del Acuerdo 001 de 2006.

31	Decreto 0396 11/09/2006	Se aprueba Plan Parcial de desarrollo de suelos de expansión residencial 2 (ZE-R2), Plan Parcial Resumen 2
32	Decreto 397 11/09/2006	Se ajusta y modifica parcialmente el Decreto 0153 de 2005 que adoptó el Plan Parcial La Palestina Lote 1
33	Decreto 398 11/09/2006	Se ajusta parcialmente el documento técnico de soporte del Acuerdo 0083 de 17 de enero de 2001.
34	Decreto 399 11/09/2006	Ajusta parcialmente la zonificación urbana y de expansión urbana contenida en el Modelo de Ocupación Territorial contenido en el Acuerdo 0083 de 17 de enero de 2001 en varias zonas de la ciudad, en uso de facultades conferidas por Acuerdo 031 de 2005.
35	Decreto 402 12/09/2006	Se ajusta parcialmente el documento técnico de soporte del Acuerdo 0083 de 17 de enero de 2001, en cuanto a definición de componentes de normatividad de espacio público.
36	Decreto 403 12/09/2006	Se sustituye un bien de uso público por otros de características equivalentes o superiores (Se compensa lote jardín botánico (predio en mayor extensión 010504360001000 mat. Inm 260-241825) con un área de 25.400 m <sup>2</sup> por parte de los lotes adquiridos a interferías que pasan a ser espacio público – parque metropolitano), según acuerdo 026 de 2006.
37	Acuerdo 005 16/04/2007	Varía el destino y uso del suelo del bien de uso público Bosque Popular (predios 010701130001000/0004000) quedando como un bien fiscal y concedió facultades al Alcalde.
38	Resolución 716 25/04/2007	Se sustituyen unos bienes de uso público por otros de características equivalentes o superiores (Se compensa bosque popular por el restante de los lotes adquiridos a Interferías consolidando el Parque Metropolitano)
39	Decreto 285 07/06/2007	Modificó el Decreto 0285 de 2006 sobre el Fondo Rotatorio de estacionamientos.
40	Acuerdo 016 11/05/2009	Cambia el destino de uso del suelo de un tramo de avenida 15, vía vehicular, para convertirla en peatonal, conservando las características de uso público
41	Acuerdo 089 30/12/2011	Revisión excepcional del Plan de Ordenamiento Territorial
42	Acuerdo 028 23/07/2012	Incorpora suelos al perímetro urbano, conforme ley 1537 de 2012

**Fuente información: Consulta directa en archivo municipal Alcaldía de Cúcuta. Elaboración propia. (Agosto 2012).**

En este último periodo es relevante la promulgación de normas que varían destinos de bienes de uso público, al tenor de lo establecido en la ley 9 de 1989, Decreto 1504 de 1998, siendo estos sustituidos por otros de características equivalentes o superiores, como Parque Las Brisas, Bosque Popular, Jardín Botánico, Terreno en que se proyectó años atrás el Puente La Gazapa, entre ellos, el municipio adquirió casi 4 hectáreas a la sociedad Interferías en liquidación sobre el que se construyó infraestructura recreativa quedando éste afectado a espacio público, permitiendo la venta de los predios fiscales a favor de particulares, facilitando la construcción de proyectos como Homecenter Cúcuta, proyectos de vivienda denominados Versalles, Conjunto Cerrado Villas de Alcalá, dotando de recursos al Municipio para obras de inversión pública.

De igual forma, se logran acuerdos entre el Municipio y el Departamento sobre los terrenos de propiedad conjunta ubicados entre las Calles 10 y 11 con Diagonal Santander, permitiendo su venta a la firma Ospinas y Cia S.A., favoreciendo la consolidación del Centro Comercial Ventura Plaza y su centro de negocios. También el Municipio decide aprobar la propuesta de modificatoria del urbanismo de la Urbanización Los Ángeles, dando lugar a la consolidación de Unicentro Cúcuta.

También es importante señalar que en este periodo se aprueba el megaproyecto de interés público, el cual permitió la ejecución de una serie de obras por valorización por beneficio general en la ciudad, como los Puentes Frente al Éxito de conexión con la Autopista a San Antonio, Puente Canal Bogotá Diagonal Santander, Puente la Gazapa, Puente sector Av. Libertadores Redoma Aeropuerto, Puente Avenida Gran Colombia Avenida Libertadores, Proyecto de renovación urbana (plan centro), proyectos éstos que cambiarían la imagen de la ciudad, imprimiéndole un nuevo estilo.

Entre el 2001 y el 2011, surgen variaciones en las formas de uso y ocupación del suelo urbano, pasando de ser una ciudad tradicionalmente unifamiliar, para permitir el ingreso de edificaciones bifamiliares y multifamiliares en zonas formales, ingresando el régimen de propiedad horizontal (ley 675 de 2001) en el catastro municipal con mayor frecuencia. Se resalta en este aspecto, la sanción del 002 de 2006, que atendió peticiones de gremios y constructores, logrando liberar la restricción de construcción de edificios en altura superior a ocho (8) pisos en la ciudad, con el fin de hacer viable la generación de proyectos en sectores consolidados de uno y dos pisos. Además, se genera ajuste de ciertas normas. Estas decisiones han permitido que se aproveche la ubicación de ciertos sectores residenciales y la promoción de nuevas soluciones de vivienda en altura, generando con ello un cambio en la ciudadanía, que comenzó gradualmente a aceptar la oferta de éste tipo de soluciones.

De acuerdo a la estadística recolectada en las Curadurías Urbanas No.1 y No.2 de San José de Cúcuta, a la fecha y pasados casi seis (6) años desde la sanción de éste acuerdo 002 de 2006, la ciudad cuenta al menos con setenta (60) proyectos consolidados de edificios

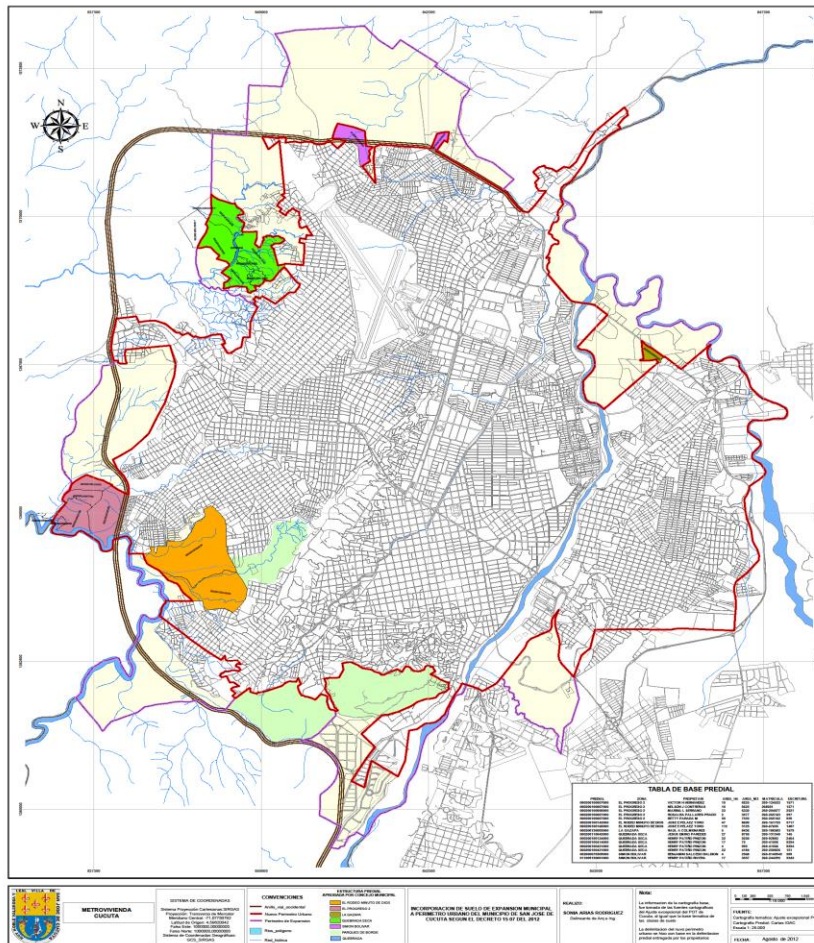
de uso residencial multifamiliar de altura superior a seis (6) pisos, para un total de unidades aprobadas de 2909 soluciones de vivienda, ubicados en barrios Caobos, Quinta Vélez, Riviera, Colsag, sector comprendido entre el Club Tennis, el Éxito y sector urbano entre Prados del Este y Zona de Expansión La Gazapa.

Por su parte, la informalidad persiste en el periodo, ocupando zonas frágiles, sin servicios ni infraestructuras. La presión ejercida por la cercanía de la construcción del anillo vial occidental entra a facilitar el proceso de invasión por una parte y por la otra, la distancia al casco urbano un beneficio, por cuanto favorece la ausencia del control urbano. Sectores cercanos al barrio belén, minuto de Dios, son invadidos, lo mismo que la zona al norte y occidente del aeropuerto Camilo Daza, que se ve amenazada por la presión de la invasión.

**Aprobación y adopción revisión ajuste excepcional del POT. Acuerdo 089 de 30 de diciembre de 2011.** Transcurridas las vigencias del corto plazo (2001-2003), mediando plazo (2004-2007), la administración municipal finalizando la vigencia de 2009, da apertura al proceso de realización de ajuste y revisión del Plan de Ordenamiento Territorial, bajo el esquema de revisión excepcional, permitido por la ley 388 de 1997 y especialmente el Decreto 4002 de 2004. Para ello adelantó el proceso contractual DAAPCC- CM 001-09 que favoreció al consultor Julio César Gómez Sandoval. El municipio agotó dos años (2010-2011), en desarrollo de éste proceso. Debe resaltarse que durante la vigencia 2011, los constructores organizados y la sociedad exigieron abrir nuevos espacios de socialización del proyecto formulado, por cuanto consideraban necesario estudiar a fondo la propuesta, introducir o generar normas específicas para el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, que no se encontraban en el POT vigente, entre otros asuntos, espacios que fueron generados por la administración, permitiendo finalmente al finalizar la vigencia 2011 la adopción del mismo.

A esta revisión excepcional, se suma la sanción del Acuerdo 028 de 23 de julio de 2012, en que el municipio hizo uso de facultades otorgada por la Ley 1537 de 2012 permitiendo la ampliación del perímetro urbano, sin agotar el procedimiento de revisión del POT previsto en la Ley 388 de 1997.

**Análisis de la tendencia de la expansión urbana y sus implicaciones en el horizonte del largo plazo.** Conforme las previsiones vigentes de expansión urbana del POT (Acuerdos 089 de 2011 y 028 de 2012), que se aprecian en el siguiente plano, se espera la siguiente tendencia de desarrollo en las próximas dos décadas:



**Figura No. 14.** Desarrollo Urbano de Cúcuta y zonas expansión previstas en el POT. Agosto 2012. Plano que contiene el Perímetro Urbano de Cúcuta con el ajuste del Acuerdo 028 de 23 de Julio de 2012. Fuente: Metrovivienda Cúcuta, 2012.

Se concretará el fenómeno de conurbación con el municipio fronterizo de Ureña del Estado Táchira, quedando separado solo por límite físico (Río Táchira), dado que los vacíos urbanos que se encuentran sin desarrollar entre estos, serán urbanizados con proyectos de uso mixtos, desde vivienda, hasta comercio. De igual forma, el fenómeno de conurbación con Los Patios y Villa del Rosario será marcado por la integración física ya existente, en materia de servicios y conexiones viales.

Se conformarán zonas dormitorio de estrato (uno), no solo en zonas incorporadas al perímetro urbano, sino en áreas adyacentes, conllevando a la explosión de la dispersión de la expansión residencial formal e informal de grupos de familias de bajos ingresos, en especial sobre zonas frágiles en el costado norte, noroccidental y occidental del área urbana, con requerimientos de inversión altos, generándose fenómenos de ocupaciones de lechos de quebradas y escorrentías naturales. Es así como se desbordará con construcciones ilegales el anillo vial occidental, con bajas posibilidades de estructuras viales de conexión eficientes y problemas de transporte público, equipamientos de salud, educación, recreación.

Se concretarán proyectos de vivienda de interés social y viviendas de interés prioritario en Urbanizaciones San Fernando del Rodeo, Ciudadela El Rodeo, Plan Parcial Cúcuta en el occidente del área urbana y en la ciudadela Los Estoraques, gracias a la política de vivienda nacional y local y el control sobre los terrenos. Estas zonas deberán tener especial cuidado en el manejo de aguas servidas y canales de aguas lluvias, debiendo construir las obras de infraestructuras de servicios complementarias.

Expansión residencial en el costado sur con la construcción de proyectos de vivienda de baja densidad, dirigidos a estratos socioeconómicos altos en el Resumen.

Expansión lineal formal e informal de vivienda de estrato bajo, sobre la vía Cúcuta – Puerto Santander, que entrarán en conflicto con los usos comerciales e industriales ya existentes y con la zona rural del Municipio. Se hace necesario dar inicio a la planificación de esta zona, para evitar carencias de infraestructuras y de equipamientos complementarios.

Se continuará con el desarrollo formal sobre la zona La Gazapa para grupos de familias de estratos medios, garantizando al menos unas 80 hectáreas disponibles para el desarrollo de proyectos dirigidos a estratos socioeconómicos 3 y 4, articulados a el desarrollo de grandes proyectos comerciales, institucionales y de servicios que buscarán dotar de usos complementarios a esta gran zona de la ciudad.

Agotamiento del suelo urbano en la zona de la Ceiba para proyectos, lo que conllevará a la renovación de zonas urbanizadas.

Consolidación de proyectos de viviendas de interés social en sectores tradicionales dormitorio de la ciudadela de atalaya, San Luis y sectores centrales, así como en los vacíos urbanos disponibles para este tipo de soluciones.

Disminución de la ronda de río y deterioro de las márgenes, que conllevara a la ejecución de obras de protección y estabilización.

En conclusión, la ciudad en su contexto urbano, tiene amplias posibilidades para el desarrollo de proyectos tanto formales como informales, con un riesgo alto de invasión de terrenos en condiciones no adecuadas para el asentamiento de la población.

No se identifican grandes proyectos dotacionales en el horizonte del corto ni mediano plazo, solo se encuentra la Terminal de transporte de pasajeros aprobada sobre la vía Cúcuta – Puerto Santander, proyecto que de materializarse, favorecería la liberación de los terrenos del barrio callejón para consolidar un proyecto de renovación urbana de impacto en el área metropolitana de Cúcuta.

Así mismo, la ciudad debe encauzar acciones que conlleven a estudiar las necesidades de reubicación del aeropuerto Camilo Daza, hacia los terrenos ubicados al Norte del área urbana, proyecto en que por varios años insistiera el Ingeniero Hernando Ruan Guerrero (Fallecido), y que en virtud de razones económicas ninguna entidad prestó atención. De consolidarse este proyecto, se facilitará la liberación de suelo potencial para un macroproyecto de vivienda social a cargo del Estado.

## **CONCLUSIONES**

La tendencia de crecimiento y expansión urbana de Cúcuta, ha estado marcada por dos fenómenos dispares:

El primero corresponde a la ocupación informal de tierras que no se encuentran aptas para el desarrollo urbano, por diversos motivos (restricciones normativas, aspectos ambientales, ausencia de redes de servicios, vías, espacios públicos, entre otros). Se genera de manera continua en la ciudad, al margen de la ley, bajo la mirada pausada de entes de control, no respeta ningún tipo de parámetro o regulación urbanística contenido en normas y aglomera las clases más pobres y vulnerables, forma los cordones de miseria de la ciudad, no genera soluciones de vivienda digna, ni espacios habitables. En estas zonas el Plan de ordenamiento territorial no tiene valor alguno. Este tipo de situaciones actualmente se está presentando de manera intensiva en Cúcuta en los costados norte y occidente del área urbana, motivados en gran parte por el trazado del anillo vial occidental. También se encuentran asentamientos formados en décadas anteriores en diversos sectores y por resaltar el oriente y suroccidente, así como en zonas de laderas y altas pendientes al interior del perímetro urbano, en sectores determinados como suelos de protección, hoy zonas de estudios.

El segundo fenómeno es la expansión de la ciudad formal, tanto horizontal como vertical, que corresponde a los proyectos que se ejecutan bajo las directrices de las normas reguladoras del desarrollo territorial, los cuales en procura de maximizar el aprovechamiento del suelo urbano urbanizable, están ocupando menores superficies para generar mayor número de soluciones, generan beneficios en materia de espacio público, al permitir la conformación de zonas de cesión que ingresan al patrimonio del ente territorial municipal como parte de los bienes de la unión de uso público (Art. 674 Código Civil). Este tipo de proyectos están reordenando la ciudad formal de mediados del siglo XX, al introducir cambios en su estructura, pasando de sectores urbanizados tradicionales con viviendas unifamiliares para permitir la consolidación de edificaciones multifamiliares en altura. Este tipo de proyectos es regulado por las normas urbanísticas.

Se requiere la acción estatal decidida y el compromiso de los administradores para garantizar la protección, integridad y control del territorio. El Estado se ha esforzado por dotar de herramientas jurídicas de gestión y planificación del suelo a los Municipios, pero al mismo



tiempo ha propiciado normas para reconocer la existencia de zonas ocupadas ilegalmente y protegerlas. Con ello ha procurado atender los requerimientos de unos y otros.

La incidencia de las normas urbanísticas en las tendencias de crecimiento y desarrollo urbano de Cúcuta, permite establecer que las decisiones públicas entorno al suelo por sí solas no han dado garantía al “derecho a la ciudad”. No ha sido posible reducir pobreza ni hacer distribución equitativa de los beneficios que debe generar el crecimiento. La política pública debe propender por aliviar la carga del déficit no solo cuantitativo de vivienda sino del cualitativo, promoviendo conciencia social sobre la importancia del acceso digno al suelo, viviendas habitables con redes de infraestructura acordes con la demanda y sistema económico que garantice la sostenibilidad de la sociedad (fuentes de empleo y financiación).

### LISTADO DE ILUSTRACIONES

**FIGURA 1.** Tierra de los indios motilones para 1754. Mapa de la zona comprendida entre la Laguna de Maracaibo y la provincia de Santa Marta, en que se señalan accidentes geográficos, los pueblos, caminos y tierras de los indios comarcanos. Corresponde al proyecto para la conquista de los motilones por Don Ventura de Flota Sepúlveda. Archivo General de la Nación, mapoteca 4, ref. 599 BIS.

**FIGURA 2.** Panorámica de Cúcuta considerada por historiadores como la evidencia más antigua de la ciudad antes de la destrucción de 1875. “Cúcuta poblado de plazuelas y patios con frondosos cujíes y mamones que resguardaban sus hogares del ímpetu de los vientos y cuyos moradores vivían en casas de teja situadas en el centro y en multitud de casitas esparcidas sin demarcación de calles”. (Ancizar. M., mediados siglo XIX).

**FIGURA 3.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1793. Elaboración propia, basado en información obtenida en Departamento Administrativo de Planeación en el año de 1996. Se aprecia un núcleo urbano concentrado en el centro.

**FIGURA 4.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1863. Elaboración propia, basado en información obtenida en Departamento Administrativo de Planeación en el año de 1996. Se aprecia que la expansión horizontal se dio sobre áreas inmediatamente adyacentes.

**FIGURA 5.** Desarrollo Urbano de Cúcuta antes del terremoto. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996.

**FIGURA 6.** Plano que contiene la reconstrucción de la ciudad propuesta por Francisco de Paula Andrade Troconis. 1875.

**FIGURA 7.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1938. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996. Se aprecia la conexión con el interior del país y con Venezuela por Ureña.

**FIGURA 8.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1954. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996. Se aprecia la conexión con el interior del país y con Venezuela por Ureña.

**FIGURA 9.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1962. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996.

**FIGURA 10.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1962. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996

**FIGURA 11.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1985. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996.

**FIGURA 12.** Desarrollo Urbano de Cúcuta 1996. Elaboración propia basado en información obtenida en Planeación Municipal. 1996.

**FIGURA 13.** Desarrollo Urbano de Cúcuta hasta el año 2000. Plano que corresponde a las áreas libres contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial aprobado el 17 de enero de 2001.

**FIGURA 14.** Desarrollo Urbano de Cúcuta y zonas expansión previstas en el POT. Agosto 2012. Plano que contiene el Perímetro Urbano de Cúcuta con el ajuste del Acuerdo 028 de 23 de Julio de 2012. Fuente: Metrovivienda Cúcuta. 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo 0083 de 17 de enero de 2001. “Por el cual se aprueba y adopta el Plan de ordenamiento territorial de San José de Cúcuta” y demás normas que le han reglamentado, modificado. Alcaldía San José de Cúcuta, Archivo Municipal.2001-2012.

Acuerdo 089 de 30 de diciembre de 2011. Modificación excepcional del POT.

Bazant, J (2004). Asentamientos irregulares. Guia de soluciones urbanas.

Cámara de Comercio de Cúcuta. (2004). Cúcuta a través de la fotografía. Crónica fotográfica de la ciudad durante los siglos XIX, XX y principios del XXI.

García Herreros, A. (1983). “Cúcuta, 250 años”. Intergráficas Ltda.

Decreto 879 de 13 de mayo de 1998. “Por el cual se reglamentan las disposiciones referentes al ordenamiento del territorio municipal y distrital y a los planes de ordenamiento territorial”.

Dureaut, F (2002). “Metropolis en movimiento. Una comparación internacional”.xv-xlix.

Estadísticas actividad edificadora periodo 2006-2012. Curadurías Urbanas No.1 y No.2 de San José de Cúcuta.

Indicadores económicos Cámara de Comercio de Cúcuta. 1976-1999.

Ley 152 de 15 de Julio de 1994. "Por la cual se establece la ley orgánica del Plan de Desarrollo". Artículo 41.

Ley 388 de 18 de Julio de 1997. "Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones".

**Medina, L.** (1983). Cita histórica. Segunda Edición.

**Munizaga, G.** (1999). "Las ciudades y su historia. Una aproximación" Bogotá, Ediciones el Café, Pág. 112-122,181-208

**Munizaga, G.** (2000): "Diseño Urbano". Teoría y método. 200-203

**Pérgolis, J.** (2002): "La plaza. El centro de la ciudad". 20, 111-112

Nieto, M. D' Pablo, G. (1996). Código de Urbanismo Revisión y Propuesta. UFPS

**Tovar, Hermes, Camilo Tovar y Jorge Tovar.** (1994). "Convocatoria al poder del número. Censos y estadísticas de la Nueva Granada, 1750-1830". Bogotá: Archivo General de la Nación.

[http://www.cucutanuestra.com/libros\\_nortesantandereanos/libros\\_nortesantandereanos/fundacion\\_de\\_cucuta.htm](http://www.cucutanuestra.com/libros_nortesantandereanos/libros_nortesantandereanos/fundacion_de_cucuta.htm)

<http://www.revistacredencial.com/credencial/content/c%C3%BAcuta-ciudad-comercial-y-fronteriza>.

## **DARWIN CLAVIJO CÁCERES**

*\*Magister en educación Superior, Docente investigador de la Universidad Libre seccional Cúcuta y de la Universidad Simón Bolívar. El artículo es producto de la investigación "Mecanismos de participación ciudadana como instrumento para la superación de la exclusión"*

Fecha de recepción del artículo: Abril 15 2012. Fecha de aceptación: Mayo 30 2012

### **RESUMEN**

Se presenta un análisis del concepto de exclusión social desde la perspectiva de diferentes autores para establecer los principales factores que la determinan y desde allí identificar las diferentes formas de exclusión social que se presenta en Colombia. Se inicia con la diferenciación de los conceptos exclusión social y pobreza, que tienden a confundirse por el grueso de la población.

### **INTRODUCCIÓN**

Tradicionalmente la pobreza y la degradación social son conceptos que se han estudiado, o por lo menos considerado, únicamente desde una perspectiva meramente económica. Sin embargo, recientemente se ha desarrollado una corriente sociológica que ha puesto su atención en el estudio de otras consideraciones y circunstancias sociales, económicas y culturales que han permitido la definición del concepto de exclusión social: "el acceso limitado a los beneficios del desarrollo a ciertas poblaciones con base (*por razón*) en su raza, etnia, género y/o capacidades físicas." (BID. Inclusión social Documentos. 2004)

Para la conceptualización de la exclusión social se ha acudido a diferentes contextos orden social, económico, político o cultural, lo que ha impedido su conceptualización definitiva. Xiberras citado por WILLADINO, R. y AQUINO, C. (2001) analiza el concepto de exclusión partiendo de la idea de que el problema central de la exclusión social y su eje principal está

determinado por el rompimiento de los vínculos sociales tanto desde el punto de vista material como simbólico.

Visto de esta forma el concepto de exclusión social puede interpretarse desde las diferentes concepciones construidas históricamente por la sociología que ha dedicado gran parte de sus teorías al estudio de la integración social, así, el problema central en la comprensión del fenómeno "exclusión social" se puede identificar en diferentes momentos históricos de la sociología pues buena parte de las construcciones teóricas de grandes pensadores de esta disciplina se han basado en una preocupación por la integración social.

### **CONCEPTUALIZACIÓN DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL**

La literatura especializada considera la exclusión social, igualmente conocida como marginamiento social, (Javier Rubio Arribas. La exclusión socio laboral de colectivos con dificultades en su acceso al mercado laboral. Revista Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas. Nro 14. 2006. 2) como una condición de las personas o de ciertos grupos humanos determinados que les impide acceder al mínimo de condiciones económicas, profesionales, políticas o de estatus social que les permita una vida con condiciones de dignidad, "vida digna", en los términos de la constitución política colombiana y de la interpretación que de ella hace la corte constitucional como máximo interprete de carta magna;

*"El derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.*

*Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.*

*Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. Ha tratado entonces del derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia. Sentencia SU-62 de febrero 4 de 199. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.*

Algunos autores reconocen en la exclusión social una situación de desventaja económica, profesional, política o de estatus social, producida por la dificultad que una persona o grupo tiene para integrarse a los sistemas de la estructura social (integración social). (**EXCLUSIÓN SOCIAL: origen y características** Curso: "Formación específica en Compensación Educativa e Intercultural para Agentes Educativos". Murcia 30 de Enero de 2002. **Carmen Bel Adell, Universidad de Murcia**)

Las atribuciones más recientes del concepto exclusión social<sup>1</sup> se le atribuyen generalmente a Rene Lenoir (1974), en su obra *Les exclus: Un Française sur dix*. Para Hilary Silver<sup>2</sup> el término se usó por primera vez en 1960, en Francia, para referirse a algunas condiciones específicas de orden ideológico de los más pobres, pero el concepto solo se difundió en la crisis económica. La misma autora señala que el concepto se empezó a utilizar con mayores sentidos y contextos a partir de la década de 1980, siempre con relación a categorías en las que se evidencia una constante desventaja social, por lo que abarcaba cada vez mayores grupos sin una característica específica, lo que impidió que el territorio del concepto pudiera delimitarse de una forma clara

En realidad oficialmente el término aparece en la comunidad europea que por medio de la resolución 29 de septiembre de 1989 que en su parte motiva señala: "2. **COMPRUEBAN** que los procesos de exclusión social se desarrollan en distintos ámbitos y desembocan en

<sup>1</sup> (Magdalena Jiménez Ramírez. *Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo*. Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 1: 173-186, 2008)

<sup>2</sup> Silver, Hilary (1994). Exclusión social y solidaridad social: tres paradigmas. *Revista Internacional del trabajo*, Vol. 133 5-6: 607-662. )

*situaciones de naturaleza varia que afectan a una diversidad de personas y grupos de población en zonas geográficas pertenecientes tanto al medio rural como al urbano;*

*3. COMPRUEBAN que las causas de dichos procesos se encuentran en las evoluciones estructurales de nuestras sociedades, y que entre éstas es especialmente determinante la dificultad de acceso al mercado de trabajo...”*

Se puede observar que desde un principio el concepto de exclusión social ha sido ambiguo, indeterminado e impreciso en cuanto a su territorio, pero si ha quedado claro en lo que representa.

La marginación que llamamos exclusión se presenta básicamente por dos razones, primero como resultado de prácticas manifiestas de discriminación que separan efectivamente a la persona o al grupo social llevándolo hasta el límite de lo que representan condiciones mínimas vitales, o, segundo, indirectamente, por deficiencias en el sistema social del estado que no garantiza la incorporación de los actores sociales con mínimas oportunidades para desarrollarse plenamente. Es un fenómeno directamente “relacionado con la estructura social, que corresponde a taras o vicios originados en modelos [históricos](#) y en el [desarrollo](#) de un territorio determinado que afecta diferentes estados de la persona o de los grupos cultural, social, educacional, laboral y económicamente”.<sup>3</sup> La Exclusión hoy es un fenómeno social y una cuestión política, económicamente mala, socialmente corrosiva y políticamente explosiva.<sup>4</sup>

Es una generalidad confundir los conceptos pobreza, indigencia, vulnerabilidad y exclusión. Sin embargo cada uno de ellos representa diferentes escenarios, cada con sus propias y particulares características.

Es necesario entonces establecer las diferencias entre estos conceptos, a fin de poder definir un marco teórico valido en el estudio y comprensión del fenómeno estudiado.

---

<sup>3</sup> Carmen Bel Adell. Universidad de Murcia.

<sup>4</sup>Comisión, Comunidad Europea, Libro Verde sobre la Política social europea, opciones para la unión documento consultivo 1994 Luxemburgo.



Algunos autores identifican la pobreza como una condición de la exclusión, “considerando la diversidad de conceptos cubiertos por el término exclusión social, se han clasificado los criterios más pertinentes por orden de importancia: primero, los bajos ingresos, sobre la base de la constatación que aunque la exclusión social supera la pobreza monetaria y está causada por un conjunto de factores objetivos y subjetivos, es en unas situaciones de bajos ingresos en las que la exclusión social tiene las consecuencias más graves y más difíciles de superar.”<sup>5</sup>

Las restricciones en el acceso a los servicios e ingresos necesarios para tener un nivel de vida mínimo que resultan de la exclusión social hacen que exista una alta correlación entre pobreza y exclusión social. Aunque no siempre son la mayoría de los pobres, los grupos tradicionalmente excluidos son los más pobres dentro de los pobres. Esta tendencia deja claro que la reducción de la pobreza sólo podrá darse si se enfrentan los complejos factores y determinantes de la exclusión social.

Para analizar claramente el problema de la pobreza debe, primero, concertarse qué se entiende por pobreza. Según la definición básica, “es la falta de acceso o dominio de los requisitos básicos para mantener un nivel de vida aceptable. Esto significa que una persona es pobre si no tiene suficiente comida o carece de acceso a una combinación de servicios básicos de educación, atención de salud, agua potable, sistemas de saneamiento adecuados y un lugar de residencia seguro.”<sup>6</sup>

El estudio de la exclusión social como fenómeno autónomo está en cabeza de las diferentes ciencias sociales. Tanto la pobreza como la exclusión son consideradas como fenómenos multidimensionales cuyo análisis y medición es una tarea compleja, pues obedece a diferentes marcos analíticos y criterios utilizados para su análisis. Esta por definir una forma o

---

<sup>5</sup> Pierre Salama, Pierre Salama Blandine Destremau, Publicado por Lom Ediciones, 2002

<sup>6</sup> Banco Interamericano de Desarrollo, Estrategia para reducir la pobreza, Marzo de 1997— N° SOC-1

procedimiento unificado que establezca una metodología y sus correspondientes indicadores para medir la verdadera dimensión que le corresponde.

El ingreso es el instrumento indicador utilizado normalmente por los economistas para estimar graduaciones de la pobreza, entre otras razones porque es por su intermedio como se alcanzan los medios para asegurar la atención debida a las demás necesidades básicas por lo que la mayor parte de políticas y estrategias para combatir la pobreza, tiene como objetivo principal la generación de ingresos como la principal solución del problema.

“Desde el punto de vista del ingreso, la estrategia básica de eliminación de la pobreza consiste en ayudar a los pobres a ganar lo necesario para salir de esa situación. Para lograrlo, la economía debe aumentar el número de empleos disponibles y la productividad o el potencial de ingresos de los pobres que acceden a esos empleos. La mayoría de esos empleos se suscitará en el sector privado y corresponde al gobierno elegir las políticas que inclinen al sector privado a crear empleos mejor remunerados para los pobres.”<sup>7</sup>

Para la comprensión del fenómeno denominado Exclusión Social tomamos del Libro Verde sobre la Política Social Europea varios conceptos diferentes:

**Pobre**, es el que carece de medios para vivir dignamente. La pobreza ha sido durante siglos, el estado normal de la sociedad. Con el desarrollo económico y social y los niveles de riqueza logrados, la pobreza pierde su territorio; ya no se puede hablar de pobreza como carencia, en un mundo que hay recursos suficientes para todos.

**Marginado**, es el que está al margen, por voluntad propia o circunstancias ajenas a él. En algún momento y lugar la marginación ha sido voluntaria, el que no quería entrar en el sistema por rechazo, descontento o rebeldía, se situaba al margen. Hoy como derivación de la pobreza, no es voluntaria, menos que nunca nace de la libertad de opciones, más bien, se es precipitado, arrojado fuera, y fácilmente desemboca existencialmente en patologías sociales.

---

<sup>7</sup> (Banco Interamericano de Desarrollo, Estrategia para reducir la pobreza, Marzo de 1997— N° SOC-103).

**Excluido** es quedar fuera de... una persona, un colectivo, un sector, un territorio, está excluido si no pertenece a... no se beneficia de un sistema o espacio social, político, cultural, económico, al no tener acceso al objeto propio que lo constituye: relaciones, participación en las decisiones, en la creación de bienes y servicios por la cultura y la economía etc.

El contexto de la exclusión social no es inmanente al de pobreza y las desigualdades en la estructura social sino, "**en qué medida se tiene o no un lugar en la Sociedad**, marcar la distancia entre los que participan en su dinámica y se benefician de ella, y los que son excluidos e ignorados fruto de la misma dinámica social."<sup>8</sup>

"La Exclusión social hace especial hincapié en el carácter estructural de un proceso que excluye a parte de la población, de las oportunidades económicas y sociales. El problema **no reside tan sólo en las disparidades entre los más favorecidos y los más desfavorecidos** de la escala social, **sino** también en las que existen entre **quienes tienen un lugar en la sociedad y los que están excluidos de ella**"<sup>9</sup>

En Colombia el fenómeno de la exclusión social se percibe desde cinco diferentes aspectos:

1. Desde una perspectiva económica que se manifiesta a través de: Desigualdad de ingresos.
  - Exclusión del mercado del trabajo
  - Exclusión de activos propios.
  
2. Relacionada con el desarrollo de capital humano, materializado en procesos de:
  - Salud.

---

<sup>8</sup> Comisión, Comunidad Europea, Libro Verde sobre la Política social europea, opciones para la unión documento consultivo 1994 Luxemburgo.)

<sup>9</sup> Comisión, Comunidad Europea, Libro Verde sobre la Política social europea, opciones para la unión documento consultivo 1994 Luxemburgo.)

Educación.

3. Respecto de la construcción de capital social evidenciada en debilidades respecto de:

Participación en mecanismos control

Confianza en Instituciones Democráticas

Pertenencia a Organizaciones Sociales Voluntarias.

4. Política y de derechos civiles.

5. Física.

Un estudio auspiciado por la Contraloría General de la República y coordinado por Luís Jorge Garay muestra que en Colombia:

1.- "El grado de concentración del ingreso es uno de los mayores de América Latina, quizás el segundo en una región de por sí caracterizada por la desigualdad (...)

2.- "El nivel de pobreza no se ha logrado disminuir de manera perdurable y sostenida. Hoy el 59.8% de la población se encuentra bajo la línea de pobreza, rebasando ligeramente el promedio observado desde los setenta (...)

3.- "La gravedad del problema de la indigencia no ha podido ser superada, dada su persistencia en niveles por encima del 20% de la población en las últimas dos décadas y media (...)

4.- "La informalidad continúa siendo el sistema de trabajo predominante de la mayoría de la fuerza laboral, abarcando a más del 54% de la misma en la década del ochenta hasta más de un 61% en la actualidad (...)

5.- A pesar de las leyes aprobadas sobre reforma agraria en el país, la tierra se ha seguido concentrando en pocas manos —con una importante injerencia de capitales de procedencia ilícita— en la medida en que el 1.08% de los propietarios posee más del 53% del área, cuando hace apenas 10 años el 1.4% poseía el 46% y en que el 62.3% de los propietarios son microfundistas— que engrosan, en su gran mayoría, la población más pobre del país”.<sup>10</sup>

La Corte Constitucional Colombiana, máximo órgano interpretativo de la carta constitucional, ha expresado respecto de la exclusión social:

*“La construcción del Estado social de derecho supone la creación y el mejoramiento de instituciones, programas y procedimientos de asistencia, protección y promoción de personas y sectores desventajados en la sociedad. De lo contrario, el objetivo de evitar la exclusión social o mitigar sus nefastos efectos no podrá ser efectivamente alcanzado. Para alcanzar dicha finalidad el Estado debe atender oportunamente algunos de los problemas más significativos que se presentan en el desarrollo de programas de asistencia social, en particular de mayores adultos discapacitados.” Sentencia T-149 de marzo 1º de 2002, CORTE CONSTITUCIONAL. SALA TERCERA DE REVISIÓN. SENTENCIA NÚMERO T-149 DE 2002. Ref.: Exp. T-429280. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.*

En donde está el problema? La pregunta razonable que surge como conclusión a la descripción realizada es: hay voluntad en el estado para superar esta realidad social? Si la hay, cual es la razón por la cual todas las estrategias desarrolladas por el Estado para alcanzar el propósito de superación de la exclusión y la marginación se quedan en “estrategias” que no logran objetivos y por el contrario cada día se profundizan las diferencias conduciendo inevitablemente a la exacerbación del estado de exclusión en amplios sectores de la realidad nacional.

---

<sup>10</sup> Luis Jorge Garay (coord.) Colombia entre la exclusión y el desarrollo: Propuestas para la transición del Estado social de derecho, Bogotá, Contraloría General de la República, 2002, Introducción “Estrategias, dilemas y desafíos a la transición al Estado social de derecho en Colombia” págs. 24 y 25.

Una de las razones por las cuales los programas emprendidos por el Estado no dan soluciones reales puede entenderse en la explicación que para Venezuela dan las investigadoras Maryori Machado y Neritza Alvarado<sup>11</sup>: El Estado pretende utilizar formulas definidas por órganos multilaterales, recetas uniformes, que no consideran los aspectos culturales y la heterogeneidad de cada uno de los países latinoamericanos, que pretenden superar la exclusión, “ a partir de lecturas con un marcado tinte economicista, donde lo social es relegado a un segundo plano y se ha presentado como resultante directo del desarrollo económico”.

### **ESTRATEGIAS PARA LA DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS ORIENTADAS A LA SUPERACIÓN DEL MODELO EXCLUYENTE EN COLOMBIA.**

Señala la CEPAL que “un programa de lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social debe estructurarse sobre la base de tres pilares fundamentales: i) un crecimiento económico alto, sostenido y de buena calidad; ii) políticas sociales que incluyan una fuerte inversión en capital humano y la distribución equitativa de los beneficios de ese crecimiento y iii) voluntad política, fortalecimiento de las instituciones democráticas y construcción de grandes acuerdos para avanzar en el camino del desarrollo”.<sup>12</sup> No obstante, la aparente claridad de la propuesta, la misma representa la tesis de las investigadoras venezolanas ya mencionadas, corresponde a imposiciones abstractas de órganos multilaterales. Es necesario desarrollar un conjunto de acciones específicas, con nombre propio, que represente acciones concretas y específicas, diseñadas específicamente para Colombia, que atienda sus particularidades y diferencias; por ello nos aventuramos a plantear los aspectos reales que debe contener la agenda gubernamental en la búsqueda de este propósito.

1.- Desarrollar el concepto política económico-social. Es el primer paso que se debe emprender en un Estado Social de Derecho. Está demostrado el fracaso de la “teoría del

---

<sup>11</sup> Machado Maryori, Alvarado Yeritza. Marco general de una estrategia de superación de la pobreza en Venezuela. Revista Venezolana Análisis de coyuntura. Diciembre 2005, N° 2 Caracas.

<sup>12</sup>CEPAL, Naciones Unidas. Superar la pobreza mediante la inclusión social. “Agenda de Lima contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión en América Latina y el Caribe”. Quinta cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y el Caribe y de la Unión Europea. Lima, Perú. mayo de 2008.

derrame" según la cual "los beneficios del crecimiento económico se vierten automáticamente sobre la población y elevan su bienestar, siendo indispensable, a los fines de crear y mantener el capital humano requerido para la acumulación del capital físico, invertir recursos en las áreas de salud, educación, vivienda, seguridad y asistencia social, mediante la implementación de programas sociales de cobertura universal que posibiliten a toda la población el acceso libre a estos servicios sociales".<sup>13</sup>

Esta teoría o modelo que pretende superar la pobreza desde un criterio meramente economicista esta en desuso porque demostró su fracaso y por el contrario agudizó las diferencias sociales en la mayoría de los países de Latinoamérica en donde se implementó en los últimos años de la década de los ochenta y en la década de los noventa.

Es necesario darle mayor importancia a lo social. El Estado debe superar el tradicional modelo impuesto por los organismos multilaterales según los cuales el crecimiento económico de las naciones se mide a partir de indicadores macroeconómicos; por el contrario desarrollar un más eficiente modelo dirigido a impactar sobre los indicadores de pobreza y equidad, de manera tal que lo social se entienda como un instrumento complementario de la política económica.

A pesar del modelo neoliberal y de la necesidad de consolidar ciertos "resultados" relacionados con los indicadores, es necesario introducir sobre el modelo vigente, desarrollado a partir de una lógica economicista, elementos que le aseguren una evolución del concepto que ofrezcan una nueva interpretación en la que se logre una estrecha articulación entre lo económico y lo social, es la nueva doctrina que debe prevalecer en el manejo económico del estado.

2.- Un Estado estructurado institucionalmente para superar la exclusión. Se hace urgente desarrollar un modelo institucional que consolide las políticas para la superación de la pobreza y de la exclusión. Son evidentes los intentos surgidos de diferentes órganos,

---

<sup>13</sup> Campo Sáenz Ana y otros. Crecimiento y desigualdad, tomado de:

<http://web.usal.es/~anisi/Modelizacion%20II/Laura/trabajos/creciendo%20y%20desigualdad.pdf>

instituciones, gerencias, planes de desarrollo orientados al logro de este objetivo, pero ante la ausencia de una dirección unificada se atomizan las acciones, con la consecuente pérdida de recursos que ello conlleva.

Las acciones del Estado son debilitadas por la ausencia de coherencia conceptual. En el diseño de políticas públicas orientadas a la superación de la pobreza o a la disminución de sus consecuencias, entre ellas la exclusión, se cree que son necesarias muchas entidades orientadas al único fin; sin embargo se ha demostrado que esta estrategia no ha funcionado; no porque haya más obreros trabajando se asegura la terminación de la obra.

Es necesario una sola dirección, una sola ruta, una sola interpretación, y que todos vayan tras de ello, entonces habrá optimización de los recursos y se podrá lograr el fin perseguido por todos.

3.- Despolitización de la agenda gubernamental. Ciertamente la estructura del estado colombiano está diseñada para que se materialice la teoría de los pesos y contrapesos, según la cual todos los poderes se controlan entre sí. En algunas ocasiones la teoría funciona, pero la mayor parte de las veces la teoría de los pesos y contrapesos termina convirtiéndose en una forma tergiversada de distribución, más que ello, de repartición de los recursos del estado. El modelo presidencial colombiano permite que los recursos del Estado y con ello las acciones que emprende, es decir su agenda social, sea distribuida entre los diferentes sectores políticos con el fin de inclinar la balanza de pesos y contrapesos.

De manera tal que la agenda gubernamental para la superación de la pobreza no obedece a un plan único, concertado con los actores sociales, parte de una estructura sistémica en la que se han definido de manera eficiente la asignación de los recursos, sino que está definida por intereses particulares, en el mejor de los casos bien intencionados, de la clase política que solo reconoce en las acciones "sociales" del Estado un medio para mantenerse en el poder.

Lo anterior hace que los recursos se utilicen de manera poco eficiente, que los funcionarios a cargo de la implementación de las políticas públicas no tengan la formación o no reúnan los



perfiles necesarios para gestionar la política social sin actuar "políticamente" en las instituciones, por lo que en su desempeño predomina el interés particular.

Frente a lo anterior se distorsiona cualquier agenda gubernamental, por ello es necesario blindar la agenda gubernamental para la superación de la pobreza contra las embestidas de la clase política, sin que ello quiera decir que la esta no participe en la construcción de la agenda, por supuesto que debe participar en la definición de las políticas públicas pero no en la implementación y ejecución de las mismas.

4.- Articular los diferentes niveles territoriales de gobierno: nacional, municipal y departamental. Quizás uno de los más acertados logros de la constitución política de 1991 es la materialización de las ideas que sobre descentralización de la administración pública se venían desarrollando en Colombia desde la década de los ochenta. Sin embargo la independencia de las entidades territoriales, las funciones que constitucionalmente le han sido asignadas a cada una, la forma como se distribuyen los recursos, (por ejemplo las regalías) ha facilitado una distorsión del concepto descentralización.

Cada región tiene sus propias particularidades sociales y culturales y por lo tanto sus propias necesidades sociales y consecuentemente sus prioridades, ello hace parte de la lógica de la descentralización, pero todas ellas deben enmarcarse dentro de una única agenda gubernamental. El Estado no puede permitir que se reproduzcan estructuras organizacionales creadas en los niveles municipal y departamental con objetivos comunes a los definidos en la agenda gubernamental para la superación de la pobreza. "este conjunto de organizaciones públicas además de cabalgar competencias, consumir burocracia, son agencias públicas que compiten entre sí por los recursos cada vez más limitados que se le asignan al área social" <sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Márquez, Trino y Lima, Boris (2000), "Venezuela: Estado y Política Social (nudos críticos y propuestas para desatarlos)", Cuadernos Cátedra Abierta de Gerencia Social, No. 12, Fundación Escuela de Gerencia Social, Caracas.

Los municipios y los departamentos, a pesar de las buenas intenciones de sus gobernantes no pueden ser ruedas sueltas de un engranaje único en el que se debe resumir la política gubernamental para disminuir las diferencias sociales.

5.- Aceptar la participación de la comunidad en la gestión social. El modelo definido para el diseño de las políticas públicas, difundido y aceptado por los expertos (Yves Mény, Jean Claude Thoening, Pierre Muller, Carlos Ruiz Sánchez, Myriam Henao Pilles) reconocen la necesidad real de la participación de la comunidad afectada, en las diferentes etapas que integran la política pública. Entonces, no es suficiente que la norma legal o supralegal le otorgue a los diferentes actores de la realidad social un espacio teórico; es necesario que ese espacio se materialice en una participación cierta en las diferentes etapas del proceso que implica una política pública: valga decir en el diseño, definición de medios, la ejecución, el control y la evaluación.

El Estado debe concebir las políticas públicas para la superación de la pobreza y sus nefastas consecuencias como inversiones que en el mediano plazo van a generar retornos positivos que se evidenciaran en el crecimiento económico de la nación, a la postre incrementaran la capacidad productiva de la fuerza de trabajo generando confianza en la institucionalidad lo que en ultimas fortalecerá la democracia.

6.- Definición de un método eficiente de control y evaluación. En un país como Colombia, categorizado como uno de los más corruptos del mundo, es necesario desarrollar un sistema de seguimiento y alertas tempranas que le aseguren al Estado información constante y actual sobre la forma como se cumplen las metas y como se utilizan los recursos. Para efectos de lo anterior se hace necesario rediseñar el modelo conocido, sobra decir que la estructura de control del país es ineficiente. Los recientes hechos de corrupción puestos, "selectivamente", en conocimiento público por los medios de comunicación hacen evidente la necesidad de producir un cambio en la forma como se hace el control, porque en ultimas no es suficiente con que los colombianos descubran que x o y persona o grupo económico o de poder ha sustraído los recursos del estado y consecuentemente se hizo acreedor a las sanciones y consecuencias legales que ello conlleva; ellos satisface moralmente al conglomerado social,

pero no da solución al problema porque los recursos ya se sustrajeron y en consecuencia no se cumplió los objetivos planteados.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BARROS, Paula; DE LOS RÍOS, Danae, y TORCHE, Florencia. Lecturas sobre la Exclusión Social. [En línea]. Informe N° 31. OIT 1996. [Fecha de consulta: 11 Diciembre 2011]. Disponible en: [http://intranet.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&task=view&id=431&Itemid=1154](http://intranet.oit.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=431&Itemid=1154)

CARIOLA Cecilia, LACABANA Miguel, (2005). Pobreza, nueva pobreza y exclusión social: los múltiples rostros de Caracas. Caracas: BCV

ESTIVILL, Jordi. (2003) Panorama de la Lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

KATZMAN, Rubén. Seducidos y Abandonados: el aislamiento social de los pobres urbanos. [En línea] Revista de la CEPAL 75. 2001. [Fecha de Consulta: Diciembre 11 de 2011]. Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/6/19326/Katzman.pdf>

## **EL REFERENDO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA: UN MECANISMO DE DIFÍCIL UTILIZACIÓN EN LOS AÑOS 2008 AL 2011**

PEDRO JAVIER SÁNCHEZ VERA  
JAVIER LEONARDO CONTRERAS VARGAS\*

*\*Los autores son abogados especializados en derecho urbano.*

Fecha de recepción del artículo: Abril 5 2012. Fecha de aceptación: Mayo 30 2012

### **RESUMEN**

La posibilidad de que los ciudadanos puedan participar en la aprobación o derogación del proyecto de una norma jurídica o de una ya vigente, así como en la creación o segregación de un municipio; en la derogación de una reforma constitucional o sometan a aprobación un proyecto de reforma constitucional, se da a través del mecanismo de participación ciudadana llamado Referendo, el cual está contemplado en la Constitución Política de Colombia. Este mecanismo fue reglamentado y definido a través de la Ley 134 de 1994, en su artículo 3º: Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente.

En Colombia, se han consagrado tres tipos de referendo: el referendo derogatorio, el referendo aprobatorio, y el referendo constitucional, el cual a iniciativa del Gobierno o de un grupo de ciudadanos no menor al 5% del censo electoral, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado que votan positivamente y que votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral.

En el período 2008 – 2011, fueron inscritos ante la Registraduría tres referendos: el referendo reeleccionista, el referendo por el agua, con el cual se busca consagrar el carácter público del agua potable, y el referendo de cadena perpetua para violadores y abusadores de menores, que busca la reforma en este sentido, del artículo 34 de la Constitución Política.

**Palabras clave:** referendo, mecanismos de participación ciudadana, inexequibilidad, Corte Constitucional.

### ABSTRACT

The possibility for citizens to participate in the project approval or repeal of a rule of law or of an already existing and the creation of a municipality or segregation, on the repeal of a constitutional amendment or a project submitted for approval of constitutional reform is through citizen participation mechanism called referendum, which is enshrined in the Constitution of Colombia. This mechanism was regulated and defined by Act 134 of 1994, Article 3: It is the call that makes the people to approve or reject a proposed legal rule or repeal a rule or no longer valid.

In Colombia, have confirmed three types of referendum: the referendum repealing the approval referendum and the constitutional referendum, which the initiative of the Government or of a group of citizens not less than 5% of the electorate, the Congress, by law which requires the approval of a majority of members of both Houses may refer to referendum a constitutional reform bill that Congress itself incorporated into the law. The referendum will be presented so that voters can choose freely in the articulated agenda or voting and voting positively negatively.

Approval of amendments to the constitution by referendum requires the affirmative vote of more than half of the voters and that their number exceeds a quarter of all citizens who make up the electoral roll.

In the period 2008 - 2011, were registered with the Registrar three referendums: the reelection referendum, the referendum by the water, which seeks to enshrine the public drinking water, and the referendum of life imprisonment for rapists and child molesters, which seeks reform in this regard, Article 34 of the Constitution.

**Keywords:** referendum, citizen participation mechanisms, unconstitutionality, the Constitutional Court.

## INTRODUCCIÓN

El referendo constitucional ha sido uno de los temas centrales del quehacer político y jurídico de la Nación en los últimos años, y probablemente lo siga siendo en la época próxima. No obstante, sobre la institución constitucional del referendo se ciernen muchas sombras y existen múltiples vacíos, lo cual dificulta su adecuada comprensión por la gente, que es la llamada a darle vida a ese instrumento de participación ciudadana. De otra parte, los recientes acontecimientos advierten sobre la presencia de nociones contrapuestas en torno a la figura y acentúan la confusión existente sobre ella.

La única posibilidad de convocar a un referendo para reformar la Constitución Política es a través de una ley aprobada por el Congreso, en los términos del artículo 33 de la Ley 134 de 1994 (Ley de Mecanismos de Participación Ciudadana).

En el período comprendido entre el 2008 – 2011, fueron inscritas tres iniciativas de referendo, que no salieron adelante por la cantidad de trámites y la falta de apoyo por parte de la institucionalidad colombiana para su desarrollo, por lo anterior, se presenta el siguiente estudio que busca analizar las iniciativas de referendo constitucional presentadas en Colombia, en los años 2008 al 2011, reseñando el desarrollo que ha tenido a nivel

latinoamericano y europeo el mecanismo del referendo constitucional, identificando los aspectos que han conllevado al fracaso de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia, determinando los obstáculos que se han presentado en el trámite de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia y examinando los fundamentos de la Corte Constitucional para declarar inconstitucionales las iniciativas de referendo en Colombia, todo lo anterior en el período comprendido entre los años 2008 – 2011.

## 1. EL REFERENDO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Con el fin de tener una mejor comprensión del instituto de referéndum, es necesario recurrir a los orígenes mismos de su constitución. Para ello, nos remontamos a la Antigua Grecia, cuna de la democracia y cuyo método democrático se basaba en un sistema en donde el ciudadano ejercía influencia y poder de manera más directa en la toma de decisiones y en la forma de gobernar. De igual forma, es menester analizar la sociedad romana del siglo V A.C., ya que es en dicho tiempo y lugar donde se concibe el concepto de plebiscito, instituto antecesor del referéndum y que explica su naturaleza y razón de origen.

La doctrina en general precisa que el referendo tuvo sus orígenes en el XVI y contiene una reminiscencia de los comienzos estrictamente federales del gobierno de dos de los cantones actuales de la Confederación Suiza: el Graubunden y el Valais, que en esa época no formaban parte de la Confederación, sino que eran meramente distritos aliados<sup>15</sup>.

Estos distritos a los que se hace referencia, en su interior constituían federaciones de municipios muy poco unidas. Los delegados que enviaban los municipios a la asamblea federal del distrito debían dar cuenta de toda cuestión importante a sus electores, y reclamar instrucciones acerca del sentido en que debían votar.

“Posteriormente, el concepto de referéndum fue modificado por los ideólogos de la Revolución Francesa, quienes crearon su propia versión de esta institución democrática, la

---

<sup>15</sup> *Referéndum (1987). Enciclopedia Jurídica Omeba tomo XXIV pp. 190-195. Buenos Aires: Driskill.*

cual consistió en que el pueblo debía votar para aceptar o rechazar toda Constitución que se quisiera promulgar. Así fue como la Convención de la Asamblea Nacional Francesa aprobó la Constitución de 1793. Desde entonces se ha aplicado el referéndum en Francia varias veces.

También en Suiza se adoptó este modelo, inaugurándose con la aprobación de la Constitución Suiza del 20 de mayo de 1802 a través del voto de todos los ciudadanos mayores de veinte años. No obstante, el referéndum llegó antes a la Unión Americana, cuando en 1778 fueron aprobadas por el voto popular las constituciones de los estados de Massachusetts, New Hampshire, Connecticut y Rhode Island, adelantándose inclusive a los franceses. Desde entonces, el referéndum se extendió a numerosos países de América, Europa y Oceanía, y entre los que se considera que ha tenido mayor trascendencia y buenos resultados en su uso y aplicación se cuenta a los Estados Unidos de América, Canadá, Italia, Francia<sup>16</sup>, Dinamarca, Irlanda, Suiza, España<sup>17</sup>, Australia y Nueva Zelanda. "

Así mismo, la primera Constitución que planteó la figura del Referéndum fue la Constitución Helvética en Suiza y las Constituciones como la alemana de 1949, la europea de 1948, la española en 1978 tienen estos mecanismos de participación ciudadana. En nuestro país desde la Constitución de 1991 se contempla este mecanismo de participación ciudadana.

## 1.1 El mecanismo del referendo en Colombia

De lo dicho anteriormente, es de suma importancia definir y delimitar los alcances de este mecanismo de participación ciudadana, el cual es el Referendo. Para tal delimitación nos fundamentaremos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional define en la sentencia C-

<sup>16</sup> Morel, Lawrence (1995). *La pratique des démocraties libérales. Pouvoirs* N° 77 "Le référendum" pp. 25-26, Paris. Ya se dijo que el referéndum se aplicó por primera vez en Francia en 1793. Napoleón Bonaparte también utilizó este recurso para aprobar popularmente sus constituciones de 1799, 1802 y 1804, y lo hizo para ratificar los cambios constitucionales que lo hicieron, sucesivamente, cónsul, cónsul vitalicio y emperador. La restauración del imperio, en 1815, pasó por las mismas vías. Más tarde, Luis Napoleón legitimó, apelando al veredicto popular, el golpe de Estado de diciembre de 1851, la restauración del imperio, la anexión de Niza y la de Saboya, así como sus reformas liberales. También se recurrió a este mecanismo en el año de 1870.

<sup>17</sup> VELAZCO GAMBOA, Emilio. *Teoría del Referendo y modelos de democracia participativa*. Puebla: Año 2000. El primer antecedente histórico que se encontró del referéndum en España, se remonta al año de 1931, cuando el artículo 66 de su Constitución establecía lo siguiente: el pueblo podrá atraer a su decisión mediante referéndum las leyes votadas por las Cortes; bastará para ello que lo solicite el 15% del cuerpo electoral (Omeba, 1987 p. 192).



180 de 1994<sup>18</sup> a el referendo como el mecanismo mediante el cual el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades, expresadas en un texto ya elaborado de proyecto; lo hay para derogar reformas constitucionales y leyes, para aprobar reformas a la Constitución y para convocar asambleas constituyentes.

La doctrina especializada de derecho comparado, en este caso a través de BISCARETTI DI RUFFIA define al referendo como "una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo"<sup>19</sup>. Esta institución hace relación tanto a un procedimiento como a un recurso de quien, en ejercicio de la soberanía nacional, consulta al legislador primario para que "refrende, autorice, corrobore, certifique o respalde" un texto normativo ya formalizado.

En el orden jurídico colombiano a través de la ley 130 de 1994 denominada ley estatutaria de mecanismos de participación, define el referendo como la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. La anterior definición fue reedificada con relación a la definición entregada por el proyecto de ley estatutaria enviado para su revisión a la Corte Constitucional, el cual entrego como resultado la sentencia C-180 de 1994. El artículo 3o. del proyecto de ley estatutaria de mecanismos de participación definía a el referendo como "instrumento democrático de participación ciudadana, por el cual se convoca al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica, o derogue o no una norma vigente".

Al reglamentar el Referendo, el legislador en la ley 134 de 1994 definió esta figura en su artículo 3º como: "Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. Par.- El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local".

El referendo es un mecanismo de participación ciudadana que se utiliza para aprobar un proyecto de ley, de ordenanza o de resolución local de iniciativa popular que haya sido

---

<sup>18</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 180 de 994. M. P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>19</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo. "Las Instituciones Legislativas de la Democracia Directa". Editorial Tecno, Madrid. 1982, p. 421.

negado por la entidad competente para hacerlo cumplir, o cuando el plazo otorgado por la Constitución de Colombia para que dicho proyecto se cumpla haya vencido.

Los artículos 377 y 378 de la Constitución Política regulan los referendos constitucionales, los cuales pueden ser derogatorios o aprobatorios.

A través de los primeros, se convoca al pueblo para que con su voto afirmativo o negativo respalde o rechace una reforma constitucional efectuada por el Congreso mediante un acto legislativo, el cual desde su promulgación genera efectos, salvo que en él se disponga lo contrario.

Por medio de los segundos, los electores aprueban o refrendan un texto que contiene una modificación a la Constitución producto de la iniciativa del Gobierno o de un determinado número de ciudadanos que previamente ha sido aprobada por el Congreso e incorporada a una ley. Mientras el texto de la reforma no se someta a la aprobación ciudadana, ella no produce efecto alguno.

La diferencia entre estas dos clases de referendo, radica en que en el derogatorio, el pueblo es convocado para que manifieste su asentimiento o rechazo frente a una reforma constitucional que ha efectuado el Congreso a través de su facultad constituyente, y por ende, contenida en un acto legislativo, que como tal no requiere ninguna otra formalidad para que surta efectos. Su especialidad está en la materia de los actos legislativos que son susceptibles de ser sometidos a referendo, toda vez que sólo pueden ser votados a través de este mecanismo, aquellos que tengan que ver con los derechos fundamentales, las garantías o mecanismos de protección de estos derechos y los que introduzcan modificaciones al Congreso de la República.

En otros términos, el Congreso en esta clase de referendo ya ha agotado su función constituyente y al pueblo sólo le resta avalar o no tal reforma, si para el efecto se le convoca, pues ello no es de carácter obligatorio. Por tanto, en caso de no existir solicitud en tal sentido o si ésta no se hace dentro de los seis meses que exige la Constitución, el correspondiente

acto legislativo no podrá someterse a la refrendación ciudadana, y como tal, regirá mientras el legislador no disponga otra cosa.

Por su parte, el referendo aprobatorio, cuya regulación se encuentra en el artículo 378 de la Constitución, se da cuando el Congreso de la República somete a decisión popular un proyecto de reforma constitucional presentado por iniciativa del Gobierno o de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva, proyecto que se debe incorporar a una ley. Para aprobar la reforma a la Constitución por esta vía, se requiere del voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del censo electoral.

A diferencia del referendo derogatorio, al pueblo se le debe indagar de forma tal que pueda responder qué vota en forma positiva y qué en forma negativa. En el referendo derogatorio, simplemente debe decir si está de acuerdo o no con el acto legislativo aprobado por el legislador. En este caso, la aprobación que hace el pueblo no es sobre cada artículo sino frente a la totalidad del acto legislativo.

Las particularidades señaladas permiten afirmar que en el referendo, en su condición de mecanismo constitucional de participación democrática, opera una relación de complementariedad entre los órganos de la representación política y la participación directa de la ciudadanía.

Lo anterior, por cuanto es claro que en este mecanismo de participación confluyen, por mandato de la Carta y en coherencia con el designio de la Asamblea Nacional Constituyente, el órgano de representación popular por excelencia, el Congreso de la República, como otras instituciones del poder constituido, tales como el Gobierno y el poder judicial en cabeza de la Corte Constitucional, de un lado, y de otro el pueblo, como cuerpo electoral, tanto en la iniciativa que se le reconoce para presentar proyectos de reforma a la Carta, como para adoptar la decisión definitiva sobre su contenido.

En ese sentido, se puede afirmar que los artículos 378 y 379 de la Carta, son la expresión de la complementariedad prevista por el Constituyente entre la democracia directa y la representativa que identifica el modelo político adoptado por la Constitución de 1991.

Bajo esa perspectiva, se hace indispensable establecer cuál es el alcance del control que le corresponde adelantar a un órgano constituido como la Corte Constitucional, frente a esta clase de actos.

El proceso que rige los referendos es complejo, para simplificarlo con fines pedagógicos podríamos nombrar tres etapas: una primera de promoción; una segunda de trámite y otra de ejecución. En caso de querer conocer el proceso de manera detallada deberá el lector recurrir a las respectivas normas.

La primera etapa de promoción (Artículos 10 a 30 de la Ley 134 de 1994) abarca desde el momento en que un grupo de personas tienen la idea de realizar un referendo, se organizan como promotores y se presentan ante la Registraduría Nacional del Estado Civil para la inscripción de dicha solicitud. Se nombra un comité de promoción, y después de trámites administrativos se entregará a los promotores los formularios; es ahí donde se inicia el proceso de recolección de firmas. Es en este punto, donde de manera exclusiva y perentoria permite la ley que los promotores desistan, pasada ésta etapa de recolección de firmas y de promoción, es decir en la etapa que llamamos de trámite ya no se puede desistir de la iniciativa. Posteriormente a la recolección de firmas, la Registraduría hace el conteo de firmas y su certificación, y envía al Congreso de la República dicho certificado, el proyecto de articulado y la exposición de motivos.

De esta forma entramos a la etapa de trámite, donde la iniciativa empieza a circular en el Congreso de la República, esta etapa se inicia con la publicación en la Gaceta del Congreso de la iniciativa, el proceso que se sigue entonces – en el cual nos encontramos en este momento – es el establecido en el artículo 163 de la Constitución Nacional que consagra un trámite de urgencia, teniendo el proyecto prelación.

Después de su recorrido por el Congreso de la República, si es aprobada la iniciativa, ésta pasa a la Corte Constitucional para su examen (Artículo 241, numeral 2), en este punto del trámite pueden ocurrir distintas opciones:

- La Corte declara inexecutable totalmente la ley por motivos de forma: se archiva la iniciativa.
- La Corte declara executable parcialmente la ley: se le introducirán las modificaciones en el Congreso de la República.
- La Corte declara executable parcialmente la ley y el Congreso no la corrige: en este evento sólo se puede votar por el pueblo la parte declarada executable por la Corte.

Cuando hay fallo favorable de la Corte, es cuando entramos a la última etapa de ejecución, esto es que el gobierno convoca al referendo mediante decreto. Finalmente habiéndose celebrado el referendo, y establecido el resultado de éste el presidente de la república sancionará el acto legislativo.

En caso de referendos constitucionales, en caso de no ser aprobado por el Congreso termina la iniciativa, pues para que siga el proceso requiere de dicha aprobación.

## **1.2 Desarrollo a nivel latinoamericano y europeo del mecanismo del referendo constitucional**

En las últimas dos décadas, el uso de herramientas de democracia directa como el referendo ha proliferado en América Latina y Europa. Los referendos pueden facilitar el acceso de los ciudadanos a los procesos de toma de decisión, expandiendo así el espectro democrático. Y por otra parte, estas herramientas constituyen un gran riesgo para la democracia, especialmente en el contexto presidencialista latinoamericano, en el cual los presidentes pueden usar los referendos para concentrar poder y sobrepasar instituciones representativas en crisis, como los congresos y los partidos políticos. Los resultados de los procesos de referendo, sin embargo, reflejan un panorama más diverso.

### 1.2.1 El referendo en Latinoamérica

Desde los 90, primero en Colombia (1991) y Perú (1993), luego en Venezuela (1999) y posteriormente en Costa Rica (2003), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), las constituciones han incluido mecanismos participativos.

En Ecuador se utiliza indistintamente el término de consulta popular para referirse también a la figura del referéndum Constitucional; para que la decisión adoptada por la consulta sea obligatoria se debe de contar con el respaldo de la mayoría absoluta de los votantes.

Pueden los propios ciudadanos solicitar al Tribunal Supremo Electoral convocar a la consulta en caso de reunir el ocho por ciento el padrón electoral, siempre y cuando no se trate de reformas a la Constitución. Se da la posibilidad de realizar consultas populares a nivel local. Se señala la prohibición de someter a este sistema de consulta los asuntos tributarios.

En Guatemala también se utiliza indistintamente el término de consulta popular para referirse también al referéndum constitucional.

En Panamá se considera que forma parte de la consulta popular el referéndum en materia Constitucional, es sólo una de las formas como pueden ser aprobadas las reformas Constitucionales, y en caso de haberse elegido éste resulta de carácter obligatorio.

En Paraguay el referéndum de carácter legislativo puede ser o no vinculante, dentro de las materias que no pueden ser objetos de referéndum se señalan las de carácter internacional, las expropiaciones, las de defensa nacional, de la propiedad inmobiliaria, sistemas tributarios, monetarios y bancarios, el presupuesto, y las elecciones en sus tres niveles de gobierno.

En Perú se señala que los asuntos que pueden ser sometidos a referéndum son: reforma Constitucional, la legislación ordinaria, las ordenanzas municipales, así como las materias relativas al proceso de descentralización y señala como materias que no pueden someterse

a este sistema de consulta a: la supresión de los derechos fundamentales, los de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

Es obligatorio el referéndum en materia constitucional, pudiéndose omitir cuando el proyecto de ley ha sido aprobado por los dos tercios del número de Congresistas.

En Uruguay se tiene contemplada la posibilidad de formular proyectos sustitutivos que someterá a decisión plebiscitaria en la reforma Constitucional, señalando una fórmula detallada y compleja al respecto.

En el caso de Venezuela a través del término referéndum, se refiere indistintamente a éste, y a las consulta popular, llamándolo referéndum consultivo, pudiendo ser en los distintos niveles de gobierno. Para la validez del referendo abrogatorio señala la concurrencia de por lo menos el cuarenta por ciento de los electores. Menciona como materias no aptas al referendo abrogatorio: las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni de amnistía, las relativas a los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

Se menciona que no podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un periodo constitucional por la misma materia. Puede haber iniciativa popular en materia de reforma Constitucional con un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos. El referendo es obligatorio en materia de reforma Constitucional.

### **1.2.2 El Referendo en Europa**

En España se denomina Referéndum Consultivo a la consulta popular. El referéndum es obligatorio en reforma total a la Constitución y facultativo en los casos de reforma parcial. No procede la iniciativa popular en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

En Francia se menciona que podrán ser sometidos a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica y social de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que propongan la ratificación de un tratado, que sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones. Es vinculatorio el referéndum en caso de reformas a la Constitución.

En Irlanda se deja plasmado a nivel Constitucional la existencia de las principales modalidades del referéndum dejando los detalles de su regulación, como en otros países a la ley respectiva.

En Italia se señala como requisito para la formulación de una iniciativa de ley la propuesta por ciento cincuenta mil electores como mínimo. El referéndum popular para la derogación parcial o total de una ley puede ser también requerido por quinientos mil electores. No se permite el referéndum en leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales. Será vinculatorio si alcanza cierto porcentaje de participación ciudadana. No habrá referéndum si el proyecto de ley hubiese sido aprobado en las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos integrantes.

En Suiza pueden someterse a referéndum las leyes y decretos federales cuando lo soliciten cincuenta mil ciudadanos. Pueden ser también materia de referéndum: los tratados internacionales, que sean de duración indeterminada y no denunciables, prevean la adhesión a una organización internacional y los que lleven aparejada una unificación multilateral del derecho.

### **1.3 Aspectos que han conllevado al fracaso de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia en los años 2008 – 2011.**

En este período se han presentado ante la Registraduría tres iniciativas de referendo constitucional, las cuales conviene analizar a continuación:



### 1.3.1 Referendo del Agua

En alerta por la grave amenaza de privatización del agua en Colombia, la Campaña "El agua, un bien público" junto con otras organizaciones del sector ambientalista, educativo, social, sindical, de mujeres, entre otras, decide emprender acciones más contundentes para la defensa del agua, y es así como nace la iniciativa participación ciudadana de Referendo en defensa del agua. El 24 de febrero del año 2007, fecha en la cual se constituyó el Comité Nacional de Promotores (as) en la Defensoría del Pueblo en Bogotá.

El Referendo en defensa del agua era un Referendo Constitucional, es decir, proponía una reforma a la carta de los derechos y deberes de los colombianos (as).

El Referendo propuesto pretendía incluir entre otros, los siguientes artículos:

- El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público.
- El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito.
- El servicio de acueducto y alcantarillado será prestado en forma directa e indelegable por el Estado o por comunidades organizadas. Las entidades estatales o comunitarias que se organicen para dicha prestación no tendrán ánimo de lucro y garantizarán la participación ciudadana, el control social y la transparencia en el manejo de los recursos y demás aspectos de la operación.

Para introducir estos cambios, el Referendo obtuvo más de 2 millones de firmas. Se presentó al gobierno en una sesión de la Comisión I de la Cámara. La mayoría, que apoya al gobierno aprobó un texto contrario a la iniciativa ciudadana.

La iniciativa, respaldada por organizaciones sociales que recaudaron más de dos millones de firmas de respaldo, fue visiblemente alterada en la comisión primera de la Cámara en el primer semestre de este año, por lo que sus promotores apelaron a la plenaria de la Corporación, que resolvió entregarlo a la comisión quinta.

En dicha comisión el proyecto fue cambiado y después de permanecer un mes en el orden del día, al final se aprobó a comienzos de diciembre. Pero los ponentes no entregaron informe para el segundo debate y en consecuencia el proyecto se hundió por trámite.

### **1.3.2 Referendo Reelección Presidencial**

Con esta iniciativa los promotores intentan que la reelección presidencial pueda darse para un tercer período.

El partido de la U, presentó 260.826 firmas cumpliendo el requisito previo de la Registraduría para autorizar al comité de promotores a la recolección de firmas que es de un mínimo del 5% del censo. La Registraduría declaró 238.224 apoyos (firmas) válidas.

A favor del referendo se recogieron más de cinco millones de firmas de colombianos que entendieron y desean que la reelección sea para el período 2010-2014. Pero la confusa redacción de la pregunta, unida a la falta de claridad sobre los costos de la financiación, condujeron a que el trámite en el Congreso de la República resultará tremendamente accidentado y dilatado.

### **1.3.3 Referendo Cadena Perpetua para Violadores**

El contenido central del referendo, que comenzó a ser tramitado por la congresista verde el 15 de junio de 2008, busca incluir en la Constitución una dura sanción contra los abusadores de menores.

"Con relación a los delitos de homicidio doloso, violencia y explotación sexual, maltrato severo y secuestro, cometidos contra menor de 14 años de edad, o menos, con discapacidad física o mental, podrá aplicar la pena de hasta prisión perpetua de acuerdo con la ley", dice el texto.

El referendo de cadena perpetua fue aprobado por el Congreso en junio del 2009 y se remitió el mismo mes a control de la Corte Constitucional, pero el alto tribunal, en mayo del 2010, lo declaró inexecutable por errores de procedimiento y lo regresó al Legislativo para que los corrigiera.

En marzo del 2011 el proyecto de referendo regresó al Congreso, pero solo surtió los dos primeros debates hasta que la Comisión Primera de la Cámara lo hundió (14 votos en contra y 10 a favor), en medio de una dura polémica, ya que los contradictores calificaron la propuesta de "populista".

#### **1.4 Obstáculos que se han presentado en el trámite de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia en los años 2008 – 2011.**

Durante la pasada legislatura el Congreso abordó el estudio de tres solicitudes de referendo que superaron el proceso de revisión de firmas ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. A continuación se presenta un paralelo, a manera de resumen cronológico, de las tres iniciativas surtieron su trámite.

Cuadro 1: Referendos Constitucionales presentados en los años 2008 – 2011.

	<b>Reelección Presidencial</b>	<b>Agua Potable</b>	<b>Cadena perpetua para abusadores de niñ@s</b>
Propuesta general	Referendo Constitucional para modificar el inciso 1 del	Referendo Constitucional para consagrar el derecho humano fundamental al	Referendo Constitucional para modificar el artículo 34 de la Constitución, que permita incorporar la pena de hasta

	artículo 197, para permitir que quien haya ejercido la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, pueda ser elegido para otro período	agua potable, un mínimo vital gratuito, la gestión pública indelegable y directa del agua y protección especial para los ecosistemas esenciales para el ciclo hídrico, lo cual incluye la protección de las fuentes de agua, lagos, ríos, playas y humedales, entre otros. Para ello se propone la inclusión de dos artículos nuevos en la Constitución Política, así como la introducción de párrafos adicionales para los artículos 63, 80 y 365.	prisión perpetua para castigar los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, secuestro y maltrato severo cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental.
Fecha de radicación de firmas para constitución de comité promotor	12 de marzo de 2008	11 de enero de 2008	14 de agosto de 2008
Fecha de certificación según la cual las firmas válidas superaron el 5 x 1000 del censo electoral	8 de abril de 2008	22 de febrero de 2008	1 de septiembre de 2008
Total firmas válidas para constitución de comité promotor	238.224	231.081	221.347
Vocero	Luis Guillermo Giraldo Hurtado	Rafael Colmenares Faccini	Gilma Jimenez Gómez
Fecha de radicación de firmas para	11 de agosto de 2008	15 de septiembre de 2008	18 de diciembre de 2008

solicitud del referendo			
-------------------------	--	--	--

Continuación del Cuadro 2: Referendos Constitucionales presentados en los años 2008 – 2011.

Fecha de entrega a la Registraduría del balance de ingresos y gastos por parte del comité promotor	2 de septiembre de 2008	3 de octubre de 2009	6 de enero de 2009
Total ingresos y gastos reportados en el balance	\$2.046.328.135,81	\$211.833.069	No registra ingresos ni gastos directos. Reporta 15 donaciones en especie por valor total de \$30.415.220
Fecha de remisión del balance de ingresos y gastos por parte de la RNEC al CNE	3 de septiembre de 2008. En la remisión el Registrador Nacional advierte que "se pueden vislumbrar algunas infracciones al artículo 2° en concordancia con el artículo 1° de la Resolución No 67 del 30 de enero de 2008 expedida por ese Consejo".	6 de octubre de 2009	13 de enero de 2009
Fecha de certificación según la cual las firmas válidas superaron el 5% del censo electoral	10 de septiembre de 2008	29 de septiembre de 2008	15 de enero de 2009

Total de firmas válidas	3.909.825	2.039.812	1.734.195
Resolución del CNE sobre el estudio del balance de ingresos y gastos	Otorgada	Otorgada	Otorgada
Fecha de la certificación según la cual se cumplieron los requisitos constitucionales y legales en el proceso de recolección de firmas	2009	2009	2009

Como puede observarse en el anterior cuadro, las tres iniciativas de referendo presentadas reunieron el total de firmas válidas para la constitución del comité promotor, así como el número de firmas válidas necesarias para superar el 5% del censo electoral. De igual forma cumplieron con la presentación a la Registraduría del balance de ingresos y gastos por parte del comité promotor; es decir, se cumplió con el lleno de los requisitos constitucionales y legales en el proceso de recolección de firmas.

Uno de los problemas más comunes relacionados con los referendos constitucionales, es que los textos redactados presentan vacíos y contradicciones insuperables.

Por su parte, el artículo 378 de la Constitución establece que se requiere un umbral de participación superior a la cuarta parte de ciudadanos que integran el censo electoral y que de ellos más de la mitad voten a favor. En la actualidad el cuerpo de ciudadanos que se encuentran habilitados para votar es de 29' 317.778<sup>20</sup>. Esto significa que para aprobarse cualquiera de las tres convocatorias al referendo constitucional es necesaria la participación de 7'329.444 sufragantes (25%) y que, en cada uno, al menos 3'664.723 voten por el sí. Lograr

<sup>20</sup> REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. [www.registraduria.gov.co](http://www.registraduria.gov.co).

la participación de cerca de siete millones y medio de votantes no es una tarea sencilla. Razón por la cual debe depurarse el censo electoral.

El censo electoral se define como el total de ciudadanos, titulares de cédulas de ciudadanía, habilitados para votar, que se encuentren inscritos en algún puesto de votación. A diferencia de lo que ocurre con las elecciones ordinarias en que no se exigen porcentajes de participación electoral para la escogencia de los elegidos, en la democracia participativa existen unos umbrales mínimos mediante los cuales se activan sus diferentes mecanismos (art. 103 C.P.) y se aprueban las iniciativas que por esa vía se tramiten. El cinco por ciento para presentar proyectos de Acto Legislativo (art. 375 C.P.). La tercera parte del censo para aprobar la convocatoria a una asamblea constituyente (art. 376). La cuarta parte para derogar reformas adoptadas por el Congreso sobre derechos fundamentales, siempre que voten negativamente al menos más de la mitad de los sufragantes (art. 377). La cuarta parte cuando se trate, como en este caso, de un referendo constitucional (art. 378).

El censo electoral es entonces determinante para el ejercicio de la democracia participativa. Se trata, como lo define la Corte Constitucional, de una herramienta tecnológica esencial para su adecuado funcionamiento (5). El censo se concreta en una base de datos que incluye el universo de ciudadanos cedulados que pueden participar en cualquiera de los mecanismos de participación (art. 103 CP). Permite además organizar, planear y desarrollar tales certámenes. Existe una relación directa entre la fijación del censo electoral y el ejercicio de los derechos políticos por los ciudadanos. Determinar adecuadamente el censo electoral, y evitar sus distorsiones, es un requisito consustancial al ejercicio de los mecanismos de participación. Pero no solo eso. Un censo electoral no actualizado puede estimular prácticas de fraude electoral, como la suplantación de los sufragantes inscritos.

Por otra parte, los procesos participativos se encuentran regulados por un Código Electoral obsoleto, diseñado a la medida del bipartidismo de mediados del siglo XX y de una sociedad excluyente. El Código no regula en forma sistemática el régimen de fijación del censo electoral, ni establece unas reglas precisas para los eventos participativos. Esta situación es más delicada aún, por la negativa del Congreso para actualizar esa normatividad tal como

lo determinó la Corte Constitucional<sup>21</sup>, que exhortó al legislativo a la expedición de una nueva ley ajustada a los mandatos de la Constitución actual.

Al final del gobierno de Álvaro Uribe Vélez los tres referendos propuestos en diversos temas sufrieron suspensión en sus discusiones y la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la ley 1354 de 2009, mediante la cual se pretendía convocar al referendo para la segunda reelección de Uribe Vélez, dispuso un antecedente importante en estas convocatorias populares en relación a las facultades del Congreso de prohibir sus modificaciones en sus procesos deliberativos.

### **1.5 Fundamentos de la Corte Constitucional para declarar inconstitucionales las iniciativas de referendo en Colombia en los años 2008 – 2011.**

La Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2º de la Constitución Política, debe decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo con anterioridad al pronunciamiento popular. En otros términos, la intervención de esa Corporación es requisito esencial para que se pueda realizar un referendo constitucional.

Pero a diferencia del control integral al que está obligada, en relación con otras leyes expedidas por el Congreso de la República, el control de la que convoca a un referendo, además de ser previo y oficioso, está circunscrito a determinar: i) si el legislador en su trámite de aprobación incurrió en vicios de procedimiento (artículo 241, numeral 2), y ii) si se violó alguno de los requisitos señalados en las normas de la Constitución que contemplan este mecanismo (artículos 377 y 378), tales como la iniciativa; las mayorías en el Congreso para su aprobación; las materias sometidas a decisión popular (referendo derogatorio) o la forma de presentar el texto de reforma (referendo aprobatorio) (artículo 379 de la Constitución), etc.

En consecuencia, la Corte, en relación con esta clase de leyes, ha establecido que se debe analizar el procedimiento de aprobación de éstas con los requisitos que para ello exige la

---

<sup>21</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 A de 2008. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.



Constitución y la ley que regula el trámite legislativo al interior del Congreso de la República, es decir, la Ley 5ª de 1992 (sentencia C-501 de 2001).

Dicho control no puede ser entendido como una simple constatación notarial sobre la observancia o no de las reglas procesales, dado que en un Estado Democrático Participativo, como lo es el colombiano, los procedimientos y las formas tienen como finalidad concretar, en la realidad institucional del país, las nociones en que se cimienta ese Estado.

De allí que, en el estudio de constitucionalidad de la ley que convoca a referendo, sea insoslayable la confrontación de las reglas de procedimiento exigidas para su aprobación con los valores jurídico-políticos de esa misma Carta, en los cuales están plasmados los supuestos del paradigma político de la democracia participativa, pues no sería concebible que el procedimiento desplegado para la presentación de la propuesta de reforma, por ejemplo, y su discusión e incorporación al texto de la ley de convocatoria, fuese en contravía de los principios que informan ese paradigma y de los cuales ese procedimiento resulta ser su materialización.

Sólo dos de las iniciativas presentadas en el período estudiado lograron llegar a estudio de la Corte Constitucional, toda vez que el referendo por medio del cual se convoca a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental, no ha pasado su examen ante el máximo Tribunal.

#### **1.4.1 Declaración de inconstitucionalidad del referendo de reelección presidencial**

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-141/2010 declaró inconstitucional por vicios de forma y de fondo el referendo que buscaba la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe.

Por siete votos contra dos, el máximo tribunal de lo constitucional declaró inexecutable la Ley 1354, que convocaba a los colombianos a pronunciarse sobre la posibilidad de que el mandatario se presentara de nuevo a campaña.

La Corte señaló que, al examinar el trámite, "verificó la ocurrencia de un conjunto de irregularidades vinculadas a la financiación de la campaña", lo que representa una "grave violación de los principios democráticos", especialmente el de transparencia.

Los argumentos más importantes de la sentencia de la Corte son:

1. La Constitución prevalece. "La vigencia efectiva de la Constitución Política es la mayor garantía de los derechos fundamentales, del respeto a la dignidad de las personas, la libertad, la igualdad, la diversidad y el pluralismo como valores sociales aglutinantes.

El principio de supremacía constitucional permite que hombres y mujeres consideren la Carta Política como un factor de cohesión, el alero protector que a todos nos cobija".

2. Esencia de la Carta es intocable. "La Corte reitera su jurisprudencia en relación con los límites del poder de reforma de la Constitución, insistiendo en que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar- la, más no para sustituirla, por lo cual todo cambio en la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformatorio, reiterando que a la luz de la jurisprudencia de esta corporación no proceden reformas constitucionales que desconozcan los principios estructurantes o elementos definitorios de la Carta Política de 1991, pudiendo realizarse el control incluso sobre la ley misma que las convoque (...)

Respecto de la Ley 1354, encontró la Corte que desconoce ejes estructurales de la Constitución, como el principio de separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la regla de alternación y periodos preestablecidos, el derecho de igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes".

3. La campaña. "La Corte Constitucional verificó la ocurrencia de un conjunto de irregularidades vinculadas a la campaña de financiación a favor de un referendo de reforma constitucional.

Tales anomalías, vistas en conjunto, configuran una grave violación de los principios básicos de un sistema democrático, a saber, la transparencia y el pluralismo político del elector, consagrados en el artículo 1° 155-364 constitucionales y la ley de Mecanismos de Participación".

4. La violación de los topes. "El Comité de Promotores gastó una suma global que supera más de seis veces lo autorizado por el Consejo Electoral. A eso se añade que recibió aportes individuales superiores hasta casi 30 veces lo permitido (...) Toda la actuación ha sido dirigida a burlar mandatos legales y constitucionales, como también el principio del pluralismo, al permitirse contar con recursos desproporcionados para privilegiar la propuesta".

5. Faltó la certificación. "La ausencia de la certificación del Registrador inhibe la creación del trámite legislativo y vicia de constitucionalidad todo el procedimiento adelantado en el Congreso (...) Un segundo vicio del procedimiento legislativo consiste en la modificación del texto: Tal cambio entrañaba la posibilidad de proponer al pueblo la posibilidad de la segunda reelección inmediata, mientras que el texto original refería una reelección mediata".

6. Castigo a tráfugas. "Se constata que a la cadena de irregularidades que constituyen vicios de inconstitucionalidad se suma el hecho de que 5 representantes de Cambio Radical votaron en contra de las directrices (...) Un cambio de partido en las condiciones específicas, y como parte de una cadena de vicios y de irregularidades, no puede ser instrumento para desconocer la Constitución".

### **1.5.2 Declaración de inexecutable del referendo de cadena perpetua**

La Corte Constitucional declaró inexecutable, por vicios de trámite, el referendo que buscaba la cadena perpetua para violadores y asesinos de menores de edad.

Para el Tribunal, los promotores de la iniciativa no cumplieron con todos los requerimientos necesarios, entre ellos no haber anexo el certificado de la Registraduría del Estado Civil.

La Corte, en todo caso, dijo que a pesar de que no era exequible, la iniciativa de referendo sigue abierta, pues hubo vicios de trámite y no de fondo, y por consiguiente se puede presentar otro proyecto similar.

El primer vicio de trámite fue el hecho de que el Congreso hubiera comenzado su discusión sin contar con la certificación de que el dinero utilizado para la campaña de recolección de firmas no violó los topes de financiación.

El segundo vicio de trámite que encontró el Alto Tribunal fue que el Congreso cambió el texto que firmaron los ciudadanos.

La iniciativa en un comienzo decía: "En relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental, procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley".

El texto modificado por el Congreso cambió la expresión procederá la pena de prisión perpetua por: "se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua..."

Por estas razones, seis de los nueve magistrados votaron en contra de la Ley de referendo.

### **CONCLUSIONES**

El proceso para un referendo no es nada fácil. Primero tiene que conformarse un comité promotor, cuyos miembros deben ir a la Registraduría y pedir los formularios para recoger un número de firmas equivalente al cinco por mil del censo y así oficializar la existencia de la campaña de recolección de firmas. Con eso sí pueden comenzar a recoger las firmas que, ya completas, la Registraduría tendrá que revisar. Y luego, cuando el Registrador confirme que los requisitos están dados, esas firmas tendrán que volver al Congreso, que en este caso es el mismo que aprobó la Ley que ahora quieren revocar.

La participación de la ciudadanía a través de este concreto mecanismo, ha forzado el estudio, análisis y críticas de los mecanismos de participación en términos generales y ha obligado a los organismos del Estado intervinientes en el trámite a realizar pronunciamientos e interpretar sus facultades y competencias hasta ahora en desuso.

El cambio del texto de los referendos por el Congreso ha sido muy debatido, aceptándose por la Corte Constitucional, que el Congreso si tiene esa facultad con la limitación de no incluir temas diferentes a los planteados en la propuesta inicial, es decir las modificaciones no pueden ser sustanciales.

El Congreso puede modificar el texto del referendo, pero el núcleo del objetivo no puede ser alterado por el legislativo. Si no se afecta el núcleo central del contenido del referendo, si es un cambio solo de forma, este puede hacerse, fundamentados en la Ley 134 de 1994, que regula los mecanismos de participación ciudadana, cuya esencia establece que el Congreso está facultado para "decidir, rechazar o reformar" los referendos de origen popular.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Biscaretti di Ruffia, Paolo. (1982). *Las Instituciones Legislativas de la Democracia Directa*". Editorial Tecno, Madrid.

Constitución Política de Colombia de 1991. Legis Editores S.A., Bogotá, 2012, Vigésima Séptima Edición.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 A de 2008. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Referéndum (1987). Enciclopedia Jurídica Omeba tomo XXIV. Buenos Aires: Driskill.

Morel, Lawrence (1995). *La pratique dan les democraties libérales*. Pouvoirs N° 77 "Le référendum". Paris.

Velazco Gamboa, Emilio. (2000). Teoría del Referendo y modelos de democracia participativa. Puebla.

Naranjo Mesa, Vladimiro. (2000) Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá. Editorial Temis.

Pérez Escobar, Jacobo. (2003). Derecho Constitucional Colombiano. Temis. Bogotá.

Vidal Perdomo, Jaime. (2000). Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas. Bogotá. Editorial Legis.

**ANTI JURIDICIDAD Y EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN**  
**(Un análisis deconstructivo y anclado en la perspectiva relacional de los derechos humanos)**

**JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA\***

*\*\* El Autor es Abogado egresado de la Universidad Libre. En la Actualidad es Candidato a Maestría.*

Fecha de recepción del artículo: Abril 20 2012. Fecha de aceptación: Mayo 30 2012

**RESUMEN**

Con el presente artículo el autor pretende llevar a cabo una fundamentación filosófica y constitucional de la antijuridicidad, para que a partir de la hermenéutica propia del Estado Social de Derecho, se pueda aplicar de una manera correcta los "excesos en las causales de justificación". Así mismo se llevará a cabo una sistematización de conceptos y un análisis sobre la manera en que puede ser aplicada la estructura normativa planteada en el artículo 32 del Código Penal.

Palabras claves

Causales de justificación, antijuridicidad, derechos humanos, finalismo, funcionalismo

**1. INTRODUCCIÓN**

*"En algún apartado rincón del universo centelleante, desparramado en innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue ese el minuto más mentiroso y arrogante de la 'historia universal';(...)" De*

ésta manera, comienza su líbello intitulado “*Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*” (*Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne*) el filósofo alemán Friedrich Nietzsche quien es considerado, junto a Karl Marx y Sigmund Freud, uno de los tres “maestros de la sospecha”<sup>22</sup> por haber dado el mayor embate al piso ideológico del racionalismo ilustrado, al concluir que la denominada “razón” era en realidad una justificación demasiado simplona de pulsiones mucho más profundas y definitorias del vivir humano, como lo son por ejemplo la voluntad del poder y la desacralización de la cultura, a las que sí pueden considerarse los componentes fundamentales (y válgaseme la expresión griega que utilizaré) del *areté* en el superhombre. En tal sentido, éste pensador occidental llegó a cuestionar y a poner en duda todo lo que conformaba la conciencia misma; es decir *el cogito* cartesiano, pues consideraba que era imposible dejar de lado la subjetividad contaminante que aparece cada vez que se intenta capturar la realidad mundana y construir algún tipo de conocimiento.

Ahora bien, descendiendo al tema concreto que constituye el objeto de la presente investigación, comiéntese por decir que se hizo necesario emplear a Nietzsche en las primeras líneas de éste trabajo, porque será a partir de su llamada “desilusión en la filosofía del sujeto” que iniciará la crítica habermasiana del mundo conceptual contemporáneo y en donde surgirá el franco desarrollo de una posmetafísica de trascendencia intramundana guiada por los cauces únicos de la acción comunicativa; teoría ésta, bajo la que será viable fundamentar (hasta cierto punto) la perspectiva relacional de los derechos humanos y la comprensión teleológica del Derecho Penal que viene impresa en la onticidad constitucional de nuestro Estado Social de Derecho y que se utilizarán como un lente hermenéutico para la comprensión exacta del verdadero alcance y estructura que posee la regulación normativa existente en lo relativo al exceso *en las causales de justificación*.

## **2º FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LA PROPUESTA INTERPRETATIVA SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN.**

---

<sup>22</sup> Así fueron llamados por Paul Ricoeur. Ver TOMÁS DOMINGO MORATALLA, *Bioética y hermenéutica. La aportación de Paul Ricoeur a la bioética*. <http://www.fondsriceur.fr/photo/bioetica%281%29.pdf>



Comencemos diciendo junto con el tratadista colombiano Rodolfo Arango que “vivimos en la era de los Derechos Humanos”<sup>23</sup>; es cierto que la complejidad de las relaciones humanas pareciera construir un sistema cuya superestructura sustituyera el valor de la individualidad dignificante de los hombres, y que todo se basara únicamente en una muy coherente asunción de roles que deben ser respetados por encima de cualquier consideración subjetiva. Pero también es una verdad ineludible que, aunque ya no pueda hablarse de una vinculación legislativa a estructuras lógico-objetivas o a esencias ontológico-substanciales, las normas se encuentran fundadas en un sistema valorativo céntrico principal: la dignidad del hombre. Nuestra cultura actual reconoce en su tabla de valores que el ser humano es amo, señor y dueño del mundo y que por lo tanto todo debe propender a la consecución de su bienestar. Aquellas construcciones tecnológicas y normativas que no se basen en el canon valorativo superior de una cultura, tenderán a desaparecer por ineficacia. No es cuestión de costumbre supra-*legem*, es simplemente la perspectiva realista de las cosas. Una norma que pretenda usurpar libertades innecesariamente (sin la concesión de beneficio alguno) a los individuos que conforman una sociedad, sólo podrá fracasar rotundamente, porque ni siquiera una pena aplicada como mecanismo de confirmación contrafáctica de la vigencia de la norma, podría luchar contra la generalizada visión de inutilidad de un ordenamiento jurídico.

Es por eso, y aunque resulta relativamente cierto como dice Jakobs que un Derecho Fundamental sólo tendrá el alcance que un Estado le quiera dar, que la estructuras normativas sólo podrán ser eficaces si tienen en cuenta la orientación cultural (valorativa) que los seres humanos le dan a la sociedad en un momento determinado. No sería entonces posible erigir normas al gusto casual del legislador o a la particular orientación de un constituyente de turno. Esa metafísica estatal del ayer, como lo dice Habermas, es historia<sup>24</sup>. Hoy sólo puede reinar una concepción que proporcione los medios más idóneos para alcanzar la armonización de aquellas circunstancias con las cuales pueda el hombre gozar de su existencia. Sin embargo, hay una valoración absoluta por obviedad que es imposible de desconocer: la vida; existir en el sentido más biológico de la palabra. Y es que no hay

---

<sup>23</sup> ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 33, pág. 25

<sup>24</sup> BOTERO BERNAL, Andrés, *op. cit.*, pag. 13

una sola cultura que deseche la vida de sus cánones regulativos, porque ni siquiera las primitivas tribus caníbales negaban la supremacía de la existencia; ellos negaban era el ser de los otros pero afirmaban su propio ser. Así que digamos sin la más mínima duda, que el único dueño de la vida es el mismo hombre. Existir por ende nos resulta el bien causal de todo y la razón de ser de cuanto pueda haber, careciendo de sentido, lógica, legitimidad y eficacia cualquier disposición que quiera hacer nugatoria la vida y además, aunque parezca contradictorio, su posibilidad de autodestrucción. La confirmación más clara de la vida es la concesión de su disponibilidad total para vivirla o simplemente terminarla. No es ni siquiera un bien, es algo más: ella es la igualdad matemática de lo que nosotros somos. Vivir (en todas sus conjugaciones y hasta en su sustantivación) es igual al "yo".

En ese orden de ideas, consideramos que los Derechos Humanos sí vinculan al legislador porque ellos son la visión valorativa condensada de la cultura universal presente en los hombres de nuestro siglo. Así que ellos más que cosas substanciales, son relaciones de tipo realizativo; al estilo de la acción comunicativa habermasiana. Por ende los derechos humanos no se poseen o se tienen – ello implicaría su eventual pérdida – tan solo "están", y su activación se presenta desde la más mínima conversación cotidiana de dos hombres hasta en la construcción completa de una Ley. Al decir que "están" no queremos darle un ser substancial, porque ello implicaría una regresión al ontologismo; "estar" es hallarse, es vincularlos a la perspectiva intersubjetiva y relacional de los individuos. No son creados por una Constitución o Norma específica, ni tampoco poseen una entidad material. Los Derechos Humanos simplemente "están" en la constante actividad de los seres racionales. Aparecen cada vez que un ser humano utiliza el lenguaje y cada vez que se comunica con el mundo o con otro hombre, lo que permite su realización a plenitud y la concesión de la valía correspondiente a la valoración fundamental de la actual cultura social; la dignidad humana.

Sin entrar en los excesos de la verdad consensuada de Habermas, es posible afirmar que la construcción de los Derechos Humanos se constituye en una serie de relaciones<sup>25</sup> de significado y significado en la que confluye la perspectiva social de nuestro tiempo. El

---

<sup>25</sup> Por esa misma línea ARANGO, Rodolfo, op. cit., pág. 26

hombre mira su pasado y desea que su presente sea diferente. Desecha la barbarie destructiva de la humanidad y busca una serie de parámetros que sean acordes con el alto status de la especie. Entonces, encuentra que existe una serie de relaciones comunes a todas las culturas y que hace de los individuos seres con dignidad, bienestar y capacidad de autogobernabilidad. Que existe un conjunto de articulaciones disponibles al antojo individual, en cuanto a su goce y efectos subjetivos, con cuya interacción el hombre se convierte en el rey de su propio mundo. Pero así mismo será necesario tener en cuenta una clave frente a todo esto, y es que esa unidad valorativa de los Derechos Humanos, al ser realizativa en la medida en que sea relacional, también se caracterizará por instituirse en un verdadero código de trascendencia intramundana<sup>26</sup> con potencialidad de comunicación.

Siguiendo esa misma línea teórica, no es ilógico pensar y asegurar que ninguna Constitución del mundo puede negar los Derechos Humanos porque ellos sencillamente no son bienes de libre disposición, sino mas bien relaciones atiborradas del contenido valorativo superior de los hombres de nuestro siglo. Aunque por supuesto, sí será legítimo para una Ley Fundamental cualquiera, el desarrollarlos y hasta quizás limitarlos de acuerdo con las necesidades particulares del pueblo que intenta regular, principalmente porque ella deberá seguir los cánones tradicionales que la idiosincrasia de su comunidad ha edificado con el paso del tiempo. Y nuestra Carta Magna vaya que ha asumido éste, diríamos, realismo jurídico existencial, pues como acertadamente lo establece en su artículo 94 *"la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes de la persona humana, no figuren expresamente en ellos."*

Sin embargo, valga insistirse que con esta fundamentación no se pretende hacerle venia a la posibilidad de revivir las estructuras lógico-objetivas de Welzel, porque tal y como nos lo explica Mir Puig, ese ontologicismo substancialista se encuentra definitivamente en contravía de todos los postulados actuales de la filosofía, como los son por ejemplo aquellos edificados en el seno de la Filosofía Analítica. Recordemos que en dicha corriente del pensamiento hasta las escuelas hermenéuticas contemporáneas, es común encontrar un total

---

<sup>26</sup> En ese sentido Andrés Botero al explicarnos la teoría de Habermas.

renunciamiento a la posibilidad de captar las esencias de que tanto habló el ontologismo. *“Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas.(...) Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional”*<sup>27</sup> Entonces en ese orden de ideas y ante la insuficiencia del causalismo y el finalismo, debe acudir al significado cultural del Derecho referido a valores, es decir a lo normativo, sin que con ello se esté negando la necesidad de una base empírica para la construcción de los hechos que sean importantes en el mundo jurídico, ya que solo respetando los condicionamientos de la realidad el Derecho penal podrá influir en ella.

Para la explicación de esa relación física y normativa que debemos tener en cuenta para el Derecho, Mir Puig acude al filósofo John R. Searle y llega a la conclusión de que *“las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como reglas constitutivas de otros hechos institucionales, como la asignación del status de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como reglas regulativas que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos.”*<sup>28</sup> Esto significa que la función del Derecho penal trasciende a sí mismo y llega hasta el plano de lo real para ponerse al servicio de las necesidades de los seres humanos, lo cual por supuesto es totalmente compatible e ineludible frente la filosofía dimanada del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así que inevitablemente el Derecho ha de estar subordinado a valoraciones culturales fundamentales (como la de que el Derecho ha de servir a los seres humanos) y también normativas cuyos contenidos condicionen la legitimidad de las decisiones que tomará el constituyente primario. Es por ello que *“lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural. Ahora bien si nuestra cultura pone al ser humano en la base y en el centro de sus valoraciones, éstas otorgarán valor normativo fundamental a la realidad del ser*

---

<sup>27</sup> MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo penal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Pág. 7. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf> pág. 7

<sup>28</sup> MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo penal*, op. cit., pág. 11

*humano. Lo normativo estará también condicionado por lo real".*<sup>29</sup> Pero resulta imprescindible aclarar que el postulado expuesto en éste ensayo, así como en el pensamiento de Mir Puig, es deóntico, y no óntico; sin que ello haga pensar en algo normativo jurídico en puro, aunque si definitivamente normativo cultural. ¿Qué implicaciones se podrán derivar de esta concepción? Varias saber según lo señala el mismo Santiago Mir Puig, a quien seguimos en gran medida:

- Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá que proteger intereses reales de estos (no utopías y abstraccionismos inaplicables) ya sean vinculados directamente a su individualidad como personas dignificadas (utilizando para tales efectos el concepto de bien jurídico) o "mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales" (como la Administración pública). Por ende los bienes jurídico-penales habrán de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos.
- La posibilidad de legitimar la grave intromisión del Estado a los Derechos Fundamentales sólo podrá realizarse a través del principio de proporcionalidad.
- La teoría del delito "no es descripción de realidades naturalísticas ni se deriva de estructuras ontológicas, pero tampoco es pura creación normativa, sino que es el conjunto de exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las posibilidades que ofrece la realidad."<sup>30</sup>
- La acción será un concepto de conveniencia normativa utilizado para garantizar el principio de culpabilidad y materializar la opción básica a favor del Derecho penal que se dirige a evitar ciertos comportamientos.
- El legislador seleccionará fragmentos de realidad sólo a partir de los lineamientos que establece el Estado Social y Democrático de Derecho, pero la realidad seleccionada no

---

<sup>29</sup> *Ibíd*em

<sup>30</sup> *Ibíd*em, 15

es creada por el constituyente primario sino que ya viene dada con "su significado natural y propio".

Sin embargo, en esta fundamentación se pretende ir mucho más allá, resaltándose que inclusive la deonticidad predicada tiene un trasfondo superior en la existencia real de los derechos humanos, pero no como bienes, sino como relaciones activadas hasta en las más mínima conversación de dos hombres. Los derechos humanos y por consiguiente el sustento lógico de la juridicidad reside en el hecho de que los mismos no pueden ser inventados, destruidos, vendidos, ideados, ampliados o recortados, porque ellos sencillamente tienen un "ser-ahí"; presentes y activados cuando reconocemos que hay un "ser-para-otro" y que su "ser-en-sí" "es" y no puede dejar de "ser", porque cuando se "es", se sigue siendo (principios ontológicos de identidad y no contradicción).

No es que sean estructuras lógico-objetivas, tampoco postulados normativistas, sólo derechos humanos que constituyen realidad relacional; "seres comunicacionales", seres que existen – no ontológicamente – pero si en el mundo, independientes del capricho legislativo que un momento determinado pueda tenerse.

En ese orden de ideas, y considerando que la filosofía dimanada del Estado Social y Democrático de Derecho propugnado por nuestra Constitución Política es coherente con el avanzado nivel relacional de los Derechos Humanos, siendo además la más clara condensación de la visión valorativa cultural de nuestro tiempo y país, se construirá un tamiz interpretativo humanizante de la antijuridicidad y el exceso en las causales de justificación, utilizando, luego de tamizarlas por el filtro de nuestra *norma normarum*, las doctrinas foráneas que sean compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando ellas nos resulten sistemáticamente viables.

### **3° ESTRUCTURA DEL EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN SEGÚN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL**

Iníciase mostrando la regulación constitucional y legal que se utilizará:

## **Bloque de Constitucionalidad:**

### **Carta Internacional De Derechos Humanos**

*ARTÍCULO 29. (...) 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*

### **Convención Americana Sobre Derechos Humanos**

*ARTÍCULO 32. Correlación entre Deberes y Derechos.*

- 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.*
- 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

### **Constitución Política:**

*“ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

*ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.*

*Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.*

*Son deberes de la persona y del ciudadano:*

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*  
*(...)*
- 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;*  
*(...)*
- 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;*  
*(...)*
- 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;"*

**Ley 599 de 2000:**

*"ARTICULO 1o. DIGNIDAD HUMANA. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.*

*ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.*

*El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.*



*ARTICULO 9o. 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.*

*Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.*

*ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

*En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.*

*ARTICULO 11. ANTIJURIDICIDAD. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.*

*ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*(...)*

*2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.*

*3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.*

*4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*

*No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.*

*5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.*

*6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.*

*Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.*

*7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*

*El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible (...)."*

Como puede observarse a diferencia de Alemania, el exceso en las causales de justificación es más amplio, ya que aplica a todas ellas, concediéndose además por su concurrencia una rebaja punitiva y no una ausencia total de responsabilidad. Sin embargo, pasemos a explicar con detalle cada una de las circunstancias configurativas de dicho exceso.

*a) Causales a las cuales es aplicable el exceso:*

El legislador colombiano del año 2000 al consagrar la posibilidad de una diminuyente punitiva por el exceso en las causales de justificación, quiso incluir en nuestro ordenamiento jurídico una expresión normativa que fuese mucho más clara que la de los códigos modelos foráneos (Alemania, Argentina, España e Italia), en los cuales es muy difícil hasta ahora determinar el alcance que corresponde a la extralimitación en las circunstancias de ausencia de

antijuridicidad, porque restringen el concepto de aplicabilidad y dejan en un limbo interpretativo la esencia que le corresponde a dicha plétora de actividad justificante.

Fácil resulta entonces concluir de la más simple inspección a la norma, que esa disminución punitiva es aplicable cuando exista un exceso en las causales de justificación correspondiente a la legítima defensa, el estado de necesidad, el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. Sin embargo, una pregunta inevitable surge luego de esa enunciación de las causales a la que son aplicables dicho exceso, dada la esencia propia de lo pretendido en la legislatura del año 2000: ¿No es acaso también posible darle esa rebaja punitiva a quien exceda la causal de ausencia de responsabilidad, originada en el actuar por el consentimiento válidamente emitido de parte del titular del bien jurídico tutelado cuando se constituya en una causal de justificación?

Para lograr resolver ese cuestionamiento se hace necesario entrar a analizar varios aspectos:

**(i)** La naturaleza de la rebaja punitiva del exceso no se produce por una disminución de la antijuridicidad, o según otros, del injusto, ya que ella no puede ser disminuida; el hecho es antijurídico o no lo es, y punto. Ahora, es posible que esa antijuridicidad se produzca o bien por una lesión del interés jurídicamente tutelado o bien por una efectiva puesta en peligro del mismo. Pero el hecho de que una lesión al bien jurídico sea nimia, no implica bajo ninguna perspectiva la ausencia de antijuridicidad o su significativa depreciación, sino en realidad la carencia de “lesividad”, lo cual, desde el punto de vista de la teoría general del derecho penal, es muy diferente.

Recordemos que existen dos principios de raigambre constitucional bien diferenciados y a partir de los cuales se desprenden las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero sin fundirse en ellas. Dichos principios son el de culpabilidad (o responsabilidad) y el de lesividad. El primero puede ser definido como la exigencia constitucional que se le hace al derecho penal de que éste sólo condene a un individuo si

en él ha concurrido la personalización de una pena (o sea la efectiva corroboración de propiedad del hecho que impide castigar la realización de conductas ajenas), la responsabilidad por sus actos (con lo que se niega la posibilidad de penalizar a alguien por su forma de ser, carácter o creencias), la completa y satisfactoria aserción de la imputación objetiva, la garantía de una adecuada imputación subjetiva (en sus modalidades dolosa, culposa o preterintencional) y finalmente, la verificación de culpabilidad como categoría dogmática (imputación personal o individual), por haber actuado con conocimiento de la antijuridicidad, siendo imputable y bajo el cáliz de exigibilidad de otra conducta en perfecto estado de motivación normativa.

Ahora en cuanto al principio de lesividad, él es definido como la efectiva alteración de estabilidad del bien jurídico, su destrucción total o real fractura de los componentes esenciales que hacen de dicho bien jurídico un concepto comunicacional activable y realizativo de la dignidad humana. Es decir, que la lesividad se entiende como un concepto tamiz o filtro del hecho *ex ante* de la categorización dogmática del mismo, para determinar con anterioridad al encuadramiento legalista, si constitucionalmente dicha conducta desplegada causó algún perjuicio, detrimento o menoscabo a esa “condensación cultural de nuestro tiempo” que ha sido llamada por la institucionalización mundana actual como “los derechos humanos o los derechos fundamentales”.

Pero ya cuando hablamos de antijuridicidad, es porque necesariamente se consideró que existía lesividad (la cual sí admite graduación, por su naturaleza relacional y ponderativa de bienes jurídicos constitucionales), y además tipicidad; en otras palabras, cuando se pasa examinar la antijuridicidad ya tenemos en las manos una categoría dogmática, no un principio constitucional. Y resulta que las categorías dogmáticas no se gradúan; se aplican o no se aplican, se afirman o se niegan. En tal sentido, el hecho es típico o atípico, no medio típico, antijurídico o jurídico, no “un poco antijurídico”, y finalmente culpable o inculpable y no “casi culpable”, como lo asevera Jakobs al hablar del exceso. Los que si pueden graduarse y ponderarse son los principios constitucionales, e inclusive verse sometidos al test de razonabilidad y al principio hermenéutico de proporcionalidad (con sus respectivos sub-

principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto), porque su naturaleza óptica (no ontológica), así lo permiten.

Así las cosas, resulta inevitable apartarse de la tesis que defiende la depreciación punitiva del exceso en las causales de justificación por "diminución de la antijuridicidad", ya que dicha frase en sí misma constituye una violación a los principios lógicos de "*tertium exclusum*" y no-contradicción, insistiéndose entonces que la conducta desplegada simplemente puede ser antijurídica o no serlo.

Pero tampoco, es convincente ni aplicable a Colombia la justificación que al respecto nos da Roxin, desde su óptica funcionalista de la pena, cuando afirma que la clave puede encontrarse en la falta de necesidad de prevención general, porque primero la regulación alemana es bastante baladí al respecto, ya que lo que en realidad está normando es una causal muy tradicional de inexigibilidad de otra conducta por inculpabilidad, denominada el miedo insuperable y los efectos asténicos similares, pero no en realidad la valoración de lo que constituye el exceso en las causales de justificación (cuyas hipótesis fácticas en Alemania parecieran tener la misma punición que una conducta delictual cualquiera) y segundo, porque la razón de la rebaja punitiva no puede hallarse únicamente en la relación dogmática de los fines y principios de la pena, sino más hondamente en la valoración constitucional que el legislador colombiano vino a hacer por el filtro humanístico de la culpabilidad.

En tal sentido, la disminución de la culpabilidad (entendida como principio)<sup>31</sup> constituye la razón de ser de la rebaja punitiva que el legislador tuvo en cuenta para la extralimitación que pueda ocurrir en la ejecución respectiva de las causales de justificación, ya que la conducta punible nace genésicamente de un comportamiento justificado, es decir no antijurídico, que extiende sus efectos estructurales hasta la construcción del nuevo comportamiento desplegado; una actividad u omisión conductual delictiva cuya ideación, ejecución y consumación tiene su origen en la ruptura del límite que normativamente se había establecido por el legislador. Así que en síntesis, afirmese que la creación de una rebaja punitiva para el exceso en las justificantes, se vino a establecer porque la conducta punible

---

<sup>31</sup> Diminución de culpabilidad que comporta a su vez disminución punitiva y de responsabilidad civil

de la extralimitación tiene como causa la permisón legislativa de un comportamiento realizable sin antijuridicidad, lo que afecta el principio de culpabilidad en sede de tipicidad subjetiva, por constituir el conocimiento y la voluntad de la nueva actividad punible, una extensión inescindible del conocimiento y la voluntad que tuvo la conducta justificada o permitida por el legislador.

**(ii)** El espíritu de atenuación punitiva que se deriva de la afirmación disminuida del principio de culpabilidad, pretendió acoger todas las hipótesis fácticas cuyas estructuras fueran similares; por ello, se hace referencia dogmáticamente al hecho de que la diminuyente es aplicable cuando estamos en presencia de un "exceso en las causales de justificación", ya que ese punto de referencia causal de permisibilidad de despliegue conductual, es el fundamento que tuvo holística y abstractamente en cuenta el legislador para consagrar la rebaja significativa de la pena.

En ese orden de ideas, la clave interpretativa para aplicar el inciso segundo del numeral 7º, artículo 32 del Código Penal, es que lo excedido corresponda en esencia a una causal de justificación. Inclusive, así se trate de una causal de justificación extrapenal, porque lo importante es que la extralimitación tenga como causa u origen la permisibilidad dada por la norma legal o constitucional al sujeto activo en el despliegue un determinado comportamiento.

Entonces, en aquellos eventos en los cuales el consentimiento válidamente emitido por el titular del bien jurídico corresponda a una causal de justificación y no a una causal de atipicidad (por ser la desautorización elemento integrante del tipo penal), deberá aplicársele irremediabilmente la diminuyente punitiva en caso de que el sujeto activo exceda el límite propio que le impone la justificante.

Como fundamento adicional de lo expresado miremos a continuación el análisis histórico que el maestro Jesús Orlando Gómez López le hace al respecto:

"La razón explicativa de la exclusión del consentimiento válido del exceso no fue por razones de fondo, sino quizá por olvido, pues como puede constatarse el texto original del Proyecto de Código Penal tal como fue presentado por la Fiscalía al Congreso de la República, no incluía en el artículo 32 como causal de 'ausencia de responsabilidad' el consentimiento válido del titular del bien, por lo tanto la regulación del exceso se refería a los numerales 2, 3, 4, 5 y 6, excluyendo lógicamente el numeral 1º del artículo 32 en que se reglamentaba el caso fortuito o fuerza mayor.

Luego la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en la Ponencia con Pliego de Modificaciones se incluyó como motivo de exclusión de responsabilidad 'el consentimiento del titular del bien jurídico susceptible de disposición – numeral 2 – siguiendo el modelo contenido en los Códigos Penales Peruano de 1991 – Art. 20 Numeral 10 – y Portugués de 1982 reformado en 1995 – artículo 31 numeral 2 literal d) -, por cuya inclusión ha clamado de antaño la doctrina'<sup>32</sup>. Al colocarse así el consentimiento como numeral 2º del artículo 32, quedó así excluido – en apariencia – de la referencia al exceso en las causas de justificación, la cual relaciona los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º 'precedente''<sup>33</sup>.

**(iii)** Si una disposición legal admite varias interpretaciones, se debe escoger aquella que sea concordante con las directrices constitucionales. Por lo tanto, si tomamos aquella interpretación que restrictivamente aplica la diminuyente punitiva sólo a las causales que taxativamente pareciera el legislador consagrar, ante el evento de presentarse una situación de idéntica esencialidad y no aplicar la rebaja punitiva, la disposición normativa estará quebrando la igualdad que como valor, principio y derecho fundamental consagra la Constitución Política y que ninguna disposición inferior puede llegar a desconocer. Además, si miramos el tercer inciso del artículo 6º de la Ley 599 de 2000, la analogía como método interpretativo de aplicación normativa es plenamente admitida en "materias permisivas" y no fisura por ende la legalidad.

---

<sup>32</sup> Gaceta del Congreso. Jueves 11 noviembre de 199. P. 8

<sup>33</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Teoría del delito*, op. cit. Pág. 560

En conclusión, las causales a las cuales es aplicable la diminuyente punitiva por exceso en las mismas, son todas las justificantes penales y extrapenales (es decir, no consagradas directamente en la ley penal sino en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo), ya que una interpretación diferente sólo conduciría a un desequilibrio constitucional, interpretativo y dogmático definitivamente inaceptable.

*b) Tipologías de excesos comprendidos por la norma:*

Para realizar la siguiente clasificación emplearemos varios puntos de vista a saber:

- *Tipología estructural:* Teniendo en cuenta el origen y desarrollo de la ejecución excesiva de la justificante, diremos que dos son las clases de exceso que pueden presentarse: el intensivo y el extensivo. Por exceso intensivo o en la medida se entiende aquella intensificación o sobredimensión innecesaria de la conducta inicialmente justificada (vgr. cuando al *“autor le bastaba con disparar sobre las piernas del agresor para rechazar el ataque, y sin embargo, le da muerte al lesionarlo más de lo racionalmente necesario”*<sup>34</sup>.). Por el contrario, el exceso extensivo o cronológico es aquel que tiene ocurrencia cuando la extralimitación es temporal por falta de actualidad en la configuración de la justificante (vgr. *“cuando se sobrepasan los límites temporales, como cuando el agredido, a pesar de haber controlado el ataque del enemigo que yace herido en el suelo, procede a dispararle por dos veces más”*<sup>35</sup>.)
- *Tipología según la categoría dogmática:* Desde el punto de vista de la modalidad de tipicidad subjetiva presentada, la posible inculpabilidad configurada o la ausencia de responsabilidad concurrente el exceso se puede clasificar en: *doloso, culposo, inculpable o atípico*. Al respecto dígase que aun cuando la conducta punible guarda unidad inescindible con la parte del comportamiento que es justificado, la acción u omisión se evalúan independientemente. Por ello será el exceso doloso *“cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido*

---

<sup>34</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. pág. 789.

<sup>35</sup> Ídem, pág. 789



*prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*". En cambio, será el exceso culposo *"cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo"*. Pero por el contrario, el exceso será inculpable cuando esa conducta sea producida por una situación que genere le inexigibilidad de otra conducta; es decir, por las denominadas causas asténicas como el miedo insuperable (que en nuestro ordenamiento es una causal autónoma de inculpabilidad), o en virtud de un error de prohibición que al suprimir el conocimiento de la antijuridicidad dejará inane el injusto pero eliminará la culpabilidad. Finalmente, *"si el exceso se debe a fuerza mayor o caso fortuito, la acción será atípica, pues estas circunstancias excluyen el dolo del tipo<sup>36</sup>"*, por lo tanto estaremos en presencia de un exceso atípico gracias a la concurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad.

No obstante, dígame en relación con la tipología anteriormente expuesta, que si bien es cierto la doctrina ha realizado todas las clasificaciones vistas (e inclusive muchas más<sup>37</sup>) ello no significa que en realidad se trate del exceso al que hizo referencia nuestro ordenamiento jurídico, porque para el legislador colombiano esa extralimitación en las causales de justificación que quiso regular se encuentra circunscrita es a una conducta realmente típica, antijurídica y culpable, que en virtud de la disminución del principio de responsabilidad por génesis comportamental justificada, ha decidido darle una significativa rebaja punitiva. Por ello, resulta inevitable apartarse de las teorías alemanas expuestas sobre el tema, así como de la regulación legal que el Código Penal Alemán le ha dado al exceso, ya que en dicha experiencia foránea parecieran confundirse las causales de inculpabilidad por inexigibilidad, con el exceso en las causales de justificación que lo que en verdad constituye es una circunstancia modificativa del principio de responsabilidad por atenuación en el mismo.

c) *Requisitos para la configuración del exceso:*

---

<sup>36</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Teoría del delito*, op. cit. Pág. 561

<sup>37</sup> Véase por ejemplo las obras de Carrara y Manzini.

Como la clave del exceso es que sea sobre las causales de justificación, deberán demostrarse los requisitos de la justificante plenamente y además que en virtud de esa permisión comportamental fue que se originó la nueva conducta, a partir de la cual se sobrepasaron los límites propios de la causal de ausencia de antijuridicidad. En tal sentido, miremos qué constituye exceso en cada causal de justificación<sup>38</sup>:

- *Exceso en la legítima defensa*: Para que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se encuentre justificada por legítima defensa, se requiere: **a)** La existencia de una agresión (que debe ser: *(i)* actual o inminente, *(ii)* injusta, *(iii)* real, y *(iv)* faltar provocación de la misma), **b)** que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno, **c)** exista necesidad de la defensa, **d)** haya proporcionalidad entre la defensa y la agresión, tanto de medios como de reacción, y **e)** exista el ánimo de defensa. Así que en virtud de los anteriores presupuestos es viable concluir que el exceso aparecerá cuando falte actualidad o inminencia de la agresión o se presente una desproporción de cualquier tipo entre la defensa y la agresión. Por lo que en relación a la actualidad o inminencia del ataque, el punto central lo hallaremos en el hecho de determinar si la agresión ya había cesado y no obstante ello la reacción defensiva continuó su ejecución. Sin embargo, en cuanto al exceso intensivo su fijación se torna harto compleja, por lo que nos valdremos de la explicación del principio de proporcionalidad para dar luces a éste importante punto:

En relación con el *principio de proporcionalidad* éste puede ser definido como la cláusula constitucional a partir de la cual es posible establecer la correspondencia debida entre los derechos supremos de las personas y el límite jurídicamente admisible de sacrificio o disminución del goce de de los mismos, dentro de un ámbito coyuntural de justicia. En tal sentido, para lograr “afirmar” y aplicar el principio de proporcionalidad en un caso concreto donde se encuentren en juego uno o más bienes jurídicamente protegidos que deban ser ponderados como consecuencia de la agresión y defensa concurrentes, será imprescindible

---

<sup>38</sup> Para efectos de establecer los requisitos de cada causal de justificación se seguirá en lo pertinente al tratadista Fernando Velásquez.

tener en cuenta los siguientes sub-principios<sup>39</sup>: a) La *idoneidad o adecuación* de la defensa desplegada, es decir la verificación que el intérprete hace de evaluar si el medio defensivo empleado y el tipo de defensa utilizada eran los apropiados para hacer cesar la agresión actual e injustamente desplegada por el sujeto, b) La *necesidad* de los medios de defensa empleados y del tipo de defensa utilizado, por cuanto la justificación sólo se configura si al verificarse el hecho queda demostrado que tal reacción contra el ataque fue llevado a cabo porque no había otro mecanismo menos lesivo del bien jurídico con el cual se hubiesen podido obtener los mismos resultados deseados que con la defensa y c) La *proporcionalidad en sentido estricto* a partir de la cual se analizan si los resultados obtenidos con la defensa fueron más benéficos de los que se habrían logrado de no ejecutar la misma; es decir, es donde se evalúa si con la defensa se generaron más beneficios que perjuicios “atendiendo al conjunto de derechos, bienes e intereses en juego”<sup>40</sup>.

Por lo tanto, si al evaluar el conflicto generado entre los derechos fundamentales no es posible afirmar el principio de proporcionalidad deberá comenzar a pensarse que la conducta desplegada por el sujeto ha extralimitado y excedido el borde constitutivo de la justificante.

- *Exceso en el Estado de Necesidad*: Para que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se encuentre justificada por un estado de necesidad, se requiere: **a)** la existencia de un mal, daño o “peligro”, **b)** la actualidad o inminencia del riesgo, **c)** la protección de un derecho propio o ajeno, **d)** la no evitabilidad del daño con el empleo de otro procedimiento menos dañoso, **e)** la causación de un mal menor, **f)** la ausencia de intención o imprudencia en la causación del mal, **g)** que el daño o mal no deba afrontarse por deber jurídico, y **h)** la finalidad de proteger el derecho o bien jurídico. Así las cosas, el exceso en el estado de necesidad se producirá, no cuando falte algún requisito de los expuestos, sino al extralimitarse en cualquiera de ellos (si admite exceso

<sup>39</sup> Ver entre otras obras BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, editorial Externado de Colombia, págs. 62-66, y CARBONELL, Miguel (Coordinador), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*.

<sup>40</sup> En un sentido similar VIDAL FUEYO CAMILO, *El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de actividad del juez*, Anuario de Derecho Constitucional, 2005.

y no negación), por ejemplo cuando en vez de causar un mal menor se genera un daño mucho mayor al que se intenta evitar, so pretexto de verse amparado por un estado de necesidad justificante. En lo pertinente, también es aplicable el principio de proporcionalidad expuesto con anterioridad para la legítima defensa.

- *Exceso en el estricto cumplimiento de un deber legal:* Para determinar el exceso en esta causal de justificación, deberá acudirse en cada caso concreto a la estructura del deber, con el objeto de establecer cuál es el alcance del mismo y lograr, a partir de allí, la verificación del marco jurídico que el deber de ejecución le imponía a la persona. Así por ejemplo, si el policía al perseguir a un flagrante delincuente entra en el domicilio de éste para evitar que escape, y con su arma de fuego le da muerte a un pequeño perro que habitaba en la residencia y destruye además muchos objetos innecesariamente, pero con el ánimo de cumplir su deber de aprehender al sujeto perseguido, habrá definitivamente excedido el deber legal que la constitución y las leyes colombianas le imponían ante la situación presentada. Valga decirse que lo expuesto en cuanto a la proporcionalidad de medios empleados en la defensa, cabe en esta justificante para determinar la proporcionalidad de medios empleados en el cumplimiento del deber.
- *Exceso en el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales:* Al respecto es totalmente aplicable lo dicho en la anterior causal de justificación, pero con el agregado de que ya no buscaremos los límites de la justificante en la Constitución y en la Ley, sino en la orden debidamente expedida por la autoridad competente.
- *Exceso en el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público:* Al igual que en el punto anterior, aplica lo dicho en el estricto cumplimiento de un deber legal, pero con la diferencia de que acá se buscarán los límites del derecho, la actividad lícita o el cargo público, en la Constitución, la jurisprudencia constitucional, las leyes y los manuales de funciones elaborados por las autoridades administrativas.

- *Exceso en el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico cuando se constituya en justificante:* La determinación de éste exceso dependerá de un excelente manejo probatorio, porque los límites de la justificante los encontraremos necesariamente en lo que el titular del bien jurídico haya autorizado a lesionar o poner en efectivo peligro de destrucción. Es decir, que acá no encontraremos en la ley, la constitución o algún reglamento los límites que permitan deducir el exceso, sino en las pautas que la misma víctima de la extralimitación estableció previamente con el sujeto activo a partir de un acuerdo concreto o de actividades inequívocas en las que sea posible inferir un consentimiento presunto.

#### **4° CONCLUSIONES**

1° En Alemania la regulación del exceso en la legítima defensa corresponde en realidad a una normativización de una causal de inculpabilidad con errónea nominación dogmática.

2° Como consecuencia de lo anterior, las hipótesis de exceso que contempla Colombia serían punibles sin rebaja alguna en Alemania, porque el exceso en la regulación continental sólo es aplicable a la legítima defensa y bajo el supuesto de que se actúe motivado por efectos asténicos inevitables.

3° El exceso en Colombia es aplicable a todas las causales de justificación, sin distingo alguno.

4° Las consecuencias jurídicas del exceso en las causales de justificación son la disminución punitiva y de responsabilidad civil.

5° La perspectiva relacional de los derechos humanos edificada en parte por Habermas y en parte por la teoría de Searle, permite fundamentar la reducción del principio de culpabilidad como base lógico-jurídica para la disminución punitiva que hizo el legislador al exceso.

6° El exceso puede ser efectuado en Colombia de forma dolosa, culposa, extensiva o intensiva.

7° El principio de proporcionalidad puede llegar a ser útil no solamente para hacer juicios de ponderación constitucional, sino en un momento determinado para establecer si la conducta desplegada por el autor se extralimitó o no en la justificación.

8° El análisis deconstructivo de las doctrinas penales que han alimentado la evolución de la dogmática colombiana es útil para llegar a comprender de una forma más precisa los actuales postulados jurídicos en torno a cualquier investigación.

## **5° EPÍLOGO**

Cualquier ejercicio hermenéutico podrá efectuarse con acierto si encontramos la “armonía de las esferas” de la que tanto hablaron los poetas al interpretar el alma de las cosas; por ende sólo en la afirmación de la supremacía del ser humano, muy por encima de las leyes, el ejecutor de la norma logrará llegar a las conclusiones más justas y adecuadas que le permitan ayudar a la preclara evolución del individuo. Las leyes son pedazos de alma, del alma de una nación afligida por la guerra; las leyes son pedazos de corazón, de un corazón resquebrajado en los valles silentes de la muerte, pero que un día cualquiera decidieron condensarse en la frialdad de las palabras cuya esencia más pura y profunda, únicamente será realizativa si las máquinas jurídicas son convertidas en poetas de la paz, en artistas del derecho que tengan por mayor consigna la justicia material y la dignificación ineludible de los hombres.

## **6° BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

- AGUDELO BETANCUR, Nódier, *Curso de Derecho Penal*. Editorial Temis 2004
- ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 2005.
- 
- ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 33
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. 2008.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho Penal, tomo I, Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito y el Sujeto Responsable*. Editorial Leyer, segunda edición, 2008
- CARBONELL, Miguel (Coordinador), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Editorial Externado de Colombia, edición 2007.
- CÓDIGO PENAL ALEMÁN de 1871, Traducción a cargo de CLAUDIA LÓPEZ, Universidad Externado de Colombia.
- CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Editorial Legis.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Exceso en las causales de justificación*, Editorial Astrea, Edición 1985.
- FOUCAULT, Michael, *La Arqueología del Saber*. Siglo Veintiuno Editores. 1970.
- FOUCAULT, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*.
- GÓMEZ, Jesús Orlando, *Teoría del Delito*. Ediciones Doctrina y Ley. 2003
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinador), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*. Bogotá: Ediciones Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Filosofía y Derecho, 2004,
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una Teoría de Derecho Penal Funcional*. Bogotá: Ediciones Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Filosofía y Derecho, 1996

- LIBRO HOMENAJE A GÜNTHER JAKOBS, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, coordinado por Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, 2009.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *Imputación Objetiva del Resultado*. Edersa. 1992.
- MEZGER, Edmund, *La exclusión de la antijuridicidad*. Un artículo incluido en *Las causales de justificación en el derecho penal*, Editorial Jurídica Bolivariana: Bogotá, D.C. 2001.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría de delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Segunda edición. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1982
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Reppertor: Barcelona, Edición 2008
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador), *Derecho Penal y Sociedad, Tomo I*. Universidad Externado de Colombia. 2006.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador), *El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003, tomos I y II
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Tomo I*. Edición Civitas. 1997
- ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial HAMMURABI SRL, 2002
- ROZO ROZO, Julio E. *Exceso en las causales de justificación*. Un artículo incluido en *Las causales de justificación en el derecho penal*, Editorial Jurídica Bolivariana: Bogotá, D.C. 2001.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *La dogmática de la Teoría del Delito*, Universidad Externado de Colombia, Edición 2007.
- SILVA REYES, Andres, BARAJAS CONDE, Diego Javier y PELÁEZ MEJÍA, José María, *Significado, alcance y criterios de la Imputación Objetiva. Una visión desde la filosofía del derecho y el Estado Social de Derecho*. Proyecto de Pregrado Laureado en la Universidad Libre de Colombia.



- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, España: José María Boch editores
- SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- TORREGROZA, Enver Joel, *Una introducción a Derrida*, Universidad Libre, Facultad de Filosofía, Centro de Investigaciones, edición 2004.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*. Edición 2009, Comlibros,
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile 1970
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Segunda reimpresión de la primera edición en castellano. Montevideo: editorial B de F Ltda., 2004,
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, parte general*. Segunda edición. Argentina: Sociedad Anónima Editora, 2002,

## ARTICULOS

- "Hans Welzel (1904-1977). Die Suche nach dem Überpositiven im Recht", publicado en Loos, F., 1ª ed. Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, pp. 486-509. Traducción del Prof. Dr. Mario Melendo Pardos, profesor titular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. *Hans Welzel (1904-1977) La búsqueda de los suprapositivo en el Derecho*.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel J. *¿Normativismo radical o normativismo moderado?*, pág. 188 Artículo basado en la conferencia dictada en el marco del "VI Curso Internacional de Derecho Penal" el 05 de noviembre en la Universidad de Lima. Publicado en la Revista Penal (España), Nº 16 (junio 2005), p. 3 y ss., en la Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 5 (2004), p. 17 y ss. y en la Revista de Derecho Penal 2006-1, Buenos Aires, p. 441 y ss.

- ANÍBAL SZYLDERGEMEJN, Sergio, *Un análisis acerca del exceso en las causas de justificación*, disponible electrónicamente en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,185,0,0,1,0>
- ARIAS EIBE, Manuel J. *Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo*. Págs. 30-31.
- BOTERO BERNAL, Andrés, *Aproximación al pensar iusfilosófico de Habermas*
- CEREZO MIR, José, *El Concepto de la Acción Finalista como Fundamento del Sistema del Derecho Penal*, ADPCP, T. XII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1959
- GRACIAS MARTÍN, Luís, *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito*
- MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo penal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Pág. 7. Disponible en internet:
- MIR PUIG, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>.
- MIR PUIG, Santiago, *Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto*. ADPCP, T. XLI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 661-684. Pág. 662.
- VELÁSQUEZ, Fernando en su artículo: "*Hans Welzel: una aproximación a su vida y a su obra*" Pág. 69-97 Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal, Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio. México 2005.
- WELZEL, Hans, *La doctrina de la Acción Finalista*, Hoy. 1968. Dicha doctrina la encontramos en ADPCP, T. XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto 1968, pp. 221-230

**"LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES EN CONDICIÓN DE CONTRATANTES FRENTE AL TRABAJADOR QUE SUFRE ACCIDENTE DE TRABAJO ESTANDO AL SERVICIO DEL CONTRATISTA INDEPENDIENTE- ENFOQUE JURISPRUDENCIAL 2009 -2011".**

ANGÉLICA MARÍA DEL PILAR CONTRERAS CALDERÓN\*

NIDIA BELÉN QUINTERO GELVES\*\*

ÁLVARO QUINTERO GELVES\*

*Los autores son estudiantes de la especialización en derecho Público de la Universidad Libre seccional Cúcuta.*

Fecha de recepción del artículo: Abril 20 2012. Fecha de aceptación: Mayo 30 2012

**RESUMEN**

La ley y la jurisprudencia han entrado a resolver, si es solidariamente responsable una persona natural, en su condición de beneficiario de una obra, frente al trabajador, contratado por un contratista independiente que en actividad laboral sufre un accidente de trabajo.

Partiendo del supuesto, de que indudablemente el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 34 del C.S.T, consagra una responsabilidad solidaria de contratistas y beneficiarios pero limitada, pues se predica legalmente, cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea conexas con la actividad ordinaria del beneficiario y tiene desde luego su fundamento principal, en la existencia de un contrato de trabajo entre contratista y trabajador. Es decir, que si la labor no es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución, el contrato produce efectos entre el beneficiario y los trabajadores del contratista independiente.

**ABSTRACT**

The law and the jurisprudence have involved to solve the conflict between the workers to the service of an independent contractor company ,that has not fulfillment the obligation to link them to social security and to professional risks and have had an accident.

For solving this trouble are starting of the supposition that clearly the article 3 of the decree 2351 de 1965 that subrogate the article 34 of the C.S.T (Substantive Code of Job),establishes a solidary responsibility between contractors andrecipients but limited, because is preached legally, when the nature and purposecontracted work is associatedwith the ordinary activity

of the recipients and has of course its principal base in the existence of laborite contract between a contactor and the employee. That is to say , the work is not bizarre to the normal activities of who commissioned its execution, the contract produces effects between the recipient and the employee of the independent contractor company.

## **INTRODUCCIÓN**

El tema de la solidaridad de las personas naturales, cuando actúan como contratantes, frente al trabajador que sufre un accidente de trabajo, es sin lugar a dudas un contenido de gran importancia en el derecho laboral; porque es de ocurrencia cotidiana, ya que es muy grande la cantidad de personas naturales que contratan la realización de una obra y se encuentran con el suceso de un accidente de trabajo, que les acarrea unas consecuencias jurídicas de contenido patrimonial de las que no tenían conocimiento.

Es por ello, que el presente ensayo, pretende dejar en claro, las consecuencias jurídicas y patrimoniales que se presentan ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, cuando está de por medio, un contrato de trabajo o un contrato de obra, como también, la figura de la solidaridad al momento de establecer las obligaciones que surgen por la realización de la obra y el tratamiento que la Jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia (año 2009-2011) le ha dado a este problema jurídico.

El Texto que se presenta es el resultado de una investigación realizada por los autores, de carácter exploratorio, propositivo, que espera sea utilizado como fuente de información, la recopilación bibliográfica y del análisis jurisprudencial; que sobre el tema, ha realizado nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia

### **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

Nuestra Constitución Política de 1991, en su artículo 48, inciso segundo establece: “*se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”, lo que implica que la seguridad social es un derecho fundamental, exigible y de rango constitucional; derecho que ha sido desarrollado por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 8 señala, que el sistema de seguridad social integral está conformado por los regímenes generales para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios. Respecto de los riesgos profesionales la Ley 100 art.139-11 y D.L.1295/94, artículo 1º lo ha definido como “*un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos*

*de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrir con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”.*

Partiendo de los anteriores supuestos constitucionales y legales, que dejan claro, el derecho que tiene todo habitante colombiano, y en especial del trabajador que realiza un contrato de obra, de estar protegido por el sistema de seguridad social en riesgos profesionales; es menester adentrarnos en las relaciones que surgen entre el contratante como persona natural, dueño de la obra y el trabajador que sufre un accidente de trabajo, para establecer si existe la solidaridad que implica asumir las consecuencias patrimoniales del accidente, lo mismo que el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en los años 2009-2011.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

**¿ES SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE UNA PERSONA NATURAL, EN SU CONDICIÓN DE BENEFICIARIO DE UNA OBRA, FRENTE AL TRABAJADOR, CONTRATADO POR UN CONTRATISTA INDEPENDIENTE, QUE EN LA ACTIVIDAD LABORAL, SUFRE UN ACCIDENTE DE TRABAJO? ¿ CUAL ES EL ENFOQUE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA LABORAL, FRENTE AL TEMA, EN LOS AÑOS 2009 -2011?**

## **1.3 OBJETIVOS**

### **1.3.1 Objetivo General**

Concretar los alcances de la solidaridad respecto de las personas naturales que contratan la realización de una obra, con un contratista independiente, que a su vez, contrata trabajadores que sufren accidentes de trabajo en el desarrollo de la misma; estableciendo, cuál es el tratamiento que la jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral le ha dado al tema.

### **1.3.2 Objetivos Específicos**

- Mostrar de una manera sencilla, como ha sido la evolución normativa de la Seguridad Social en Colombia; especialmente, en lo que se refiere a riesgos profesionales
- Determinar conceptualmente la diferencia entre contrato de obra y laboral, para luego establecer la responsabilidad ante un accidente de trabajo.
- Identificar cuando el beneficiario de una obra, es solidariamente responsable, frente a los trabajadores del contratista.

- Examinar, la actividad probatoria que debe desplegar un trabajador del contratista independiente, para que el beneficiario de la obra responda patrimonialmente por las consecuencias de un accidente de trabajo. Así como también, la que debe desarrollar el beneficiario de una obra, para exonerarse de una condena judicial.

## **1.4 JUSTIFICACIÓN**

Como operadores jurídicos y personas naturales, que se encuentran ante la posibilidad de acometer la realización de una obra, en el quehacer de la vida cotidiana; nos resulta de gran importancia, abordar el contrato de obra y su diferencia con el contrato laboral, la responsabilidad solidaria del contratante frente al contratista a la luz del accidente de trabajo, el tratamiento que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha desarrollado frente a ese tema, con el fin de presentar de una manera clara y sencilla las consecuencias que se derivan de esa situación y la posición que se debe asumir ante una posible controversia judicial.

Para nadie es un secreto, que el trabajador que sufre un accidente de trabajo, sobrelleva en su integridad física, unas secuelas temporales o permanentes, que lo hacen acreedor a prestaciones asistenciales y económicas, que deben ser asumidas por el sistema de riesgos profesionales o por su empleador en el evento de que por su culpa no este activo en él; de ahí la importancia de establecer que consecuencias asume el dueño de una obra, cuando un trabajador del contratista se accidenta, ya sea en el marco de un contrato de obra civil o de un contrato de trabajo.

## **2. MARCO REFERENCIAL**

### **MARCO TEÓRICO**

En Colombia desde los albores del siglos XIX, más exactamente a partir 1905 se empezó a tratar de crear un sistema de seguridad social universal, intentándolo en 1928, 1930 y 1931, sin concretar ese propósito. Luego la Ley 6ª de 1945 creó el régimen de prestaciones sociales para los trabajadores particulares y servidores públicos. Posteriormente con la Ley 90 de 1946 se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, pero tan solo en la Constitución Política Colombiana de 1991, más exactamente en su artículo 48, se establece que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio; razón por la cual se expidió la Ley 100 de 1993, donde se establece la creación del Sistema de Riesgos Profesionales y se regula lo atinente a los accidentes de trabajo.

Respecto de la vinculación al Régimen de Riesgos Profesionales, el Decreto 1295 de 1994 desarrolla los criterios sobre la afiliación y cotización al sistema. Es preciso señalar para nuestro estudio, que existen unos afiliados obligatorios y otros voluntarios. Dentro de los obligatorios se encuentran todos los trabajadores dependientes, nacionales o extranjeros, vinculados

mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, incluidos los jubilados o pensionados por vejez que reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes (art.13). Respecto de los afiliados voluntarios se encuentran los trabajadores independientes que son: "*...toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativos, distintos al laboral.*" (art.2 del Decreto 2800 de 2003). Las consecuencias que se derivan de estar o no afiliados al sistema de riesgos profesionales, es que si se sufre un accidente de trabajo, y se está afiliado, el sistema o la ARP, cubre los gastos asistenciales y prestacionales que se derivan del accidente, de lo contrario, si se es, un cotizante obligatorio el empleador que incumplió con su obligación de afiliación o cotización asume el riesgo. Frente al contratista independiente, por ser cotizante voluntario, el hecho de no cotizar al sistema o ARP, lo hace responsable de asumir el riesgo de su actividad profesional. Establecido el marco legal que regula lo atinente al accidente laboral, es importante, diferenciar el contrato de obra respecto del contrato laboral, para así establecer en cada caso, cuando el sistema de riesgos profesional asume los gastos asistenciales y prestacionales que se presentan por su ocurrencia y cuál es el grado de responsabilidad del beneficiario de la obra.

La persona natural que contrata la realización de una obra puede hacerlo por dos modalidades: la primera mediante un contrato de trabajo en la que existe una subordinación que genera recíprocas obligaciones, deberes y derechos, su regulación está en el Código Laboral y de acuerdo a lo expuesto anteriormente, es obligación del empleador afiliar a su trabajador al sistema de riesgos profesionales, so pena de asumir los gastos asistenciales y prestacionales que se deriven del accidente de trabajo. Respecto de esta modalidad, no existe controversia, pues la línea jurisprudencial es clara, en la obligación del empleador de vincular obligatoriamente a su trabajador al sistema de riesgos profesionales, so pena de asumir el riesgo.

En relación a la otra modalidad; la persona natural que contrata la realización de una obra mediante un contrato de obra civil o comercial, donde el ejecutor de la obra la realiza de manera independiente o autónoma es decir por su cuenta propia, sin que exista el vínculo de subordinación, en la que no debe seguir órdenes distintas de las que se dé así mismo; definido en la ley laboral como contratista independiente, artículo 34 del C.S.T, es donde surge la controversia; porque aparece el tema de la solidaridad respecto del beneficiario de la obra, con los trabajadores al servicio del contratista independiente.

Es claro, que de acuerdo a lo expuesto, el contratista independiente, como cotizante voluntario al sistema de riesgos profesionales, puede decidir si se afilia al sistema o por el contrario asume el riesgo de un accidente de trabajo, situación que no afecta para nada a la persona natural dueña de la obra, quien no tiene ninguna obligación para con él en el tema de los riesgos profesionales. Cosa diferente ocurre, en las relaciones que surgen entre el contratista independiente, los trabajadores que realizan la obra y el beneficiario de la misma.

Según el artículo 34 del C.S.T, si el contratista ha vinculado personal mediante contrato de trabajo, actúa como verdadero empleador y en consecuencia debe cumplir con la obligación de vincular a sus trabajadores al sistema de riesgos profesionales, por ello, cualquier accidente de trabajo, que ocurra en desarrollo de la obra debe ser asumido por la ARP, si el trabajador fue vinculado a la misma, o de lo contrario debe asumir el contratista los gastos asistenciales y prestacionales que el sistema le reconoce a quien estaba obligado a cotizar a él.

Pasando a examinar la solidaridad que la anterior norma establece, respecto del beneficiario de la obra, con los trabajadores del contratista independiente, es menester dejar claro que la norma establece, que el beneficiario de la obra, sea persona natural o jurídica puede llegar a ser solidariamente responsable ante los trabajadores del contratista independiente, ante el suceso de un accidente de trabajo, en el evento que no hubiesen sido vinculados a la ARP, cuando el beneficiario de la obra buscaba la realización de actividades propias o inherentes al giro normal de sus actividades, cosa diferente ocurre, cuando la obra contratada no pertenece a sus actividades normales o corrientes, la solidaridad desaparece.

Por lo anterior, todo trabajador al servicio de un contratista, que pretenda, extender la responsabilidad al dueño de la obra, argumentando solidaridad, por la no vinculación a la ARP, para que responda por las consecuencias de un accidente de trabajo, debe probar en juicio:

1. La existencia del contrato de obra, celebrado entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra.
2. La existencia del contrato de trabajo, celebrado entre el contratista independiente y el trabajador.
3. La no vinculación a la ARP, o la falta de cotización.
4. Que la obra contratada pertenece al giro normal de las actividades propias o inherentes del beneficiario de la obra.

Por su parte, el beneficiario de la obra, si quiere salir avante en el juicio, debe probar que la obra contratada, no pertenece al giro normal de su actividad.

Nuestra Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, respecto al tema ha resuelto el problema jurídico, en los años 2009-2011 de la siguiente manera:

- En el año 2009 la jurisprudencia de la citada Corporación, no se pronunció respecto de la solidaridad de las personas naturales como beneficiarias de la obra, frente al trabajador que sufre accidente de trabajo estando al servicio del contratista; pues los múltiples pronunciamientos sobre éste tema se hicieron tan sólo respecto de las personas jurídicas o las empresas, pero no respecto de las personas naturales.

En dichas providencias el común denominador para predicar la solidaridad de éstas como beneficiarias de la obra, fue que las actividades desarrolladas por el contratista fueran conexas con el giro ordinario de la actividad económica de la empresa o que iban



a ser parte de la cadena productiva, instrumento para la manipulación de las materias que se transforman o de los productos acabados, caso en el cual estaría justamente desempeñándose en el giro propio de sus negocios; por lo que en estos casos la Corte hizo énfasis en el criterio general de la libertad en la apreciación probatoria, para determinar cuáles son las actividades normales de la empresa, en el sentido de que no son precisamente las contenidas en el objeto social del certificado de la cámara de comercio. Nos permitimos referenciar dos providencias importantes para el tema en estudio:

En la primera este máximo tribunal determino: que si bien no hay que *“...restarle importancia a estos documentos, para efectos de probar hechos propios de las sociedades y de los comerciantes en general, se debe precisar que la ley no restringe la acreditación de las características de una sociedad a dichos medios probatorios, razón por la que en virtud de la libertad probatoria el juez puede dar por acreditado determinada circunstancia relativa a las sociedad con cualquier otra prueba legalmente allegada al expediente, como por ejemplo escrituras de constitución, confesión del representante legal, testimonios, entre otros”*. (Sent. 19 de agosto de 2009; M.P. Eduardo López Villegas; Rad: 35.490, Sala de Casación Laboral”.

En la Segunda, la corte precisa, que sería un contrasentido calificar una actividad como extraña a las desarrolladas por la empresa, por el solo hecho que no se encuentre descrita dentro del objeto social del certificado de la Cámara de Comercio, pues ello iría en contravía de la primacía a la realidad de la actividad de los negocios sobre las formalidades comerciales; *“o porque no se le da aplicación a la cláusula de reserva que suele aparecer en los estatutos sociales, aquella del tenor que aparece en el Certificado de la Cámara de Comercio de la entidad recurrente en casación: “En general celebrar y ejecutar todo acto o contrato que se relacione con o complemente el objeto social principal”; o porque el empleador violó los límites de su objeto social, y se adentró en actividades ajenas a las formalmente declaradas en la Cámara de Comercio, caso en el cual, el espíritu tuitivo del derecho laboral ha de conducir a tomar una decisión que no implique que quien resulte sancionado sea el trabajador”*. (Sent. 10 de marzo de 2009; Rad: 27.623 Sala de Casación Laboral)

- Seguidamente en el año 2010, respecto a la solidaridad de las personas naturales como beneficiarias de la obra, frente al trabajador que sufre accidente de trabajo estando al servicio del contratista independiente, tan sólo se encontró la Sentencia del 10 de agosto 2010, en la que fue ponente el Doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez dentro del proceso radicado No. 34.204; en la cual precisó las condiciones que deben concurrir para que se dé aplicación a la solidaridad de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, entratándose de personas naturales, y que son: 1º) Acreditar la celebración del contrato para la ejecución de la obra de manera

independiente, "...por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva"; 2º) Que se pruebe el vínculo laboral existente entre el trabajador y el contratista independiente; 3º) Que la actividad económica y/o productiva desarrollada por la beneficiaria de la obra, sea afín, conexas o inherente con la ejecutada por el contratista a través del trabajador que sufre accidente de trabajo; y 4º) Que el trabajador no se hallare afiliado al Sistema de Riesgos Profesionales.

- Por último en el año 2011, se destaca una providencia, donde analiza, la solidaridad de los socios, de una sociedad de personas, a través de la Sentencia del 3 de mayo de 2011, bajo la ponencia nuevamente del Honorable Magistrado Francisco Javier Ricaurte Gómez dentro del proceso radicado No. 38.077; en lo que atañe al problema jurídico que aquí se plantea, precisó que en las demandas encaminadas a establecer la existencia de una obligación laboral, necesariamente debe comparecer el empleador como responsable directo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones; por lo que en éstos casos se ha definido que habrá de integrarse el litis consorcio necesario entre el deudor solidario, específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra, y el empleador; en aquellos casos en que la pretensión sea determinar lo que se le adeuda al trabajador por la relación laboral; en virtud de la cual la Corte ha desarrollado las siguientes premisas: "a) El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis. b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente. c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente 'existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo."

En todo caso, en la citada providencia se reitera que si lo que persigue con el proceso aparte de la existencia de la deuda y de acreencias laborales, es la condena por parte de cualquiera de las personas sobre las cuales la ley impone el deber de solidaridad; deben ser llamados a éste tanto el deudor solidario como el empleador, siendo éste último el que primero debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada; toda vez que lo que se exige del solidario no es deuda autónoma o diferente de aquella; pues lo que la norma ordena garantizar con el pago es la debida por el empleador. Finalmente, la misma concluye diciendo que "Cuando se persiga hacer valer la solidaridad

*sin que se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial, se debe constituir litis consorcio necesario con el deudor principal.*

### **3. CONCLUSIONES:**

La respuesta al planteamiento del problema es que existe una responsabilidad solidaria de los contratistas y beneficiarios de una obra, pero limitada, pues esta se da legalmente, cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada, sea conexas con la actividad ordinaria del beneficiario y tiene desde luego su fundamento principal en la existencia de un contrato de trabajo entre contratista y trabajador. Es decir, que si la labor no es extraña a las actividades normales de quien encargó su ejecución, el contrato produce efectos entre el beneficiario y los trabajadores del contratista independiente.

Es pertinente que todo beneficiario de una obra, verifique, antes de iniciar la contratación de la misma, la clase de contrato que va a suscribir con la persona que va a actuar como contratista; partiendo del supuesto de que si la obra tiene relación directa con el giro normal de sus negocios, obligatoriamente tiene que verificar que el contratista cumpla con todas las obligaciones laborales, pues la solidaridad es plena y puede ser llamado a responder totalmente ante un riesgo profesional, como la no vinculación al sistema de ARP.

Nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha desarrollado en los años 2009-2011 una línea jurisprudencial estable respecto de la solidaridad entre el contratista independiente y dueño de la obra: le da el mismo tratamiento jurídico, al beneficiario de la obra, sin distinguir si se trata de una persona natural o jurídica, dejando claro que el problema es probatorio; pues se requiere la prueba dentro del proceso judicial, que en el giro normal de los negocios del beneficiario de la obra, es o no conexas con la obra que está realizando, el trabajador accidentado. Aclara que entre beneficiario de la obra y contratista independiente existe un litis consorcio necesario.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

**Constitución Política, Código Laboral, Código de Procedimiento Laboral, Código Civil.**

Relatoría Corte Suprema de Justicia Sala Laboral años 2009-2011.

## **REVISTA ACADEMIA Y DERECHO.**

### **Publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional de Cúcuta.**

#### **NORMAS DE PUBLICACIÓN**

El Comité Editorial dará prioridad a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en: resultados de investigación o investigaciones en curso con un fuerte referente teórico; producto de reflexiones teóricas o revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio; propuestas de modelos e innovaciones educativas; se aceptarán otro tipo de artículos como notas, comunicaciones, ponencias, resúmenes de contribuciones, reseñas bibliográficas, los cuales no deberán superar las 15 páginas.

1.- Consideraciones generales:

1.1.- Los trabajos que se presenten para publicación en la Revista serán escritos en idioma español.

1.2.- Todos los trabajos presentados serán considerados por el Comité Editorial de la revista que decidirá sobre la conveniencia y oportunidad de la publicación del artículo.

1.3.- Los artículos serán sometidos a consideración de dos asesores externos, quienes aprobarán el texto o aconsejarán modificaciones. Ningún artículo será publicado sin la anuencia del autor y las sugerencias de los asesores..

1.4.- La revista ACADEMIA Y DERECHO se compromete a informar a los autores respecto de la selección o no para publicación de sus trabajos, pero en ningún caso informará sobre las razones por las cuales se decidió no publicar un artículo determinado.

1.5.- Los autores podrán presentar hasta dos trabajos para selección en cada número de la revista.

1.6.- El Comité Editorial se reserva el derecho de NO publicar artículos, reseñas, comentarios o informaciones que contengan elementos ofensivos a la moral y buenas costumbres, comentarios racistas o similares, cuyo inclusión en el cuerpo del texto no guarde relación con la redacción del mismo.

1.7.- Todo los derechos autorales de los trabajos publicados en la revista pertenecen al/los autor/es. Al presentar un artículo para publicación en la revista ACADEMIA Y DERECHO el autor acepta que el mismo en su totalidad o en partes puede ser reproducido con la citación de la fuente y el origen del mismo.

1.8.- La revista ACADEMIA Y DERECHO no pagará ninguna suma de dinero al autor/es por cualquier publicación realizada. Los autores de los artículos publicados aceptan como condición previa no realizar ningún reclamo pecuniario por las publicaciones realizadas.

1.9.- Todas las opiniones expresadas en los trabajos publicados son de exclusiva responsabilidad de los autores y NO comprometen las opiniones del Comité Editorial, la Revista ACADEMIA Y DERECHO, LA Facultad de derecho de la Universidad Libre Seccional Cúcuta ni la Universidad misma.

1.10.- Los autores de los artículos publicados aceptan como condición previa la libre circulación y difusión de la revista ACADEMIA Y DERECHO en formato impreso.

1.11.- Se aceptarán de preferencias artículos originales e inéditos. Cuando no sea así el autor deberá indicar donde y cuando fue publicado su artículo. Si el artículo ha sido presentado para publicación en otra revista (digital o formato papel) el autor deberá indicar el nombre de la misma, dirección electrónica y contacto para realizar las consultas pertinentes.

2.- El trabajo se ajustará al siguiente formato:

2.1. Título del artículo en mayúsculas y negrita, en castellano e inglés, con letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado sencillo.

2.2. Resumen del artículo (abstrac) en castellano e inglés, con una extensión máxima de 250 palabras, letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado sencillo.

2.3. Palabras clave del contenido del artículo en castellano, con letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado sencillo.

2.4. Texto del artículo, con una extensión mínima de 8 y máxima de 25 páginas, con letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado sencillo. Los distintos epígrafes del artículo irán numerados y en negrita, utilizando la cursiva para los subepígrafes. En el interior del texto no se utilizarán negritas, ni subrayados.

2.5. La bibliografía comprenderá las referencias bibliográficas y figurará al final del trabajo por orden alfabético bajo el epígrafe de Bibliografía o Referencias, aparecerá con el mismo tipo y tamaño de letra, de acuerdo con las normas del ICONTEC.

2.6. En el texto del artículo las referencias a otros trabajos se harán indicando el apellido del autor y año de publicación, separados por una coma, entre paréntesis (García del Dujo, 2000). Si en una misma referencia se incluyen varios autores, se citarán uno a continuación del otro separados por un punto y coma (García Carrasco, 2000; García del Dujo, 2001). Si se incluyen varios trabajos del mismo autor, publicados en el mismo año, bastará distinguirlos con letras (García del Dujo, 2000a, 2000b).

2.7. Las citas textuales irán entrecomilladas, señalando a continuación entre paréntesis el apellido del autor y la página correspondiente (García del Dujo, 2000, 18). Si la cita ocupa más de cinco líneas, se presentará en forma de sangrado y con letra tamaño 10 puntos.

2.8. Las notas y llamadas de texto se numerarán de forma sucesiva y se llevarán al final del trabajo, después de la Bibliografía, bajo el epígrafe de Notas (no a pié de página), con letra Times New Roman, tamaño 10 puntos, interlineado sencillo.

2.9 Las tablas, gráficos o cuadros deberán ir acompañados de su correspondiente título y leyenda y numerados correlativamente.

3.- Para el envío y recepción de artículos.

3.1. Los interesados en publicar en la revista ACADEMIA Y DERECHO enviarán sus artículos por intermedio de la facultad de derecho de la Universidad Libre seccional Cúcuta, a: [facultadderecho@unilibrecucuta.edu.co](mailto:facultadderecho@unilibrecucuta.edu.co), incluyendo el currículum del autor y la indicación de su especialidad y el resumen de su artículo.

3.2 La facultad de derecho informará a los colaboradores en el término de cuatro (4) meses sobre la aceptación de la colaboración.

