

ISSN 1657-6535

PRECEDENTE

REVISTA JURÍDICA
ENERO - JUNIO / VOL. 20

2022

Josefa Dolores Ruiz Resa
Natalia Andrea Pérez Mancera
Yecid Echeverry Enciso
Daniela Rivera Pinzón

PRECEDENTE
REVISTA JURÍDICA
ENERO - JUNIO / VOL. 20
2022

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

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

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

Universidad Icesi

Rector: Esteban Piedrahita Uribe

Secretaria General: María Cristina Navia

Director Académico: José Hernando Bahamón

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: Jerónimo Botero

Comité Editorial:

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

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

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

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

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

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

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

Comité Científico:

Andrés Botero Bernal (Ph.D.)

aboterob@uis.edu.co

Universidad Industrial de Santander, Colombia

Jorge Esquirol (Ph.D.)

esquirol@fiu.edu

Florida International University, EE.UU

David Landau (Ph.D.)

dlandau@law.fsu.edu

Florida State University, EE.UU

Mauricio García (Ph.D.)

mvillegas@wisc.edu

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Juan Pablo Sarmiento Erazo (Ph.D.)

jpsarmiento@uninorte.edu.co

Universidad del Norte, Colombia

Editor:

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

Coordinador de la Editorial Universidad Icesi:

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

Asistente Editorial:

Laura Daniela Millares: ldmillares@icesi.edu.co

Revisión de Estilo:

Juan Manuel Eslava Gordillo: jmanueleslava@yahoo.com

Secretaria: Diana Carolina Rodríguez

Diseño Original: Pablo Andrés Sánchez

Diagramación: Natalia Ayala Pacini: nataliaayalpb@gmail.com

A.A. 25608

Tel. 321 20 10

Fax: 555 17 06

E.mail: precedente@icesi.edu.co

Cali, Colombia

ISSN 1657-6535

Agradecemos a los siguientes pares evaluadores:

Sergio Gálvez Biesca
Universidad Complutense de Madrid (España)

Pierre Gaussens
El Colegio de México (México)

Carlos Alberto Jaramillo Rojas
Universidad Libre de Colombia (Colombia)

Lisneider Hinestroza Cuesta
Universidad Tecnológica del Chocó (Colombia)

Erika Paola Parrado Pardo
Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)

Luis Miguel Ramírez Herrera
Universidad de Sevilla (España)

Myrna Elia García Barrera
Universidad Autónoma de Nuevo León (México)

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz
Universidad Nacional Autónoma de México

Georgina Isabel De León Vargas
Corporación Universitaria Rafael Núñez (Colombia)

Juan Carlos Villalba Cuéllar
Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)

William Fernando Martínez Luna
Universidad Jorge Tadeo Lozano (Colombia)

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

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

© Derechos reservados de autor

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

Canje:

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

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

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

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

© All copyrights reserved

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

Work-study:

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

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

ÍNDICE

El acervo autoritario en el sistema jurídico español y su impacto en la devaluación de la huelga como derecho social fundamental

The Authoritarian Heritage in the Spanish Legal System and its Impact on the Devaluation of the Strike as a Fundamental Social Right

A herança autoritária no ordenamento jurídico espanhol e seu impacto na desvalorização da greve como direito social fundamental

Josefa Dolores Ruiz Resa _____ 11

Análisis de crowdfunding como método de financiamiento alternativo para la recuperación del tejido empresarial y de la economía colombiana por efectos del COVID-19

Analysis of Crowdfunding as an Alternative Financing Method for the Recovery of Companies and the Colombian Economy Due to the Impact of COVID-19

Análise do crowdfunding como forma alternativa de financiamento para a recuperação do tecido empresarial e da economia colombiana devido aos efeitos do COVID-19

Natalia Andrea Pérez Mancera _____ 57

La participación ciudadana como mecanismo de protección del medioambiente: el caso de la consulta previa en comunidades étnicas

Citizen participation as a mechanism for protecting the environment: the case of prior consultation in ethnic communities

A participação cidadã como mecanismo de proteção ao meio ambiente: o caso da consulta prévia em comunidades étnicas

Yecid Echeverry Enciso _____ 89

**La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información
y a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias**

*The Real Estate Trust: An Outline About the Duty of Information
and the Responsibility of the Trust Companies*

*O truste imobiliário: um olhar sobre o dever de informação
e a responsabilidade das sociedades fiduciárias*

Daniela Rivera Pinzón _____ 123

NOVA ET VETERA

Reflexiones filosóficas y pedagógicas en torno al derecho

Entrevista realizada a Juan Antonio García Amado por:

Augusto Fernando Carrillo Salgado _____ 157

COMPLEMENTOS

Indicaciones para los autores _____ 179

Instructions for authors _____ 184

ARTÍCULOS

Josefa Dolores Ruiz Resa*

Universidad de Granada (Granada, España)

jruizr@ugr.es

**El acervo autoritario en el sistema jurídico
español y su impacto en la devaluación de la
huelga como derecho social fundamental**

*The Authoritarian Heritage in the Spanish Legal
System and its Impact on the Devaluation of the Strike
as a Fundamental Social Right*

*A herança autoritária no ordenamento jurídico
espanhol e seu impacto na desvalorização da greve
como direito social fundamental*

Artículo de reflexión: recibido 24/05/2021 y aprobado 19/07/2021

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada (España), Secretaria de su Comisión Académica de Doctorado en Ciencias Jurídicas y miembro del grupo de investigación Derechos humanos y garantías (SEJ-135) del Sistema Andaluz de Conocimiento. Investigadora asociada de la Unidad de Excelencia de la UGR “Sociedad Digital: Protección y derechos humanos”. Principales líneas de investigación: orden sociolaboral y dictadura franquista; derechos humanos y derecho antidiscriminatorio; derecho, ciencia, tecnología y sociedad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2209-0751>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.4835>

Cómo citar:

Ruiz Resa, J. D. (2022). El acervo autoritario en el sistema jurídico español y su impacto en la devaluación de la huelga como derecho social fundamental. *Precedente*, 20, 11-56. <https://doi.org/10.18046/prec.v20.4835>



Resumen

Este artículo realiza un análisis filosófico-jurídico de carácter genealógico sobre la continuidad, en la regulación actual del derecho de huelga en España, de un acervo autoritario heredado de la dictadura franquista y fundamentado en la unidad nacional, la seguridad del Estado y el orden público. Este acervo, que devalúa el carácter de derecho social fundamental de la huelga y el mismo funcionamiento de España como Estado de derecho, se evidencia en la disposición que la regula, el Real Decreto-Ley 17/1977, aprobada durante la transición a la democracia, y en un derecho penal del trabajo limitador de su contenido esencial.

Palabras claves: Real Decreto-Ley 17/1977; derecho de huelga; dictadura franquista; Estado de derecho; democracia española.

Abstract

This article carries out a philosophical-legal and genealogical analysis of the continuity, in the current regulation of the right to strike in Spain, of an authoritarian heritage from the Franco dictatorship, based on national unity, national security and public order. This heritage, which devaluates the character of the fundamental social right to strike and the very functioning of Spain according to the rule of law, is evidenced in the legal provision that regulates it, Royal Decree-Law 17/1977, approved during the transition to democracy, and in a criminal labor law that has limited its essential content.

Keywords: Royal Decree-Law 17/1977; Right to Strike; Franco's Dictatorship; Rule of Law; Spanish Democracy.

Resumo

Este artigo faz uma análise jurídico-filosófica de natureza genealógica sobre a continuidade, na atual regulamentação do direito de greve na Espanha, de uma herança autoritária herdada da ditadura de Franco e baseada na unidade nacional, segurança do Estado e ordem pública. Esta herança, que desvaloriza a natureza do direito social fundamental da greve e o próprio funcionamento da Espanha como Estado de Direito, é evidenciada na disposição que a regulamenta, o Real Decreto-Lei 17/1977, aprovado durante a transição à democracia, e em uma lei penal do trabalho que limita o seu conteúdo essencial.

Palavras-chave: Real Decreto-Lei 17/1977; direito de greve; ditadura de Franco; Estado de direito; democracia espanhola.

Introducción

En 2014, los sindicatos españoles Comisiones Obreras (CC. OO) y Unión General de Trabajadores (UGT) presentaron ante el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) una queja contra el Gobierno español por vulneración del derecho de huelga, ante la utilización creciente, en su opinión, por parte de las autoridades públicas de determinadas disposiciones penales que restringen el ejercicio del derecho de huelga. Se trata en especial de la disposición relativa a los piquetes de huelga, contenida en el párrafo 3 del artículo 315 del Código Penal, tras su reforma de 1995 (Ley Orgánica 10/1995) (a instancias del gobierno del Partido Socialista Obrero Español) – luego reformado en 2015 (Ley Orgánica 1/2015) (a instancias del gobierno del Partido Popular)–, e incluida en el título XV, “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, que se integra dentro de lo que se ha venido considerando el derecho penal del trabajo.¹

El tipo que recoge el artículo 315.3, tanto en 1995 como en la última reforma del Código Penal, de 2015, y que ha sido reciente y formalmente derogado por la Ley 5/2021 de 22 de abril, durante el gobierno de coalición entre el Partido Socialista Obrero Español y Unidas Podemos, era en realidad el tipo incluido en el artículo 496 del código penal de 1973 (es decir, el Código Penal de la todavía etapa franquista), tras la reforma introducida por la Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo. Esta ley, redactada en la etapa de la transición a la democracia, eliminó la criminalización de los derechos de participación política, libertad sindical y huelga durante el franquismo, pero restringía penalmente el ejercicio de la huelga, por su posible colisión con la libertad de trabajo de los no huelguistas. Tal sería el bien jurídico que se considera protegido por este tipo penal.

¹ Según su última redacción, de 2015, el artículo 315 quedó de la siguiente forma:

“1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaran a cabo con coacciones, serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

3. Quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses”.

La creciente aplicación del artículo 315.3 del Código Penal, que en su queja los sindicatos ilustraron con la descripción de numerosos procesos abiertos contra personas trabajadoras en diversas comunidades autónomas, se debía, según aquellos sindicatos, a la política represiva llevada a cabo por el gobierno del Partido Popular contra las movilizaciones sociales. Estas habían empezado a aumentar como consecuencia de la reforma económica en 2010, último año de gobierno de Rodríguez Zapatero (quien la aprobó para hacer frente a la grave crisis económica de 2008 y que, se considera, determinó que perdiera las elecciones de 2011), y la reforma laboral de 2012 del gobierno del Partido Popular (que ganó las elecciones de 2011), la cual trajo a su vez importantes limitaciones para otros derechos sociolaborales. Recurrida de inconstitucionalidad esta última reforma, el Tribunal Constitucional español, presidido por Pérez de los Cobos, catedrático de derecho del trabajo y antiguo miembro del Partido Popular (se dio de baja del partido poco antes de ser propuesto para presidir el Tribunal Constitucional), resolvió en su sentencia que la reforma laboral tenía plena cabida en la Constitución española.

En su respuesta a la OIT, el Gobierno español –del Partido Popular– alegó, entre otras cosas, que la huelga no era un derecho absoluto y que debía compatibilizarse con otros derechos como la libertad de trabajo (artículo 35 de la Constitución española, en adelante CE) y la dignidad de la persona (artículo 10 CE), que la aplicación de esta disposición penal no se había incrementado en los últimos años (y presenta varios listados de sentencias recaídas desde 1997 a 2009) y que la reforma de 2015 del Código Penal que el gobierno del Partido Popular había acometido suavizaba las penas previstas en el 315.3.

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical de la OIT recomendó al Gobierno de España examinar el impacto de la reforma del 315.3 de 2015, pero señaló que las penas mínimas previstas en esa disposición para los casos de coacciones durante la huelga eran superiores a las penas previstas en el Código Penal para el delito general de coacción y superiores también a las penas mínimas del delito general de coacción cuando se dirige a impedir el ejercicio de un derecho fundamental² (ambos tipos, incluidos en el artículo 172.1). En todo caso, la libertad de trabajo, en cuanto derecho que puede verse afectado por

² Véase GB.328/INS/14, párrafo 498. Sobre estos casos, véase Terradillos Basoco (2016); Arroyo Zapatero e Imedio Prado (2014). Un estudio reciente sobre las coacciones en la huelga en el contexto de la política criminal española puede encontrarse en De Vicente Martínez (2021).

esta coacción, no tiene en la CE carácter de derecho fundamental: estos solo son los incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la CE, que aparece bajo el epígrafe “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”, y dentro de la cual sí que está el derecho a la huelga.

El episodio de queja de los sindicatos españoles ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT puso de manifiesto la devaluación del carácter de derecho fundamental que la Constitución española de 1978 había otorgado a la huelga en su artículo 28.2. En este punto, parece que España no sería una excepción respecto de los países de su entorno y vendría a evidenciar el creciente autoritarismo hacia el que camina el capitalismo en su fase actual, en consonancia con la grave crisis económica mundial de 2008 y los cambios experimentados en la percepción del derecho de huelga a nivel internacional, donde también se tiende a reducir su ámbito de acción. Así lo evidencia, por ejemplo, la reciente posición de los empleadores, en el seno de la OIT, que sostienen que el derecho de huelga no se reconoce en ninguno de los convenios de esta organización.

En este sentido, hay que recordar que la OIT no tiene ciertamente ningún convenio donde de forma específica se reconozca este derecho, pero su Comité de Libertad Sindical, desde su primera reunión en 1952, sostuvo que el derecho de huelga era una parte esencial de los derechos sindicales, mientras que en su estudio, en 1959, la Comisión de Expertos de la OIT interpretó por primera vez el Convenio número 87 en el sentido de que los trabajadores tienen derecho a la huelga para defender sus intereses profesionales. El cuestionamiento de la existencia del derecho de huelga vino de la mano del cuestionamiento del papel de la Comisión de Expertos de la OIT, ya que los representantes de los empleadores niegan que tenga un mandato o competencia para interpretar las normas de la OIT de manera que pueda hacer surgir así nuevas normas o derechos; por ejemplo, el derecho de huelga. Se aducía que no podía considerarse implícitamente reconocido ni en el Convenio número 87 (1948), sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ni en el número 98 (1949), sobre aplicación de los principios de derecho de sindicación y negociación colectiva, que es lo que, precisamente, han venido defendiendo la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Tales afirmaciones no habían suscitado ningún desacuerdo en la Comisión de Aplicación de Normas (CAN), por lo que se consideró que había un consenso tácito en torno a la idea de que el derecho de huelga estaba reconocido en el derecho de la OIT. El consenso pareció romperse hacia 1994, y en los años

siguientes los debates se fueron amplificando hasta que se llegó al bloqueo que sufrió la CAN en su reunión de 2012 y también en la de 2014.³

Por otra parte, parece que también en las instituciones de la propia Unión Europea se está extendiendo una consideración del derecho a la huelga como supeditado a las limitaciones derivadas del derecho al libre establecimiento empresarial (concebido a su vez según la economía de mercado) y considerado como un principio fundamental de la Comunidad, según se sigue de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de diciembre de 2007, asunto 438/05 (Cruz Villalón, 2010).

Esta dinámica pone en evidencia que, si bien el número de huelgas y su impacto ha ido disminuyendo con el desarrollo de la globalización económica (Luque Balbona y González Begega 2017, pp. 97 y 98), sigue siendo percibida como un potente mecanismo de oposición y lucha contra el orden establecido que, por tanto, muchos sectores prefieren limitar. Esta consideración implica sin duda un cuestionamiento de la huelga como herramienta de la democracia social, cuyos efectos no se circunscriben solo al ámbito económico ni a la esfera de lo privado, que es donde se le sitúa tradicionalmente. Y es que, en muchos casos, el detonante de una huelga corresponde a, o sus soluciones requieren, cambios legislativos e institucionales, por lo que las huelgas impactan también e inevitablemente en la esfera de lo público. La huelga se erige, entonces, en un canal de comunicación entre la política, ubicada tradicionalmente en la esfera de lo público, y lo económico, ubicado tradicionalmente en la esfera privada; dos esferas cuya compartimentalización, aunque tradicional y antigua, no resulta menos ficticia o convencional, sobre todo porque en la economía y la producción siempre hay intervención estatal, ya que al menos incorpora normas de orden público con las que se autorizan o sancionan ciertas actividades; de hecho, esta es la intervención “mínima” que reclaman incluso corrientes como el liberalismo, que postulan la no intervención estatal en la economía.

A este respecto, la huelga, que con carácter general se ha venido definiendo como la cesación de la prestación de trabajo por parte de los trabajadores, ha funcionado en el ámbito laboral como un instrumento de conflicto colectivo, en cuanto posiciona al conjunto de los trabajadores organizados en asociaciones que protegen sus intereses, de manera que puedan ejercer una presión sobre la otra parte de la relación laboral: el prestatario del trabajo. Esta es una

³ Sobre esta cuestión, véase Bellace (2014) y, más recientemente, Rojas Rivero (2020).

categoría que incluye a los empresarios e incluso al Estado, bien como prestatario directo o porque desempeña algún papel en la relación laboral –por ejemplo, el establecimiento de sus bases reguladoras–. Ahora bien, la presión que se ejerce mediante la huelga busca, a su vez, reequilibrar las posiciones de las partes en conflicto, pues constituye un instrumento de empoderamiento para quienes se hallan en posiciones más desventajosas; es decir, funciona como una herramienta que ayuda a garantizar la equivalencia (mismo valor), la equipotencia (misma capacidad de hacer) y la equifonía (misma capacidad de recibir atención como portadores de significado)⁴ de las partes del conflicto laboral. Desde este punto de vista, la huelga constituye un mecanismo de autotutela que canaliza la participación democrática de trabajadores y trabajadoras en aquellos aspectos del gobierno de la comunidad que afectan a sus intereses, lo que se desarrolla en el marco de la negociación y el conflicto colectivos. La huelga es, pues, una de las formas que adopta este conflicto.

Los presupuestos anteriores conectan con la concepción de la huelga como forma de acción política, según la explica la teoría del intercambio político (Luque Balbona, 2012): cuando las reivindicaciones que canaliza la huelga se integran en partidos políticos (normalmente de carácter socialdemócrata, en el espectro ideológico de la izquierda) y estos partidos llegan al Gobierno, la conflictividad desciende y con ella las huelgas, mientras que el Estado cumpla su parte. Si no es así, y aunque el partido político en el poder sea de izquierdas, puede volver a aumentar la conflictividad social. Este enfoque que resalta la inevitable dimensión sociopolítica de la huelga y le otorga un lugar reseñable en el cambio a nivel sociolaboral, pero también en el político, explica bastante bien la trayectoria de las huelgas en España, donde, además, la habitual intervención del Estado en materia laboral determina la importancia de la acción política para obtener o defender mejoras laborales. No extraña, por lo tanto, que las huelgas hayan estado más bien dirigidas a presionar al Gobierno o Parlamento que a los empresarios. Por otra parte, este enfoque del intercambio político también permitiría explicar por qué los 3 momentos de mayor actividad huelguística en España durante el siglo XX coinciden con momentos de gran inestabilidad política, según han puesto de manifiesto investigaciones sobre las estadísticas al respecto:

⁴ Los conceptos de equivalencia, equipotencia y equifonía se han tomado de Santa Cruz (1992).

1919-1920,⁵ 1934-1936,⁶ y 1977-1979⁷ (Luque Balbona 2013, p. 258).⁸ También explica su estrecha vinculación con el ejercicio del derecho de manifestación, otro importante derecho canalizador de la participación ciudadana; de ahí que huelga y reunión tengan carácter de derechos fundamentales en los sistemas democráticos, como ocurre en el que trae la Constitución española de 1978. El problema surge cuando la garantía de su ejercicio queda a merced de un contexto jurídico-político que aún no se ha liberado del acervo autoritario por el cual esos instrumentos de participación estaban criminalizados.

Teniendo en cuenta lo anterior, la hipótesis de este trabajo es que el tratamiento jurídico de la huelga en el derecho español actual, donde está constitucionalmente erigida en derecho fundamental, pone de manifiesto la continuidad de una cultura o acervo autoritario, que fue dominante durante la dictadura franquista y que permitía situar en el ámbito de la ilegalidad y castigar severamente todas aquellas actividades que por su dimensión democrático-participativa se reputaban sospechosas de alterar o romper la unidad nacional, la seguridad del Estado y el orden público; categorías en las que se consideraba incluida la producción nacional.

5 Corresponden a la época de la restauración borbónica, ya durante el desmoronamiento del sistema de turnos de partidos ideado por Cánovas, lo que dará paso a la dictadura de Miguel Primo de Rivera en 1923. Fue tras un golpe de Estado respaldado por el rey Alfonso XIII, quien continuó en el poder como Jefe de Estado.

6 Corresponde a los dos últimos años de la II República, durante el gobierno conservador del partido radical y una coalición de partidos de derecha (CEDA). Fue una etapa contrarreformista en la que también se evidenció un fuerte enfrentamiento entre los sectores de izquierdas y derechas, con gran conflictividad social.

7 Abarca el último año de la transición política entre la dictadura franquista y el nuevo sistema político, tras la aprobación de la Constitución de 1978.

8 En sus estudios sobre las huelgas en España a lo largo del siglo XX y principios del siglo XXI, Luque Balbona apunta el dato de que “en 1920 se registró la mayor actividad huelguística de la serie histórica (1905-2010)” (2013, p. 249). Igualmente apunta (2013, pp. 254 y ss.) que la ruptura del intercambio político entre sindicatos y Gobierno socialista, canalizado en un proceso de concertación nacional en el que también participó la patronal y sus organizaciones, fue especialmente significativa entre 1986-1996, con la convocatoria de diversas huelgas generales. A partir de 1996, se retoma la política de concertación social e intercambio político con el primer gobierno del Partido Popular (rota en el segundo gobierno de este partido, al que accede tras ganar las elecciones por mayoría absoluta), y continúa cuando el Partido Socialista vuelve al Gobierno, en 2004, durante dos legislaturas, hasta que se rompe con la reforma económica de 2010. Luque Balbona y González Begega (2017) detectan un incremento de las huelgas entre 2009 y 2014, año en el que vuelven a descender, así como su terciarización en los últimos decenios y la utilización de otros medios de presión.

Así, y según este acervo que se fue modulando mediante las ideologías de cabecera del régimen anterior –el nacionalsindicalismo y el nacionalcatolicismo–, quedó justificada prácticamente durante toda su duración la criminalización de la huelga como delito grave de sedición (en el capítulo de delitos de rebelión). Si bien la consideración jurídica actual de la huelga supone indudablemente un cambio cualitativo respecto a la dictadura franquista, no consigue desactivar completamente esa predisposición a considerarla un evento que implica desorden o ruptura del orden. Tal consideración persistía cuando fue legalizada en 1975 mediante el Decreto-Ley sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo: en él, amén del uso de un lenguaje lleno de evocaciones negativas para referirse a la huelga en su preámbulo (“carácter último”, “revela un fracaso”, “remedio extremo”), se incluye una amplia panoplia de condicionamientos y limitaciones para “ordenarla con firmeza y claridad evitando los desajustes, cuando no la ruptura, entre el mundo social y el mundo de las normas”, determinando, por consiguiente, cuándo su ejercicio era “procedente”. Pero también persiste en el Decreto-Ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo, aprobado durante la transición a la democracia, y que sigue vigente en el sistema jurídico actual como única disposición legal reguladora de la huelga (convirtiéndose entonces en Real Decreto-Ley, al que en adelante nos referiremos como RD-L 17/1977). Aunque esta disposición la considera un derecho en el sentido de libertad individual, las restricciones que le impone permiten usarlo no solo (o no tanto) como cauce de expresión del conflicto colectivo, sino también como mecanismo para su control.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido extendiendo las previsiones de esa disposición de 1977 conforme lo requería la Constitución de 1978, su vigencia sigue dando cobertura legal a una herencia autoritaria cuya latencia ha conducido a una devaluación de la consideración constitucional de la huelga como derecho social fundamental, en la medida en que la atrapa en su consideración como libertad individual económica y esto permite situarla al mismo nivel que otras libertades económicas, como la libertad de trabajo o de empresa. Ahora bien, aunque estos son derechos que, a diferencia de la huelga, no tienen la consideración constitucional de derechos fundamentales, persiste una especie de *pathos* o predisposición a considerarlos parte de la unidad y seguridad nacional y del orden público. Esto ha permitido la existencia y aplicación, hasta hace apenas unos meses, de una serie de normas penales para su protección, las cuales implicaban limitaciones al ejercicio de la huelga con dudoso encaje constitucional.

Por lo demás, a la devaluación de la huelga como derecho social fundamental también coadyuva otro factor, que a su vez devalúa el carácter de la España actual como Estado de derecho, según definición del artículo 1 de la Constitución de 1978. Se trata de la forma y con ella del efecto que tiene esa única disposición que regula su desarrollo: un decreto-ley con rango de ley ordinaria y no de ley orgánica, que es el que debe tener la regulación de desarrollo de los derechos fundamentales, según el artículo 81 de la Constitución. A este respecto, la huelga es el único derecho fundamental no regulado por ley orgánica.⁹

A partir de estas consideraciones, los objetivos de este trabajo serán: 1) poner de manifiesto el fundamento y los efectos del acervo autoritario heredado del régimen dictatorial anterior en la regulación actual de la huelga en España; y 2) mostrar cómo eso impacta en la devaluación de su carácter de derecho fundamental, así como del propio funcionamiento del Estado español de derecho, en la medida en que afecta a sus principios básicos: división de poderes y respeto a los derechos humanos.¹⁰ Para ello, en las siguientes páginas se analizarán, en primer lugar, los presupuestos ideológicos y jurídicos de esa cultura autoritaria y cómo se manifiestan en la regulación de la huelga. En segundo lugar, se analizarán cómo los cambios que trae el régimen político de 1978 a la consideración de la huelga no se han librado por completo de la peligrosa pregnancia de ese acervo autoritario.

Finalmente y desde el punto de vista de la metodología utilizada para alcanzar los objetivos propuestos, y a tenor del marco teórico asumido, que es el de la filosofía jurídico-política, se abordará este estudio a partir de una investigación analítica documental de carácter genealógico (Foucault, 1978 y 1979). Ella permite mostrar cómo las luchas por el poder en la España contemporánea se manifiestan en las prácticas discursivas y no discursivas con las que se gestiona la frontera entre lo legal y lo ilegal, en este caso en la consideración de la huelga,

9 Así lo recuerda Quintanilla Navarro (2010, pp. 337-338).

10 Específicamente se trata 1) del principio de organización, que se expresa en la doctrina de separación de poderes, según la cual toda acción del Estado está sujeta a la legalidad, existe independencia de los jueces respecto del ejecutivo, se da una distinción entre ley y acto administrativo y se detecta un formalismo jurídico de la actividad administrativa: concretamente, el Gobierno está sujeto a la ley; 2) del principio de distribución, consistente en que los derechos y libertades fundamentales presuponen la delimitación jurídica de las relaciones entre Estado y ciudadano (Baratta [1977], que toma esta caracterización de Carl Schmitt, quien la acuñó para diferenciar el Estado nacionalsocialista del Estado de derecho, al que consideraba específicamente ligado a la democracia liberal).

y en donde se detecta la continuidad del pasado franquista. En este sentido, se evidencia cómo la categoría de los derechos humanos puede ser utilizada para servir más bien a objetivos de vigilancia y control que de emancipación.

Acervo autoritario en la regulación de la huelga: la herencia del régimen franquista

Algunos estudios sobre el tratamiento jurídico de las huelgas (Porret Gelabert, 2008; Palomeque López, 2010) han venido distinguiendo, con carácter general, las siguientes fórmulas: prohibición, tolerancia, legalización y reconocimiento como derecho. En España, y siguiendo estos estudios, pueden distinguirse cronológicamente, desde que se identifica este fenómeno, las siguientes etapas en su regulación: 1) consideración como delito de coligación (desde el Código Penal de 1848 hasta la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1902, que la empieza a considerar falta laboral); 2) consideración como infracción laboral por incumplimiento contractual (desde 1902, fecha de la mencionada circular, cuyas previsiones se recogerán en la Ley de Huelgas y Coligaciones de 1909, hasta 1931); 3) legalización y reconocimiento como libertad (desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y la Ley de defensa de la República de 1931, que indicaba qué huelgas se consideran actos de agresión a la República hasta el final de la II República, tras el fin de la Guerra Civil, en 1939);¹¹ 4) consideración como delito de sedición (desde el nuevo Código Penal de 1944, hasta el Decreto-Ley de 1975 sobre Regulación de los Conflictos Colectivos de Trabajo que las legaliza); 5) legalización (desde el mencionado Decreto-Ley de 1975, que no reconoce la huelga como derecho, sino que alude a ella como “recurso” en su artículo 3, hasta el Decreto-Ley de 1977 sobre relaciones de trabajo, que sí la reconoce como “derecho” en su artículo 1); 6) consideración como derecho-libertad (desde 1977 hasta 1978); 7) consideración como derecho social fundamental, con rango constitucional, a partir de la Constitución de 1978 y hasta nuestros días.

La etapa franquista ilustra, prácticamente en toda su extensión temporal, la fórmula de la prohibición de la huelga, lo que se hizo mediante su consideración

¹¹ Para Molero Manglano (1996, p. 609), que la Constitución de 1931 reconociera la libertad de asociación y sindicación no suponía el reconocimiento de la huelga como derecho; sobre todo si se tiene en cuenta que, con la entrada en vigor de la Ley de Orden Público en 1933, las huelgas pasaron a considerarse ilegales, por percibirse como contrarias al orden público.

como delito especialmente grave.¹² Ahora bien, antes de proceder a su análisis, interesa detenerse en la justificación ideológica de esta consideración y en su soporte jurídico-político, los cuales desembocan en un tratamiento defensivo frente a todo lo que se consideraba que ponía en peligro la continuidad del orden franquista, fuera huelga u otras formas de conflicto colectivo, protesta, disidencia o pluralismo ideológico, percibidos como actos contrarios a la unidad y seguridad del Estado o sus principios básicos y al orden público.¹³

Fundamentación ideológica y proyección jurídico-política

La justificación ideológica del tratamiento jurídico de la huelga y del entramado institucional en que se asentó, de carácter autoritario, descansa en amplia medida en corrientes defensoras del organicismo social, como lo fueron el regeneracionismo, el neotomismo, el tradicionalismo católico, el catolicismo social e incluso el fascismo. Ante el universo social y ordenado que evocan estas tendencias, la huelga se percibe como desorden, ruptura o incluso patología del tejido social que debe ser eliminada sin contemplaciones.

En tal sentido, puede decirse que, si bien el organicismo social es una ideología que ya se detectaba en el pensamiento antiguo y medieval, adquiere una proyección específica en el mundo occidental con la crítica a los postulados

12 Como se verá más adelante, la regulación de la huelga durante toda la dictadura franquista se caracterizó por su tratamiento como delito castigado con penas muy severas, pero desde los años sesenta, y por exigencias de las organizaciones internacionales a las que pertenecía España como la ONU o la OIT, se vio presionada para rebajar esa pulsión punitivista, al menos en la letra de la ley. Sobre esta cuestión, véase Mateos (1997).

13 Según el penalista Antón Oneca (1971, pp. 170-171), durante el franquismo se crearon numerosas leyes represivas, algunas con efectos retroactivos, sanciones muy severas y aplicadas por tribunales especiales. Fueron leyes solapadas, integradas o superpuestas al Código Penal de 1944, como la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939 o la Ley de Represión contra la Masonería y el Comunismo, de 1940, que dieron paso a sendos tribunales específicos para su aplicación. La mayoría de aquellas leyes se aplicarían por tribunales militares, tras asimilar los hechos al delito de rebelión militar. A la jurisdicción ordinaria se le encomendó el juicio de hechos no muy graves, aspecto que decidía la autoridad militar. Sobre estas cuestiones, véase también Portilla Contreras (2008) y Sevillano Calero (2016), que subraya el carácter de derecho penal del enemigo que tenían estas normas. En los años sesenta, y ante la presión de las organizaciones internacionales y los Estados que financiaban el régimen franquista para que disminuyera la intervención de los tribunales militares en el ámbito penal, se creó el Tribunal de Orden Público (1963). Este pasó a ocuparse de los delitos de asociación ilícita, propaganda, reunión o manifestación ilegal (es decir, delitos políticos), así como una panoplia de conductas que se subsumieron bajo la genérica categoría de “desórdenes públicos”. También asumió las competencias del Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo (Del Águila, 2020).

del individualismo y el racionalismo modernos, que representaban la Ilustración y el liberalismo (a pesar de que el organicismo también estuvo presente en la obra de filósofos considerados exponentes de la Ilustración, como Rousseau). En la medida en que aporta elementos para esa crítica, la extensión del organicismo se hizo especialmente evidente en las últimas décadas del siglo XIX, aunque se encuentra también con anterioridad en la filosofía de un referente de esta crítica, la de Hegel, y será asumido por corrientes de pensamiento y movimientos políticos diversos, que van desde el tradicionalismo conservador hasta el marxismo, pasando por el positivismo sociológico.

Entre los postulados básicos del organicismo figura la consideración de la organización social como un todo indisoluble, simbolizado por la figura del organismo vivo, donde cada uno de sus miembros ocupa un lugar predeterminado y realiza una labor según ese lugar. Cualquier alteración al respecto puede dañarlo, enfermarlo. La importancia de la función y la organización dentro del pensamiento organicista ofrecerá también una base ideológica para el corporativismo.

El corporativismo dará lugar a su vez a propuestas bastante diversas desde el punto de vista ideológico y práctico, pero en las primeras décadas del siglo XX tendrá una potente manifestación en el modelo fascista del Estado corporativo.¹⁴ En él se reivindica el orden u organización de una multiplicidad de asociaciones y poderes sociopolíticos que se superponen en la base de la asociación considerada como la más perfecta: el Estado. De ahí la intención de incardinar el asociacionismo en un movimiento, no contra el Estado y su política económica y en defensa de unos intereses de clase, sino integrado dentro del mismo Estado, en una especie de sindicalismo nacional (Newman 1971); todo ello inspirado, a su vez, en una ideología fuertemente nacionalista. De esta forma, la asociación corporativa fascista no representaría intereses de grupos específicos, sino el interés más excelso de la nación, concebida como organismo que trasciende a los individuos y colectividades que lo integran. Por esta razón, la organización corporativa fascista se opone expresamente al liberalismo democrático y al socialismo, a los que atribuye la existencia de

14 Sobre la distinción entre el corporativismo fascista y otras fórmulas de corporativismo, como por ejemplo la desarrollada con posterioridad al fin de la II Guerra Mundial en el seno de las sociedades industriales de ideología más democrática, véase Cerroni (1976 y 1992). En el sistema democrático español actual también se detecta un corporativismo compatible con un sistema político democrático en organizaciones como el Consejo Económico y Social creado por la Ley 21/1991, de 17 de junio (Fernández Riquelme 2011).

relaciones sociales y laborales de carácter *inorgánico*, mecánicas y conflictivas, y se les opone como una alternativa que se inspiraba además en el organicismo, a través del cual se apelaba a la solidaridad nacional frente a las luchas con las que caracterizaba a las sociedades liberales y socialistas (Montoya Melgar, 1986, pp. 145 y ss.).

En España, aunque el organicismo tuvo presencia en las más variadas filosofías, fue rápidamente adoptado por el pensamiento tradicionalista, que, en cuanto pensamiento reaccionario y contrario a la Ilustración y al racionalismo individualista, reivindicaba el orden y la filosofía corporativa de la Edad Media, debido a su carácter cristiano y opuesto al laicismo y a la secularización que implicó a su juicio la Modernidad (Mayor Martínez 1972, pp. 37-48). En cuanto al corporativismo fascista, este será muy influyente durante la dictadura de Miguel Primo de Rivera (padre de José Antonio, líder de la Falange Española, donde también se detectará su influencia). Fue entonces cuando por Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1926 se creaba la llamada Organización Corporativa Nacional. También se rechazó el sindicalismo obrero y los mecanismos a él conexos, como la huelga y otras medidas de conflicto y negociación colectivos. Así, los convenios colectivos fueron sustituidos por los acuerdos paritarios, y la huelga y los cierres patronales fueron criminalizados a través del Código Penal de 1928 (aunque esta medida afectaba a los que tenían carácter extralaboral), mientras que las funciones de los sindicatos se redujeron a la asistencia y disciplina de sus afiliados. También fue repudiada la organización política democrática a través de los partidos políticos, a los que se quiso sustituir por las corporaciones y la organización corporativa de la Asamblea Nacional (Tuñón de Lara, 1972, p. 43; Montoya Melgar, 1986, pp. 155 y ss.).¹⁵

Sin duda, el pensamiento tradicionalista reaccionario y el fascismo constituyen los antecedentes ideológicos y jurídico-políticos más evidentes de dos instituciones características del franquismo que mostraron la versión española de una organización política de carácter orgánico-corporativo en torno

15 También se detecta la influencia de un corporativismo más católico en otra institución de la dictadura de Primo de Rivera, los Comités Paritarios, creados por el mencionado Decreto Ley de 1926.

a lo profesional y lo laboral: las Cortes (parlamento)¹⁶ y el Sindicato Vertical.¹⁷ No obstante, en el asunto de las relaciones entre el poder político-jurídico del Estado y otras corporaciones habrá bastantes desacuerdos entre los grupos que apoyaron el golpe de Estado contra la II República, que pueden agruparse en dos sectores básicos, cuyas organizaciones habían sido unificadas por Franco en 1937 mediante decreto en una sola: Falange Española Tradicionalista de la JONS [Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalistas]. Se trataba, por un lado, de los nacionalsindicalistas (más próximos al ideario fascista, como la Falange Española de José Antonio Primo de Rivera y las organizaciones de Onésimo Redondo y Ramiro Ledesma) y, por otro lado, de los nacionalcatólicos, defensores del pensamiento tradicionalista reaccionario, si bien menos cercanos al fascismo.¹⁸

A este respecto, cada una de estas ideologías (nacionalcatolicismo y nacionalsindicalismo) contribuirá al desarrollo de un ideario en torno al trabajo y la unidad y armonía de todos sus elementos: en lo que se refiere al nacionalcatolicismo, se apelará a la noción de justicia social defendida por el catolicismo social, aunque habrá también elementos del tradicionalismo, como la jerarquía social entre trabajadores y patronos, la grandeza que se atribuye a la labor apostólica de la nación española –como nación católica que aporta al mundo la idea del derecho social– o el corporativismo, que deja independientes frente al Estado a las que consideraba asociaciones naturales del hombre, como, por ejemplo, las corporaciones profesionales. En cuanto al nacionalsindicalismo, más próximo en sus postulados al fascismo, defendía una revolución social a través de la cual se impusiera por la fuerza un nuevo Estado sobre el partido único, Falange Española de la JONS, lo cual traería, a su juicio, un nuevo orden

16 Según el artículo 2 de la Ley Constitutiva de Cortes de 1942 (con carácter de Ley Fundamental por la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado de 1947) quienes componían las Cortes franquistas eran los representantes de los diversos sectores profesionales y laborales, integrados en el Sindicato Vertical y otras corporaciones como las universidades, el Instituto de España, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, los Colegios profesionales y otros institutos de tipo profesional; así como ciertas jerarquías sociales (concretamente, la eclesiástica, militar, administrativa y social, a la que se refiere el artículo 2, apartado i) de la citada ley), y que da cabida a las tradicionales élites: clero, burguesía terrateniente, altas categorías de funcionarios, mandos del ejército, etc.

17 Se le atribuyeron funciones políticas de ordenación de la economía, la política social y las relaciones laborales, según se desprende de la Declaración XIII del Fuero del Trabajo (considerado Ley Fundamental por la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado de 1947), con la intención de aligerar al Estado de sus actividades.

18 Sobre estas cuestiones, Ruiz Resa (2015, pp. 63-105).

social más justo, articulado en el sindicalismo vertical, donde se reunirían todos los productores de España (Ruiz Resa, 2015, p. 64).

En todo caso, los postulados fascistas en torno al trabajo, un ámbito que quedó además bajo el control de políticos integrados en organizaciones nacionalsindicalistas, estuvieron presentes especialmente al inicio de la dictadura y, sobre todo, durante la Guerra Civil, momento en el que se redacta y aprueba el Fuero del Trabajo; pero, con la derrota de la Alemania nazi y la Italia fascista en la II Guerra Mundial, tales postulados irán desapareciendo por necesidades de supervivencia del régimen franquista entre los Estados vencedores. Por esta razón, se inclinará hacia los contenidos más cercanos a un organicismo cristiano y se irán modificando las leyes más próximas al ideario fascista, como el Fuero del Trabajo. No obstante y a pesar de esta evolución, persistirá la idea, compartida por nacionalcatólicos y nacionalsindicalistas, de que las relaciones sociolaborales no se canalizan a través de clases enfrentadas o en lucha, sino en asociaciones que, como la familia, la empresa, el Sindicato Vertical, el municipio o el Estado, dan al individuo su razón de ser (Sempere Navarro 1982, pp. 48-49; Palomeque López 1980, pp. 101-102). Este planteamiento excluye la posibilidad del conflicto colectivo y, con él, de la huelga.

A este respecto, y a tenor del contenido y la forma de la Ley Fundamental que se ocupó del ordenamiento de lo sociolaboral y la economía, es decir, el Fuero del Trabajo, aquella dictadura se erigió en un Estado donde rigió: 1) lo que un destacado jurista defensor del régimen y notablemente influido por el fascismo italiano, el catedrático de derecho mercantil Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate, etiquetó como *dirigismo económico*; y 2) un *cartismo social autoritario* según la expresión y caracterización propuesta por el catedrático de derecho del trabajo Miguel Rodríguez Piñeiro y Bravo-Ferrer (otro destacado jurista que inició su labor académica en la última etapa del franquismo y que llegaría a ser magistrado y presidente del Tribunal Constitucional, ya en el nuevo sistema político de 1978).¹⁹ Ambas caracterizaciones sirven para describir una intensa intervención del estado autoritario en el ámbito del trabajo (según se infiere

¹⁹ Hay que señalar el carácter más ideológico de los escritos y trabajos académicos de destacados juristas que continuaron ejerciendo su labor durante la Guerra Civil y los primeros años del régimen franquista, tomando partido por el bando golpista, y que lideraron incluso la incorporación de postulados fascistas en la normativa y la doctrina jurídica. A partir de 1945 y tras la derrota de Alemania e Italia, se aprecia un cambio de rumbo en la dictadura, que llevó a la marginación de los sectores profascistas. Esto supondrá en el campo del derecho y la doctrina científica jurídica un estilo más técnico-formalista, donde se evita entrar a valorar los contenidos y fines de las normas

de las Declaraciones II.1 III.4, VII, XI.1 o XIII. 3 del Fuero del Trabajo), lo que imprimirá su sello en el desarrollo del derecho del trabajo como rama específica del ordenamiento jurídico y de la ciencia del derecho.²⁰

Así y por lo que se refiere al dirigismo económico, este consistiría en lo siguiente, según Garrigues-Díaz Cañabate (1939):

Dirigir la economía es cosa distinta de *intervenir* en la economía con remedios aislados y ocasionales. Con su propia terminología la doctrina del intervencionismo del Estado demuestra que no se trata de un sistema, sino, precisamente, de una falta de sistema [...]. Dirigir la economía es también cosa distinta de convertir al Estado en empresario, a la manera colectivista [...]. Dirigir la economía quiere decir conducir la economía. Quiere decir que el Estado considera la economía como una actividad política que tiende a asegurar al pueblo su existencia. Empleando la terminología mussoliniana, diremos que el Estado reivindica también el campo de la economía. (p. 16)²¹

Aunque la expresión *dirigismo económico* se venía usando para referirse, en general, a políticas económicas basadas en el intervencionismo estatal, Garrigues Díaz-Cañabate la utiliza para designar específicamente una economía de tipo fascista, cuya defensa para España acomete el nacionalsindicalismo.²² A pesar de su ambivalencia, usa esta expresión para distinguir la política económica de la dictadura franquista de otras políticas económicas intervencionistas, como la que a su juicio se daría en los sistemas en los que el liberalismo y el socialismo democrático llegaron a una cierta “transición” (1939, p. 15). Se trataría de los modelos del Estado social y Estado del bienestar que se estaban adoptando en Europa y EE. UU. en los primeros decenios del siglo XX. En estas políticas

jurídicas. Se acompaña de la adopción de postulados teóricos del pensamiento cristiano. En los últimos años aumentan los escritos veladamente críticos (Ruiz Resa 2015, pp. 135-158).

20 Sobre este particular, véase Ruiz Resa (2015, pp. 144-154).

21 La cursiva es del autor.

22 La expresión *dirigismo* se utilizó para caracterizar también la política económica de la Italia fascista, con principios muy similares a los que preconizaba Garrigues desde el nacionalsindicalismo para la dictadura franquista. Sobre el dirigismo económico de la Italia fascista, véase Legnani (1994), historiador italiano, profesor de Historia Contemporánea en la Universidad de Bolonia y director del Istituto Nazionale per la Storia Del Movimento de Liberazione in Italia (1967-1982). También utiliza la expresión el jurista, politólogo y diplomático italiano Incisa di Camerana (1999, pp. 311-328) para caracterizar el fascismo.

económicas Garrigues detecta una intervención estatal débil, mientras que con el nacionalsindicalismo “toda política económica es una subordinación de la economía a la política” (1939, p. 16), ya que el “Estado autoritario no se contenta con ver fluir el curso de los hechos económicos sino que se anticipa [...] imponiéndoles una determinada dirección” (1939, p. 18). Concretamente, este dirigismo defendía un nacionalismo económico extremo de tipo autárquico, de carácter agrarista y articulado en el control social que garantizaba la pertenencia obligatoria al Sindicato Vertical (Perfecto García, 2015, p. 137).²³

Con carácter retrospectivo, y como han venido poniendo de manifiesto diversos estudios sobre la política económica de la dictadura franquista, lo que finalmente se dio fue simple y llanamente un capitalismo clientelar, canalizado sobre un intenso intervencionismo estatal muy lentamente atenuado en la época del desarrollismo, ya en los años sesenta, y siempre por imposición de terceros países como EE. UU. y organizaciones internacionales que, como el FMI o la OCDE, condicionaban sus créditos a España a una liberalización de su economía.²⁴

En cuanto al cartismo social autoritario que representaba el Fuero del Trabajo, se trata de una forma de regulación jurídica del ámbito socioeconómico y laboral que se origina, según Rodríguez-Piñero (1963), en la *Carta del Lavoro* de la Italia fascista (disposición con la que Garrigues Díaz-Cañabate [1939] también comparaba el Fuero del Trabajo). Tiene como características:

en primer lugar, un trasfondo autoritario en el Régimen político, que le evita la preocupación por el equilibrio entre la libertad y la igualdad socializadora, propio de las democracias tradicionales, al establecerse sistemas políticos, sociales y económicos en los que las libertades clásicas se limitan o niegan considerablemente. En segundo lugar, el de la existencia automática e independiente de estas “Cartas”, como Bill of Rights, de carácter social y programático, pero con un significado económico evidente hasta el punto de poder decirse que contienen un programa de política económica. (p. 124)²⁵

23 Sobre el dirigismo económico durante el franquismo, véase también González (1979).

24 Véase Biescas (1980); García Delgado y Jiménez (2001); Fernández Roca (2012).

25 Rodríguez-Piñero cita, en apoyo de esta caracterización, el trabajo de Gustavo del Vecchio, *I principii de la Carta del Lavoro* (1937, p. 3).

En todo caso, los derechos contenidos en el Fuero del Trabajo, al igual que en el Fuero de los Españoles, otra de las leyes fundamentales franquistas, fungieron como mecanismos de control de la población. En el ámbito laboral la intervención estatal fue muy intensa²⁶ y sin resquicio para la negociación colectiva, y contó con el desarrollo de un derecho penal específico del trabajo, que a decir de Pérez Leñero (1949), un iuslaboralista de la época, constituía una rama jurídica autónoma cuyo nombre adecuado debía ser “Policía disciplinaria de trabajo”.

En este contexto dictatorial tampoco extraña la vulneración del principio básico de división de poderes de los Estados de derecho, de manera que el poder legislativo quedara habitualmente desplazado por el Gobierno en la regulación de lo sociolaboral y económico (en todo caso, todos los poderes del Estado se hallaban supeditados al Jefe del Estado, es decir, al dictador Francisco Franco). A este respecto, cuando el laboralista Borrajo Dacruz trataba de caracterizar las fuentes del derecho español del trabajo durante la dictadura franquista,²⁷ se refirió a una peculiar distinción entre lo que él llamó leyes ordinarias *normales* y leyes ordinarias *anormales* [sic en cursiva]. Entre las primeras, situó “las normas o disposiciones con carácter de ley, emanadas del Poder legislativo en cuanto tal, y promulgadas debidamente. Constituyen la *Ley formal*, o Ley propiamente dicha” (Borrajo Dacruz, 1975, p. 329).²⁸ Tanto para Borrajo Dacruz como para otro reconocido laboralista como Alonso García (1964, pp. 227 y ss.) las leyes en sentido formal, emanadas de las Cortes, lo eran (formales) porque debían respetar una serie de formalidades en su creación. Ahora bien, según Borrajo Dacruz (1975), la ley ordinaria normal no presenta ninguna peculiaridad excepto su “infrecuente uso” (Borrajo Dacruz, p. 329). Entre las leyes ordinarias *anormales*, Borrajo incluía, además de las leyes delegadas o decretos legislativos, que requieren una previa ley de delegación de parte del “Poder legislativo” (una Ley de bases) (Borrajo Dacruz, 1975, pp. 332, 224 y 343), el decreto-ley o acto normativo con fuerza de ley formal, que era dictado por el Jefe del Estado por

26 Así se establecía en la Declaración III.4 del Fuero del Trabajo, que disponía que “El Estado fijará las bases para la regulación del trabajo”.

27 Entre ellas incluyó algunas Leyes Fundamentales (el Fuero del Trabajo, el Fuero de los Españoles y la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento), las leyes laborales, los reglamentos laborales, los convenios colectivos sindicales (permitidos desde la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1958, sin que eso mitigara mucho el intervencionismo estatal en lo sociolaboral y cuyo desarrollo en el seno de un entramado sindical vertical y bajo custodia estatal adulteraba su carácter), y los reglamentos de régimen interior (Borrajo 1975, pp. 332, 224 y 343).

28 La cursiva es del autor.

razones de urgencia. Su presencia la consideraba Borrajo (1975) “una anomalía en un Régimen político-jurídico que consagre la teoría de la rígida separación de poderes” (p. 336), que, como es bien sabido, no fue nunca el caso del régimen franquista.

Manifestaciones en el tratamiento de la huelga

Tales son los antecedentes ideológicos y jurídico-políticos desde los que hay que entender la criminalización de la huelga durante la práctica totalidad de la dictadura franquista. Además de criminalizarse completamente el entramado sindical obrero, se estableció el encuadramiento obligatorio en la organización corporativa que representa la institución del Sindicato Vertical, único sindicato permitido. A diferencia de los sindicatos clásicos, el Sindicato Vertical no se dirigía a defender los intereses de una clase (la clase obrera) frente a otra (los empresarios), sino que se dirigía, en palabras de un destacado jurista de la época y que fuera primer catedrático de Derecho del Trabajo, Eugenio Pérez Botija (1941, p. 77), a “despertar el espíritu de hermandad económica, oponiendo a la idea de lucha el espíritu de colaboración con la comunidad”. Así lo indicaba tempranamente el Fuero del Trabajo, cuya Declaración XIII, 2 decía: “Todos los factores de la economía serán encuadrados por ramas de la producción o servicios en Sindicatos Verticales. Las profesiones liberales y técnicas se organizarán de modo similar, conforme determinen las leyes”. Por lo demás, su Declaración VIII.2 erigía a la empresa en una “unidad productora [que] ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común”.²⁹

Se extiende, pues, la idea de que en el ámbito sociolaboral deben darse relaciones de hermandad y no de conflicto, como se indica expresamente en el preámbulo del Fuero del Trabajo:

Y partiendo de una concepción de España como unidad de destino, manifiesta, mediante las presentes declaraciones, su designio de que también la producción española –en *hermandad* con todos sus

²⁹ En sentido semejante se pronunciaron otras leyes fundamentales posteriores que diluyeron, recurriendo a postulados del pensamiento cristiano, el corporativismo fascista que impregnaba el Fuero del Trabajo en su redacción original de 1938. Fue el caso del Fuero de los Españoles, de 1945 (artículo 26), y de la Ley de Principios del Movimiento, de 1958 (principio XI).

elementos— sea una *unidad que sirva a la fortaleza de la Patria* y sostenga los instrumentos de su Poder.³⁰

En tal sentido, y al menos en esos años iniciales de mayor influencia del corporativismo fascista, el régimen franquista tratará de reordenar la estructura social en torno al trabajo, lo cual llevará a considerar a todos los trabajadores unidos y formando un mismo bando, el de la comunidad o hermandad del trabajo o producción. En él se integran tanto los obreros o trabajadores manuales como los patronos y los técnicos, sin luchas, pues, entre clases, según indicaba un destacado líder falangista, José Luis Arrese (1940, p. 62):

En el nacional-sindicalismo todos serán trabajadores y habrá trabajadores en todos los órganos de la vida. Trabajadores del espíritu y trabajadores de la materia [...]. Entre estos no se concebirán diferencias de clase: todos absolutamente todos serán igualmente productores, y por tanto, todos, absolutamente todos, tendrán los mismos derechos y las mismas obligaciones [...]. El nacional-sindicalismo no viene a marcar supremacías de grupo; ni es un partido capitalista, ni es un partido proletario.³¹

No extraña, por tanto, que se indicara expresamente que el Derecho del Trabajo no era un derecho *de clase*, como así lo señalaba Pérez Botija (1941):

Por el contrario, el nuevo Derecho el Trabajo tiene como misión política fundamental, no sólo hacer desaparecer el tinglado de la lucha de clases, sino borrar todo espíritu de odio social [...]. El principio político básico que se trasvasa al nuevo Derecho laboral es el principio de colaboración y de continuidad [...]. Y no es sólo el principio de solidaridad nacional el único que pasa del campo del Derecho político al Derecho laboral: el concepto alemán de comunidad y el espíritu español de hermandad trasciende desde la programática política hasta su más concreta realización en el Derecho del Trabajo. (pp. 41-42)³²

30 Las cursivas son mías. Tras la reforma incluida en el Fuero del Trabajo por la Ley Orgánica del Estado de 1967, las palabras finales de este párrafo (“y sostenga los instrumentos de su Poder”) se sustituyeron por “y al bien común de todos los españoles”.

31 Se trataba, en todo caso, de una concepción ya incluida en el Punto XI de la Norma Programática de Falange Española, donde se indicaba que esa organización “hará radicalmente imposible la lucha de clases, por cuanto todos los que cooperan a la producción constituyen en él *una totalidad orgánica*” (Del Río Cisneros, 1972, p. 6). La cursiva es mía.

32 En este mismo sentido, Sanmiguel Arribas (1951, p. 35).

Este contexto ideológico explica por qué también el Fuero del Trabajo de 1938 recogía de manera expresa, en su Declaración XI.2, que “los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella serán considerados como delitos de lesa patria”; calificación *–lesa patria–* que desaparece en la reforma introducida por la Ley Orgánica del Estado de 1967, la cual, en atención a los cambios legislativos operados en el Código Penal en 1963 y 1965, dejó la frase así: “Los actos ilegales, individuales o colectivos, que perturben de manera grave la producción o atenten contra ella, serán sancionados con arreglo a las leyes».

Como resumía en aquellos años iniciales Pérez Botija (1941, p. 41), la huelga, la libertad de sindicación o la negociación colectiva son instrumentos de “una especie de jus belli de la guerra económica”. En cuanto a la huelga específicamente, esta fue considerada una “morbosidad”, según indicaba un reconocido penalista de la época, Federico Castejón (1944, p. 263), en su estudio significativamente titulado *Del delito de huelga al delito contra la economía nacional a través del delito contra la libertad de trabajo*. Se percibe, pues, cómo la libertad de trabajo se considera un bien por encima de la huelga, en tanto que se incluye en la protección de la economía nacional, sin que eso significara que en la dictadura franquista, donde los ámbitos socioeconómico y laboral estaban fuertemente intervenidos, se diera un compromiso real con el ejercicio de la libertad de trabajo. Es decir, que fungía más bien como mecanismo de limitación y control de otros derechos; en este caso, el de huelga. Para Franco (1946, 1975, p. 560), la huelga era “la ley de la selva [...], que hace que las industrias se arruinen, o que la economía se menoscabe, que la libertad de un sector ataque y dañe la libertad de toda una nación”. No obstante, años más tarde (Franco 1963, p. 1021) la admitiría pero como algo pasado de moda (en todo caso, su política represiva y el entramado organicista-corporativista de su dictadura no consiguieron evitar la existencia de numerosas huelgas).³³

33 Así lo pusieron de manifiesto los estudios de Molinero Ruiz e Ysàs (1998), que recuerdan que el número de huelgas se incrementa paulatinamente desde 1963, y se hace muy notable entre 1973-1975, cuando se aprecia una mayor fuerza del movimiento obrero y una expectativa de cambio político ante el precario estado de salud del dictador. Similares conclusiones en Babiano Mora (1995 y 2007), donde se refiere también a la participación de las mujeres.

No extraña, pues, que en este contexto la normativa aplicable al conflicto colectivo fueran la Ley de Orden Público (Ley 45/1959)³⁴ y los artículos 222 y 223 del Código Penal, tras la aprobación de su texto refundido por Decreto de 23 de diciembre de 1944. Así siguió en la revisión de 1963 de este código. No obstante, y previamente, en 1962, el Decreto n.º 2354 de 20 de septiembre había dispuesto, de manera poco clara, una serie de procedimientos para la resolución de los conflictos laborales (la norma no se refiere nunca expresamente a la huelga o al cierre patronal). Se trató de la mediación, el arbitraje, la decisión administrativa, la negociación colectiva, el proceso colectivo y la intervención de las Comisiones Paritarias. Como el Decreto de 1962 no habla nunca de huelgas ni de cierres patronales, parece que no los contempla y, por lo tanto, se siguen considerando en última instancia ilegales (Alonso García, 1964, pp. 637-642 y 656). En todo caso, una reforma introducida en el Código Penal en 1965 por la Ley 104/1965, de 21 de diciembre, sobre modificación del artículo 222 del Código Penal, «Texto revisado de 1963», trató de resolver estas inconsistencias entre el Decreto 2354 de 1962 y el Código Penal, y así, a tenor de la exposición de motivos de la Ley 104/1965, las huelgas con fines labores quedarían excluidas de la normativa penal:

Las circunstancias que dieron origen a la inclusión en el artículo doscientos veintidós del Código Penal vigente de sus números segundo y tercero, referentes a las coligaciones de patronos y a las huelgas de obreros, no pueden reputarse existentes en la actualidad. De otro lado los conflictos colectivos de trabajo como *anormalidad excepcional, limitada y transitoria*, en el sistema ordenado de relaciones laborales y en la composición de intereses que se obtiene a través del contrato individual de trabajo y de los convenios sindicales colectivos, están regulados en nuestro ordenamiento jurídico por el Decreto número dos mil trescientos cincuenta y cuatro/mil novecientos sesenta y dos, de veinte de septiembre, sobre el procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo.

34 Su artículo 1, tras la reforma de 1959, establece como fundamento del orden público “el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las Leyes”, a lo que sigue en el artículo 2 un extenso catálogo no cerrado, con hasta 9 tipos de conductas confeccionados con abundantes conceptos jurídicos indeterminados y continuos reenvíos a otras leyes represivas, y entre las que se incluyeron específicamente “los paros colectivos y los cierres o suspensiones ilegales de Empresas”.

Procede por ello ceñir el mencionado artículo a su verdadero sentido, *eliminando de las normas penales los conflictos de trabajo que tengan un móvil estrictamente laboral*.³⁵

De esta forma, el artículo doscientos veintidós del Código Penal pasó a considerar como “reos de sedición”:

Primero. Los funcionarios, empleados y particulares encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen *trastornos* a los mismos o, de cualquier forma, alteren su regularidad.

Segundo. Los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, *perturbar* su normal actividad o, de manera grave, la producción nacional, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo.³⁶

En todo caso, la confusión generada por el solapamiento de diversas disposiciones y la remisión a múltiples conceptos jurídicos indeterminados auguraba la continuidad de la represión de toda huelga; algo que también se puede intuir de la amplitud de conductas criminalizadas por el artículo doscientos veintidós tras (y a pesar de) las reformas. Hay que esperar al Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo (apenas 6 meses antes de la muerte del dictador), para encontrar su legalización expresa, siempre que no excediera del ámbito de la empresa, no se realizara por cuestiones de solidaridad ni afectara a empresas encargadas de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad. También se exigía como trámite previo obligatorio su negociación oficial. Este Decreto-ley será modificado por el todavía vigente Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

36

El derecho de huelga en el sistema jurídico de 1978 y los límites de la transición a la democracia

Frente al régimen franquista, el sistema de 1978 erige a España en un Estado social y democrático de derecho, en donde la huelga es también erigida a nivel

35 Las cursivas son mías.

36 Las cursivas son mías.

constitucional en derecho fundamental. Esta queda además contextualizada en un constitucionalismo social y en el modelo de los Estados de derecho occidentales, basados en los principios de división de poderes y respeto a los derechos humanos; modelo opuesto al que representaba la dictadura franquista.³⁷

Por lo tanto, el contexto político-jurídico que se inaugura con la Constitución de 1978 es ciertamente distinto al de la dictadura franquista y ello implica cambios de calado en el tratamiento jurídico de la huelga; pero los cambios jurídicos formales no siempre traen la desaparición de determinadas inercias del pasado autocrático. A fin de detectarlas y analizar su impacto en el derecho de huelga, veamos antes y de forma resumida los cambios más significativos que el orden jurídico-político constitucional de 1978 trajo para la huelga.

La regulación de la huelga en el sistema jurídico de 1978

En su regulación jurídica actual, la huelga queda erigida en un derecho fundamental subjetivo, individual y de libertad (García Murcia y Escribano Gutiérrez, 2021; Monereo Pérez y Ortega Lozano 2019; Iglesias Cabero, 2012; Monereo Pérez, 2010; Quintanilla Navarro, 2010; Baylos Grau, 2005; Ceinos Suárez, 2000). Esta regulación se encuentra fragmentada en diversas disposiciones jurídicas, no todas de carácter legislativo, y entre las que hay que tener en cuenta, en primer lugar, su reconocimiento como derecho fundamental en el artículo 28.2 de la Constitución; en segundo lugar, lo dispuesto por el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que funge como la normativa básica de desarrollo del derecho a la huelga reconocido en una norma posterior, en ausencia de la ley orgánica que debería regularlo; y, en tercer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, que elimina algunos términos del RD-L 17/1977 y adapta su interpretación a la Constitución de 1978.³⁸ Los contenidos de esta sentencia han sido consolidados por la jurisprudencia constitucional posterior que, según corrobora la doctrina iuslaboralista consultada,³⁹ apenas ha introducido variaciones, y por la

37

37 Como señalaba Monereo Pérez (1996, pp. 116 y ss.), si el cartismo social autoritario es típico de las autocracias, el constitucionalismo social lo es de las democracias.

38 Los términos eliminados del texto del RD-L 17/1977 pueden consultarse en este enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-6061> (recuperado el 20/05/2021).

39 Así lo apunta, por ejemplo, Quintanilla Navarro (2010, p. 339), que propone tener en cuenta esa jurisprudencia para una futura regulación del derecho de huelga por ley orgánica. Monereo Pérez y Ortega Lozano (2019, p. 36) consideran que es la sentencia que “marcó las pautas de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ambas jurisprudencias forman parte, pues, del estatuto jurídico de la huelga.

A través de estas jurisprudencias se ha llevado a cabo una interpretación sistematizadora que ha permitido la interrelación del artículo 28.2 con otras partes y artículos de la constitución y las leyes que los desarrollan, así como con el derecho internacional.⁴⁰ Concretamente, el artículo 28.2 queda conectado con otros dos artículos de la Constitución: el 37.2, que reconoce a trabajadores y empresarios el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, y el 7, que reconoce que las asociaciones sindicales y patronales contribuyen a la “defensa y promoción de los intereses sociales y económicos que les son propios”; también con el párrafo 1 del propio artículo 28, que reconoce el derecho de “todos” a sindicarse libremente. Esto lleva a su vez a conectar el ejercicio del derecho de huelga con el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985, que lo enlaza con el ejercicio de la libertad sindical, al indicar que el ejercicio de esta comprende el de aquel, y al ser la huelga considerada parte del contenido esencial de la libertad sindical (STC 11/1981, fundamentos jurídicos 9 y 11). De la interpretación conjunta de estos artículos, se sigue que la CE apuesta por dar entrada a trabajadores y empresarios en la autotutela de sus intereses y abre las vías para que participen en la regulación de sus intereses económicos y sociales. Se fomenta así la democracia social, sustentada también sobre el artículo 9.2 de la Constitución, que exige a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica, cultural y social.⁴¹

No obstante, a pesar de la conexión con la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores como finalidad de la huelga, hay que tener en cuenta que el artículo 28.2 de la Constitución reconoce el derecho a la huelga a los trabajadores

interpretación de este derecho fundamental” y que “no ha experimentado sustanciales cambios en los últimos años”.

40 Aquí hay que tener en cuenta los tratados y convenios de derechos humanos suscritos por España, en virtud del artículo 10.2 CE. Así, esto obliga a tener en cuenta el artículo 6.4 de la Carta Social Europea de 1961, el artículo 8 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, los artículos 13 y 14 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT (es decir y respectivamente, el convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, el convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949, ratificados ambos por España en 1977, y el convenio sobre la negociación colectiva, de 1981, ratificado por España en 1985).

41 Sobre estas cuestiones, véase más ampliamente en Monereo Pérez (2010).

individualmente, no a sus organizaciones, si bien su ejercicio es colectivo.⁴² Se otorga pues al trabajador individual la última palabra sobre si se adhiere o no a la huelga, lo que queda subrayado por la vigencia del artículo 6.4 del RD-L 17/1977, donde se dispone que “se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga”. En todo caso, hay consenso mundial en considerar la huelga como uno de los derechos sociales más característicos, en cuanto derecho de segunda generación, y así se infiere también de los convenios internacionales que los recogen, suscritos también por España.

Por otra parte, el carácter de derecho fundamental implica que, según los párrafos 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución, puede recabarse la tutela, en caso de vulneración, ante los tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, si la vulneración se debe a los poderes públicos, ante el Tribunal Constitucional mediante interposición de un recurso de amparo (según el artículo 161.1 b) de la Constitución, donde se establece expresamente la competencia de este órgano para resolver tales recursos, en relación con lo indicado en el 53.2 de la misma).⁴³ También implica que su ejercicio solo podrá regularse por ley orgánica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución sobre las materias reguladas por ley orgánica, y que expresamente prevé que se ocuparán del “desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Esta ley establecerá también las garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, respetando su contenido esencial.

Ahora bien, determinar cuál es el contenido esencial de un derecho no es tarea pacífica, sino que se trata de un ejercicio complicado que deberá adoptar un carácter relativo, temporal, casuístico y relacional, es decir, en conexión dialéctica con otros derechos, ya que “ningún derecho es ilimitado”, según indicaba el Tribunal Constitucional español en el fundamento jurídico 9 de su sentencia 11/1981. La resolución de los conflictos que pueden generarse entre derechos se realizará mediante un trabajo de ponderación, que atiende a la relación entre sus contenidos esenciales. Con esta forma de proceder, el Tribunal Constitucional español seguía la estela de la doctrina alemana (Balaguer Callejón, 1981).

⁴² Sobre el carácter de esta titularidad, véase más ampliamente Martínez Abascal (2010).

⁴³ Sobre este particular, véanse también los artículos 41 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

En pos de la delimitación del contenido esencial del derecho de huelga, este tribunal empezó ya a trabajar con la sentencia 11/1981, pues era un aspecto necesario para determinar si el RD-L 17/1977 lo respetaba o no y, por lo tanto, si era o no constitucional y aplicable como regulación del derecho a la huelga, mientras se aprobaba su ley orgánica. Así, el Tribunal Constitucional señaló en el fundamento jurídico 12 de esa sentencia que “el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir” (fundamento jurídico 10), y que también “caracteriza a la huelga la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo [...] para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales”.

En cuanto a los límites del ejercicio del derecho de huelga, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido a los piquetes huelguísticos (en cuanto que pueden entrar en conflicto con la libertad del trabajo de otros trabajadores que no deseen sumarse a la huelga), a los que con su sentencia 137/1993 consideró parte fundamental del ejercicio del derecho de huelga, en cuanto instrumentos de su organización que le brindan publicidad y recaban la adhesión de otros. También ha ido limando, mediante una interpretación restrictiva, los condicionantes autoritarios que podían colarse a través del artículo 10 del RD-L 11/1977, en la determinación del alcance de los servicios esenciales y los servicios mínimos, evitando que su fijación hiciera imposible el ejercicio de la huelga, y en la delimitación de quién es esa “Autoridad gubernativa” a la que corresponde determinar las medidas para el mantenimiento de los servicios esenciales (González Ortega, 2018).

Así y según la sentencia 8/1992 del Tribunal Constitucional, la noción de:

servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la presentación se endereza, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos con la consecuencia de que a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial.

Aunque para determinar si una huelga afecta o no este tipo de servicios esenciales habrá además que examinar caso a caso sus circunstancias, según

indicaba la sentencia 11/1981 (Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2019, p. 463). En todo caso, el acto por el que se determinan los servicios esenciales habrá de estar motivado, según se ha indicado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como la 26/1981, la 53/1986 o la 8/1992. Por otra parte y según las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1989, 43/1990 y 8/1992, los servicios mínimos se determinarán teniendo en cuenta la extensión y duración de la huelga, las necesidades en la coyuntura concreta y la propuesta realizada al respecto por quienes convocaron la huelga (Quintanilla Navarro, 2010, p. 353).

En cuanto a la autoridad gubernativa que compete fijar estos servicios, lo será el Gobierno de España o el de las comunidades autónomas o municipios que tengan competencia sobre ese servicio o las autoridades en las que deleguen, según se indica en las sentencias del Tribunal Constitucional 33/1981 y 233/1997 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2002 (Quintanilla Navarro, 2010, p. 353).

El impacto del acervo autoritario sobre la huelga como derecho social fundamental y sobre el funcionamiento del estado de derecho

Según se viene sosteniendo desde el inicio, en la regulación actual de la huelga persiste el acervo autoritario al que el RD-L 17/1977, declarado constitucional, sigue dando cobertura legal. Este acervo impacta en el estatuto jurídico de la huelga, que ve diluido así su carácter de derecho social fundamental. Veamos cómo ocurre, deteniéndonos 1) en la misma forma del RD-L con la que continúa la práctica típica de las autocracias de vulneración del principio de división de poderes, principio básico del Estado de derecho, al preterir la competencia que el poder legislativo tiene en la regulación de derechos fundamentales como la huelga; y 2) en su contenido, por el que se transmite una concepción de la huelga como libertad individual económica que ha de ser vigilada por ser sospechosa de constituir un desorden o ruptura del orden.

En primer lugar, y como se ha señalado, un RD-L como el 17/1977 es una fuente jurídica producida por el poder ejecutivo, aunque se requiera su aprobación posterior por el poder legislativo. De esta manera, termina adquiriendo rango de ley, pero de ley ordinaria, nunca de ley orgánica, que requiere otro procedimiento y otro órgano de creación. La persistencia de esta disposición en la regulación de la huelga debilita el valor jurídico de la Constitución de 1978, y no solo por omisión, ya que su artículo 86 excluye expresamente el decreto-ley de

la regulación de los derechos fundamentales como la huelga,⁴⁴ con lo que se da continuidad a la prevalencia de la actividad legislativa excepcional de instituciones como el Gobierno, difícilmente justificable desde el punto de vista jurídico-político actual.

Aunque se ha aducido como habitual explicación del aplazamiento *sine die* de la ley orgánica de huelga la oposición de las propias organizaciones sindicales al desarrollo legislativo del derecho de huelga, para evitar la interferencia estatal que precisamente tanto se dio durante el franquismo en el ámbito de las relaciones laborales, se olvida que sí hubo un proyecto de ley orgánica en 1993 que contó con el apoyo de aquellas organizaciones (Palomeque López, 2010).⁴⁵ Por otra parte, la ausencia de ley orgánica no ha impedido que dicha interferencia se siga produciendo, a través de otros poderes u organismos estatales. Se trata: 1) del Gobierno, que es quien emite los decretos-leyes (y por lo que se refiere al RD-L 17/1977, no era ni siquiera el gobierno de un Estado democrático); 2) la “Autoridad gubernativa” (en palabras del RD-L 17/ 1977) encargada de determinar los servicios esenciales para la comunidad durante el ejercicio de la huelga, así como los servicios mínimos de estos servicios esenciales –lo que a menudo lleva a una nueva limitación del derecho de huelga y, con ello, a un nuevo nivel de degradación de su carácter de derecho fundamental, por el error habitual entre esas autoridades de confundir los servicios mínimos con los servicios esenciales– (Palomeque López, 2010); y 3) los tribunales que han de resolver la gran litigiosidad que genera la inseguridad jurídica, debida a esta falta de regulación adecuada, sobre todo y precisamente en lo relativo

44 Según el artículo 86 CE 1978, el decreto-ley es una disposición legislativa pero que crea el poder ejecutivo. Se da por razones de extraordinaria y urgente necesidad, debe ser inmediatamente tramitado como proyecto de ley en las Cortes y, según puede leerse en el párrafo 1 del artículo 86 CE, “no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I [donde se encuentra el derecho a la huelga], al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”. Las cursivas son mías.

45 Sobre este proyecto, véase también Palomeque López (1992). En todo caso, hubo controversia en el movimiento sindical acerca de su regulación o no por ley orgánica, y el proyecto de ley se presentó en una etapa de confrontación, recuérdese, entre el Gobierno socialista y los sindicatos. Fue así como hubo un proyecto de ley orgánica presentado por el Gobierno, que buscaba dotar a la huelga de un estatuto jurídico lo más completo posible sobre la misma y otras medidas de conflicto colectivo, y una propuesta conjunta de los sindicatos, en la que también participó un grupo de expertos, que buscaba ofrecer un marco general y sobre todo se centraba en problemas derivados del artículo 10 del RD-L de 1977. Finalmente, sindicatos y Gobierno llegaron a un acuerdo sobre el primero, del que se excluyeron algunas materias.

a la determinación de los servicios esenciales.⁴⁶ Esto es algo señalado por el propio Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, que han instado al desarrollo, constitucionalmente previsto, por ley orgánica.⁴⁷

En todo caso, es la jurisprudencia de estos tribunales la que desde el inicio del sistema de 1978 está regulando la huelga como fuente jurídica indirecta, que descansa en un saber experto, no en la representación de la soberanía nacional. Ahora bien, esto genera precisamente una gran inseguridad jurídica pues, amén de que no son el órgano constitucionalmente competente para regular su ejercicio, sus decisiones carecen de la sistematización temática que sí suelen tener las disposiciones que emanan del poder legislativo e incluso del ejecutivo. Tal es la característica que imprimen el racionalismo y el enciclopedismo de la Ilustración en la producción legislativa y que tan bien representa el movimiento codificador, frente a la técnica de las compilaciones o recopilaciones. Por otra parte, la sistematización de esa jurisprudencia requiere a su vez de una labor posterior, que suele desarrollar la ciencia jurídica, pero, de nuevo, se trata de un saber experto y no democráticamente elegido que funge igualmente como fuente jurídica indirecta.⁴⁸ En todo caso, ni jurisprudencia ni doctrina jurídica científica son fuentes jurídicas *de iure* en el sistema jurídico español, aunque la jurisprudencia de ciertos tribunales tenga asignadas unas tareas de interpretación jurídica con efectos *erga omnes* que las eleva *de facto* a esa categoría.

En todo caso, tampoco se puede olvidar que, como ya se ha venido indicando, el RD-L 17/1977 es una disposición de carácter preconstitucional que en su momento fue tramitada y aprobada con urgencia y cierta improvisación, ante la necesidad inaplazable por más tiempo de adaptar la normativa española sobre huelga a las exigencias de las organizaciones internacionales, y dada en sustitución del anterior Decreto-ley de 1975. Aquellos cambios legislativos también parecieron responder a la necesidad de dar respuesta, según recuerda Rodríguez Sánchez (2016), a las circunstancias de aquel momento, caracterizado

46 Sobre la problemática de los servicios esenciales, véase más ampliamente Vargas (2021).

47 Así lo recuerdan Quintanilla Navarro (2010, pp. 360 y ss.), que remite sobre este asunto a la sentencia del Tribunal Constitucional 123/1990, de 2 de julio, y Monereo Pérez y Ortega Lozano (2019, p. 38), que, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se refieren a su sentencia de 17 de diciembre de 1992. En la actual doctrina jurídica científica hay también un amplio acuerdo sobre la necesidad de aprobación de esta ley orgánica.

48 Sobre este carácter de fuente jurídica indirecta, en cuanto fuente que extrae normas jurídicas implícitas en disposiciones legales u otros textos jurídicos normativos, véase Aguiló Regla (2000) y Ruiz Resa (2013).

por una intensa movilización social, en la que la actividad huelguística tuvo además especial protagonismo. El RD-L 17/1977 refleja por lo tanto y es producto del contexto de hipernormatividad y transitoriedad que afectaba a la materia sindical (Valdés Dal-Ré, 2018, pp. 1151 y 1152), pero que, no obstante, fue habitual en todos los años del régimen y en casi todos los ámbitos jurídicos. Fue la forma de alcanzar al mismo tiempo objetivos diversos y contradictorios entre sí: cumplir con las exigencias de cambios que desde los años cuarenta se le venían imponiendo para permitirle su continuidad y obtener créditos y otras ayudas, y al mismo tiempo mantener su núcleo básico ideológico y de relaciones sociales e institucionales (es decir, un tradicionalismo reaccionario católico, antiliberal y antisocialista y un capitalismo clientelar). A tenor de tales antecedentes, que la provisionalidad que representó en su día el Decreto-Ley de 1977, reforzada por la provisionalidad que representa su actual vigencia, permee la regulación presente de la huelga debería ponernos en guardia acerca de si aquella estrategia, que tan bien sirvió a la continuidad de la dictadura, podría estar permitiendo la pervivencia de su acervo autoritario, naturalizado o normalizado en el mismo funcionamiento de España como Estado de derecho.

44 Pero el acervo autoritario del régimen franquista se percibe no solo en la forma, sino también en el contenido del RD-L 17/1977, que es el que termina marcando el contenido esencial del derecho de huelga. A este respecto, su artículo 7.1 la circunscribe al ámbito del contrato de trabajo, lo que se consolida con el fundamento jurídico 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981. De esta manera se da continuidad a una concepción primordial de la huelga, no como derecho social fundamental, sino como derecho para la defensa de intereses profesionales, circunscritos a su vez a lo económico-privado (Monereo Pérez, 2002); y ello, a pesar de que en su fundamento jurídico 7, la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 reconocía que “es posible entender [...] introducido el derecho de huelga en la Constitución, como un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad”, y a pesar de que durante la tramitación del proyecto de la constitución se rechazaron las enmiendas que quisieron incluir en el texto constitucional la expresión “profesional” (Monereo Pérez, 2010).

Ciertamente, no puede tomarse de manera compartimentalizada la distinción entre derechos cuya protección gira en torno a la protección de la libertad individual (derechos de primera generación, que engloban los llamados derechos individuales y libertades civiles) y derechos cuyo ejercicio gira en torno a

la protección de la igualdad material y la solidaridad (derechos de segunda generación, que engloban a los derechos económicos, sociales y culturales, en los que tradicionalmente se ha incardinado la huelga).⁴⁹ Sin embargo, esta percepción de la huelga como derecho-libertad que viene del RD-L 17/1977, y que se constitucionaliza vía jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desatiende de forma desproporcionada la dimensión de derecho social de igualdad, en comparación con la atención prestada al valor de libertad económica individual; como si el objetivo prioritario del derecho de huelga fuera, al igual que las libertades de trabajo o de empresa, preservar la libertad individual de interferencias de terceros. Ahora bien, esta opción interpretativa preserva un acervo autoritario en el tratamiento de la huelga, como evento que implica desorden o ruptura y que debe por tanto acotarse, lo que se manifiesta 1) a través de la aplicación de normas penales que protegen otras libertades económicas individuales frente a la huelga, 2) en la consideración de su carácter abusivo y 3) en el mantenimiento de la distinción entre lo profesional y lo político como criterio de legalidad e ilegalidad de la huelga. Veamos cómo.

Así y por lo que se refiere a esta última dinámica, con la jurisprudencia se ha ido ampliando ciertamente el ámbito de legalidad de las huelgas mediante una interpretación muy extensiva de lo profesional, hasta admitir las de solidaridad⁵⁰ y las huelgas por motivos políticos (consideradas ambas ilegales por el artículo 11 del RD-L 17/1977, si no tenían alguna relación con la defensa de intereses profesionales). Sin embargo, y aunque la dimensión política del movimiento huelguístico en España es una realidad insoslayable, según han puesto de manifiesto los estudios al respecto aludidos al inicio de este artículo, persiste la centralidad de lo “profesional”, en la cual se subsume o de la cual irradia lo demás.⁵¹ En este sentido, algunas declaraciones de ministros de los gobiernos del

49 Sobre estas distinciones, véase Zapatero Gómez y Garrido Gómez (2009).

50 Esto se ha hecho admitiendo que lo que se reivindica en una huelga solidaria puede influir en cualquier trabajador por pertenecer a la clase trabajadora (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 y 23 de octubre de 1989) o que sus reivindicaciones de mejoras económicas o laborales puedan tener repercusión en otros ámbitos (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1993 o 259/2007). Véase Quintanilla Navarro (2010, p. 345), Monereo Pérez y Ortega Lozano (2019, p. 262).

51 Pese a su expresa prohibición legal, la jurisprudencia constitucional hubo de dar cobertura jurídica a numerosas huelgas de dimensión claramente política, en especial las que se produjeron a mediados de los años ochenta, tras la ruptura de la concertación social y, con ello, de las relaciones de intercambio político entre los sindicatos y el gobierno del Partido Socialista. Se abrió un período

Partido Popular, que insisten en el carácter político y no profesional de las huelgas de profesores tras los recortes presupuestarios que afectaron a la educación pública,⁵² recuperan la mucho más restrictiva concepción de lo profesional que era típica del régimen anterior, la cual sigue encontrando cobertura legal en el aún vigente artículo 11 del RD-L de 1977 y su distinción literal entre lo profesional y lo político. Se trata, en fin, de unas declaraciones que cuentan con el respaldo de amplios sectores sociales, especialmente nostálgicos de la dictadura franquista y cuya línea argumental involucionista podría ser asumida por una jurisprudencia posterior.

En cuanto a las otras dos dinámicas aludidas, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia que consolida la percepción de la huelga como mecanismo de libertad individual lo ha hecho recurriendo a tópicos del derecho privado.⁵³ Esta forma de proceder también se dio durante el franquismo, cuando la doctrina jurídica recurrió a una categoría trabajada desde el derecho privado—los derechos de la personalidad—, para configurar el estatuto de lo que se entendió por libertades y derechos humanos según la dinámica anti-individualista y antidemocrática de la dictadura. Los derechos de la personalidad no aludían, pues, a derechos del individuo como ente ajeno a las corporaciones en las que se hallaba imbuido, ni tampoco frente o contra el Estado, que era como se concebían en la España franquista los derechos de participación sociopolítica típicos de la democracia

de conflictividad social, que duró hasta que el nuevo gobierno del Partido Popular retoma la concertación social en 1996, y que tuvo como manifestaciones diversas huelgas generales contra la Ley de Pensiones (1985), la gran huelga general de 1988 –convocada inicialmente contra el Plan de Empleo juvenil, pero que expresó el rechazo total a la política económica del Gobierno– y las huelgas contra la normativa sobre fomento de empleo y protección por desempleo (1992) o contra la reforma laboral del gobierno (1994) (Porret Gelabert, 2008; Luque Balbona 2012; Valdés Dal-Ré 2013). Posteriormente habrá más, sobre todo a partir del segundo gobierno del Partido Popular. En todo caso, la jurisprudencia se limita (porque ciertamente tal es su competencia y no legislar con efectos erga omnes) a hacer una interpretación extensiva que permite compatibilizar la celebración de huelgas de signo claramente político con la prohibición legal literal (vía RD-L 17/1977) de su celebración, usando fórmulas como la de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1993, donde se indicaba que una protesta por la política social del Gobierno no es una huelga política pura; o la de la sentencia también del Tribunal Constitucional 259/2007, donde se admitía que la huelga puede “suponer también”, además de la reivindicación de mejoras económicas o laborales, “una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos”.

52 Así se expresó José Ignacio Wert Ortega (Wert dice que los niños de Baleares..., 2013), ministro de Educación (2011-2015).

53 Sobre este asunto, Monereo Pérez (2010), González Ortega (2018), Monereo Pérez y Ortega Lozano (2019).

liberal.⁵⁴ Ahora bien, esta dinámica no es neutra ideológicamente, ya que en España ha sido notable la influencia en el derecho privado del tradicionalismo y el iusnaturalismo católico, que son ideologías contrarias por lo general a la cultura democrática de los derechos de participación sociopolítica; tampoco es adecuada desde el punto de vista técnico, pues las categorías del derecho privado los reconfiguran inevitablemente conforme a los fines a los que ellas sirven.

En este sentido, y entre los elementos iusprivatistas a los que ha recurrido la jurisprudencia constitucional para delimitar el contenido esencial del derecho de huelga, resolver sus conflictos con otros derechos y determinar cuándo estamos ante huelgas abusivas o ilícitas, se encuentran la buena fe contractual,⁵⁵ la teoría del daño o la teoría del abuso del derecho.⁵⁶ A este respecto, se consideran huelgas abusivas o ilícitas, según el artículo 6 del RD-L 17/1977 (y considerado constitucional por la Sentencia 11/1981):

las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, *cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga.*

En principio, no son huelgas ilegales y solo se parte de la presunción *iuris tantum*, según indicaba el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981, de que son abusivas o ilícitas⁵⁷ salvo prueba en contrario, que deberán presentar los trabajadores huelguistas para su valoración ante un tribunal. Ahora bien, la atribución a los trabajadores de esta carga de la prueba evidencia la sospecha de desorden o ruptura del orden (y, por lo tanto, de portadoras de un mal o constitutivas de un mal uso del derecho), que en España siempre ha perseguido a la huelga y, en general, a las acciones de la clase trabajadora.⁵⁸

En este sentido, la teoría del daño ha servido especialmente para fundamentar la doctrina según la cual el derecho de huelga cede cuando ocasiona “un mal

54 Sobre estas cuestiones, Ruiz Resa (1999 y 2015, pp. 429-445).

55 Balaguer Callejón (1981) llama la atención sobre cómo ya se recurre en concreto a este tópico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1983, fundamento jurídico 2.

56 Así se aprecia en el fundamento jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981.

57 Fundamento jurídico 10.

58 Monereo Pérez (2010) se preguntaba por qué no hacer que la presunción *iuris tantum* funcione al revés, es decir, que se presuman no abusivas, salvo prueba en contrario.

más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito” (fundamento jurídico 18 de la STC 11/1981). Ahora bien, la ponderación entre el mal que supone la limitación o no del ejercicio del derecho de huelga y ese “mal más grave” que se produce con su ejercicio está devaluando el carácter fundamental y social del derecho de huelga, ya que en muchas ocasiones está sirviendo para excluir o limitar su ejercicio ante otros derechos que no tienen tal carácter.⁵⁹ Es el caso de la libertad de trabajo o incluso la libertad de empresa, cuya ubicación en el texto constitucional de 1978 (respectivamente artículos 35 y 38, ambos en la sección segunda del capítulo II de su título I) determina que no tienen la consideración de derecho fundamental (que son los derechos ubicados en la sección primera del capítulo II de su título I). Sin embargo, el arrastre de la huelga hacia lo económico privado, aunque sea en el contexto del contrato de trabajo, potencia su comparación en términos de igualdad con otras libertades individuales de tipo económico, cuando realmente no corresponden a la misma categoría jurídica. Esta situación tiene incluso como resultado perverso una especie de intercambio en la ubicación de cada derecho en la categoría del otro, de manera que, en la ponderación, es la libertad de trabajo la que parece el derecho fundamental ante el que cede la huelga.

Así se detecta especialmente en la diferente aplicación que se ha venido haciendo en los últimos años de las normas de derecho penal que protegen de las coacciones el ejercicio del derecho de huelga (artículo 315.1 y 1 del Código Penal) y las que lo hacen respecto de la libertad de trabajo (artículo 315.3 del Código penal). Como Dolz Lago (2018) ha señalado y también ilustra la denuncia señalada al inicio de los sindicatos españoles ante la OIT, se han aplicado más las segundas que las primeras. Esto se ha hecho, además, considerando como coactivas acciones que carecían de los elementos que la jurisprudencia viene considerando necesarios para darles esa calificación. Se trata de una situación que, llamativamente y a pesar de que amplios sectores dudaban de la constitucionalidad del 315.3 del Código Penal,⁶⁰ se ha mostrado en ascenso a

59 Alarcón Caracuel (2010) lo consideró una “desmesura”.

60 En opinión de Arroyo Zapatero e Imedio Prado (2014), su escasa aplicación hasta esas fechas se debía a que la mayoría de los operadores jurídicos lo consideraban inconstitucional, opinión que ambos mantienen también en su trabajo, por la desproporción que este artículo implica en relación con el tratamiento del daño que las coacciones infligen a derechos de diferente categoría y en relación con las sanciones que llevan aparejadas. En este sentido, también lo consideran contrario a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

partir de 2010, sirviendo más para disuadir del ejercicio del derecho de huelga que para proteger la libertad de trabajo, y dando así cobertura legal a una “lógica policial”, tan común en la dictadura anterior, que debería ceder cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales (Juan Terradillos Basoco, 2016, p. 225). En todo caso, el artículo 172 del Código Penal sigue castigando las coacciones dirigidas a impedir el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que, si la reciente derogación del artículo 315.3 del Código Penal implica un cambio de tendencia, deberá ser objeto de análisis en los próximos años.

Conclusiones

De las páginas anteriores podemos, pues, concluir que la regulación actual del derecho de huelga en España, que tiene carácter de derecho social fundamental según su Constitución, sigue mostrando la presencia de un acervo autoritario que lleva en su tratamiento jurídico a considerarla como un evento sospechoso de desorden o ruptura del orden. Este tratamiento, si bien ya no es de prohibición o mera tolerancia, la arrastra hacia una consideración dominante de libertad económica e individual, acotada a lo profesional y diluyendo su dimensión de mecanismo de participación social. Tal es la consideración de la huelga que emana de la disposición legislativa preconstitucional que lo regula, el RD-L 17/1977, y que se consolida con el recurso a tópicos de la doctrina iusprivatista y con la existencia hasta hace poco de normas penales que permitían comparar las coacciones a su ejercicio con las que pudiera sufrir el ejercicio de otras libertades individuales de tipo económico. Esta situación ha supuesto su devaluación como derecho social fundamental, así como la devaluación del mismo funcionamiento de España como Estado de derecho, en la medida en que tampoco se regula su ejercicio por el órgano competente ni mediante la disposición adecuada, sin que por eso se evite el intervencionismo estatal alegado para no crearla, pues este se produce a través de otros poderes del Estado.

Aunque actualmente la huelga parezca haber cedido terreno a otras formas de presión, sigue presente, y su adecuada regulación conforme a las previsiones constitucionales, de manera que despliegue su carácter de derecho social fundamental, ayudará a desactivar la continuidad en España de una herencia autoritaria que todavía hoy cuenta con muchos partidarios y que permite seguir usando los derechos como mecanismos no de emancipación, sino de control.

Referencias

- Aguiló Regla, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Ariel.
- Alarcón Caracuel, M. A. (2010). Huelga en los servicios esenciales de la comunidad. *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Número monográfico dedicado a La regulación del derecho de huelga en España*, (2 y 3), 237-293.
- Alonso García, M. (1964). *Curso de Derecho del Trabajo*. Librería Bosch.
- Antón Oneca, J. (1971). El Derecho penal de la postguerra. *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*. Universidad de Salamanca.
- Arrese, J. L. (1940). *La Revolución del Nacional-Sindicalismo*. Editora Nacional.
- Arroyo Zapatero, L. A. & Imedio Prado, E. M. (2014). Límites del Derecho penal frente a la huelga y los piquetes de trabajadores en el Estado constitucional: el caso Airbus (Getafe). *Revista de derecho social*, 68 (octubre- diciembre), 189-208.
- Babiano Mora, J. (1995). *Emigrantes, cronómetros y huelgas: un estudio sobre el trabajo y los trabajadores durante el franquismo*. Siglo XXI de España.
- Babiano Mora, J. (Coord.). (2007). *Del hogar a la huelga: trabajo, género y movimiento obrero durante el franquismo*. Catarata.
- Balaguer Callejón, M. L. (1981). El contenido esencial del derecho de huelga. *Revista de derecho político*, (34), 123-142.
- Baratta, A. (1977). El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual. *Revista Sistema*, (17-18), 11-24.
- Baylos Grau, A. (Coord.) (2005). *Estudios sobre la huelga*. Bomarzo.
- Bellace, J. (2014). La OIT y el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 133(1), 31-76
- Biescas, J. A. (1980). *España bajo la dictadura franquista*. Madrid.
- Borrajo Dacruz, E. (1975). *Introducción al Derecho español del Trabajo*. Tecnos.
- Castejón, F. (1944). Del delito de huelga al delito contra la economía nacional a través del delito contra la libertad de trabajo. *Revista de Trabajo*, (2).

- Ceinos Suárez, A. (2000). *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*. Comares.
- Cerroni, U. (1976). Corporativismo, humanismo del trabajo y fascismo. *Teoría política y socialismo*. Ediciones Era.
- Cerroni, U. (1992). *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*. Siglo XXI.
- Cruz Villalón, J. (2010). Regulación y práctica del derecho de huelga en España: balance y propuestas normativas. *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Número monográfico dedicado a La regulación del derecho de huelga en España, (2-3)*, 129-166.
- Decreto-ley 5/1975. (22 de mayo de 1975). BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1975.
- De Vicente Martínez, R. (2021). La política criminal a examen en el delito de coacciones a la huelga. En J. Alapont (dir.), *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal* (pp. 267-296). J.M. Bosch editor.
- Del Águila, J. J. (2021). *El TOP. La represión de la libertad (1963-1977)* (2.ª ed. ampliada). Fundación Abogados de Atocha-Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.
- Del Río Cisneros, R. (1972). *José Antonio y la Revolución Nacional*. Ediciones del Movimiento.
- Fernández Roca, F. J. (2012). El tráfico de influencias en la España franquista: decisiones públicas, beneficios privados. *América Latina en la Historia Económica, 19(2)*, 193-218.
- Foucault, M. (1978). *Microfísica del poder*. Ediciones La Piqueta.
- Foucault, M. (1979, 1966). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (11.ª ed.). Siglo XXI.
- Franco Bahamonde, F. (1963). Discurso del caudillo en Valencia (19 de julio acto inaugural de la Institución Sindical de Formación Profesional San Vicente Ferrer en Valencia). *Revista de Trabajo, (3)*, mayo-junio.
- Franco Bahamonde, F. (1975). *Pensamiento político de Francisco Franco* (2 tomos). Ediciones del Movimiento.

- García Delgado, J. L. y Jiménez, J. C. (2001). *Un siglo de España: la economía* (2.ª ed. ampliada). Marcial Pons.
- García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (dirs.) (2021). *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruíz Castillo*. KRK ediciones.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. (1939). *Tres Conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*. Ediciones Fe.
- González, M. J. (1979). *La economía política del franquismo (1940-1970)*. *Dirigismo, mercado y planificación*. Tecnos.
- González Ortega, S. (2018). El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado. *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (418), 17-42.
- Iglesias Cabero, M. (2012). La huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia. *Diario La Ley* (7835).
- Incisa di Camerana, L. (1999). *Fascismo, populismo, modernizzazione*. A. Pellicani.
- Legnani, M. (1994). Sistema di potere fascista, blocco dominante, alleanze social. Contributo ad una discussione. *Italia contemporanea*, (194), 31-52.
- Ley 45/1959. (30 de julio de 1959). De orden público. BOE núm. 182 de 31 de julio de 1959.
- Ley 104/1965. (21 de diciembre de 1965). Sobre modificación del artículo 222 del Código Penal, "Texto revisado de 1963". BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1965.
- Ley Orgánica 10/1995. (23 de noviembre de 1995). Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 1/2015. (30 de marzo de 2015). Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
- Ley Orgánica 5/2021. (22 de abril de 2021). Derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal. BOE núm. 97, de 23 abril de 2021.
- Luque Balbona, D. (2012). Huelgas e intercambio político en España. *Revista Internacional de Sociología*, 70(3), 561-585.

- Luque Balbona, D. (2013). La forma de las huelgas en España (1905-2010). *Política y Sociedad*, 50(1), 235-268.
- Luque Balbona, D. y González Begega, S. (2017). Declive de las huelgas y cambio en el repertorio de protesta en España. *Arxius de Sociologia*, (36-37), 97-110.
- Martínez Abascal, V. M. (2010). La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual y en el plano colectivo. *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Número monográfico dedicado a La regulación del derecho de huelga en España*, (2 y 3), 27-86.
- Mateos, A. (1997). El retorno de España a la Organización Internacional del Trabajo: la persistencia del ostracismo, 1956-1960. *Historia Contemporánea*, (16), 201-217.
- Mayor Martínez, L. (1972). *Ideologías dominantes en el sindicato vertical*. ZERO.
- Ministerio de la Gobernación (Gobierno de España). (1939). *Dictamen de la comisión sobre la ilegitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936*. Editora Nacional.
- Molero Manglano, C. (1996). *Derecho sindical*. Dykinson.
- Molinero Ruiz, C. y Ysàs, P. (1998). *Productores disciplinados y minorías subversivas: clase obrera y conflictividad laboral en la España franquista*. Siglo XXI.
- Monereo Pérez, J. L. (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y Ordenamiento Laboral*. Consejo Económico y Social.
- Monereo Pérez, J. L. (2002). La huelga. En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M. N. Moreno Vida, *Comentario a la constitución socio-económica de España* (pp. 1057-1156). Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2010). La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas. Propuestas de reforma. *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Número monográfico dedicado a La regulación del derecho de huelga en España*, (2 y 3), 167-236.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2019). *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*. Thomson Reuters-Aranzadi.

- Montoya Melgar, A. (1986). *Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España (1873-1978)*. Civitas.
- Newman, O. (1981). *The Challenge of Corporation*. The MacMillan Press LTD.
- Palomeque López, M. C. (1980). *Derecho del trabajo e ideología*. Akal.
- Palomeque López, M. C. (1992). Los dos debates políticos sobre la promulgación de una “nueva ley” de huelga y la estrategia diferenciada de los sindicatos. *Revista crítica de teoría y práctica*, (1), 366-384.
- Palomeque López, M. C. (2010). La regulación de la huelga y sus inconvenientes funcionales. *Revista del Instituto de Estudios Económicos. Número monográfico dedicado a La regulación del derecho de huelga en España*, (2 y 3), 87-128.
- Pérez Botija, E. (1941). Importancia política del Derecho del Trabajo. *Revista de Trabajo*, 21-22.
- Pérez Botija, E. (1941). Comentarios a la Ley Sindical de 6 de diciembre de 1940. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-febrero.
- Pérez Leñero, J. (1949). Derecho penal de trabajo español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 487-503.
- Perfecto García, M. A. (2015). El nacional-sindicalismo español como proyecto económico- social. *Espacio, tiempo y forma. Serie V Historia Contemporánea. Revista de la Facultad de Geografía e Historia (UNED)*, (27), 131-162.
- Porret Gelabert, M. (2008). El derecho de huelga y sus límites. *Revista técnico laboral*, 30(117), 471-516.
- Portilla Contreras, G. (2008). La ideología del derecho penal durante el nacional-catolicismo. En F. Fernández-Crehuet López y A. M. Hespanha (eds.), *Frankismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?* (pp. 101-119). Vittorio Klostermann.
- Quintanilla Navarro, Y. R. (2010). El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una ley orgánica. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (73), 337-367.
- Real Decreto-ley 17/1977. (4 de marzo de 1977). Sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58 de 9 de marzo de 1977.

- Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M. (1963). El Fuero del Trabajo y la Carta Social Europea. *Revista de trabajo*, (2), marzo-abril.
- Rodríguez Sánchez, R. (2016). Legislación laboral y conflictos sociales: del franquismo a la democracia. En A. Reig Tapia y J. Sánchez Cervelló (coords.), *Transiciones en el mundo contemporáneo* (pp. 581-594). URV/UNAM.
- Rojas Rivero, G. P. (2020). La protección del derecho de huelga por la OIT en entredicho. *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, (277), 7-16.
- Ruiz Resa, J. D. (1999). Derechos humanos y franquismo. *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, IV(7), 409-439.
- Ruiz Resa, J. D. (2013). Legal Science as a Source of Law (Notes on its Practical-Normative Dimension). *Rechtstheorie. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*, (2), 43-50.
- Ruiz Resa, J. D. (2015). *Los derechos de los trabajadores en el franquismo*. Dykinson.
- Salleron, L. (1954). Economía y corporación. *Cuadernos de Política Social*, (24), 7-25.
- Sanmiguel Arribas, L. (1951). La inspección del trabajo y la política social. *Cuadernos de Política Social*, (9), 29.
- Santa Cruz, I. (1992). Sobre el concepto de igualdad: algunas observaciones. *Isegoría*, (6), 145-152.
- Sempere Navarro, A. V. (1982). *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo*. Akal.
- Sevillano Calero, F. (2016). Política y criminalidad en el “Nuevo Estado” franquista. La criminalización del “enemigo” en el derecho penal de posguerra. *Historia y Política* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-UCM-UNED), (35), enero-junio.
- Terradillos Basoco, J. (2016). De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso “los 8 de Airbus”. *Revista de derecho social*, (73), 217-240.
- Tuñón de Lara, M. (1971). *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*. Tecnos.

Tuñón de Lara, M. (1972). *El movimiento obrero en la historia de España, 1924-1936, vol. 3*. Taurus/Laia.

Tribunal Constitucional. (3 de octubre de 1979). Ley orgánica 2/1979. BOE núm. 239, de 05/10/1979.

Tribunal Constitucional. (8 de abril de 1981). Sentencia 11/1981. BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981, pp. 1-13.

Valdés Dal-Ré, F. (2013). La Huelga General de diciembre de 1988: reflexiones sobre el contexto histórico-político y jurídico del RDL 17/1977. En C. Méndez (coord.), *El paro general de 14 de diciembre de 1988: causas, desarrollo y consecuencias de la huelga con mayor seguimiento de la democracia* (pp. 50-63). Fundación Francisco Largo Caballero.

Valdés Dal-Ré, F. (2018). El contexto histórico-político y jurídico del reconocimiento constitucional del derecho de huelga. En B. Pendás (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y Perspectivas. Tomo II* (pp. 1149-1161). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Vargas, P. (2021). Los servicios esenciales como límite del derecho de huelga: una aproximación crítica a su delimitación conceptual en el derecho español. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, (238), 33-66.

Wert dice que los niños de Baleares son ‘rehenes’ de una huelga política. (18 de septiembre de 2013). *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/18/baleares/1379498564.html>

Zapatero Gómez, V. y Garrido Gómez, I. (Coords.) (2009). *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*. Cuadernos Democracia y Derechos Humanos-Universidad de Alcalá.

Natalia Andrea Pérez Mancera*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

perezmancera.natalia@gmail.com

nataliaa.perez@urosario.edu.co

**Análisis de crowdfunding como método de
financiamiento alternativo para la recuperación
del tejido empresarial y de la economía
colombiana por efectos del COVID-19**

*Analysis of Crowdfunding as an Alternative Financing
Method for the Recovery of Companies and the
Colombian Economy Due to the Impact of COVID-19*

*Análise do crowdfunding como forma alternativa de
financiamento para a recuperação do tecido empresarial e
da economia colombiana devido aos efeitos do COVID-19*

Artículo de investigación: recibido 02/07/2021 y aprobado 25/08/2021

* Abogada de la Universidad del Rosario (2019) (Colombia). Actualmente es candidata a magister en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4315-8636>

** Artículo de investigación dogmática elaborado como requisito parcial de grado para el programa de Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario (Colombia). La fuente de financiación del artículo es propia de la autora.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.4910>

Cómo citar:

Pérez Mancera, N. A. (2022). Análisis de crowdfunding como método de financiamiento alternativo para la recuperación del tejido empresarial y de la economía colombiana por efectos del COVID-19. *Precedente*, 20, 57-88.

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.4910>



Resumen

El *crowdfunding* es un mecanismo mediante el cual personas naturales, jurídicas, organizaciones sin ánimo de lucro, empresas, fondos o cualquier otra forma de asociación contractual o legal recaudan recursos económicos para ejecutar iniciativas empresariales, culturales y sociales, entre otras. Según su tipología, pueden basarse en donaciones, recompensas, inversiones (valores) o préstamos. Debido a la crisis mundial del COVID-19, la economía nacional se ha visto altamente afectada. El crowdfunding podría contribuir a su mejoramiento, al utilizarse como alternativa para el recaudo de recursos económicos que permitan la reactivación e incluso el crecimiento de la actividad económica.

Palabras claves: crowdfunding; COVID-19; financiación colectiva; recuperación económica; pyme.

Abstract

Crowdfunding is a mechanism through which individuals, legal entities, non-profit organizations, companies, funds, or any other kind of contractual or legal association collect financial resources to execute corporate, cultural, or social initiatives, among others. Depending on their type, they can be based on donations, rewards, investments (equity), or loans. Due to the global crisis of COVID-19, the national economy has been highly affected. Crowdfunding could contribute to its improvement, being used as an alternative for the collection of financial resources that allow the reactivation and even the growth of economic activity.

Keywords: Crowdfunding; COVID-19; Economic Recovery; SMEs.

Resumo

Crowdfunding é um mecanismo através do qual pessoas físicas, pessoas jurídicas, organizações sem fins lucrativos, empresas, fundos ou qualquer outra forma de associação contratual ou jurídica coletam recursos financeiros para a realização de iniciativas empresariais, culturais e sociais, entre outras. Dependendo do tipo, podem ser baseados em doações, recompensas, investimentos (títulos) ou empréstimos. Devido à crise global da COVID-19, a economia nacional foi bastante afetada. O Crowdfunding pode contribuir para a sua melhoria, ao ser utilizado como uma alternativa para a captação de recursos económicos que permitam a reativação e mesmo o crescimento da atividade económica.

Palavras-chave: crowdfunding; COVID-19; financiamento coletivo; recuperação econômica; PMEs.

Introducción

El Ministerio de Salud y Protección Social declaró emergencia sanitaria por causa del coronavirus (COVID-19) mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, en concordancia con lo manifestado por la Organización Mundial de la Salud, que en días anteriores lo había declarado una pandemia.

Mediante Decreto 417 del 17 de marzo del mismo año, el presidente de la República declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica. Este permite al Gobierno adoptar todas las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos sobre el orden económico y social.

En virtud de las graves afectaciones que ha traído consigo, esta pandemia se ha convertido en una crisis económica y financiera. Como consecuencia, el PIB ha tenido una caída del -6,8% (DANE, 2021): la más importante desde 1975 (Salazar, 2021).

Dicha afectación en el PIB se materializa en la disminución en el consumo de algunos bienes y servicios, lo cual genera la percepción de menores ingresos para las empresas y, con ello, menor capacidad para contratar o mantener la relación laboral con sus empleados. Esto produce menor consumo y menor capacidad adquisitiva para las personas. La falta de ingresos de las empresas y su carga laboral y tributaria están llevando a que tengan que pensar en recurrir a procesos de insolvencia, que afectan de forma directa la economía.

Es claro que después de superada la pandemia o mitigados sus efectos, el mundo, en especial el país y las empresas, va a requerir recursos para normalizar sus actividades económicas. Sin embargo, en virtud del alto gasto social que en este momento debe atender el Gobierno, que es siete veces mayor al de la última década (Delgado, 2021), se puede pensar que estos recursos no podrán provenir únicamente de subvenciones estatales.

Asimismo, es probable que las entidades financieras no tengan la capacidad para otorgar créditos y facilidades financieras a todas las empresas, ni que estas obtengan financiación o refinanciación de los créditos. Y esto, a su vez, puede no ser la solución para muchas pequeñas y medianas empresas (en adelante, pymes), que no tienen como otorgar garantías para acceder a las facilidades prestadas por estas entidades. Ante este complejo panorama, el crowdfunding puede convertirse en una gran herramienta para la recuperación de la economía nacional, e incluso a nivel mundial.

El crowdfunding, como método de financiación alternativo, permitirá que personas naturales y/o jurídicas (calificadas y no calificadas) se conviertan en aportantes. De tal manera, los aportantes podrán contribuir con un propósito lucrativo, buscando oportunidades y retornos de inversión, al restablecimiento de las empresas mediante inversión, préstamo o por mera beneficencia, a través de donación, lo que puede conducir al ascenso de la economía.

En virtud de lo anterior, mediante el presente artículo se realizará un análisis de la figura del crowdfunding, señalando su definición, las partes que intervienen, sus antecedentes, los tipos y clases, los modelos de ejecución, la tipología de crowdfunding regulada por la legislación colombiana, los beneficios de esta figura como forma alternativa de financiación que puede lograr el restablecimiento de las empresas y, con ello, de la economía nacional afectada por la crisis, para finalmente tratar los riesgos de este mecanismo de financiación.

Concepto

El término *crowdfunding*, proveniente de las palabras en inglés *crowd* (multitud) y *funding* (financiamiento), se emplea para referirse al financiamiento colectivo. Para definir este método de financiación, tomaremos algunos conceptos que se han elaborado desde su aparición hasta pasados varios años de ejecución. Así, por ejemplo, Royo-Villanova (2014) define el *crowdfunding* como “el esfuerzo colectivo por muchos individuos que ponen en común sus recursos para apoyar un proyecto concreto iniciado por otras personas u organizaciones, normalmente con la ayuda de internet”.

En España, la Comisión Europea (2014) lo define como una llamada abierta al público para obtener fondos para un proyecto específico. Otra definición que encontramos es la de Paul Belleflamme (2014), quien señala que:

El crowdfunding es un fenómeno que agrupa a personas en red y de un modo transparente, para la agregación de pequeñas aportaciones dinerarias en pro de la financiación de un proyecto concreto. Proyecto que va a requerir de recursos mayores que aquellos que podrían ser aportados por cada una de ellas de un modo individual. (Belleflamme et al., 2014, citada en Sajardo y Pérez, 2018, p. 152)

En virtud del documento de consulta de la Comisión Europea (2013), el crowdfunding es una fórmula alternativa y emergente de financiación que

conecta directamente a aquellos que puedan dar, prestar o invertir dinero con aquellos que lo necesitan para un determinado proyecto a través del uso del Internet (p. 2).

De las anteriores definiciones se extraen los siguientes elementos para proponer un concepto general del *crowdfunding*. Así las cosas, se puede afirmar que este es:

- a) un mecanismo de recaudo de recursos financieros; b) que se realiza a través de una plataforma de internet; c) se materializa a través de contribuciones individuales provenientes de un gran número de personas; d) su fin principal, es financiar proyectos o empresas de distinta clase. (Padilla Sánchez, 2019, p. 49)

Las partes intervinientes son las siguientes: i) los aportantes de recursos; ii) la plataforma electrónica de financiación colaborativa; y iii) el receptor de recursos.

Orígenes del crowdfunding

New York World - pedestal de la Estatua de la Libertad 1883 y 1884

Entre los primeros casos de financiamiento participativo en el que se emplea un medio masivo de comunicación para invitar a toda una comunidad a colaborar con recursos económicos, se destaca la convocatoria lanzada por el diario *New York World* entre 1883 y 1884. Dicha convocatoria solicitó contribuciones con el fin de poder concluir la construcción del pedestal de concreto en el cual se montaría la Estatua de la Libertad.

Como recompensa a las personas que contribuyeron, se les ofreció un reconocimiento de participación y una pequeña réplica de la estatua a las ayudas mayores a un dólar. En cinco meses se reunieron alrededor de USD 125 000. Destaca el hecho de que la mayor parte de las donaciones (aproximadamente 160 000) procedió de personas de bajos ingresos que aportaron menos de un dólar a la causa (Cejudo y Ramil, 2013).

Gira por los Estados Unidos - Marillion 1997

El primer caso de crowdfunding en línea es el de la banda de rock británica Marillion, que en 1997 llevó a cabo una campaña en Internet para invitar a sus fans a apoyarla económicamente y así costear su gira por los Estados Unidos. Se

logró recolectar un total de USD 60 000 a través de donaciones *online* (García de León y Garibay, 2016).

Artist Share – Brian Camelio 2003

El músico Brian Camelio funda la empresa *Artist Share*, considerada la primera plataforma dedicada al financiamiento colectivo con la finalidad de contactar artistas con su público, compartir con ellos el proceso creativo y lograr su colaboración económica para la generación de nuevas obras en el campo de las artes musicales (García de León y Garibay, 2016).

Demain la veille – 2004

En el año 2004, a dos franceses, Benjamín Pommeraud y Guillaume Colboc, se les ocurrió recaudar fondos por Internet para realizar una película de ciencia ficción de 16 minutos titulada *Demain la veille*. Subieron la campaña a Internet y obtuvieron recaudaciones por USD 50 000 en tres semanas (Mirales, 2013).

Concert in the Garden - 2005

En el año 2005, la compositora de jazz María Scheneider ganó un Grammy como mejor álbum de grupo por *Concert in the Garden*, su álbum financiado a través de crowdfunding (Velásquez, 2015).

Kickstarter - 2008

Pasados algunos años, en el 2008, se creó esta destacada plataforma de crowdfunding en Estados Unidos. Entre los años 2009 y 2015, Kickstarter publicó en su página web 253 000 proyectos procedentes de Estados Unidos, Canadá, Europa, Asia y América Latina (México, Brasil y Argentina, principalmente) (García de León y Garibay, 2016).

A partir de ese momento, se empezaron a crear grandes plataformas de crowdfunding, las cuales han financiado proyectos pequeños y medianos, de carácter lucrativo y no lucrativo. En el año 2012, las poco más de 450 plataformas de crowdfunding existentes en el mundo recaudaron 2660 millones de dólares y apoyaron cerca de 1,2 millones de proyectos; del total recaudado, 60% correspondió a plataformas de América del Norte, 35% a las de Europa, 3% a las de Oceanía, y el restante 2%, a plataformas de América del Sur, Asia y África (García de León y Garibay, 2016).

Situación actual

Es importante resaltar que el avance y proceso próspero que ha tenido este método de financiamiento tuvo tal vez su mayor impulso con la crisis financiera del año 2008. Ese año, por distintas razones, los consumidores vieron la necesidad de buscar alternativas al sistema financiero tradicional; ya fuera por desconfianza a las entidades bancarias, por la imposibilidad de estas de ofrecer los servicios a todo el mercado o por restricciones en cuanto a las garantías que exigían ante el temor a una nueva crisis (Padilla Sánchez, 2019, p. 36).

Se podría pensar que fue a partir de este momento que las pequeñas y medianas empresas, así como las personas naturales, empezaron a considerar en mayor magnitud la utilización del crowdfunding como método de financiación (Padilla Sánchez, 2019, p. 37).

Lo anterior, de la mano del desarrollo alcanzado por las tecnologías de la información, en especial las redes sociales, blogs y multimedia, así como los medios de pago electrónicos, los dispositivos móviles y los emails. Sin estas herramientas, que actualmente son de fácil acceso y de bajo costo, no sería posible esta alternativa de financiamiento.

Tipos de crowdfunding

Según Royo-Villanova (2014), existen diferentes tipos de crowdfunding que varían según el tipo de financiamiento que se quiera lograr y la finalidad o necesidad por la que se promueve. Los tipos son los basados en donaciones o en recompensas (crowdfunding social) y los basados en inversiones y en préstamos (crowdfunding financiero) (Padilla Sánchez, 2019, p. 81).

La regulación colombiana, mediante Decreto 1357 (2018), inicialmente excluyó la tipología del crowdfunding social, limitando el tipo de proyecto que podía recibir financiación a través de este mecanismo únicamente a “proyectos productivos”, presentados por personas jurídicas. Esto excluía proyectos con impacto social y los proyectos presentados por personas naturales; es decir, para nuestra regulación solo existía el crowdfunding financiero (Padilla Sánchez, 2019, p. 96).

No obstante, el Gobierno evidenció que las plataformas de financiación colaborativa han demostrado ser una herramienta efectiva para la financiación de proyectos, por lo que se vio en la necesidad de ajustar los parámetros de regulación sobre este mecanismo de financiación. Uno de estos cambios fue

incluir en la regulación, mediante el Decreto 1235 (2020), al crowdfunding social (donaciones). Esto significa que actualmente en Colombia se regula el crowdfunding financiero y el crowdfunding social.

A continuación, se explicará un poco en qué consiste cada uno:

Crowdfunding social (community crowdfunding)

El crowdfunding social es una modalidad muy utilizada a la hora de recolectar fondos, a escala nacional e internacional, dado que no genera mayor riesgo. En Colombia, pese a que esta modalidad no estaba regulada inicialmente, era plenamente permitida y utilizada para un sinnúmero de fines sociales. En la actualidad, ya estando incluida en la regulación, su uso se ha intensificado. Existen dos clases de crowdfunding social que se mencionan a continuación:

1. Contribuciones gratuitas o donaciones

Se trata de una solicitud de donaciones a una multitud para la realización de un proyecto por una organización sin ánimo de lucro o un particular, en donde los aportantes de los recursos poseen una motivación de naturaleza filantrópica; por lo tanto, no se produce ningún retorno tangible a cambio (Wilson y Testoni, 2014).

Es la propia causa por financiar la única razón que atrae a las personas y motiva su contribución. Esta modalidad es la utilizada habitualmente para la puesta en marcha de proyectos con impacto social, ambiental o solidario por las entidades sociales.

En la actualidad, la mayoría de las plataformas de financiación en masa tienen una parte dedicada a proyectos sociales y algunas de ellas se dedican en exclusiva a proyectos benéficos.

2. Contribuciones con recompensa o entrega de un bien o servicio

Esta es una categoría importante y en gran crecimiento, más ampliamente utilizada a escala internacional, y funciona con proyectos en los que se brinda a los patrocinadores una recompensa no monetaria como contrapartida por sus aportaciones económicas. Sin embargo, la variedad de sus objetivos y de la naturaleza de la llamada recompensa es enorme. Puede consistir, por ejemplo, en aportar una cantidad para crear una nueva versión de un videojuego, con la contraprestación de poder descargar el videojuego, financiar la gira de un grupo de música, con la obtención de una entrada o un pase VIP, o

la producción industrial de un producto que se entrega una vez culminado el proceso productivo (Wilson y Testoni, 2014). Entonces, el retorno de la inversión de este tipo de crowdfunding no es siempre una suma de dinero, sino que optativamente se puede estructurar para que tal beneficio se materialice en una contraprestación en especie (bien o servicio).

Crowdfunding financiero

1. Inversión o equity crowdfunding

También llamado “crowdfunding de valores”, en este caso se aporta financiación no para la entrega de un producto concreto, sino para el desarrollo de una empresa, en la que el financiador actúa no como destinatario de su producto, sino como verdadero inversor, con derecho a participar en los beneficios de la empresa; es decir, adquirir una participación en el capital de la empresa que crea y lanza el proyecto (Royo-Villanova, 2014).

Este tipo de crowdfunding puede ser muy atractivo para los aportantes, toda vez que “ofrece la posibilidad de participar en las utilidades del proyecto y por lo tanto tiene un gran potencial para ganancias financieras. Sin embargo, involucra a la vez una potencial pérdida de la inversión” (Padilla Sánchez, 2019, p. 89). Cabe anotar que el riesgo de pérdida depende de cómo se plantee la campaña.

2. Préstamo (crowdlending)

Este tipo se caracteriza porque la forma de contribuir al proyecto es mediante un préstamo de dinero a los receptores de los recursos, a cambio del pago de capital junto con el reconocimiento de una tasa de interés ya sea fija o variable. Las tasas generalmente están en función de la viabilidad del proyecto, los niveles de riesgo y las expectativas de éxito (Padilla Sánchez, 2019, pp. 85-89).

El mecanismo, en general, supone la financiación de un préstamo por una pluralidad de prestamistas, y es la verdadera intermediación financiera de la plataforma la que hace que el préstamo no sea en realidad un préstamo de persona a persona (*peer to peer lending*), diferente al método de crowdfunding.

La revisión de los diferentes esquemas de crowdfunding permite evidenciar alternativas altamente viables para la financiación de proyectos, ideas de negocio e iniciativas sociales. Resulta también útil analizar su viabilidad para la recuperación y restablecimiento de las empresas que ya venían operando, y con ello de la economía nacional, la cual, es innegable, está padeciendo una grave afectación por la crisis generada por el COVID-19.

A su vez, el crowdfunding se convierte en una oportunidad para los inversionistas, dado que aportan en proyectos cuya efectividad se ha comprobado, pero que por situaciones extraordinarias requieren de capital para su reactivación y/o estabilización.

Modelos de ejecución del crowdfunding

Los diferentes tipos de crowdfunding mencionados anteriormente se pueden desarrollar o ejecutar de las siguientes formas:

Modelo de todo o nada

En este modelo, el promotor del proyecto, persona o entidad establece un importe mínimo necesario para su puesta en funcionamiento. En este contexto, la plataforma a través de la cual se ha desarrollado la campaña de crowdfunding dará acceso a los fondos al promotor, solamente cuando se haya alcanzado el monto establecido o una cantidad superior al mismo (Sajardo y Pérez, 2018; Colombo et al., 2015).

En caso contrario, si la meta financiera no ha sido obtenida, el dinero recogido es retornado a los aportantes y el promotor no recibe nada (esta operativa es conocida como Sistema de Pledges). Según Sajardo y Pérez (2018), en este modelo entra en juego la inteligencia colectiva que emana de una base amplia de inversores que validan el proyecto con su respaldo colectivo, lo cual, siguiendo a Lehner y Nicholls (2014), introduce un factor de protección frente a posibles equivocaciones a título individual en la selección de los proyectos objetivos (Cumming et al., 2015).

Modelo de todo vale

En este modelo, el promotor del proyecto recibe la cuantía monetaria que ha logrado recaudar durante el tiempo de vida de la campaña, aunque esta no cubra el monto total establecido como objetivo. Esta modalidad operativa, por lo general, suele ser utilizada en el caso de que la campaña de crowdfunding tenga como objetivo financiar una parte del proyecto objetivo, pero no su totalidad.

Legislación colombiana

Ámbito de regulación

El Decreto 1357 (2018), en su artículo 2.41.1.1.2, menciona que la financiación colaborativa puede realizarse a través de dos formas: (i) a través de valores representativos de deuda; y (ii) a través de valores representativos de capital social. Es decir, el Decreto 1357 (2018) se ocupa específicamente del esquema de crowdfunding financiero.

Sin embargo, el Decreto 1235 de (2020), en su artículo 9, adiciona al ámbito de regulación el crowdfunding social, en especial el crowdfunding de donación. Con esto autoriza a las entidades que realizan la actividad de financiación colaborativa para prestar servicios que permitan que los receptores inscritos en la plataforma reciban donaciones.

Los receptores interesados en recibir donaciones por medio de la plataforma de financiación colaborativa no podrán contar con una emisión de valores de financiación colaborativa en curso en la plataforma de manera simultánea.

Entidades autorizadas

De conformidad con el artículo 2.41.1.1.3 del Decreto 1357 (2018), la actividad de financiación colaborativa la podrán ejercer sociedades anónimas que se creen exclusivamente para este fin, así como las bolsas de valores y los sistemas de negociación o registro de valores. En cualquier caso, las entidades que realicen esta actividad deberán ser vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, para lo que deben cumplir con el trámite de autorización ante esta entidad. En dicho proceso no se exige la constitución de capital mínimo.

Monto máximo de financiación

Según el artículo 2.41.3.1.2 del Decreto 1357 (2018), el monto máximo de financiación de cada receptor en las entidades que realicen la actividad de financiación colaborativa no podrá ser superior a diez mil (10 000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV). Si los recursos únicamente provienen de los aportantes no calificados, el monto máximo de financiación de cada receptor no podrá ser superior a tres mil (3000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).

Sin embargo, el Gobierno colombiano, al evidenciar la efectividad de estas plataformas, vio la necesidad de modificar estos montos máximos de financiación mediante el Decreto 1235. En su parte considerativa señala lo siguiente:

Las emisiones realizadas en las plataformas de financiación colaborativa de proyectos productivos han demostrado ser una herramienta efectiva en la búsqueda de nuevos mecanismos de financiación, especialmente para las PYMES, por lo cual resulta necesario ampliar los montos máximos de financiación en el marco de estas plataformas. (Decreto 1235, 2020)

El artículo 12 del mencionado Decreto 1235 (2020) señala los nuevos montos máximos de financiación. El monto máximo de financiación de cada receptor en las entidades que desarrollan la actividad de financiación colaborativa no podrá ser superior a cincuenta y ocho mil (58 000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV). En todo caso, si los recursos únicamente provienen de los aportantes no calificados, el monto máximo de financiación de cada receptor no podrá ser superior a diecinueve mil (19 000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).

Tipos de aportantes

De acuerdo con el artículo 2.41.4.1.2 del Decreto 1357 de 2018 existen dos tipos de aportantes: calificados y no calificados.

1. Aportantes calificados

Son aquellos aportantes que, al momento de realizar una inversión para adquirir valores de financiación colaborativa, cumplen con uno o más de los siguientes requisitos: a) un patrimonio igual o superior a diez mil (10 000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV); b) ser titular de un portafolio de inversión en valores, distintos a valores de financiación colaborativa, igual o superior a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV); c) tener la certificación de profesional del mercado como operador expedida por un organismo autorregulador del mercado de valores; d) tener la calidad de entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia; o e) ser un organismo financiero extranjero o una multilateral.

2. Aportantes no calificados

Son aquellos aportantes que, al momento de realizar una inversión para adquirir valores de financiación colaborativa, no tengan la calidad de “aportantes calificados”. Los aportantes no calificados solo podrán destinar hasta el 20% de su patrimonio o de sus ingresos anuales en la financiación colaborativa.

El crowdfunding como alternativa de financiación para superar la crisis

Este mecanismo es de carácter complementario o alternativo a las medidas que ha tomado el Gobierno en pro de la recuperación de las empresas. Cuanta mayor inyección de capital obtengan, ya sea a través de crowdfunding y/o beneficios del Gobierno, será mejor para estas, dado que podrán recuperarse en menor tiempo y evitar mayores efectos en el normal desarrollo de su objeto social. Dependiendo siempre de la viabilidad y rentabilidad de la empresa.

Para tener un panorama un poco más claro, a continuación se enuncian algunas de las medidas adoptadas por el Gobierno:

(i) Crédito para las microempresas “Economía para la Gente”; (ii) fondo de fondos “Capitalización Empresarial”; (iii) fondo de deuda “Más Crédito para la Reactivación”; (iv) plazos largos y condiciones preferenciales en créditos de redescuento; (v) ampliación de la línea de capital de trabajo más inversión del Fondo Nacional de Garantías; (vi) refinanciación de pasivos “El Impulso para las Micro”; (vii) mejores condiciones y mayores montos para garantías microempresariales; (viii) fortalecimiento de las garantías para pymes y grandes empresas; (ix) línea de garantías para emisión de bonos; (x) línea para fondos de deuda; (xi) garantía para financiamiento de facturas (confirming); y (xii) agenda regulatoria (Presidencia de la República de Colombia, 2020).

Teniendo claro el contexto, se podría afirmar que, así como uno de los mayores impulsos a la figura de crowdfunding fue generado por la crisis financiera de 2008, uniéndose al desarrollo e influencia que la tecnología tiene actualmente, no es para nada descabellado apostarle a este mecanismo alternativo como forma de ayudar en la recuperación de las empresas y, a su vez, como una fuente financiera recurrente para las mismas. Permitir que los aportantes como entes privados adquieran la calidad de “inversionistas” o de “acreedores” frente a empresas que se han visto afectadas en la continuidad de su idea de negocio puede contribuir a la recuperación de la economía nacional.

Plataformas en Colombia

En Colombia, actualmente se está dando aplicación a esta figura crowdfunding a través de plataformas como **a2censo** y **Vaki**, entre otras. A continuación, se describirán estas dos plataformas: algunas de sus características, tipología, casos de éxito y propuestas de mejora alineadas con la recuperación de la economía nacional.

1. a2censo

a2censo es la primera plataforma de financiación colaborativa (crowdfunding de inversión) creada por la Bolsa de valores de Colombia, en donde se encuentran pyme e inversionistas para hacer crecer las empresas, los proyectos locales, el dinero y el país (a2censo, 2021). Teniendo en cuenta las tipologías de crowdfunding anteriormente mencionadas, a2censo hace parte del género crowdfunding financiero, especie crowdfunding de inversión. El procedimiento se divide en las siguientes etapas: (i) publicación de campaña; (ii) vitrina de inversión; (iii) inversiones colaborativas; (iv) cierre exitoso de campaña; y (v) pago de rendimientos.

Una de las características relevantes de esta plataforma es que se invierte con un riesgo reducido, dado que el Fondo Nacional de Garantías cubre un gran porcentaje del saldo de capital en caso de incumplimiento por parte de la empresa (el porcentaje se puede identificar en el detalle de cada campaña).

Los requisitos para participar en a2censo son: (i) ser una empresa legalmente constituida como persona jurídica en Colombia; (ii) contar con al menos un año de operación y doce (12) meses consecutivos de ventas; (iii) ingresos anuales entre los COP 900 millones y los COP 50 000 millones; (iv) contar con al menos un año de historial crediticio y cuentas bancarias activas.

Algunos casos de éxito financiados en esta plataforma son **Parrilla Libanesa** (“una experiencia culinaria memorable con tradición y riqueza cultural”), **Habi.co** (“invierte en bienes raíces de forma simple y sin comprar un inmueble”), **Mascotas Bichos** (*pet shop*) y **Vain** (ropa interior), entre otros.

Esta plataforma es una excelente opción para quienes cumplen con los requisitos. Sin embargo, en el contexto actual de crisis económica por efectos del COVID-19, el requisito número iii podría considerarse un impedimento para que muchas pymes afectadas accedan a esta plataforma, ya que, por las medidas de salud y seguridad adoptadas por el Gobierno, puede que les sea difícil alcanzar las ventas anuales por el valor exigido.

Frente a lo anterior se manifiesta que se deben flexibilizar un poco aquellos requisitos con el ánimo de realmente contribuir a la recuperación de las empresas y, con ello, de la economía. Esto abriría un poco más la ventana de posibilidades para las empresas y los inversionistas o acreedores.

2. Vaki

Por otro lado, se encuentra **Vaki**, una plataforma de crowdfunding social en la que se puede crear campañas llamadas “vakis”. Una campaña de crowdfunding, según Vaki, es básicamente una “vaca en línea”, donde se busca recaudar fondos de diferentes personas que comparten los mismos ideales y quieren llevar a cabo un proyecto juntos (Vaki, 2021).

Teniendo en cuenta las tipologías de crowdfunding anteriormente mencionadas, Vaki hace parte del género crowdfunding social y de la especie “contribuciones gratuitas o donaciones”.

Vaki está diseñada únicamente para fines sociales, por lo que se reciben todo tipo de proyectos o causas, tales como eventos, viajes, campañas políticas, emprendimientos, películas, exposiciones de arte, libros y causas sociales para mejorar el entorno y la calidad de vida de una comunidad. Sin limitarse a personas jurídicas o pyme, y excluyendo de sus fines el crowdfunding financiero; es decir, no se puede crear una vaki para ofrecer préstamos, utilidad de un proyecto, parte de una empresa o cualquier valor.

Algunos casos de éxito financiados en esta plataforma son Noticias uno (“Una vaca por la red independiente”), Los Danieles (“Soy teja de los Danieles”) y SantiBedoya (“¡Ayúdame a conseguir mis prótesis!”), entre otros.

Esta plataforma es una buena iniciativa y una excelente forma de recolectar recursos para apoyar obras sociales y contribuir a la recuperación de la economía. No obstante, debe apelar al buen corazón de los ciudadanos, dado que no hay un retorno a la inversión, ya que todo se maneja mediante el concepto de donaciones.

Si bien esta plataforma puede ayudar en gran medida a algunas empresas, no todas van a obtener el apoyo, básicamente, porque no hay una recompensa para los donantes y no todas las pymes tienen un fin social, lo que las haría poco atractivas para algunos aportantes. Sin embargo, no se debe perder de vista que esta tipología cuenta con mayor flexibilidad y cómodo acceso.

Aprovechando esta flexibilidad, se podría implementar en mayor medida la tipología de crowdfunding social, en especial la clase “contribuciones con

recompensa o entrega de un bien o servicio”. Al establecerse de esta manera, podría llegar a ser más atractivo para los aportantes, dado que, pese a que es claro que no va a existir una tasa de interés, un retorno a la inversión o participación en el capital social, las empresas receptoras de los recursos podrían otorgar otro tipo de recompensa. Recompensa que incentive a los aportantes a contribuir a su restablecimiento, y, con esta aplicación en masa, se podría contribuir a la recuperación de la economía.

Con la explicación de las dos plataformas anteriores se puede evidenciar que el crowdfunding es una alternativa altamente viable. Se considera que con la creación de más plataformas de este tipo, en las cuales se tenga en cuenta el contexto económico actual del país, llegando a un punto medio en donde se proteja al inversionista o aportante y se ajusten los criterios de acceso a este mecanismo, se permitiría a un mayor número de pymes beneficiarse y contribuir a la reactivación de la economía.

Plataformas en el mundo

Para confirmar la viabilidad del crowdfunding como alternativa de financiación, a continuación se mencionan algunos ejemplos de plataformas de crowdfunding en el mundo:

1. Crowdfunding social

Plataforma	Fondos recaudados	Proyectos	Tasa de éxito	Inversionistas
Kickstarter	USD 5 992 153 728	528 081	aproximadamente 39%	19 994 523
Ulule	EUR 219 383 128	55 297	aproximadamente 70%	3 886 287
Indiegogo	USD 1,6 billones	más de 800 000	aproximadamente 9,3%	más de 9 000 000

Tabla propia construida con información oficial de Kickstarter (2021), Ulele (2021) e Indiegogo (2021); y con artículos de Jeffries (2013) y Wiggers (2019).

2. Crowdfunding de préstamo - crowdlending

Plataforma	Fondos recaudados	Proyectos	Interés	Inversionistas
Bondora	EUR 479 000 000	No es público	aproximadamente 8%	174 369
PeerBerry	EUR 668 705 988	2591	10,60%	aproximadamente 28 000
Mintos	EUR 7 102 509 386	23 111 713	10,32%	432 866

Tabla propia construida con información oficial de Bondora (2021), PeerBerry (2021) y Mintos (2021).

3. Crowdfunding de inversión - equity

Plataforma	Fondos recaudados	Proyectos	Tasa de éxito	Interés	Inversionistas
Housers	EUR 126 431 247	442	aproximadamente 74,2%	8,38%	131 218
Capital Cell	EUR 43 300 000	57	91%	depende del proyecto	No es público
Seedrs	GBP 293 000 000	265	85%	depende del proyecto	146 652

Tabla propia construida con información oficial de Housers (2021), Capital Cell (2021) y Seedrs (2021).

Beneficios

1. Beneficios para la economía

En la actualidad, según reportes de Colombia Fintech, “Colombia tiene 2 540 953 pyme, que representan el 90% de las empresas del país, producen el 30% del PIB y emplean más del 65% de la fuerza laboral nacional” (El 62% de las pymes colombianas no tiene acceso a financiamiento, 2020). Con lo anterior se demuestra que las pymes son parte importante del tejido empresarial en Colombia.

A continuación, se mencionan los principales beneficios del crowdfunding para la economía nacional.

- El crowdfunding va a contribuir a la inyección de recursos económicos por parte de personas, entes privados, que quizás no vieron su patrimonio afectado en mayor medida por la crisis generada por el COVID-19 o tienen suficiente liquidez y buscan oportunidades de inversión, aliviando con ello la carga al Gobierno nacional.
- Este mecanismo fomenta la competencia, en cuanto los demás actores de la industria, en especial las entidades financieras (banca tradicional), se ven obligados a generar estrategias, innovar, o reducir sus exigencias a la hora de acceder a sus servicios (Padilla Sánchez, 2019, p. 73).
- El crowdfunding podría ayudar a disminuir los procesos de insolvencia a los que se verán enfrentadas las empresas que sufrieron un impacto severo en sus finanzas corporativas. Empresas a las cuales las medidas otorgadas por el Gobierno —beneficios tributarios, líneas de créditos y garantías sobre los mismos, flexibilización en tiempos y pagos, reestructuraciones parciales con determinados grupos de acreedores, contempladas en el artículo 8, parágrafo 3 del Decreto 560 (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2020), y demás medidas anteriormente mencionadas— no les resultan suficientes.
- Esta figura puede ayudar a mitigar el impacto que tuvo la disminución de la tasa de empleo, dado que una vez las pymes, que contribuyen con un alto porcentaje del empleo, logren estabilizarse, podrán continuar generando empleo y, quizás a un corto o mediano plazo, aumentar su productividad y, con ello, su capacidad para contratar.
- La financiación colaborativa podría contribuir a estabilizar el PIB, aumentar la capacidad de las empresas para producir y consumir bienes y servicios, así como la de contratar, y el poder adquisitivo de quienes cuenten con un empleo.
- Se optaría por nuevas formas de ingreso de inversionistas, mediante esquemas societarios especiales, emisiones de bonos, opciones de convertir en *equity* créditos concedidos, capitalizaciones, etc.

2. Beneficios para los receptores, en especial pymes

A continuación, se enuncian los principales beneficios para los receptores:

- Con este mecanismo, las pymes que tienen un buen perfil de riesgo, pero que no tienen posibilidad de ofrecer garantías a los acreedores financieros o historial crediticio, podrán acceder a la obtención de recursos. Gran beneficio en especial para aquellas que se encuentran en línea con un proceso de insolvencia, con lo que tienen casi sellada la puerta con entidades financieras (Padilla Sánchez, 2019, p. 77).
- Esta figura ayudaría a que se financien ideas productivas viables que por la crisis no se encuentran solventes.
- La estructura de operación del crowdfunding es más liviana, en comparación con la utilizada por la banca tradicional, en cuanto a gastos fijos, arrendamiento, carga laboral, infraestructura, entre otros, dado que opera a través de Internet. Por lo tanto, con este mecanismo se incurre en menos costos de operación, y la diferencia en estos costos puede verse reflejada en los porcentajes (%) de interés, cuando a préstamos se refiere. Es decir, el costo del dinero para los receptores se reduce considerablemente (Padilla Sánchez, 2019, p. 76).
- Los receptores tienen la opción de elegir el tipo de financiamiento que más se acomode a sus necesidades, diseñando sus campañas, ya sea préstamo o inversión, así como los tiempos de retorno, y pagos, establecidos previamente, a los que el inversionista solo accede; y así no tener que someterse a las ofertas y requisitos de los bancos (Padilla Sánchez, 2019, p. 77).
- El crowdfunding permite crecer como empresa y acceder a entidades financieras en caso de requerir más recursos, utilizando este mecanismo como un escalón para acceder a otros tipos de recursos (Padilla Sánchez, 2019, p. 78).
- Contribuiría a profesionalizar la empresa, abrirla a inversionistas y aprovechar la estructura no solo para la recuperación, sino incluso para mejoramiento o crecimiento de la operación.

- Favorecería la creación de alianzas estratégicas con otras empresas del sector, dada la posibilidad de invertir en ellas y generar beneficios mutuos.
- Los intereses o rendimientos financieros que pagan a los aportantes podrán ser registrados como gastos deducibles en el cálculo del impuesto sobre la renta, lo cual tiene la capacidad de disminuir la carga impositiva.

3. Beneficios para los aportantes

A continuación, se señalan los principales beneficios para los aportantes:

- Este método funge como alternativa de inversión, en donde los aportantes tendrán diversidad de proyectos, en los cuales invertir, según su preferencia o experticia, con la posibilidad de repartir el riesgo en varias industrias, acatando los montos que establezca el Gobierno Nacional (Padilla Sánchez, 2019, p. 80).
- El mecanismo se convierte en una oportunidad para los inversionistas, quienes pueden invertir en empresas consolidadas, dado que los proyectos que se presentan son modelos cuya efectividad se ha comprobado. Es decir, con ideas productivas viables, pero que por situaciones extraordinarias requieren de capital para su reactivación y estabilización.
- El crowdfunding podría servir como medio para repatriar o canalizar en el país recursos que se tengan en el exterior, de conformidad con la reglamentación que expida para el momento el Gobierno nacional.
- Este mecanismo es provechoso para los aportantes, ya que es de fácil acceso, utilización y consulta. Dinamiza la realización de los aportes, ya que se puede llevar a cabo desde cualquier lugar y a cualquier hora (Padilla Sánchez, 2019, p. 80).
- Los aportantes tendrían una rentabilidad a mediano o largo plazo, dependiendo de las características del proyecto escogido, y tenerla representada en títulos de deuda o inversión, lo cual es conveniente para la seguridad de su patrimonio.
- Se podría proponer generar incentivos por parte del Gobierno nacional a quienes inviertan en las pymes. Hay que tener en cuenta que el Gobierno

nacional no puede apalancar de forma total la recuperación de un país, y en caso de hacerlo tendrá que recaudar recursos de algún lugar o sector. Un ejemplo de un posible recaudo sería realizando un incremento en la tributación para un sector determinado, lo cual generaría quizás una carga muy alta y poco atractiva. Por el contrario, si esta carga se transforma y se implementa un beneficio o incentivo para quienes inviertan en las pymes mediante crowdfunding, ayudando a su recuperación, el beneficio para los aportantes sería múltiple.

- Los aportantes estarían contribuyendo a mejorar la economía del país, lo que puede generar una satisfacción moral y social.
- Los aportantes estarían reduciendo los pasos entre el ahorro y la inversión final.

Riesgos del Crowdfunding

Luego de haber mencionado los tipos de crowdfunding junto con sus finalidades y beneficios, es menester señalar los riesgos asociados al mecanismo y cómo los ha tratado la legislación colombiana. Para ello se tendrá en cuenta la clasificación propuesta por el investigador Padilla Sánchez (2019):

1. El riesgo sistémico

Hace referencia a un colapso generalizado de un sistema o de un mercado (Padilla Sánchez, 2019, p. 117; Chen et al., 2013, p. 420). Un ejemplo de ello es la crisis financiera de 2008. El crowdfunding, tal y como lo ha mencionado la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO), representa una fracción muy pequeña de la economía real, por lo que este riesgo no es tan evidente. Sin embargo, hay que tener presente la proyección al crecimiento que tiene este mercado.

Frente a este riesgo, la regulación colombiana intentó minimizarlo con la exigencia de que los recursos aportados sean administrados por una entidad financiera distinta a la sociedad de financiación colaborativa.

Con la medida adoptada en la legislación colombiana, se busca fragmentar o mitigar el riesgo. Adicionalmente, se limita el monto máximo a financiar para cada receptor entre 58 000 SMMLV y 19 000 SMMLV cuando provienen

únicamente de aportantes no calificados (Decreto 1235, 2020), en pro de disminuir este riesgo (Padilla Sánchez, 2019, pp. 117-119).

2. El riesgo de liquidez

Consiste en la dificultad del inversionista para lograr vender su inversión y obtener liquidez luego de hacer parte de ella.

En la legislación colombiana, apoyando la posición de Padilla Sánchez (2019), lamentablemente, en vez de reducir el riesgo de liquidez, se intensificaba, dada la prohibición establecida en el artículo 2.41.5.3.6 del Decreto 1357 (2018) para trasladar o negociar en el mercado principal o en el segundo mercado los valores de financiación colaborativa.

Sin perjuicio de lo anterior, mediante el Decreto 1235 (2020) artículo 14, se otorgó la facultad a las entidades que desarrollan la actividad de financiación colaborativa de administrar sistemas de registro de operaciones sobre los valores de financiación colaborativa que hayan sido emitidos a través de la propia plataforma.

Si la entidad emisora decide que sus valores sean registrados en dicho sistema, los aportantes podrán enajenar o disponer de los valores de financiación colaborativa adquiridos únicamente en los mecanismos electrónicos que la entidad que desarrolla la actividad de financiación colaborativa disponga para el efecto.

Con esta nueva regulación, se minimiza un poco el riesgo de liquidez, teniendo el aportante la oportunidad de enajenar o disponer de los valores; sin embargo, esto se puede realizar únicamente si la entidad emisora, en este caso la pyme, acepta el registro de sus valores en el sistema. Dicha enajenación solamente se podrá realizar mediante los mecanismos electrónicos que la plataforma disponga.

3. El riesgo de crédito o de incumplimiento

Este es definido por la Superintendencia Financiera como “la posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas, y por ende, se disminuye el valor de sus activos como consecuencia de que un deudor o contraparte incumpla sus obligaciones” (Superintendencia Financiera, Circular externa 100 de 1995).

Este riesgo disminuye en la medida en que se realice un proceso de selección diligente para con el receptor de los recursos. Para mitigar este riesgo, el Decreto 1357 de 2018, en su artículo 2.41.3.1.1., exige al receptor una documentación de información considerable, que podría tildarse de excesiva, para acreditar sus calidades. Sin embargo, esto es un riesgo de todas las transacciones financieras.

Otra forma de disminuir el riesgo, como se mencionó anteriormente, es a través de seguros que pueden pagar las empresas para proteger un porcentaje de la inversión, en pro de proporcionarle seguridad al inversionista; este es el caso de la plataforma a2censo de la Bolsa de Valores, en la cual se garantiza mediante el Fondo Nacional de Garantías un gran porcentaje sobre el saldo de capital en caso de incumplimiento por parte de la empresa. Lo que significa que el inversionista en ningún caso va a perder 100% de su inversión.

4. Riesgo de mercado

Es definido por la Superintendencia Financiera como

La posibilidad de que una entidad incurra en pérdidas asociadas a la disminución del valor de sus portafolios, las caídas del valor de las carteras colectivas o fondos que administran, por efecto de cambios en el precio de los instrumentos financieros en los cuales se mantienen posiciones dentro o fuera del balance. (Superintendencia Financiera, Circular externa 042 de 2010)

Este riesgo es aminorado en la medida en que un aportante, llámese inversionista o acreedor, puede invertir en varios proyectos, distribuyendo el riesgo en varios mercados o industrias. Por tanto, esta es una estrategia de inversión/financiación alternativa que mitigaría el efecto de dicho riesgo.

5. El riesgo operativo

Se basa en los posibles problemas técnicos de las plataformas electrónicas que puedan generar un cierre temporal o definitivo.

En el Decreto 1357 (2018), en su artículo 2.41.1.1.4., este riesgo se intenta atenuar con algunas medidas, tales como exigencia de planes de contingencia y continuidad de las operaciones, sistemas de recursos y procedimientos adecuados y proporcionales al tamaño y frecuencia de los negocios, así como mecanismos eficaces de control y salvaguardia de sus sistemas informáticos.

6. El riesgo de fraude

Es latente en este mecanismo, dado que se realiza en el anonimato del internet, y se puede concretar a través del robo de identidad, lavado de activos, financiamiento del terrorismo y afectación a la privacidad de los datos.

Se puede controlar mediante el manejo de políticas de Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT). Sin embargo, se debe tener presente que este riesgo no se elimina, dado que la operación es mediante Internet (Padilla Sánchez, 2019, p. 131)

7. Riesgos asociados a las condiciones particulares del aportante

Aquí se encuentra la falta de experiencia y conocimiento de los aportantes a la hora de realizar la inversión. Por ello, se debe realizar una debida diligencia para establecer en qué proyecto invertir, basándose en información estandarizada que habrá de ser proporcionada por la plataforma para brindar seguridad a los aportantes.

8. Riesgo legal

La figura del crowdfunding en la legislación colombiana es relativamente nueva, por lo que, con base en el cambio en las condiciones del mercado o del Gobierno mismo, la regulación podrá modificarse en cualquier momento. El hecho de ser nueva también implica que aún faltan cosas por mejorar.

Conclusiones

Es claro que nos encontramos frente a una crisis extraordinaria, sin antecedente. Lo más parecido podría ser la crisis económica de 1999 (UPAC) en Colombia y la crisis financiera de 2008. Es por esto que se intenta buscar alternativas de recuperación de la economía que preserven la empresa y el empleo.

El Gobierno nacional no puede apalancar de forma total la recuperación de un país o, de poder hacerlo, la carga sería excesiva y tendría que equilibrarse de alguna manera. Un ejemplo de ello sería un incremento en la tributación para un sector determinado, que generaría quizás una carga muy alta. Carga que podría transformarse, si se implementa un beneficio o incentivo para quienes inviertan en las pymes, ayudando a su recuperación, dado que estas son las que fundamentalmente se han visto afectadas por los efectos de la pandemia.

Para lograr que haya una inversión mayor en estas empresas, tendiente a la conservación del empleo y la recuperación de la economía nacional, se podría utilizar el mecanismo de financiación colaborativa denominado *crowdfunding*. En este, personas que no se vieron afectadas en gran magnitud o que cuentan con la capacidad financiera podrían aportar a la recuperación de las pymes,

mediante diferentes modalidades, especialmente la financiación colaborativa, que se realiza a través de valores representativos de deuda (préstamo) o de valores representativos de capital social (inversión, *equity*).

Como se mencionó en el cuerpo del documento, el Decreto 1357 de 2018 y el Decreto 1235 de 2020 son la única regulación especial que tiene Colombia en lo relativo a la figura del crowdfunding. Lo anterior a ello eran documentos de consulta y aplicación de costumbre mercantil, por lo cual consideramos que, para poder darle aplicación satisfactoria como mecanismo alternativo de financiamiento en medio de la crisis, considerando el manejo que se le ha dado a la figura en otras legislaciones, se debería tener en cuenta lo siguiente:

- Las condiciones flexibles del crowdfunding social permiten su utilización no solo bajo la tipología de donaciones, sino también de la de contribuciones con recompensa o entrega de un bien o servicio. Al existir una recompensa, esto llama más la atención del aportante y ayuda a que un gran número de pymes puedan acceder a este modelo, sin estar atados a los requisitos del crowdfunding financiero. Los recursos recaudados mediante este mecanismo contribuirían al restablecimiento de las empresas y, a su vez, a la recuperación de la economía.
- En cuanto a requisitos, documentación y procesos administrativos que deben realizar los posibles receptores, se deben reconsiderar, apuntando a agilizar el procedimiento de postulación, dada la cantidad de pymes que requieren acceso a este mecanismo, sin perder de vista la protección del aportante; es decir, llegar a un punto medio.
- El límite al monto de financiación atado a la calidad del aportante genera gran dificultad, puesto que no es un tema fácil de identificar y manejar por parte del receptor. Adicionalmente, impide y afecta la financiación del proyecto, ya que se cuenta con una proyección o meta de recolección de recursos, la cual va a variar sin que el receptor o incluso los mismos aportantes puedan decidir.
- Para darle una aplicación eficaz al mecanismo, se deberá proporcionar una formación mínima a los ciudadanos sobre la utilización de la figura: sus tipos, riesgos y beneficios.
- Se deberá publicitar e incentivar el uso del mecanismo de financiación alternativa y crear una línea de atención al ciudadano por parte de

la Superintendencia Financiera, que de forma neutral y ajena a las sociedades administradoras de las plataformas preste asesoría, resuelva dudas y realice orientación de forma imparcial.

- Sería de gran ayuda que el Gobierno creara beneficios o recompensas a quienes inviertan en la recuperación y conservación de pymes, dada la contribución que se realiza al restablecimiento de la economía.

Finalmente, luego de analizar la figura de crowdfunding, los casos de éxito en las plataformas colombianas (a2censo y Vaki), el pequeño listado de plataformas a nivel mundial con sus estadísticas y teniendo en cuenta los puntos por mejorar, se podría afirmar que el crowdfunding puede ser utilizado como método de financiamiento alternativo para la recuperación y fortalecimiento del tejido empresarial y de la economía colombiana por efectos del COVID-19.

Referencias

a2censo. (s. f.). *Cumple tus metas de crecimiento con a2censo*. Recuperado el 15 de mayo de 2021 de <https://a2censo.com/a2censo>

Belleflamme, P. et al. (2014). Crowdfunding: Tapping the Right Crowd. *Journal of Business Venturing*, 29(5), 585-609.

Bondora. (s. f.). *Start with Bondora today*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210725140018/https://www.bondora.com/en/invest>

84 Capital Cell. (s. f.). *Invierte con los especialistas*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210812070429/https://capitalcell.es/>

Cejudo, A. y Ramil, X. (2013). *Crowdfunding. Financiación colectiva en clave de participación*. Asociación Española de Fundraising.

Chen, F., Chen, X., Sun, Z., Yu, T. y Zhong, M. (2013). Systemic Risk, Financial Crisis, and Credit Risk Insurance. *The Financial Review*, 48(3), 417-442. <http://dx.doi.org/10.1111/fire.12009>

Colombo, M. G., Franzoni, C. y Rossi-Lamastra, C. (2015). Internet social capital and the attraction of early contributions in crowdfunding. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 39(1), 75-100. <http://dx.doi.org/10.1111/etap.12118>

- Comisión Europea. (3 de octubre de 2013). Consultation document: Crowdfunding in the EU – Exploring the added value of potential EU action. https://ec.europa.eu/finance/consultations/2013/crowdfunding/docs/consultation-document_en.pdf
- Comisión Europea. (27 de febrero de 2014). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones. Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la Unión Europea, COM(2014) 172 final. [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2014\)172&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2014)172&lang=es)
- Cumming, D., Leboeuf, G. y Schwienbracher, A. (2015). Crowdfunding Models: Keep-It-All vs. All-Or-Nothing. *The 2014 Strategic Management Society Annual Conference*, Poitiers, France. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447567>
- DANE. (15 de febrero de 2021). Principales resultados Cuarto trimestre y año total 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/presen_rueda_de_prensa_PIB_IVtrim20.pdf
- Delgado, P. (24 de abril de 2021). El futuro de la pobreza y la clase media en Colombia. *El Espectador*. <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/enlosmediosimpreso/elespectadorcom24abril2021f.pdf>
- El 62% de las pymes colombianas no tiene acceso a financiamiento. (8 de septiembre de 2020). *Colombia Fintech*. <https://www.colombiafintech.co/novedades/el-62-de-las-pymes-colombianas-no-tiene-acceso-a-financiamiento>
- García de León, S. y Garibay Ayala, R. (2016). Financiamiento alternativo: crowdfunding para pequeños y medianos proyectos empresariales e iniciativas sociales. *Hospitalidad ESDAI*, (29), 35-52.
- Housers. (s. f.). *We believe in total transparency*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210921012932/https://www.housers.com/en/stats>
- IndieGogo. (s. f.). *About us*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210915152254/https://www.indiegogo.com/about/our-story>

Jeffries, A. (7 de agosto de 2013). Indie no-go: only one in ten projects gets fully funded on Kickstarter's biggest rival. *The Verge*. <https://web.archive.org/web/20210226022140/https://www.theverge.com/2013/8/7/4594824/less-than-10-percent-of-projects-on-indiegogo-get-fully-funded>

Kickstarter. (s. f.). *Estadísticas de Kickstarter*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210728224502/https://www.kickstarter.com/help/stats?lang=es>

Lehner, O. M. y Nicholls, A. (2014). Social finance and crowdfunding for social enterprises: A public-private case study providing legitimacy and leverage. *Venture Capital*, 16(3), 271-286.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (15 de abril de 2020). Decreto 560 de 2020. Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=113637>

Mintos. (s. f.). *The leading marketing place for investing in loans*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210921012426/https://www.mintos.com/en/>

Mirales, J. (2013). "Crowdfunding": La colectivización del cine se impone. *Academia: Revista del Cine Español*, (196), 18-19. <https://www.academiadecine.com/wp-content/uploads/2013/01/aca196web.pdf>

Padilla Sánchez, J. A. (2019). *CROWDFUNDING: Análisis del marco regulatorio de la financiación colaborativa en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

PeerBerry. (s. f.). *Estadísticas*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210921011316/https://peerberry.com/es/peerberry-statistics/>

Presidencia de la República. (31 de julio de 2018). Decreto 1357 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la actividad de financiación colaborativa. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87770>

- Presidencia de la República. (17 de marzo de 2020). Decreto 417 de 2020. Por el cual se declara Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110334>
- Presidencia de la República. (14 de septiembre de 2020). Decreto 1235 de 2020. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con las reglas para la emisión en el mercado de valores, se reglamenta el artículo 2 del Decreto Legislativo 817 de 2020 y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142006>
- Presidencia de la República de Colombia. (19 de octubre de 2020). Gobierno lanza 12 herramientas para impulsar la reactivación económica de las Mipyme del país por \$19 billones [Comunicado de Prensa]. <https://idm.presidencia.gov.co/prensa/gobierno-lanza-12-herramientas-para-impulsar-la-reactivacion-economica-de-201019>
- Royo-Villanova, S. Á. (2014). El “Equity Crowdfunding” o financiación en masa de inversión: importancia, problemas y opciones en su regulación”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (61), 13–58.
- Sajardo Moreno, A. y Pérez Sempere, S. (2018). Análisis de las plataformas de crowdfunding social en el estado español: un estudio de casos. *REVESCO. Revista De Estudios Cooperativos*, (130), 149-175. <http://dx.doi.org/10.5209/REVE.61938>
- Salazar, C. (16 de febrero de 2021). La caída de 6,8% del Producto Interno Bruto de 2020 fue la peor de la historia del país. *La República*. <https://www.larepublica.co/economia/la-caida-de-68-del-producto-interno-bruto-de-2020-fue-la-peor-de-la-historia-del-pais-3125632>
- Seedrs. (s. f.). 2020: YEAR IN REVIEW. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210227191205/https://yearinreview2020.seedrs.com/>
- Superintendencia Financiera. (1995). Circular externa 100. Circular Básica Contable y Financiera. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-contable-y-financiera-circular-externa-de--15466>

- Superintendencia Financiera. (11 de noviembre de 2010). Circular externa 042. https://www.redjurista.com/Documents/circular_42_de_2010_superfinanciera_-_superintendencia_financiera.aspx
- Ulele. (s. f.). *Estadísticas de Ulele*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://web.archive.org/web/20210921002526/https://es.ulule.com/stats/>
- Unidad Regulación Financiera. (13 de septiembre de 2018). Preguntas Frecuentes Crowdfunding [Archivo PDF]. Unidad Regulación Financiera. http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-106189%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- Vaki. (s. f.). *Poder Colectivo. Vaki: Financiamiento müüücho más fácil*. Recuperado el 15 de mayo de 2021 de <https://vaki.co/es/>
- Velásquez Bazurto, S. G. (2015). Modelo Crowdfunding y su factibilidad en el Ecuador para el desarrollo de nuevos emprendimientos [Tesis de maestría]. Universidad de Guayaquil. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/8827>
- Wiggers, K. (9 de enero de 2019). Chinese entrepreneurs have raised over \$150 million on Indiegogo since 2016. *Venture Beat*. <https://venturebeat.com/2019/01/09/chinese-entrepreneurs-have-raised-over-150-million-on-indiegogo-since-2016/>
- Wilson, K y Testoni, M. (2014). Improving the Role of Equity Crowdfunding in Europe's Capital Markets. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2502280>

Yecid Echeverry Enciso*

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

yecheverry@icesi.edu.co

**La participación ciudadana como mecanismo
de protección del medioambiente: el caso de la
consulta previa en comunidades étnicas**

*Citizen Participation as a Mechanism for Protecting
the Environment: the Case of Prior Consultation in Ethnic
Communities*

*A participação cidadã como mecanismo de proteção
ao meio ambiente: o caso da consulta prévia em
comunidades étnicas*

Artículo de investigación: recibido 03/06/2021 y aprobado 20/08/2021

* Abogado por la Universidad de San Buenaventura Cali (Colombia); Sociólogo por la Universidad del Valle (Colombia); Especialista en Derecho Penal por la Universidad Santiago de Cali (Colombia); Magister en Filosofía Política por la Universidad del Valle (Colombia); PhD en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Ha escrito varios artículos y capítulos de libros sobre derecho penal, sociología jurídica, filosofía jurídica, criminología, política criminal y dogmática penal. Es profesor tiempo completo de la Universidad Icesi de Cali (Colombia). Editor de la Revista *Precedente*. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5610-5600>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.4852>

Cómo citar:

Echeverry Enciso, Y. (2022). La participación ciudadana como mecanismo de protección del medioambiente: el caso de la consulta previa en comunidades étnicas. *Precedente*, 20, 89-121. <https://doi.org/10.18046/prec.v20.4852>



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

Resumen

El presente artículo aborda el tema de la consulta previa como mecanismo de participación democrática y derecho fundamental enfocado en la protección del medioambiente, las comunidades étnicas, su entorno sociocultural y la relación entre el territorio, la identidad y los recursos naturales. En ese sentido, se analizan las distintas interpretaciones que las altas cortes han hecho del mecanismo de participación ciudadana y sus implicaciones en la construcción y protección del ambiente como recurso indispensable para la supervivencia de los pueblos.

Palabras claves: consulta previa; mecanismos de participación; medioambiente; comunidades étnicas.

Abstract

This article addresses the issue of prior consultation as a mechanism for democratic participation focused on the protection of the environment, ethnic communities, their socio-cultural environment and the relationship between territory, identity and natural resources. In this sense, we analyze the different interpretations that the high courts have made of the citizen participation mechanism and its implications in the construction and protection of the environment as an indispensable resource for the survival of the peoples.

Keywords: Prior Consultation; Participation Mechanisms; Environment; Ethnic Communities.

Resumo

Este artigo aborda a questão da consulta prévia como mecanismo de participação democrática e direito fundamental voltado para a proteção do meio ambiente, das comunidades étnicas, de seu entorno sociocultural e da relação entre território, identidade e recursos naturais. Nesse sentido, são analisadas as diferentes interpretações que os tribunais superiores têm feito do mecanismo de participação cidadã e suas implicações na construção e proteção do meio ambiente como recurso indispensável à sobrevivência dos povos.

Palavras-chave: consulta prévia; mecanismos de participação; meio ambiente; comunidades étnicas.

Introducción

La participación de los pueblos étnicos en la toma de decisiones estatales que les afecten ha sido un tema muy controvertido en el ámbito nacional e internacional. Por ello, la consulta previa, como manifestación de este derecho de participación, por ser una institución jurídica usada para dirimir conflictos políticos, jurídicos y sociales manifestados en el choque entre los intereses económicos y la supervivencia de los pueblos indígenas y afrodescendientes (Universidad de los Andes, 2010), se torna relevante dentro de las discusiones jurídicas, puesto que se trata de bienes ampliamente protegidos por el ordenamiento. Esta problemática ha dejado registro jurídico, no solo por la cantidad de acciones de tutela y populares radicadas,¹ sino también por los perjuicios que ha ocasionado el subsistema económico a las comunidades étnicas y a la ciudadanía en general, pues, al priorizar la autonomía empresarial sobre el interés comunitario de las minorías, se desvaloriza el rol que ejercen las comunidades en la toma de decisiones administrativas y legales. Igualmente, se atenta contra su supervivencia cultural y política, al paso que se desatiende ese llamado a la participación como pilar del ordenamiento constitucional.

Ante la preocupación de los pueblos indígenas, las comunidades negras y raizales por el reconocimiento de su diversidad y autonomía, en 1991 se expide, además de la Constitución, la Ley 21 del mismo año, que contempla el derecho fundamental de consulta previa, como resultado de la incorporación del Convenio núm. 169 de la OIT al ordenamiento jurídico nacional, con el fin de proteger la identidad, la cultura y el equilibrio ambiental de los territorios habitados por estos pueblos. Este objetivo ha sido distorsionado por culpa del voto de relevancia económica que dan las altas corporaciones estatales (Rico, 2009) y que deja de lado y sin protección a las comunidades que se encuentran amenazadas por actividades de explotación y extracción de hidrocarburos, carbón, oro, entre otros. Esto genera incertidumbre sobre el futuro de la consulta previa, que pretendía contribuir a la defensa de intereses de los grupos étnicos en Colombia y posibilitar su autonomía en la toma de decisiones.

La jurisprudencia y la legislación que se han gestado en el ordenamiento jurídico son la clara evidencia de los caminos utilizados por las autoridades estatales para solucionar o atender a la preocupación por el respeto de estas

¹ Según la página de relatoría de la Corte Constitucional, aparecen 709 registros de tutelas sobre el tema en mención, a 21 de julio de 2021.

comunidades. Pese a lo anterior, es sabido que estos actores, en numerosas ocasiones, han sido víctimas de vulneración de sus derechos: al trabajo, a la consulta previa, al respeto por su autonomía e integridad cultural, al medioambiente sano y a la relación que estos guardan con la naturaleza, en la medida en que sus decisiones no tienen fuerza alguna respecto de las decisiones del alto Gobierno.

En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional se ha referido al derecho al territorio y a la propiedad colectiva en cabeza de estas comunidades, expresando que la garantía de la consulta previa atiende a la suprema importancia que se le atribuye al lugar donde se encuentran asentados, en comparación con la relación que otros ciudadanos tienen con el territorio en el que habitan. Aunado a ello, se sabe que, desde tiempos de la colonización, la búsqueda y dominio sobre el oro que poseían los indígenas fueron motivo para invadir y usurpar las tierras de los países americanos; no obstante el significado sagrado que tenía este metal para dichas comunidades. Sobre estas acciones, se puede decir que hoy en día cobran atención pública, porque se ven en juego derechos fundamentales de las comunidades indígenas; derechos sobre los que se ha creado conciencia con el pasar de los siglos, enfrentados a los intereses económicos de la nación o de un programa de gobierno, si se quiere.

El deseo del oro, metales preciosos e hidrocarburos genera una dinámica de desplazamiento y de expropiación de tierras, porque, al privatizar la zona en donde habitan estas comunidades y comenzar a explorar y explotar los recursos naturales que la componen, sin contar con un consentimiento informado y previo de sus habitantes, generan el desalojo obligatorio del lugar, como reacción de supervivencia de estos agentes sociales ante la oleada de personas que llegan a imponer sus tradiciones, lo que pone en grave peligro la estabilidad cultural de los grupos originarios.

En ese orden de ideas, el presente ensayo busca reflexionar sobre la prioridad y aplicación efectiva del derecho de consulta previa, como institución protectora de las minorías étnicas del Estado, a través del análisis de sentencias en las que se concedió el derecho a las respectivas comunidades. Para lograr lo anterior, primero se hará un recuento jurisprudencial de la aplicación y procedencia de la consulta previa en los diferentes escenarios que involucren a las comunidades étnicas nacionales, haciendo especial énfasis en los proyectos de minería, hidrocarburos y su relación con el medioambiente. De ahí que este trabajo privilegie componentes cualitativos e interpretativos en el procesamiento de

la información. Se considera que el análisis de los discursos jurídicos y políticos que emergen de los fallos de las Cortes permiten comprender la riqueza de los procesos y las condiciones de producción de *sentidos* implícitos y explícitos en las decisiones consideradas. La metodología busca combinar elementos de la propuesta de simbiosis social, que estudia los fenómenos sociales como generadores y productores de sentido, con el análisis de órdenes de discurso y estrategias discursivas propuesto por Fairclough (2003). Asimismo, se utilizará la metodología expuesta por Diego López (2006), con el propósito de reconstruir e interpretar la argumentación de las Cortes en un análisis estático y dinámico, cuando las circunstancias lo permitan.

Seguidamente, acudiendo a la doctrina, se espera dar cuenta de las reflexiones críticas que sobre esta materia se han desarrollado; de la misma manera, se tendrá en cuenta el recuento jurisprudencial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cómo ha establecido esta corporación el conocimiento y cumplimiento del derecho de información; para, finalmente, concluir y pensar en cómo esta figura, además de hacer valer el derecho de participación de los grupos indígenas y comunidades negras, ha contribuido a la salvaguarda de los recursos naturales en Colombia.

Así, entonces, es fundamental recordar que sobre consulta previa se han escrito numerosas reflexiones —algunas de ellas serán abordadas líneas abajo—, pero, a pesar de ello, no deja de ser un tema clave para repensar la realidad que atraviesa el país y los derechos que se ven comprometidos con las decisiones que sobre esta figura se han tomado recientemente. Pues, no obstante haberse reconocido a la consulta previa como un derecho fundamental, el número de tutelas que se presentan ante las instancias judiciales en procura de su protección muestra la cantidad de vulneraciones que sufren dicho mecanismo y, en consecuencia, las comunidades, quienes tienen que acudir a la vía judicial para poder reclamar el cumplimiento de sus derechos. A la fecha de este escrito, marzo de 2021, la relatoría de la Corte Constitucional colombiana reportaba 778 registros con el nombre de “consulta previa”; cifra muy diciente en el marco de un Estado social y democrático de derecho, pues la consulta también hace parte integral del derecho fundamental a la participación política, clave dentro de un esquema democrático y, particularmente, del reconocimiento a la autonomía de los pueblos.

Aspectos generales de la consulta previa en Colombia

Partiendo del reconocimiento y protección constitucional a la diversidad étnica y cultural por parte del Estado (Const., 1991, art. 7), al considerar la consulta previa como un derecho fundamental de que gozan las comunidades indígenas y afrocolombianas, resulta imperioso reflexionar sobre el rol que estas ocupan en los espacios de participación dispuestos por el Estado para su ejercicio, pues, como se sabe, además de ser actores discriminados históricamente, en la actualidad siguen siendo víctimas de la vulneración de sus prerrogativas como comunidades. Entonces, en la tarea de respetar y reconocer los derechos de estas colectividades, se han dictado diversos pronunciamientos judiciales que buscan dar eficacia material a las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico sobre estos temas. Sin embargo, como se anotó antes, no son ajenas a la transgresión de sus derechos, y, para lo que en este escrito importa, se intentará abordar la relación de estos casos con la consulta previa, sin dejar de mencionar otros temas relevantes, como el derecho al medioambiente sano.

Antes de presentar un panorama claro y sucinto de la consulta previa desde el punto de vista jurídico, es importante comentar y, de alguna manera, entender por qué es tan importante que se proteja una figura de participación como esta. En este sentido, es preciso afirmar que nuestro interés nace de la relación entre las comunidades indígenas y su territorio como parte del medioambiente vital; aclarando que dicha relación va más allá de las dinámicas de propiedad que guarda el hombre moderno, pues es sabido que en la cosmogonía de estos pueblos el concepto de *territorio* se torna más espiritual, si se quiere, y es el reflejo de tradiciones ancestrales cuya enseñanza o significado se basa en el respeto por la tierra, la naturaleza, los animales y, en general, los recursos naturales. En otras palabras, el territorio es más que una simple extensión superficial de suelo; involucra tradiciones, ritos, prácticas sociales y una estrecha relación con la naturaleza, a la cual se le atribuye un significado mayor, como madre y soporte de existencia.

En este sentido, la CIDH ha establecido que “el territorio tradicional [de la sociedad indígena o tribal] abarca aldeas, zonas de caza, pesca, lugares de entierro, fuentes de plantas medicinales y puntos relevantes en su historia” (Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010). Este concepto no deja de lado los derechos que sobre uso y goce de los recursos naturales se pueden ejercer en sus territorios (Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2008). Las anteriores nociones han sido tomadas por la Corte Constitucional al momento

de atribuir el alcance a estos conceptos y relacionarlos con otros, como son la afectación directa y la justicia ambiental; todos ellos necesarios para entender el alcance de la consulta previa en el ordenamiento colombiano, como parte del pilar democrático de la participación ciudadana, en la protección del territorio y los recursos naturales.

No obstante esta especial relación, las comunidades indígenas se han visto despojadas y desterradas de sus territorios sagrados por parte de distintos actores. Ejemplo de ello es la ocupación realizada por el Ejército Nacional en 1962, a través de vías de hecho, en el cerro El Alguacil o Inarwa, constituido como territorio ancestral arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, el cual, para 1965, fue adjudicado al Ministerio de Guerra por el municipio de Valledupar, desconociendo que históricamente ese territorio les pertenecía a los arhuacos. Esta situación constituye una vulneración manifiesta de los derechos constitucionales que actualmente son reconocidos a estas colectividades. Por lo que, en ese caso concreto, la Corte Constitucional, aduciendo el derecho fundamental de la propiedad colectiva (T-188, 1993) de las comunidades indígenas, indicó su importancia para la supervivencia cultural y espiritual de estos pueblos para tutelar su derecho a la consulta previa, lo cual, evidentemente, les permitiría conocer los impactos causados por las obras desarrolladas en dicho territorio, las cuales se hicieron sin tener en cuenta la participación de la comunidad arhuaca (Corte Constitucional, T-005, 2016).

Otro factor preponderante que contribuye al fenómeno de destierro se da por la industrialización y la explotación de recursos. Sobre esto, Monje Carvajal (2015) afirma que “la mayor parte de las personas son desplazadas de regiones en las que hay iniciativas agroindustriales, de macroproyectos, de obras de infraestructura” (p. 32). Situación que no es ajena a las comunidades étnicas, y de ahí la importancia de consultar con ellas sobre este tipo de decisiones que, por lo general, les afectan directamente y se inmiscuyen en su órbita cultural, política y religiosa. Esta determinación guarda relación con el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, el cual indica que, ante la excepcional necesidad de traslado y reubicación de los pueblos, en todo caso, estos deben dar su consentimiento libre y con conocimiento de la causa que conlleva dicha acción.

Se podría pensar que, en cumplimiento de esta directriz, la Corte ha reconocido el derecho de las comunidades a ser consultadas, entre otros aspectos, sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios, como la madera (Corte Constitucional, T-380, 1993) y el petróleo (Corte Constitucional, SU-039, 1997);

la ejecución de programas de aspersión de cultivos ilícitos (Corte Constitucional, SU-383, 2003); la construcción de proyectos y obras de infraestructura (Corte Constitucional, T-428, 1992); la definición de las pautas para la integración de sus instancias de consulta; la entrega de concesiones para el desarrollo de proyectos turísticos; la conformación de juntas de acción comunal; el diseño de planes de atención y prevención de desastres, y la prestación del servicio educativo, entre otros (Corte Constitucional, SU-133, 2017).

Estos escenarios parecen ser alentadores, pues dan cuenta del compromiso estatal para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas y afrocolombianos, además de las obligaciones internacionales que ha adquirido por la ratificación de tratados sobre derechos humanos. Pero lo cierto es que, haciendo una revisión rápida de los pronunciamientos del tribunal constitucional sobre este tema, se nota con preocupación que el reconocimiento del derecho a la consulta previa solo se está logrando, al menos en mayor medida, por medio de fallos de tutela. Esto es un indicador del atropello que sufren las comunidades étnicas, pues solo a través del juez constitucional pueden hacer valer sus derechos como comunidad. Es decir, falta mucha conciencia sobre la realidad que afrontan estos actores y que va más allá del provecho económico y la desmesurada actividad extractiva y explotadora sobre la tierra. Y eso solo en aquellos casos donde se puede judicializar el cumplimiento de las prerrogativas constitucionales, pues, en muchas ocasiones, la presencia de actores armados que intimidan a las comunidades hace nugatoria cualquier pretensión de participación ciudadana.

En el mismo sentido, es preciso indicar que los grupos armados también han protagonizado este tipo de actuaciones. Y es tan conocido en el ordenamiento jurídico colombiano que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto, estableciendo que no basta, en escenarios de desplazamiento forzado, con la protección de la identidad cultural indígena, pues la reparación a estas comunidades debe incluir la situación de desventaja histórica que han sufrido, ya que “sus territorios suelen ser invadidos por los actores del conflicto sin respetar la neutralidad que estos pueblos han adoptado” (Corte Constitucional, T-1105, 2008). Sobre esta misma problemática, la Corte, en Auto 004 de 2009, asevera que los pueblos indígenas colombianos se encuentran en riesgo de exterminio físico y cultural por el conflicto armado, por lo que ha expedido órdenes para atender la situación (Universidad de los Andes, 2010). Preocupa, en particular, la destrucción que se hace del territorio al talar selvas con la finalidad de establecer

plantaciones de coca o de realizar extracción aurífera por parte de los actores armados al interior de asentamientos indígenas.

Con estos pocos ejemplos, se puede dar cuenta de la grave situación que afrontan los grupos étnicos, quienes siguen siendo objeto de violencia; claro, al igual que otros grupos humanos, pero resulta de especial atención este caso, porque se está ante una comunidad que desde tiempos de la colonización ha sido fuertemente reprimida, degradada y vulnerada de manera sistemática, a medida que sus territorios han ido menguando; unas veces por acciones legislativas, otras por la dinámica de la guerra interna y por la colonización campesina hacia las tierras de resguardos. En otras palabras, estas comunidades traen consigo un déficit de reconocimiento por parte del Estado que hace su situación cada día más preocupante por su vulnerabilidad.

Parecería, entonces, que la representación de los primeros colonos que llegaron a América en busca de *El Dorado* y nuevas tierras continúa siendo parte del proceso, aunque con otros actores y por diversas causas, pero su territorio y riquezas minerales siguen siendo objeto de persecución. La sed de explotación económica y el ansia de poder son indiferentes al paso del tiempo y no hallan reparos en transgredir a una comunidad con una cosmovisión que ve en los recursos naturales algo distinto a un puro medio económico: la fuente de vida, adoración, comunicación con sus deidades, arraigos y tradiciones, cuya adquisición y uso depende de unas dinámicas generalmente basadas en el respeto a los ciclos que estos cumplen. Por ejemplo, el descanso de la tierra y el consumo de ciertos alimentos en distintas épocas del año, de conformidad con rituales que forman parte de sus usos y cumplen una función específica en la vida de estos pueblos.²

Con esto, resulta evidente que la consulta previa cobra especial importancia en la protección del territorio como parte identitaria de las comunidades étnicas. Esta relación ha sido bien desarrollada por organismos internacionales y la jurisprudencia constitucional. Al respecto la OIT manifiesta:

² Por citar tan solo un ejemplo de estas prácticas que aún se conservan en algunos pueblos indígenas colombianos, se encuentra el ritual de reconciliación con la Madre Tierra surtido por la comunidad Nasa en 2016. Ver: <https://www.cric-colombia.org/portal/para-enraizarnos-con-la-madre-tierra-se-realizo-ritual-de-kutx-wahwa/>

Artículo 13. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (OIT 169, 1989)

Igualmente, el tribunal constitucional, en su vasta jurisprudencia, se ha referido a esta cuestión y, en síntesis, ha dicho que “el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad” (Corte Constitucional, T-235, 2011). En este orden de ideas, también enseña que el reconocimiento de su derecho al territorio propende hacia el ejercicio de otros derechos, como la identidad cultural y la autonomía. Es decir, este elemento trasciende las consideraciones formales sobre estos derechos (Corte Constitucional, T-188, 1993). Y el fundamento de todo este reconocimiento radica en la importancia atribuida al territorio, la cual

supera ampliamente el normal apego que la generalidad de los seres humanos siente en relación con los lugares en los que han crecido y pasado los más importantes momentos y experiencias de sus vidas, o en aquellos en los cuales habitaron sus ancestros. (Corte Constitucional, T-680, 2012)³

100 Ello es así porque el ejercicio de la autonomía reconocida en la Constitución necesariamente incluye su participación “en las decisiones que los afectan, entre ellas las relacionadas con la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios” (Corte Constitucional, C-062, 2003). Sobre este punto, es inevitable volver a la relación de cuidado y respeto que tienen los pueblos indígenas con la tierra y los recursos que obtienen de ella (Ortiz, 2017); y parte de esto se refleja en la comprensión sociológica del territorio y el espacio, la cual también juega un papel importante en el proceso de percibir la relevancia de estos elementos al interior de estas colectividades. De ahí que se establezca la siguiente directiva constitucional:

³ En el mismo sentido: Corte Constitucional (T-764, 2015; T-601, 2016).

Existe una relación intrínseca entre los conceptos de tierra y territorio: la tierra hace alusión a la base física de un asentamiento humano, mientras que el territorio hace referencia a las relaciones espirituales, sociales, culturales, económicas, entre otras, que construyen las personas y las comunidades alrededor de la tierra. (Corte Constitucional, T-763, 2012)

Teniendo una idea general sobre estos conceptos, es preciso adentrarse en la figura de la consulta previa como parte del reconocimiento constitucional que se ha otorgado a la identidad de los grupos étnicos,⁴ como una acción afirmativa para materializar el derecho de participación de estos en las decisiones que afecten directamente o pongan en riesgo sus prioridades como comunidad autónoma, con atención a la especial relación que guardan con su territorio, su patrimonio simbólico y cultural, prácticas económicas, ambientales y las tradiciones que les son propias y representan dicha identidad.

Estos aspectos tienen especial importancia porque se integran en la memoria histórica, no solo de los pueblos que las comparten, sino también del país en el que se encuentran asentados. El reconocimiento otorgado a estos actores se basa en el principio de la diferencia, sin que ello signifique que sea una entidad paralela al Estado quien los reconoce como ciudadanos. En ese orden de ideas, la protección de las comunidades indígenas hace parte del entramado histórico de Colombia, situación que no siempre se dio, pues en la Constitución de 1886 los indígenas eran excluidos del ordenamiento jurídico en ámbitos de reconocimiento cultural, étnico, religioso y civil. Esta constitución olvidó el carácter pluriétnico del Estado colombiano, toda vez que pretendía regular a una sociedad aparentemente homogénea, que en realidad presentaba contrastes apreciables en cuanto a modos de vida, tradiciones, lengua y otros aspectos diferenciadores de la mayoría de los ciudadanos del país.

En este sentido, García (2012) afirma que el no considerar los escenarios históricos, culturales, sociales y económicos de los pueblos indígenas y de sus respectivos países hace que todo este discurso se quede en consideraciones netamente jurídicas y procedimentales. Por su parte, Rodríguez (2018, p. 53)

4 Un grupo étnico es una comunidad determinada por la existencia de ancestros y una historia en común. Se distingue y reconoce por tradiciones y rituales compartidos, instituciones sociales consolidadas y rasgos culturales como la lengua, la gastronomía, la música, la danza y la espiritualidad, entre otros elementos. Los integrantes de un grupo étnico son conscientes de pertenecer a él, comparten entre ellos una carga simbólica y una profundidad histórica (Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, s. f.).

reafirma la imperiosa necesidad y el deber que se surte en cabeza del Estado de propiciar los espacios de participación a que tienen derecho las comunidades étnicas en lo relacionado con su territorio, identidad cultural y autonomía. Ello para establecer que la consulta como tal es solo un aspecto de la participación que, en aras de una verdadera autonomía, debe tener el peso de una decisión tomada, aceptada y compartida por toda la sociedad; en caso contrario, la consulta tan solo sería una especie de diálogo con decisión tomada previamente sin efecto alguno.

Así entonces, la Corte Constitucional ha decantado este tema en múltiples providencias, que han generado importantes directivas que permiten no solo conocer los aspectos técnicos que deben atenderse al momento de llevar a cabo el proceso de consulta, sino que, además, han traído a la luz pública diversas problemáticas que enfrentan los pueblos indígenas y, en general, los grupos étnicos, ante los cuales no se puede ser indiferente y que relacionan otros derechos como la educación, el trabajo, la seguridad social, el acceso a la administración de justicia, entre otros. Vale recordar que el tribunal constitucional ha destacado el carácter de derecho fundamental de la consulta previa y su orientación a proteger la seguridad y subsistencia de los grupos étnicos. Además de esa importante declaración, estimó que tales prerrogativas se encuentran reforzadas por el Convenio 169 de la OIT, con pretensión de asegurar y dotar de eficacia la participación de las comunidades indígenas (Corte Constitucional, SU-039, 1997).

El citado convenio, que versa sobre los “Pueblos indígenas y tribales en países independientes”, fue aprobado por la Ley 21 de 1991 y es un tratado sobre derechos humanos; se encuentra integrado, en estricto sentido, al bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 constitucional (Corte Constitucional, T-606, 2001). Este convenio sirve como parámetro de interpretación, junto con la Constitución nacional, la legislación vigente, los contextos culturales y los intereses indígenas, para el desarrollo del derecho a la consulta previa, como medida de aseguramiento de derechos fundamentales a la identidad étnica y cultural; aspecto cuya preservación es susceptible de protección por vía de tutela, atribuible a la comunidad indígena como sujeto colectivo, más que a cada uno de sus integrantes particularmente considerado (Corte Constitucional, T-052, 2017).

Consulta previa en las actividades económicas

Teniendo en cuenta que en Colombia también se protege la libre competencia económica (Const., 1991, art. 333), dentro de la cual se encuentran todo tipo de iniciativas empresariales lícitas, como son la explotación minera, el turismo, la construcción de obras civiles y, en general, la prestación de bienes y servicios, no se puede pasar por alto el papel que juega la consulta previa en el desarrollo o aprobación de estas actividades mercantiles cuando se pretenden llevar a cabo en territorios de comunidades étnicas.

La libertad de competencia es la oportunidad de acceder al mercado bajo las normas que lo regulan; implica la facultad que le asiste a los ciudadanos para afectar bienes con propósitos económicos, de los cuales se espera obtener utilidades (Corte Constitucional, C-032, 2017). De acuerdo con esto, se evidencia que esta materia encuentra sustento constitucional y su regulación no es ajena en los pronunciamientos del tribunal constitucional. De ahí que surja la inquietud por conocer la incidencia que tiene la consulta previa en el ejercicio de estas libertades, las cuales también se ven enfrentadas con otro tipo de derechos, como son los ambientales. Pues no se puede negar que el interés económico legítimo puede entrar, y a veces lo hace, en colisión con derechos de las comunidades, referidos a su identidad cultural y subsistencia, razón por la que se exige la consulta previa como derecho fundamental de estas comunidades para no afectarlas en el desarrollo de actividades mercantiles, de explotación minera o forestal, entre otras.

Por otra parte, se debe recordar que la idea de igualdad material en el Estado social de derecho colombiano se revela en la Constitución Política con el deber de protección especial a los sujetos menos favorecidos de la cooperación social y a la justicia distributiva, razón por la que ha de darse prioridad, en términos de acción afirmativa, a los grupos minoritarios (Franco, 2013). Esto evidentemente incluye a los grupos étnicos, reconocidos como grupos familiares de “ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional [...] y gozan de un rango constitucional especial” (Corte Constitucional, T-769, 2009). De allí se afianza la idea de que es el Estado quien debe propender a generar espacios de diálogo y participación entre las comunidades étnicas y las empresas que buscan explotar los recursos naturales de sus territorios.

La consulta previa, entonces, en la libertad de empresa juega un papel preponderante como mecanismo de comprensión y afianzamiento de intereses, pues la Corte Constitucional ha sido enfática en la obligación ambiental que les asiste, ya que la explotación de recursos naturales no renovables se puede ejecutar sin exceso, sin comprometer la extinción de estos; de lo contrario, se estaría omitiendo el imperativo del principio de precaución, sostenibilidad y distribución que propone la justicia ambiental (Corte Constitucional, SU-123, 2018), como marco de aplicación de las obligaciones de las empresas con el entorno social, pues la decisión privada no puede tornarse más relevante que la opinión de las minorías comunitarias, lo que genera una desigualdad entre sujetos de derecho.

En este sentido, cabe decir que “los sistemas jurídicos, a través de sus normas, prescriben los distintos modos en que habrán de organizarse las relaciones entre los agentes y los factores del sistema económico” (Franco, 2013, p. 21); razón por la cual las comunidades no quedan sometidas al vaivén de las relaciones puramente comerciales, sino que se deja un espacio de diálogo que permita encontrar equilibrios, y para ello se ha establecido la consulta previa, toda vez que propicia un escenario de comunicación entre los agentes, para discutir y llegar a un acuerdo sobre el grado de afectación que están dispuestas a tolerar en el ejercicio de las actividades económicas o del llamado *desarrollo*.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la explotación de petróleos en territorios de asentamiento indígena. Por ello se hará un breve recuento sobre dicha actividad en relación con la consulta previa, precisando, en materia de exploración y explotación de recursos no renovables, el “impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo” (Corte Constitucional, SU-123, 2018), como parte del diálogo e intercambio de saberes en la consecución de una solución negociada.

En 1997, el tribunal constitucional resolvió la problemática surgida entre el pueblo U'wa y la Sociedad Occidental de Colombia en conjunto con el Ministerio de Ambiente, por la autorización de una licencia ambiental por parte del ministerio aludido a la sociedad comercial ya mencionada. Según el defensor del pueblo, quien funge como la parte actora en representación de algunos miembros del pueblo U'wa, con este proceder se vulneraron varios derechos fundamentales de la comunidad, entre los que se encuentra la consulta previa.

En su fallo, la Corte Constitucional determinó, entre otras cosas, que, dados los intereses que se ven involucrados, como el destino y la seguridad de la subsistencia del pueblo U'wa, la participación no debe entenderse como la simple intervención en la actuación administrativa para el ejercicio del derecho de defensa o la recepción pasiva de información respecto al proyecto a desarrollar. Además, aseveró que la información o notificación sobre el proyecto de exploración o explotación de los recursos naturales no puede ser valorada como consulta; esta debe ser adelantada por el Estado, ser previa a la expedición de la licencia ambiental y gozar de una amplia discusión dentro de las comunidades afectadas, pues todas las actuaciones posteriores destinadas a suplir la ausencia de este procedimiento carecen de significado y valor jurídico (Corte Constitucional, SU-039, 1997).

De manera más reciente, en 2018 la Corte constitucional elaboró un importante pronunciamiento sobre los derechos de la comunidad Awá La Cabaña, presuntamente vulnerados por las actuaciones adelantadas por el Consorcio Colombia Energy en la explotación de hidrocarburos. De esta providencia se puede destacar, además del trabajo jurídico propio de este tribunal, las circunstancias que evidenciaron la afectación directa a la comunidad como consecuencia de las actividades de explotación, las cuales sirvieron de fundamento para que la Corte resolviera tutelar los derechos fundamentales de este pueblo, incluido el derecho a la consulta previa, entendido como un proceso deliberativo en el que se exponen las diferentes cosmovisiones y los impactos del proyecto para saber con claridad de qué manera los beneficia y cómo los afecta.

Respecto a este punto, la Corte de manera reiterada ha afirmado que los impactos ambientales derivados de actividades como las que se cuestionan se intensifican en las comunidades indígenas; y, para el caso de los Awá, esto se ve reflejado en:

Los flujos de la pesca, la deforestación de sus bosques y plantas medicinales, la restricción de sus costumbres, como lo informó la Defensoría, la afectación de la tradición oral que en la comunidad Awá “La Cabaña” acostumbraban a transmitir los ancianos en las caminatas con los más pequeños, ha sido afectada por la operación de los pozos adyacentes a su territorio. (Corte Constitucional, SU-123, 2018)

Lo anterior muestra cómo la afectación directa a las comunidades étnicas comporta un aspecto relacionado con su identidad cultural, a la vez que refleja un impacto significativo en el medioambiente y está directamente relacionada con el modo de vida de estos pueblos. Con esto, es posible advertir la importancia de respetar y propiciar el ejercicio de la consulta previa, porque de manera consecuente también se están protegiendo los recursos naturales y la fauna. Estos difícilmente pueden considerarse en riesgo a manos de las comunidades étnicas, ya que sus dinámicas sociales se permean de un profundo respeto por la tierra y los elementos que la componen.

En otro fallo sobre un proyecto de exploración y explotación minera en territorios de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó y del resguardo de Chageradó Turriquitadó en el Chocó y Antioquia, la Corte tuteló los derechos fundamentales de estas comunidades, al haberseles vulnerado el procedimiento de la consulta previa. Esto dio lugar a la suspensión de las actividades que se estuvieran adelantando o las que se fueran a adelantar, mientras no se hiciera el debido estudio de los impactos ambientales y se agotara la consulta previa con todas las comunidades afectadas por dicho proyecto económico.

La decisión trajo a colación varios aspectos relevantes. El tribunal destacó que debe buscarse un equilibrio entre el desarrollo económico del país, en este caso a través del proyecto minero, y la preservación ambiental, así como la subsistencia de las comunidades. Lo anterior en vista de que este sustrato representa la conservación de las generaciones futuras y el respeto por los valores que identifican a los grupos étnicos y la población en general del territorio. Además, afirmó que el proyecto, dada su duración de 30 años prorrogables, indudablemente generaría daños en el medioambiente, afectando los ríos, el aire, los bosques, la fauna, la salud y las bases económicas y culturales de estas comunidades (Corte Constitucional, T-769, 2009).

En este punto, es importante recordar la reflexión realizada por Rodríguez (2016), quien, al estudiar la previsión que hace el Código de Minas sobre la solicitud de declaratoria de zonas mineras por parte de grupos étnicos, deja ver “el limitado alcance de los derechos de estos pueblos en la legislación minera” (p. 51). Efectivamente, la poca o nula información que reciben las comunidades étnicas al solicitar esta medida se aparta de la pretensión fundamental, que es evitar que otras personas o empresas pudieran entrar a explotar su territorio, sin saber que tal declaratoria está sujeta a una condición temporal de aprovechamiento: que

las zonas del territorio en las que no haya interés de explotación, igualmente, quedan sujetas a expectativas de esta índole por parte de terceros y que los efectos de la consulta previa dejan de ser vinculantes aunque este derecho se mantenga.

Grosso modo, se ven las iniciativas legales que se han desarrollado para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas con pueblos y comunidades étnicas, particularmente la jurisprudencia constitucional, que se ha encargado de dar alcance y advertir a la sociedad sobre la importancia de reconocer, respetar y proteger el patrimonio histórico de las comunidades minoritarias. Así, se puede evidenciar que no basta con promulgar directivas legales que impongan obligaciones en cabeza del Estado y los particulares, pues, como se pudo notar, estas pueden ser tergiversadas y sus efectos resultar adversos a los fines para los que fueron creadas. De ahí la necesidad de generar conciencia sobre esta problemática que nos afecta.

Consulta previa y medioambiente

La consulta previa no solo ampara los derechos de identidad y subsistencia de los pueblos y comunidades étnicas; también abarca un componente ambiental muy importante, tal y como se ha expuesto líneas arriba, al citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, es necesario profundizar en este aspecto a efectos de abarcar el potencial de la figura jurídica en estudio. Rodríguez (2016) resalta las consecuencias de la declaratoria de Área Estratégica Minera en la Amazonía y su exploración, pues genera un fuerte impacto ambiental por “el desplazamiento de personas y de maquinaria necesario para implementar tal etapa [la de exploración]” (pp. 58-59), ya que en esta etapa no es necesario tener licencia ambiental. Estos impactos no son nuevos. Es clave advertir que, además de llevarse consigo especies de árboles y animales, también afecta gravemente a las comunidades residentes, pues el deterioro de los recursos interfiere en la relación que con ellos se tiene, vulnerando los derechos fundamentales a la libre determinación, la supervivencia, la integridad territorial general y ancestral, la participación en las decisiones que los afectan en la vida y la identidad e integridad étnica, cultural, social, ritual y económica, que en todo caso les asiste.

Ante esta circunstancia, la Organización Internacional del Trabajo se ha pronunciado en relación con el consentimiento informado, el cual tiene total asidero en la consulta previa, definiendo que debe contar mínimo con lo siguiente:

a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad; c. la duración del proyecto o la actividad; d. la ubicación de las áreas que se verán afectadas; e. una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y, g. los procedimientos que puede entrañar el proyecto. (OIT, 2009, p. 63)

Como se evidencia, el contenido del consentimiento es robusto y cubre amplios aspectos que deben conocer las comunidades al momento de evaluar el proyecto que está siendo o será objeto de consulta. También es preciso recordar que, dependiendo del grado de afectación que se perciba del proyecto hacia la comunidad étnica, se deberá adelantar un espacio de participación igual a la de otros ciudadanos, la consulta previa o la obtención del consentimiento libre, previo e informado por parte de todos los habitantes (Corte Constitucional, SU-123, 2018). No obstante, como se ha mencionado, la eficacia material de estos preceptos puede verse menoscabada por la inconciencia y la poca atención que algunos actores económicos y políticos otorgan a esta circunstancia.

Por otra parte, actualmente se acude al concepto de *nativo ecológico*, que introduce o invita a pensar que “las representaciones sobre los indígenas han sido transformadas del ‘sujeto colonial salvaje’ en el ‘actor político-ecológico’ ” (Ulloa, 2001, p. 286); situación que necesariamente remonta a la época colonial, donde los conocimientos indígenas eran menospreciados y deslegitimados a través de discursos religiosos, que hacían ocupar a los indígenas el último lugar de la pirámide social. Sobre esta cuestión, Castro (2005) refiere que parte de tal concepción se atribuye a la incapacidad que veían los españoles en los indígenas de elaborar conocimientos abstractos, científicos y a la falta de una escritura alfabética.

Con base en ello, se puede pensar que el nuevo rol que se está otorgando a las comunidades indígenas y a ellos como seres individuales es sinónimo de esa lucha por el reconocimiento en el espacio social y jurídico, que, como se ha ilustrado, es una iniciativa que compromete a todas las Naciones, unas más

que otras, pero que ya se encuentra en la agenda política de estas. Sobre esto también se ha pronunciado la Corte Constitucional (T-380, 1993) al afirmar que “la comunidad indígena ha pasado de ser una realidad fáctica y legal, para constituirse como un sujeto de derechos fundamentales”.

El dictamen de la Corte indirectamente remite a Ulloa, quien afirma que:

Los indígenas ahora son vistos por la comunidad académica, las organizaciones en pro del medio ambiente, los medios masivos de comunicación y el público en general, tanto en Colombia como en el ámbito internacional, como los guardianes de la naturaleza, eco-héroes o nativos ecológicos que protegen el medio ambiente y dan esperanza a la crisis ambiental global. (2001, p. 289)

Esta situación resulta relevante al relacionarla con la consulta previa, pues realza la capacidad intelectual de las comunidades para exponer su cosmovisión ancestral e identitaria que busca protegerse a través de la Constitución y los tratados internacionales, permitiéndoles participar en la toma de decisiones fundamentales para su subsistencia. En este sentido, las comunidades indígenas cobran importancia para el medioambiente por su íntima conexión con la naturaleza misma (Langebaek, 2016). Sin embargo, como se ha apreciado en los fallos de tutela, estos aspectos no son siquiera considerados por los actores económicos que, por lo regular, solo ven en el suelo la oportunidad de explotación de recursos, sin tener en cuenta los impactos ambientales que ello conlleva; tampoco valoran los conocimientos ancestrales de las comunidades étnicas, los cuales, además de hacer parte de su identidad cultural, representan un medio de conservación para el medioambiente.

Con lo anteriormente expuesto se tiene que:

- La consulta previa es un derecho fundamental de carácter colectivo, responde al principio de buena fe y debe ejercitarse antes de la toma de la decisión.
- Se realiza a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio en el que se garantiza el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo).
- Se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectarles.

- Durante todo el proceso se garantiza el acceso a la información, la cual debe ser dada de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna (Universidad del Rosario, s.f.).

Aunado a ello, Rodríguez recuerda que el fin de este mecanismo es “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades” (2018, p. 11).

Consulta Previa y Jurisprudencia Internacional

Habiendo tratado el tema de la consulta previa en el ordenamiento colombiano, se pasará a estudiar algunos pronunciamientos internacionales sobre el derecho de participación de las comunidades étnicas, a efectos de dar relevancia al tema, particularmente por lo del llamado bloque de constitucionalidad que integra al derecho doméstico aquellas normas y jurisprudencia que versan sobre derechos humanos contenidas en tratados ratificados por Colombia. En este sentido, no sobra conocer la noción que la legislación internacional tiene de comunidades indígenas, ya que no todos los países otorgan los mismos niveles de reconocimiento a estos grupos. A lo largo de la jurisprudencia internacional americana se ha podido comprender cómo se debe proceder al reconocimiento de este grupo de personas para ser titulares de cada uno de los derechos humanos atribuidos a ellos, a razón de esto. Sin embargo, se debe aclarar que no todos los Estados americanos determinan a estas comunidades como sujetos de derecho; algunos solo lo hacen en virtud del reconocimiento de la personalidad jurídica en cuanto ciudadanos miembros del Estado, dejando a la comunidad sin protección especial. Como ejemplo de ello, la Corte IDH profirió un fallo en el caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (2005), en el cual hace referencia a la necesidad de reconocer la personería jurídica de estas comunidades, puesto que, a partir de ella, no solo le son reconocidos derechos, sino también la calidad de organización política, cultural y religiosa; en otras palabras, se reconoce la autodeterminación de estos pueblos.⁵

⁵ Corte Constitucional (Sentencia SU 123, 2018): basándose en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la Corte IDH debe fallar teniendo en cuenta no solo lo que determina la CADH, sino también lo que han propuesto las demás herramientas internacionales que protegen este derecho, como lo son el PIDCP y el PIDESC, tratados que tienen en común un artículo

Otro de los fallos en donde se propugna el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades es el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), en el cual la Corte IDH, para verificar la vulneración de los derechos económicos y sociales por parte del Estado, por haber omitido el consentimiento de la comunidad Saramaka; procedió a justificar el reconocimiento de la personería jurídica de este grupo indígena, demostrándolo necesario por los efectos que de él se desprenden en el ámbito legal; distinto al caso colombiano, donde constitucional y legalmente las comunidades tienen reconocimiento y autonomía jurisdiccional. Esto debido a que las comunidades indígenas no son tratadas como una sociedad de personas, no cuentan con la exigencia del reconocimiento de una personería jurídica colectiva para poder proceder legítimamente como titulares de derechos en procura de su identidad nativa, como aspecto de relevancia histórica (Corte Constitucional, SU-039, 1997), advirtiendo que se trata de una minoría en condiciones de vulnerabilidad y poca capacidad jurídica.

De acuerdo con lo anterior, es menester recordar el papel de estos grupos étnicos en el derecho internacional, pues han sido protagonistas de los avances en materia de reconocimiento en diferentes tratados, los cuales han sido incorporados en la legislación interna de cada país miembro. Uno de dichos avances ha sido el derecho de consulta o información o la consulta previa (Santamaría, 2016), como herramienta de protección de los grupos étnicos en su identidad y participación democrática. En un primer momento, las disposiciones que regularon este avance internacional fueron incorporadas en el Convenio núm. 169 de la OIT, en 1989, ratificado en toda América del sur.

Así pues, el art. 7° de la convención núm. 169 de la OIT señala el derecho de decisión de los pueblos minoritarios para respetar y salvaguardar el proceso de desarrollo cultural, económico, de salubridad y el cuidado del medioambiente. Este derecho se interpreta como norma imperativa para los Estados, atribuyendo en cabeza del poder estatal la obligación de especial protección con los pueblos minoritarios que lo integran. De allí que el objetivo general de esta consulta, como lo indica Santamaría (2016), sea proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Siguiendo la línea de protección de derechos, la ONU ha solicitado implementar, como principio internacional, la no discriminación entre los

expreso sobre la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, de acuerdo con su desarrollo económico, social y cultural.

habitantes de cada Estado, pues de esta manera se fomenta la convivencia pacífica entre ellos, al considerar el principio un pilar para el ejercicio y titularidad de los derechos de identidad cultural y el consentimiento informado. Ideales clasificados por la CIDH en cada uno de los fallos emitidos.

En consecuencia, la CIDH ha tomado cartas en el asunto, en relación con la preocupación sobre la omisión de estudios del impacto ambiental de cada una de las actividades industriales que buscan desarrollar el mercado y la economía del país, cuando estas se llevan a cabo en territorios indígenas. El impacto ambiental se refiere no solo al desequilibrio biológico que causa la alteración de la fauna y la flora como bienes naturales indispensables en la vida de un planeta, sino también al efecto que acarrea sobre las personas y los grupos étnicos.

Este impacto ambiental se analiza a partir de la privatización del uso y goce de los elementos naturales que contienen el suelo y el subsuelo, pues la explotación de los recursos no puede generar un daño al ecosistema más allá de los beneficios que reporta para el interés privado. En otras palabras, se trata de una ponderación entre el interés colectivo, representado por el medioambiente, y el interés privado, latente en la potestad de ejercer el derecho de propiedad sobre los elementos del suelo y el subsuelo en desarrollo de actividad económica, ya sea minera o de explotación de hidrocarburos, reconociendo al medioambiente como un derecho de talla universal que no solo se piensa en el presente, sino que se debe garantizar a las generaciones venideras y las comunidades en cuestión; de allí la necesidad de medir el impacto ambiental.

Aparte de las consecuencias jurídicas que desata este impacto, se debe reconocer los daños materiales e inmateriales generados por las actividades del sector industrial. Perjuicios que se visualizan con mayor claridad en la estructura social, porque, al alterar su forma de vida, usos y costumbres, las poblaciones tienden a su extinción. Y si se trata de sistemas de expropiación de suelos para el desarrollo de las actividades mineras, la pérdida de territorios de estos grupos da paso a la disgregación de las comunidades hasta su decaimiento. Un ejemplo claro de esto es el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), en el cual la Corte falla condenando al Estado paraguayo a la reparación integral de la comunidad y la debida protección ambiental, por ser el espacio en donde desarrollan su jurisdicción, religión y cultura, resumidos en el derecho de identidad ancestral que guardan por ser sujetos históricos relevantes; derecho que los convierte en propietarios del lugar en donde se resguardan y llevan a cabo su evolución como comunidad. La Corte ha guardado y reafirmado esta

posición en cada uno de sus fallos, donde se ve a las etnias como sujetos pasivos, y a los Estados, como sujetos activos, siendo vinculantes para ellos, pues debe llevarse a cabo la adopción de medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole necesarias para dar seguridad jurídica a los derechos de identidad cultural.

En este orden ideas, la Corte IDH ha determinado relevante la protección del derecho de identidad de las comunidades, que cobija los derechos de integridad personal, vivienda, entre otros, como factores de unión con la tierra en que habitan. A partir de esta afirmación, la Corte considera dicha relación persona-tierra como una relación material y espiritual (OIT, como se citó en Corte Constitucional, SU-123, 2018)⁶ (Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007). Siguiendo esta idea, Castrillón (2006, p. 279) afirma que la tierra es el medio idóneo para ejecutar y ejercer sus derechos como miembros de un grupo étnico, ancestral e histórico. No podría entenderse de otra forma, ya que las personas somos seres ubicados en un espacio geográfico, en un tiempo determinado y somos el reflejo de nuestra cultura.

Siendo así, la identidad de las comunidades étnicas con la tierra es usada como herramienta protectora del medioambiente; afirmación creada y apoyada por la Corte al mencionar la importancia que tienen estos grupos para el ecosistema. La justificación que se encuentra en las actividades culturales que desarrolla cada uno de los miembros del grupo, guardando y reproduciendo cada uno de los recursos naturales, para así mantener una reserva y no dar paso al desequilibrio ecosistémico producido por la alteración de la naturaleza. De esta manera, toma importancia el argumento usado por la Corte, al reconocer la acción de protección como un deber no solo social, sino cultural y biológico al mismo tiempo; argumento usado en el caso de la comunidad Indígena Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

Ahora bien, se debe recordar la existencia de otros instrumentos internacionales⁷ que garantizan la consulta de los Estados con los pueblos

6 "... la noción de territorio étnico va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo, y se vincula a elementos culturales, ancestrales, así como espirituales.... Se reconoce que el territorio y las comunidades indígenas poseen una relación simbiótica. (artículo 14, consideraciones, párr. 8.1 y 8.2).

7 A través de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dentro de los cuales se destacan Convenio 169 de la OIT, El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de controversias y para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos

indígenas como un principio de derecho internacional (Corte Constitucional, SU 123, 2018). Entre ellos se encuentra la Convención de Rio, que en su principio 22 se pronuncia sobre las poblaciones indígenas y comunidades como actores que desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medioambiente y en el desarrollo de su cultura. Por tal razón, el Estado debe garantizarles el desarrollo sostenible y el reconocimiento de sus actividades, costumbres, usos, prácticas y tradiciones como elementos atados al territorio que ocupan. Dicha tarea debe llevarla a cabo por medio de la consulta previa, asegurando así un estudio del impacto ambiental armónico y el cumplimiento de las obligaciones por ejecutar de cara a la protección de los derechos de las minorías en la sociedad internacional.

La consulta previa debe informar sobre los planes de desarrollo e inversión antes de aplicar cualquier medida administrativa sobre el caso que se encuentre en discusión. En otras palabras, el deber de informar a las comunidades se debe realizar, exige la Corte, en la etapa de planeación de la medida pretendida (Santamaria, 2016) —de allí que su nombre sea “consulta previa”—. Siempre sujeto al requisito de buena fe, en donde se dimensiona un acuerdo al cual se llega entre el Estado, la entidad y los grupos indígenas, para así poder resolver las diferencias de intereses del mercado-etnia. Y, del mismo modo, poder realizar un estudio del impacto sobre el medioambiente, contando con la opinión de todos los sujetos intervinientes para el desarrollo de la actividad por ejecutar y las repercusiones que esta tendría sobre la comunidad.

La Corte IDH insiste, de manera reiterativa, en el cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales del derecho de consulta previa, haciendo hincapié en el sujeto pasivo de esta obligación, es decir, el Estado, puesto que es el único que debe cumplir con la obligación de garantizar la ejecución del derecho de información y participación de las comunidades étnicas. En otras palabras, esta función no es facultativa, porque no se puede delegar a terceros; es una función propia, pues, de no ser cumplida por el mismo Estado, no se toma como precedente la consulta previa. Así lo expresó en el fallo dado para el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012). Pero no se puede dejar de lado la responsabilidad que las empresas tienen con los derechos humanos, de acuerdo con lo denominado en el principio 17 de los

indígenas, como un principio de derecho internacional público (Sentencia SU 123, 2018, p. 28). Véase en el acápite Naturaleza y fundamento normativo del derecho fundamental a la consulta previa, par. 5.6.

Principios Ruggie, disposición en la cual se da certeza al respeto, la protección y la reparación, cumpliendo con la debida diligencia a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de acuerdo con las negativas producidas por sus actividades, como lo expresó la Corte Constitucional (SU 123, 2018) en su reciente fallo. Afirmaciones que llevan a la conclusión de que existe una obligación tanto pública como privada, más si se tiene en consideración que la consulta previa adquirió el rango de derecho fundamental. De ahí la obligación de respeto, no solo por las autoridades, sino también por parte de los particulares, concretamente los empresarios o inversionistas que pretendan desarrollar proyectos en zonas de comunidades étnicas.

Además, es pertinente precisar el alcance del derecho de información, pues este no se agota con la sola realización de la consulta; va más allá. Es deber del Estado cumplir a cabalidad con el principio de buena fe, el consentimiento informado y la realización del estudio del impacto ambiental de estas actividades industriales por desarrollar. Pues, no se puede olvidar, el fin de esta prerrogativa, como ya se mencionó, es la garantía de los derechos culturales y de identidad, como también proteger el equilibrio ambiental y, particularmente, lograr la inclusión de las comunidades étnicas en un ámbito democrático y participativo (Corte Constitucional, T-769, 2009)

Todos estos elementos sistematizados demuestran con claridad cómo debe actuar el Estado para cumplir con el deber de centrar una búsqueda de diálogo, por medio del cual las partes concilian y llegan a un acuerdo claro y expreso sobre las ventajas y los posibles perjuicios que se pueden ocasionar a los miembros de la comunidad y a su territorio.

Conclusiones

Dada la sistemática y generalizada vulneración que enfrenta el derecho a la consulta previa en Colombia, podría pensarse en la necesidad de acudir al estado de cosas inconstitucional, en consonancia con lo planteado por Rodríguez (2018), que establece que “de esta manera la Corte estaría protegiendo a los pueblos indígenas como uno de los grupos más vulnerables, dada la gravedad de las afectaciones de los derechos reconocidos constitucionalmente a estas colectividades” (pp. 233-234). Situación que se ha extendido en las últimas dos décadas con el otorgamiento indiscriminado de contratos de concesión para la explotación minera en diversos sectores del territorio nacional, incluidos territorios ancestrales de estas comunidades.

En este orden de ideas, la participación efectiva de la cual habla la Corte Constitucional consiste en la integración del punto de vista de los pueblos en las decisiones adoptadas por las autoridades. Es claro que esta concepción también se queda en un formalismo cuando las comunidades ni siquiera son sometidas al proceso de consulta y, como consecuencia, deben acudir a la tutela para, en la mayoría de los casos, solicitar reparación, porque la operación sobre el territorio ya ha sido realizada. De esto, es menester destacar que, si bien con la tutela se logra acceder a la consulta, en los casos donde solo queda pretender la reparación, aún persiste un vacío o si se quiere un daño, precisamente, sobre esa identidad cultural y la relación sagrada con el territorio, que fue desconocida por la falta de realización de la consulta previa, generando impactos ambientales y sociales sobre la comunidad y su identidad cultural muchas veces irreversibles.

Es, pues, la consulta previa un mecanismo jurídico orientado a la efectividad del reconocimiento de la autonomía de los pueblos y comunidades étnicas, parte integrante del derecho de participación democrática, pero al mismo tiempo un instrumento esencial en la protección del medioambiente en cabeza de estas colectividades, que se convierten en actores ecológicos por su íntima relación entre la naturaleza y su cosmovisión, los recursos naturales, la fauna, la flora, los ríos y demás componentes del ambiente que son integrados a sus prácticas sociales como parte de la vida misma y no solo como un instrumento económico de acumulación de riqueza. Ello ha permitido que las comunidades reaccionen ante la sed insaciable de riqueza de ciertos actores económicos que solo ven en la naturaleza la posibilidad de satisfacer sus pretensiones mercantiles. Este derecho de raigambre constitucional ha sido reconocido no solo en el ámbito nacional, pues trasciende fronteras, y las cortes internacionales han hecho de él la herramienta idónea de protección no solo de los sujetos colectivos, sino también del medioambiente, como lo ha demostrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos citados.

La Corte constitucional en buena medida ha recogido el acervo teórico de la Corte Interamericana y lo ha integrado a sus fallos, permitiendo una protección ampliada a las comunidades étnicas en su autonomía, participación y reconocimiento, al paso que ha impuesto al Estado la obligación de cumplir a cabalidad con una serie de pasos para validar el ejercicio del derecho fundamental a la consulta y así permitir que las colectividades tomen decisiones con conocimiento sobre el nivel de afectación de los proyectos extractivos que

se pretendan llevar a cabo en sus territorios y conciliar los intereses económicos con la identidad cultural.

Ahora bien, los fallos emitidos por la Corte IDH enfatizan la necesidad de materializar los derechos que reposan en las cartas políticas de los países americanos, recordando la obligación estatal de crear mecanismos eficaces de limitación y titulación para las zonas ecológicas, en donde por lo regular se encuentran asentadas estas comunidades. Asimismo, les recuerda a los Estados que se debe proteger a la comunidad como entidad política y colectiva con personería jurídica, no solo en su existencia material, sino también en sus aspectos simbólicos, en su cosmovisión, prácticas sociales, usos, tradiciones, creencias y rituales, que hacen parte del territorio, incluida la protección del medio ambiente.

Razón por la cual, desde las decisiones vinculantes emitidas por la Corte IDH, se comparte la idea del deber de aplicar el derecho de consulta previa, así el precedente interno mencione lo contrario. Pues, la Corte IDH ya lo ha mencionado, la consulta previa o derecho de información, en un primer momento, es un principio internacional, por lo cual se debe tener en claro la obligación a la que se sujetan los Estados; en segundo momento, el derecho de consulta previa es una norma imperativa internacional, propuesta en el Convenio núm. 169 de la OIT y, de la misma manera, en la Convención de Rio de 1992, tratados vinculantes para los Estados que los ratificaron; y asimismo, en un tercer momento, la consulta previa es un derecho fundamental que se incorpora en la legislación interna por el bloque de constitucionalidad, como lo es en el caso colombiano. Argumentos suficientes para entender la extensión que tiene este derecho como obligación estatal, que debe ser cumplida formal y sustancialmente. Por lo menos si se está ante una comunidad política basada en la democracia como forma de organización y principio de acción.

En pocas palabras, el derecho a la consulta previa y, con esto, a la protección del medioambiente debe primar, por las cuestiones antes expuestas, sobre la explotación económica de los subsuelos, los cuales, si bien le pertenecen, la Nación está en el deber de proteger y conservar. El derecho ambiental es una herramienta clave en este punto, porque evidencia las problemáticas surgidas como producto del desarrollo económico que, en ocasiones, no tiene en cuenta la obligación de salvaguardar los recursos naturales, la fauna y, en general, los ecosistemas para las generaciones futuras. Idea que también se ve en las tradiciones y prácticas de las comunidades étnicas, las cuales buscan proteger su supervivencia y mantenerse a través del tiempo.

Referencias

- Castrillón, J. D. (2006). *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 279.
- Castro, S. (2005). *La hybris del punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Constitución Política de Colombia (Const.). (1991). 36.^a ed. Legis.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (2005). Sentencia del 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (2007). Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (2008). Sentencia de 12 de agosto de 2008 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. (2010). Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. (2012). Sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo, reparaciones). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso Comunidad Indígena Kaliña y Lokono vs. Surinam. (2015). Sentencia del 25 de noviembre de 2015 (fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Corte Constitucional. (24 de junio de 1992). Sentencia T-428. [M. P. Ciro Angarita Barón]
- Corte Constitucional. (12 de mayo de 1993). Sentencia T-188. [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional. (13 de septiembre de 1993). Sentencia T-380. [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]

- Corte Constitucional. (3 de febrero de 1997). Sentencia SU-039. [M. P. Antonio Barrera Carbonell]
- Corte Constitucional. (7 de junio de 2001). Sentencia T-606. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. (13 de mayo de 2003). Sentencia SU-383. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional. (29 de julio de 2003). Sentencia C-062. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. (6 de noviembre de 2008). Sentencia T-1105. [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional. (29 de octubre de 2009). Sentencia T-769. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla]
- Corte Constitucional. (31 de marzo de 2011). Sentencia T-235. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional. (2 de octubre de 2012). Sentencia T-763. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional. (27 de agosto de 2012). Sentencia T-680. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla]
- Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-764. [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional. (19 de enero de 2016). Sentencia T-005. [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio]
- Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2016). Sentencia T-601. [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional. (25 de enero de 2017). Sentencia C-032. [M. P. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Constitucional. (3 de febrero de 2017). Sentencia T-052. [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional. (28 de febrero de 2017). Sentencia SU-133. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]

- Corte Constitucional. (15 de noviembre de 2018). Sentencia SU-123. [M. P. Alberto Rojas Ríos; Rodrigo Uprimny Yepes].
- Fairclough, N. (2003). El análisis crítico del discurso como método para la investigación en ciencias sociales. En R. Wodak y M. Meyer (comps.) *Métodos de análisis crítico del discurso*. Gedisa.
- Franco, M. H. (2013). *Derecho y Economía. Una aproximación teórica*. Leyer.
- Lagos, A. M. (22 de noviembre de 2010). Zonas mineras indígenas y afrocolombianas ¿Reconocimiento de un derecho o legitimación de una injusticia histórica? *Razón Pública*. <https://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/1580-zonas-mineras-indigenas-y-afrocolombianas-ireconocimiento-de-un-derecho-o-legitimacion-de-una-injusticia-historica.html>
- Langebaek, C. H. (7 de febrero de 2016). Los Sobrevivientes. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-poder-de-las-razas-historia-de-comunidades-indigenas-de-colombia/480202>
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Monje Carvajal, J. J. (2015). El plan de vida de los pueblos indígenas de Colombia, una construcción de etnoecodesarrollo. *Luna Azul*, (41), 29-56.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- Ortiz Fonnegra, M. I. (14 de mayo de 2017). ‘Somos guardianes de la Madre Tierra y ella nos cuida también’. *El tiempo*. <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/pueblos-indigenas-explican-quien-es-la-madre-tierra-87586>
- Rico, L. (1 de agosto de 2009). La Consulta Previa: Farsa Multicultural. *La Silla Vacía*. <https://lasillavacia.com/historia/3201>
- Rodríguez, C. y Morris, M. (eds.) (2010). *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas: Los Estándares del Derecho Internacional*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Editorial Uniandes.

- Rodríguez, C. (ed.) (2010). *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del auto 004 de la Corte Constitucional colombiana*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Editorial Uniandes. http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.3.pdf
- Rodríguez, G. A. (2018). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia* (2.^a ed.). Editorial Universidad del Rosario – Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, M. (2016). *Retos jurídicos para la consulta previa a partir del análisis de su operación en el sector minero*. Universidad Externado de Colombia.
- Santamaría, A. O. (16 de mayo de 2016). La Consulta Previa desde la Perspectiva de la Negociación Deliberativa. *Derecho del Estado*, (36), 228-229. <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.08>.
- Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte. (s. f.). Grupos étnicos. Recuperado el 12 de junio de 2021, de: <https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-etnicos>
- Ulloa, A. (2001). El nativo ecológico: movimientos indígenas y medio ambiente en Colombia. En M. Archila y M. Pardo (eds.), *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia* (pp. 286-320). Universidad Nacional de Colombia. https://www.academia.edu/31610935/Movimientos_sociales_estado_y_democracia_en_Colombia?auto=download
- Universidad del Rosario. (s. f.). ¿Qué es la Consulta Previa? Recuperado el 12 de junio de 2021 de: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>
- Verón, E. (1987). *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*. Gedisa.

Daniela Rivera Pinzón*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

daniela.riverap@urosario.edu.co

**La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber
de información y a la responsabilidad de las
sociedades fiduciarias**

*The Real Estate Trust: An Outline About the Duty of
Information and the Responsibility of the Trust Companies*

*O truste imobiliário: um olhar sobre o dever de informação
e a responsabilidade das sociedades fiduciárias*

Artículo de reflexión: recibido 12/10/2021 y aprobado 22/11/2021

* Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia), especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, maestranda en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como abogada litigante y asesora jurídica en varias entidades del Estado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2688-8362>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.5160>

Cómo citar:

Rivera Pinzón, D. (2022). La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información y a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias. *Precedente*, 20, 123-154. <https://doi.org/10.18046/prec.v20.5160>



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

Resumen

En el presente artículo, resulta menester analizar el rol de las *sociedades fiduciarias*, sus deberes legales y aquellas responsabilidades sobrevinientes ante los incumplimientos generados. Todo ello a partir de la observación del caso específico de una de las especies de dichas sociedades en particular, la *fiducia inmobiliaria*, cuyos deberes legales de observancia deben cumplirse en beneficio del fideicomitente, dentro del negocio jurídico correspondiente, actuando como profesionales bajo ciertos criterios.

Asimismo, analizaré el deber legal de observancia que corresponde al suministro de información que debe proporcionarse al fideicomitente, quien, a su vez, en los términos de lo previsto en el Régimen de Protección al Consumidor Financiero — contenido en la Ley 1328 de 2009, en la cual se dictan “normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, conforme a lo preceptuado en el título I del Régimen de Protección al Consumidor Financiero—, ostenta la calidad de consumidor financiero, protegido por una serie de principios contenidos en el régimen expresado.

A tal efecto, referiré una serie de pronunciamientos jurisprudenciales, al igual que los conceptos esbozados por la Superintendencia Financiera, en los que se examina el tratamiento de la responsabilidad atribuible a las sociedades fiduciarias en el giro ordinario de sus negocios.

Palabras claves: sociedades fiduciarias; responsabilidad; fiducia inmobiliaria; deber legal de observancia; suministro de información; Régimen de Protección al Consumidor Financiero.

Abstract

In this article, it is necessary to analyze the role of the *trust companies*, their legal duties and those responsibilities arising from the breaches generated. All this from the observation of the specific case of one species of said companies, the *real estate trust*, whose legal obligations of observance must be fulfilled for the benefit of the settlor, within the corresponding legal business, acting as professionals under certain criteria.

Likewise, I will analyze the legal duty of observance that corresponds to the supply of information that must be provided to the settlor who, in turn, under the terms of the Financial Consumer Protection Regime, contained in Law 1328 of 2009, in which “rules on financial matters, insurance, the stock market and other provisions” are dictated, in accordance with the provisions of title I. of the Financial Consumer Protection Regime, also acts as a financial consumer, protected by a series of principles contained in the stated regime.

To this end, I will refer to a series of jurisprudential pronouncements, as well as the concepts outlined by the Financial Superintendence, in which the treatment of the liability attributable to the trust companies in the ordinary course of their business is examined.

Keywords: Trust Companies; Responsibility; Real Estate Trust; Legal Duty of Observance; Provision of Information; Financial Consumer Protection Regime.

Resumo

Este artigo analisa o papel das sociedades fiduciárias, seus deveres legais e as responsabilidades supervenientes em caso de infrações geradas. Tudo isto a partir da observação do caso concreto de uma das espécies das referidas sociedades em particular, o truste imobiliário, cujos deveres de conformidade legal devem ser cumpridos em benefício do comitente, no âmbito do negócio jurídico correspondente, atuando como profissionais sob determinadas critérios.

Da mesma forma, analisarei o dever legal de observância que corresponde à prestação de informações ao instituidor, que, nos termos do Regime de Defesa do Consumidor Financeiro - contido na Lei 1.328 de 2009, em que dita “regulamento em matéria financeira, seguros, bolsa e outras disposições”, de acordo com o disposto no Título I do Regime de Defesa do Consumidor Financeiro -, detém a qualidade de consumidor financeiro, resguardado por um conjunto de princípios contidos no regime expresso.

Para tanto, farei referência a uma série de pronunciamentos jurisprudenciais, bem como aos conceitos esboçados pela Superintendência Financeira, em que se examina o tratamento da responsabilidade imputável às sociedades fiduciárias no curso normal de seus negócios.

Palavras-chave: sociedades fiduciárias; responsabilidade; trust imobiliário; dever legal de observância; prestação de informações; Regime de Defesa do Consumidor Financeiro.

1. Introducción

La base que sustenta la celebración del *contrato de fiducia* es la confianza que se deposita en la figura denominada *fiduciario*, que va a ser el encargado de administrar los bienes que recibe, en pos de cumplir una finalidad específica encomendada, en beneficio de un tercero, que puede ser o no el llamado *fideicomitente* o *beneficiario*.

Si nos atenemos en especial a la fiducia inmobiliaria, diremos que se trata de un subtipo de *fiducia mercantil*. A su vez, estas también son consideradas una subespecie de las *sociedades de servicios financieros*, enmarcadas dentro de la figura más general, la denominada *sociedad fiduciaria*.

Las sociedades de servicios financieros son las únicas que gozan de la facultad de celebrar *contratos de fiducia mercantil* y originar patrimonios autónomos.

Esta característica es quizá la razón por la cual el contrato de fiducia reviste especial importancia para el fideicomitente, en razón de que, al tener la sociedad la potestad de originar un patrimonio autónomo, esto implica que los bienes que son objeto de constitución no se mezclan con los bienes que son propios de la sociedad fiduciaria; y es justamente este aspecto el que otorga la tranquilidad al fideicomitente de que los bienes que ha transferido serán administrados única y exclusivamente conforme a las instrucciones que ha impartido en el respectivo negocio jurídico.

Más precisamente, el artículo 29 del EOSE, que señala como “operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias” a aquellas que tienen la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio. Por lo tanto,

la de celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas.
(Andi, 2013)

Puntualmente, a la fiducia inmobiliaria se le confiere el rol de financiar y sufragar una obra o proyecto inmobiliario de diversas envergaduras, encargándose de administrar los recursos y bienes ajenos, sin la necesidad de que intervengan otras figuras jurídicas, como, por ejemplo, el *mutuo*. Por lo cual se le brinda

esta concesión en virtud de la capacidad técnica, profesionalismo, sujeción a estrictos controles de conducta y respaldo económico del que goza, a la vez que es sometida a inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

De esta vinculación entre múltiples partes emanan derechos y garantías que deben cumplirse, así como la necesidad de una regulación legal específica y rigurosa que contemple a su vez el resguardo de los derechos del consumidor financiero y que vele por el cumplimiento del deber legal de observancia que pesa sobre dichas entidades, el que estará a cargo del *organismo de control* pertinente.

El presente artículo tiene como principal enfoque analizar la omisión del deber de información a la luz del negocio fiduciario inmobiliario, en el que se parte de la idea de ser una de las pocas obligaciones de este negocio consideradas de resultado, abarcando la posible responsabilidad en la que puede incurrir una sociedad fiduciaria por la omisión a este deber y la normativa vigente para la protección de los futuros fideicomitentes-clientes.

2. El deber legal de observancia de las sociedades fiduciarias en general

Las sociedades fiduciarias, como anteriormente se ha mencionado, se encuentran bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera, entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual el presidente de la República ejerce inspección, control y vigilancia sobre las personas que realizan una actividad financiera, reguladora, bursátil o cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de recursos públicos, dado que les atañe la observancia de determinados deberes u obligaciones legales (Presidencia de la República, 2005), entre las cuales he de mencionar:

- Entregar a su clientela el producto o servicio financiero con debida diligencia y de manera adecuada.
- En concordancia con el principio orientador antes expuesto, brindar información clara, comprensible, expresa y precisa acerca de los productos o servicios que ofrecen las sociedades financieras. En este punto, es preciso reiterar que se trata de un suministro de información en diferentes momentos, es decir, que se recopila información, antes, durante y después de la celebración del vínculo contractual.

- Disponer de canales para la atención del consumidor financiero, como la figura del defensor del consumidor financiero, quien está llamado a ser un puente entre la sociedad fiduciaria y el cliente, potencial cliente o usuario, respecto a quejas que este interponga en contra de aquella, e inclusive a ser un vocero del consumidor financiero ante la respectiva entidad financiera.
- Evitar incurrir en cláusulas o prácticas abusivas que generen un detrimento a nivel contractual en el vínculo jurídico celebrado.
- La elaboración de contratos que regulen la relación entre el fideicomitente y la sociedad fiduciaria, cuyas condiciones contractuales resulten claras.
- Recibir las solicitudes, quejas o reclamos y brindar una respuesta clara y oportuna.

Resulta de vital importancia destacar que el no cumplimiento de dichas observaciones recae en la responsabilidad que puede atribuirse a las entidades en cuestión. La misma encuentra su fundamento en el “profesionalismo” y la “debida diligencia” (Cáceres, 2014, p. 14),¹ con que estos entes deben desarrollar su actividad.

Según la normativa colombiana, es un deber indelegable de las fiduciarias realizar con la debida diligencia² (Rodríguez Azuero, 2005) los actos necesarios para el logro de la finalidad que se les ha encomendado, la cual se apoya en los principios de buena fe, prudencia y protección que derivan en cumplir con el resultado que esperan quienes contratan.

Así, las sociedades fiduciarias responderán cuando pueda probarse que han faltado a este deber y puede aplicárseles el régimen de responsabilidad³

1 “Al ser la fiducia un negocio de sustitución, la pauta para medir la satisfacción de la carga prestacional es la debida diligencia y lealtad de un profesional, que en caso de no observarse implicará la ruptura a la separación patrimonial y la responsabilidad directa para la fiduciaria” (Cáceres, 2014. p. 19).

2 La normatividad colombiana señala que es un deber indelegable de la fiduciaria realizar con diligencia los actos necesarios para la consecución de la finalidad determinada en el encargo, diligencia que “se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan” (Rodríguez Azuero, 2005).

3 En relación con la responsabilidad civil contractual, la Corte Constitucional la definió así: “En materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos,

(Corte Constitucional, C-1008, 2010.) que recepta la legislación colombiana, quedando sujeta la obligación de indemnizar voluntad de las partes reflejada en los distintos contratos suscritos.

3. El deber de suministrar información en particular

El deber a la información tiene su apoyo constitucional en los artículos 20, 78, 83 y 333 de la carta política y se encuentra vinculado al deber secundario de la buena fe, en cuanto este principio dota a dicho deber de contenido, eficacia y precisión.

Como podemos observar, en la Sentencia C-488/93 (Corte Constitucional de Colombia, 1993), que analizó la demanda de inconstitucionalidad que se dirigía en contra del inciso 2° del artículo 23 de la Ley 58 de 1958, se afirmó que el derecho a la información resulta indispensable para el desarrollo del negocio jurídico en cuestión. Se ha descrito en dicho caso jurisprudencial precedente que la información es un derecho natural de los seres humanos respecto a la adquisición de conocimiento, el cual resulta indispensable a la hora de brindar el consentimiento y suscribir el contrato en cuestión. En tal sentido, el tribunal aclara que

El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. (Corte Constitucional de Colombia, C-488, 1993)

Por lo cual, los individuos deben tener acceso a la información, concebido como un derecho adquirido que resulta universal a

toda persona –sin ninguna distinción– y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial (artículo 20 de la carta política). De ahí

personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que ‘las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas’” (Corte Constitucional, Sentencia C-1008, 2010).

que el derecho a la información puede entenderse como aquel derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente. (Corte Constitucional de Colombia, C-488, 1993)

En adición a lo expresado, determinó que el deber posee dos facetas: una positiva, que exige del profesional el deber de suministrar información en favor de la otra persona que carece de la misma; y una negativa, que implica el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir al error a la otra parte en la relación.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en reiteradas ocasiones que el derecho fundamental a obtener información, en el marco de las relaciones contractuales, “garantiza que las personas como partes negociales puedan ejercer a cabalidad sus derechos contractuales, legales y patrimoniales mediante los cuales se desarrollan las actividades ordinarias y se llevan a cabo los planes individuales de vida” (Corte Constitucional de Colombia, T-300, 2004).

Es decir, la interpretación que hace el tribunal máximo al respecto es la de otorgarle funcionalidad al derecho a informarse, pues posibilita las condiciones para el ejercicio de la libertad, a fin de que el ciudadano pueda proteger sus derechos patrimoniales, tutelados en la carta política.

3.1 *El deber de información en la fiducia inmobiliaria*⁴

El deber de suministrar información (Tovar-Llanos, 2020) que recae sobre las sociedades fiduciarias encuentra su fundamento en la relación de consumo, que

4 El tratadista Sergio Rodríguez Azuero, como se cita en Tovar-Llanos (2020), explica la funcionalidad de la fiducia inmobiliaria en los siguientes términos: “Ahora bien, la visualización del papel de la fiducia en un proyecto inmobiliario parte de un esquema teórico de general ocurrencia. Es frecuente, en efecto, que existan disgregados distintos potenciales actores que han de juntarse en escena para lograr un resultado. Que una persona tenga un lote de terreno pero que no tenga los recursos ni la capacidad empresarial para acometer por sí sola su desarrollo. Que existan en el mercado entidades financieras en condiciones y aun deseosas de proveer los recursos. Que puedan conseguirse personas interesadas en la adquisición de las unidades de vivienda que van a construirse, pero que no están dispuestos a anticipar recursos al dueño del terreno ni al promotor sin contar con las seguridades específicas sobre el manejo de su dinero. Pues bien, con el propósito de diseñar acuerdos jurídicos con múltiples partes con intereses distintos y frecuentemente contrapuestos, la fiducia aparece como una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucrada” (Tovar-Llanos, 2020, 473).

propende a brindar amparo a la parte considerada más débil o en desventaja en dicha relación, frente a los proveedores de bienes y servicios en el mercado, el consumidor final.

Tratándose de la actividad fiduciaria, este deber encuentra su fundamento en los artículos 97 y 98 del EOSF,⁵ que, en concordancia con el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, es el cuerpo legal que contiene las disposiciones en “Materia Financiera, de Seguros, del Mercado de Valores y otras disposiciones”, sancionado en el año 2009, que regula la relación de consumo que se genera al contratar con estos entes vigilados y tiene la finalidad de lograr una posición de equilibrio entre las partes; pues, si la misma es desventajosa y el proveedor o empresario no proporciona u oculta datos sobre los productos o servicios que ofrece, el consumidor se verá determinado respecto de dicho ocultamiento o negación a la hora de decidir.

Pasemos a señalar los aspectos más relevantes de esta norma:

En principio, este régimen incorpora una serie de conceptos legales que son transversales a cualquier entidad financiera que se encuentre bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera, como es el caso de conceptos estructurales.

A saber, el artículo 2 de la Ley 1328 (2009) define los efectos de la aplicación del régimen a los clientes respecto de aquellas personas jurídicas o naturales que se relacionan con las sociedades controladas, a partir de negocios jurídicos de origen contractual o legal, a fin de obtener a cambio de dicho acto jurídico el suministro de un servicio o producto, como objeto social del nexo generado. En su inciso b), dicho artículo define la concepción de los usuarios respecto a aquellas personas jurídicas o naturales que adquieren la utilización de los servicios de la sociedad vigilada, siendo o no clientes. Se define como *cliente potencial* a aquella persona jurídica o natural que se presenta en la relación con la entidad controlada, en una fase previa a las dos definiciones previas, donde se desarrollan las tratativas preliminares del contrato, para la suscripción a los servicios o productos ofrecidos.

Dentro de dicha normativa, se define al consumidor financiero como aquel usuario, cliente o su potencial que suscribe a una relación negocial con la entidad vigilada, que es definida por el apartado h) como aquellas sociedades sometidas a

5 “Los cuales incorporan regulaciones especiales de protección del consumidor financiero, como los deberes de información, atención y debida diligencia” (Villalba Cuellar, 2017, p. 149).

la fiscalización, inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (Congreso de Colombia, Ley 1328, 2009).

De dichas definiciones se desprende que el régimen contempla una relación compuesta por dos puntas (Corte Constitucional de Colombia, 1993) que, a saber, son:

- El consumidor financiero, que, como se explicó en párrafo precedente, puede tratarse de una persona natural o jurídica que ostenta la calidad de cliente, potencial cliente o, simplemente, un usuario.
- La entidad financiera especialista en el desarrollo de negocios fiduciarios, que para el caso en particular de este escrito se centra en las sociedades fiduciarias.

Además, el mismo cuerpo normativo lo ha contemplado en particular en su artículo 7 de la Ley 1328 (2009), referido a las obligaciones especiales de las entidades vigiladas con respecto al deber de información:

- Aportar la información que resulte necesaria al público, posibilitando la intervención de los defensores del consumidor financiero conforme a las instrucciones dadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Debida diligencia⁶ al prestar el servicio contratado o al entregar el producto en cuestión (Vargas, 2009).
- Informar al cliente o usuario a través del aporte de información que resulte comprensible, clara, oportuna y veraz, con publicidad transparente respecto a los productos y servicios ofrecidos.
- Disponer de un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC).
- Actuar de buena fe, evitando incurrir en abusos contractuales y de cualquier otra índole.

⁶ “La inobservancia de los cánones rectores inherentes a su condición de profesional experto, la ruptura de la confianza otorgada, el incumplimiento de sus deberes legales y contractuales, la inobservancia de la diligencia exigible, los cánones explícitos e implícitos rectores de su profesión, de las instrucciones impartidas, su extralimitación o sustracción inmotivada, compromete su responsabilidad directa, personal y su patrimonio por los daños causados a las partes o terceros, sin extenderla, por supuesto, a los resultados exitosos del negocio fiduciario, o sea, a sus resultados” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2009).

- Elaborar los contratos y anexos que especifiquen las características del contrato, producto y servicios adquiridos por el cliente o usuario.
- No realizar cobros no informados ni pactados previamente con el consumidor financiero.
- No cobrar gastos generados en concepto de *gastos de cobranza prejudicial*.
- Reservar la información aportada al consumidor financiero, a fin de mantener cierta confidencialidad entre los sujetos intervinientes en el negocio jurídico, independientemente de que resulte suministrable ante autoridades competentes que lo soliciten.
- Especificar las condiciones y el estado en el que se encuentran los productos, brindando constancia cuando el consumidor financiero lo solicite a una fecha determinada.
- Atender a los reclamos y quejas que se generen, respondiendo oportunamente a las solicitudes realizadas.
- Proveer los recursos tecnológicos, físicos y humanos necesarios para brindar una atención oportuna y eficiente en las diversas agencias y sucursales.
- Posibilitar la realización de consultas gratuitas por parte de los consumidores financieros respecto al estado de los servicios o productos, por los canales de atención habilitados, al menos una vez al mes.
- Establecer un enlace directo entre el sitio web de la sociedad y el de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Denunciar ante la Superintendencia Financiera de Colombia el precio de los servicios y productos ofrecidos de forma masiva.
- Informar previamente los costos de la operación.
- Contar con los medios electrónicos y controles que resulten idóneos para que sea segura la transacción, protegiendo la confidencialidad de la información aportada.
- Colaborar con el defensor del consumidor financiero, las autoridades administrativas, organismos de control y autoridades judiciales.

- Guardar la información de los consumidores financieros, utilizarla oportunamente y evitar volver a solicitar la misma información. Más allá de ello, existe la obligación de mantener dicha información actualizada.
- Desarrollar campañas y programas de educación para la actividad financiera.

De lo anterior, se pueden entrever varios aspectos: por una parte, como base, este principio implica que el fideicomitente, en este caso asimilado a consumidor financiero, tiene derecho a recibir información que sea lo suficientemente clara acerca del producto o servicio financiero que contrata, de tal forma que en el contrato de fiducia mercantil sea la sociedad la que explique en forma amplia, clara y expresa al fideicomitente qué está contratando, cuál es el alcance de la celebración del respectivo negocio jurídico, cuáles pueden ser los efectos adversos frente a un posible incumplimiento atribuible a alguna de las partes y, en general, facilite la ejecución del vínculo contractual. En esencia, es el aseguramiento del suministro de información antes de la celebración del contrato de fiducia, durante su ejecución e, inclusive, posterior a su acacimiento por vencimiento del plazo o por terminación anticipada del mismo (Ley 1328, 2009).

Asimismo, se observa en la norma que existe una constante relación entre las entidades fiduciarias y el organismo regulador, aludiendo permanentemente a este último como canal con que el consumidor financiero cuenta a la hora de hacer valer sus derechos.

En ese entendido, es menester analizar el deber de información a la luz de cada una de las etapas del proceso:

3.1.1 Etapa Precontractual

Este deber es de gran importancia en todas las etapas del negocio inmobiliario y en la etapa precontractual cobra mayor relevancia, pues de la información suministrada va a depender el perfeccionamiento del contrato. Entonces, la fiduciaria debe entregar al fiduciante todos los detalles sobre las circunstancias, cualidades y efectos del contrato, entre otros elementos, que permitan tomar la decisión de contratar en condiciones que satisfagan los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de la buena fe.

En el mismo sentido, es con la finalidad de proteger al

Consumidor inmobiliario que la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) expidió la Circular Externa n.º 6 de 2012 (hoy en día incluida en la Circular Única de esa entidad), destinada a todas las personas naturales o jurídicas que vendan y/o promocionen inmuebles destinados a vivienda, la cual tuvo como finalidad garantizar el respeto del derecho de los consumidores a recibir información veraz y suficiente en relación con las características y propiedades de los bienes que se ofrecen al público. Esta norma, que actúa como norma especial y complementaria de la Ley 1480 de 2011, tiene el objetivo de proteger y reforzar la obligación de información a cargo del constructor y que recibe el consumidor inmobiliario, por lo que examinaremos su contenido. (Villalba, 2017, p. 288)

En consecuencia, desde el momento en que se inicia la publicidad de un proyecto (respaldado por una sociedad fiduciaria), la información que se suministre debe cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 1480 de 2011 y en la circular básica jurídica (República de Colombia, Super Intendencia Financiera de Colombia, 2014), en cuanto a que debe ser real y transparente, pues, si lo que se consagra en las vallas publicitarias, folletos, etc., no tiene los requisitos mencionados, da lugar a que se configure lo que se denomina *publicidad engañosa*, definida como: “puede suceder que la información que se brinda induzca al error o confusión al consumidor, este tipo de conducta configura una forma de ilicitud publicitaria” (Villalba, 2017, p. 188), advirtiendo que deberá informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria.

Es importante resaltar que, de los contratos suscritos, en aras de proporcionar una adecuada información al fideicomitente, adherente o beneficiario, se deberá entregar copia a la firma del contrato de fiducia respectivo. Por otra parte, la inobservancia de las instrucciones en cuanto a la publicidad de la fiduciaria en el negocio inmobiliario se considera una práctica insegura. (Medina y Vásquez, 2014, p. 24)

Sin embargo, en su mayoría, las sanciones interpuestas por la SIC por omisión al deber de información vinculadas con la publicidad engañosa⁷ son

7 En Resolución 13385 del 30 de abril de 2008, la SIC reiteró la sanción a una empresa inmobiliaria por incurrir en publicidad engañosa, al ofrecer a los consumidores unos apartamentos sin identificar

puestas directamente a las constructoras que promueven el proyecto y no a las sociedades fiduciarias, antes encargados de administrar los recursos para llevar a cabo el proyecto inmobiliario, pues en esta etapa la fiduciaria no podría llegar a tener alguna responsabilidad, debido a que su papel protagónico inicia cuando se perfecciona la voluntad de las partes y empieza la administración de los recursos.

Adicionalmente, como lo establece el tratadista Luis Gonzalo Baena Cárdenas (2017), es en esta etapa cuando la sociedad fiduciaria tiene la obligación de efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de los interesados en adquirir inmuebles dentro del proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto. En ese entendido, la constructora debe informar al futuro fideicomitente quién es la sociedad encargada de administrar los recursos.

3.1.2 Etapa de ejecución o de desarrollo

Como lo estableció el Juzgado séptimo Civil del Circuito de Cali, Valle, en sentencia con radicado n.º 760013103007 2018 00187-01,

En esta etapa, donde se constituye un encargo fiduciario entre el inversionista y la fiduciaria, la responsabilidad de la última y su vinculación con aquel se extingue cuando se verifica por la fiduciaria el cumplimiento por el promotor (que en veces coincide con el constructor) de las condiciones contempladas en el contrato para la realización del desembolso del dinero aportado por los inversionistas vinculados a encargos individuales, entre los cuales se encuentra el punto de equilibrio, así como requisitos técnicos y jurídicos descritos en el respectivo contrato.

Información que, si el fideicomitente la requiere, debe entregársele sin problema alguno y sin pena de incurrir en sanción.

plenamente el área privada, el área construida y el área total. Al respecto dijo la entidad: “la inmobiliaria tiene la carga de la buena fe y transparencia dentro de lo que ofrece al público y la información suministrada debe ser suficiente y veraz, de tal forma que las dudas que surjan en los futuros compradores sean mínimas y no el resultado de la falencia en la que incurrió la inmobiliaria al brindar una información no sólo incompleta sino que falta tajantemente a la verdad, como es la de ofrecer un área correspondiente a una unidad de vivienda, a determinado precio, para posteriormente concretar el negocio con base en la misma suma, pero sobre un área inferior a la ofrecida, resultante de sustraer de la inicial la correspondiente a bienes comunes de uso exclusivo”.

Tal y como lo establece el tratadista Sergio Rodríguez Azuero, el deber de información es una obligación de resultado y no de medio, como lo son las demás obligaciones de las sociedades fiduciarias, pues realmente es una obligación instrumental cuyo indebido incumplimiento conlleva consecuencias graves y no permite que se llegue al resultado esperado, lo que termina resultando engañoso para el cliente.

3.1.3 Etapa de liquidación

Teniendo en cuenta que aquí la obligación principal de la fiduciaria ya ha cesado, no entraría a responder por problemas presentados en esta etapa y, por tal motivo, su vinculación con el proyecto llegaría a su fin por el cumplimiento del objeto. Sin embargo, como lo ha establecido la jurisprudencia, a pesar de que ya ha cesado su responsabilidad directa, la fiduciaria no puede negarse a entregar la información que sea requerida por el fideicomitente en esta etapa.

4. La fiducia inmobiliaria

Este apartado se centra en desarrollar la fiducia inmobiliaria. Aquí se busca delimitar su concepto, alcance y tipos de fiduciarias inmobiliarias existentes. Posteriormente, analizaré la responsabilidad que incumbe a las partes para, finalmente, mediante el desarrollo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, determinar el alcance que otorga la justicia a este negocio jurídico.

4.1 Concepto

La fiducia inmobiliaria, por tratarse de un subtipo de *fiducia mercantil*, posee sus mismas características, las cuales son definidas, a su vez, por el organismo encargado de llevar a cabo el control de estos contratos –hablamos de la Superintendencia Financiera de Colombia–, y encuentra su fundamento normativo en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017).

El mencionado ente define a los negocios fiduciarios como

actos de confianza⁸ en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de

⁸ Respecto a la fiducia inmobiliaria y a los negocios de confianza, es menester mencionar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2008), en cuanto a que “la expresión

los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2017)

Teniendo en cuenta esta definición, se pueden resaltar varios elementos, como los siguientes:

- En efecto, como se anunció en líneas anteriores, se trata de un contrato encaminado a generar consecuencias jurídicas de observancia para quienes deciden adoptar esta figura.
- Implica la transferencia de un bien o varios de ellos por parte de quien ostenta la titularidad, en favor de un tercero, con una finalidad específica.
- Se trata de un negocio jurídico en el que prima la confianza, como se indicó previamente y como lo señaló Luis Gonzalo Baena Cárdenas.

La confianza a la que nos estamos refiriendo es la que enuncia el deber del fiduciario de respetar y cumplir su palabra. O, dicho de otro modo, a la posición de peligro que se pone el fideicomitente al otorgar confianza al fiduciario o dejar a su cuidado un bien o una porción de su patrimonio debe corresponder una conducta leal, diligente del fiduciario, que lo fuere a ejecutar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad estipulada a favor del beneficiario. (Baena-Cardenas, 2017, p. 27)

Apuntando específicamente a la fiducia inmobiliaria y a pesar de que, como lo ha catalogado la doctrina, las definiciones dadas han sido vía materia administrativa y no legislativa⁹ (Congreso de la República, Ley 1480, 2011). Como lo ha expresado la Superintendencia Financiera, mediante la Circular

fiducia (fidutia, confianza, dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro (V.M. Trimarchi, voce *Negoziio fiduciario*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, XXVIII, p. 32). Es por esto que en el ordenamiento colombiano el fiduciario debe tener un profesionalismo altamente especializado, pues es la confianza, en la profesión, experiencia y condóminos lo que permite al fiduciante celebrar un negocio fiduciario y utilizar la figura de fiducia inmobiliaria para desarrollar un proyecto de construcción” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, 2009).

⁹ “El legislador ha omitido expedir cualquier regulación específica o particular acerca de la llamada fiducia inmobiliaria, se puede colegir que la celebración de esta especie de negocios fiduciarios debe sujetarse a los criterios generales consagrados en los artículos 1126 y siguientes del código de comercio respecto de la fiducia Mercantil, a las disposiciones legales aplicables de los encargos

Básica Jurídica, la fiducia inmobiliaria se define como aquel negocio fiduciario cuya finalidad es la administración de los bienes y los recursos respecto al proyecto inmobiliario correspondiente o la gestión de los recursos vinculados a la ejecución de dichos proyectos, congruente a lo dispuesto en el contrato (Fiduagraria, 2021).

En concordancia con lo anterior, el mismo ente de control, mediante concepto 23725, de 20 de mayo de 2010, enfatizó que la fiducia inmobiliaria tiene como objeto generar un negocio sobre bienes inmuebles, cuyo alcance puede definirse desde la administración hasta la realización de construcciones, urbanizaciones, condominios, complejos hoteleros, etc. Por lo que

Es decir que en la práctica, además de los esquemas de construcción sobre planos en los que la fiduciaria recibe un lote de terreno y un proyecto inmobiliario, existen otros en los que el objeto consiste no sólo en construir el complejo urbanístico sino también en realizar la venta de las unidades finales, por lo que es posible prever que al negocio fiduciario se vinculen unos terceros interesados en adquirir las respectivas unidades que serán construidas. (Bohórquez, 2015, p. 19)

Así las cosas, en este tipo de fiducia, la inmobiliaria implica que se administren bienes o recursos que se encuentran afectos a un proyecto inmobiliario o, inclusive, relacionados con el desarrollo de un proyecto.

Las partes que intervienen en la celebración de este contrato son: el *fideicomitente*, también llamado *beneficiario*, la *fiduciaria* y el *fideicomisario*. Sobre cada una de ellas pesarán obligaciones que estarán previamente estipuladas en el documento que suscriban, de acuerdo con su objeto, así como de las observancias a los derechos contemplados en la carta política.

La doctrina reconoce tres etapas para el desarrollo de la fiducia inmobiliaria: la etapa previa o preliminar (Baena-Cárdenas, 2009, p. 694), en la cual los fideicomitentes aportan a la fiduciaria los documentos que dan cuenta de la viabilidad del proyecto a través de estudios de títulos de los inmuebles, estudios de mercado, financiación, presupuesto, entre otros. Posteriormente, se encuentra la etapa de ejecución (Medina, Vásquez, 2014), en la que se celebran los contratos de promesa de compraventa y, después, los contratos de compraventa

fiduciarios y a las disposiciones contenidas en el Título Primero de la Ley 1328 de 2009 y en la Ley 1480 de 2011” (Baena-Cárdenas, 2017, p. 33).

a través de escrituras públicas. Por último, encontramos la etapa de liquidación (Hernández et al., 2011), en la cual se presenta la rendición final de cuentas por parte de la fiduciaria y se liquida el patrimonio autónomo, así como los demás contratos a que haya lugar.

Adicional a lo ya mencionado, es importante resaltar que, como lo dice Baena Cardenas (2017),

la fiducia inmobiliaria, se define e identifica por su función económico-social que le reconoce el ordenamiento jurídico, la cual no es otra distinta que la de proteger o salvaguardar de los terceros interesados en adquirir unidades inmuebles de un proyecto de construcción, quienes motivados por la probidad, seriedad y eficiencia de las sociedades fiduciarias se ven obligados a anticipar determinadas cantidades de dinero a cuenta del precio de los derechos sobre unos inmuebles que se van a construir [...], y que precisamente basado en esa función es que se tiene un régimen de protección especial. (p. 23)

4.2 Tipos de fiducia inmobiliaria

Existen diferentes modalidades de fiducias inmobiliarias, conforme lo ha indicado la Superintendencia Financiera (2010), en el numeral 8.2 antes expresado:

- **De administración y pagos:** En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

En desarrollo de este negocio, la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

- **De tesorería:** Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.
- **De preventas:** Conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto

inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario.

4.3 *Obligaciones y derechos de las partes*

La conducta de las partes debe estar permeada por la buena fe; es decir, todos los actores involucrados deben honrar las obligaciones adquiridas en el contrato dentro de los preceptos de la buena fe:

La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles [...]. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Civil, 2007, p. 18)

Entre las obligaciones principales del fiduciario, contempladas en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, se pueden mencionar las siguientes: ofrecer información adecuada y oportuna; hacer análisis de riesgo del proyecto inmobiliario; verificar la propiedad y la tradición del inmueble sobre el cual se desarrollará la construcción; hacer seguimiento al uso de los recursos dados para la financiación del proyecto, evitando su desviación; revisar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto; tener certeza en la obtención del crédito constructor; verificar las condiciones técnicas y jurídicas antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores; verificar la solvencia y capacidad técnica, administrativa y financiera del constructor; realizar la divulgación oportuna al público y a sus posibles clientes del alcance y efectos que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades (Barón, 2009, pp. 23-36).

A su vez, las figuras gozan de diversos derechos. El fideicomitente, entre otros, posee el derecho de revocar la fiducia cuando se hubiera reservado esa facultad en el acto constitutivo, y así exigir rendición de cuentas. Las fiduciarias, por su parte, se reservan el derecho de recibir remuneración por los servicios prestados

y de requerir la información que necesiten de los demás integrantes del negocio. Y por último, de entre los derechos que amparan a los beneficiarios, se puede mencionar el de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas, pedir la remoción del fiduciario por causa justa, entre otros (Superintendencia Financiera, 2021).

Las potestades mencionadas se hallan contempladas en la ley, más puntualmente en el Código de Comercio. La inobservancia o incumplimiento de todas o alguna de ellas dará lugar a que la parte perjudicada pueda habilitar mecanismos también contemplados en la ley, a fin de que se respeten dichos derechos y se aplique, de corresponder, la sanción pertinente a la parte que incumpla.

4.4 Principales inconvenientes advertidos

Una vez definido el concepto, enumerados los tipos de fiducia y delimitados los deberes y derechos que correspondan a las partes, pasemos a analizar algunos inconvenientes en torno a la cuestión, que pueden derivar en presentaciones ante la justicia por parte de los consumidores financieros.

- **Información insuficiente¹⁰**: se advierte que las empresas, muchas veces en claro abuso de su posición dominante en el mercado, no proporcionan la información suficiente, clara, pormenorizada, como lo dispone la normativa que ya hemos analizado, a los potenciales clientes, quienes, apoyados en la confianza hacia la sociedad, e ilusionados muchas veces por tratarse de la inversión en un proyecto que implica una vivienda a futuro, terminan aceptando el negocio jurídico, obligándose también con cláusulas que, de haber conocido cabalmente, no hubieran aceptado (Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, 2020).

En el reporte de la Superintendencia Financiera, en el año 2020, se presentaron un total de 34 quejas por irregularidades en cumplimiento de

¹⁰ “Deber de información. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes” (Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, 2020, p. 15).

las obligaciones pactadas en torno a los contratos de fiducia, aunque de estas tan solo dos referían a la fiducia inmobiliaria y proyectos de construcción, mientras que otras siete fueron por entrega de información indebida. Esto comprueba que en la realidad es muy común que se presenten problemas en torno a lo ya mencionado y que terminen en una sanción de tipo administrativo interpuesta por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con lo establecido en la normativa del estatuto de protección al consumidor (Superintendencia Financiera de Colombia, 2020).

- **Incumplimiento por parte del constructor:** como ya advertimos, el proyecto se financia a través de la fiduciaria, con los bienes que le son entregados. Sin embargo, la obra en cuestión queda en manos de un constructor, quien, en principio, toma crédito y coloca en garantía los bienes que fueron entregados a la fiduciaria. Pero, muchas veces, con un solo crédito no alcanza y sigue obteniendo créditos que luego le resultan imposibles de cancelar. Así, el banco que otorgó dichos créditos exige el cumplimiento, que va a ser sufragado con el dinero de los aportantes a la fiducia de los remates que aquel inicie. Frente a la fiduciaria, los aportantes no presentan deudas, pero, ante este eventual incumplimiento y división de responsabilidad entre el constructor y la entidad, son claramente la parte perjudicada.
- **Imposibilidad material de concluir el proyecto:** por tratarse de proyectos a largo plazo (la ley en Colombia permite hasta 20 años para la realización del negocio), pueden ocurrir eventos de caso fortuito o fuerza mayor que dificultarían la atribución por culpa o negligencia a la sociedad en cuestión, entorpeciendo, además de la consecución del proyecto, el posterior reclamo ante la justicia.

En principio, en caso de un incumplimiento que le sea imputable exclusivamente al constructor, este tendrá que indemnizar, y el comprador debe acudir a la jurisdicción civil con la finalidad de declarar un incumplimiento de las obligaciones inicialmente pactadas, ya sea por retraso de la obra, por no entrega del inmueble, entre otros, lo que permite que a la luz de los principios de la responsabilidad civil se tenga que demostrar si hay una responsabilidad solidaria entre el constructor, la sociedad fiduciaria y el grado de culpa imputable a ella, pues, si esta 1) realizó diligentemente la gestión que le fue encomendada

(Rengifo-García, 2012) y transfirió los bienes objeto del contrato a su terminación, para lo cual es menester analizar lo dicho por Ernesto Rengifo García:

Si el fiduciario en desarrollo de su gestión entrega bienes a un tercero y estos perecen, y aquel ha obrado con culpa o imprudencia, el detrimento patrimonial recaerá en el fiduciario como titular del patrimonio autónomo y responderá con su propio patrimonio por las pérdidas; si por el contrario, obró de manera diligente, la pérdida del bien deberá sufrirla el fiduciario en calidad de titular del patrimonio autónomo, sin afectar su propio patrimonio. (2012, p. 156)

En ese entendido, es tarea de la jurisdicción civil analizar cada caso en concreto y determinar el grado de responsabilidad, partiendo de que el fiduciario responderá hasta por culpa leve¹¹ (Sentencia Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, 2020), en concordancia con lo establecido en el artículo 1243 del Código de Comercio, régimen aplicable a la fiducia mercantil.

Adicional a lo ya dicho, en aras del deber de información, es deber tanto del constructor como de la sociedad fiduciaria poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

4.5 Pronunciamientos

En esta sección se analiza un laudo arbitral emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá en el que se examina el tratamiento de la responsabilidad atribuible a las sociedades fiduciarias en el giro ordinario de sus negocios. También, se examinan algunos conceptos jurídicos emitidos por la Superintendencia Financiera y la sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, Valle del 29 de julio de 2021, en donde se decide una demanda verbal de responsabilidad civil contractual y se examina el deber de información a la luz de la fiducia inmobiliaria.

Diremos primero que la ley contempla y conceptualiza la atribución de la responsabilidad en caso de incumplimiento de los deberes por parte de las sociedades fiduciarias.

¹¹ Teniendo en cuenta que las obligaciones de las sociedades fiduciarias son catalogadas por la Superintendencia Financiera como obligaciones de medio, sin que esto implique exoneración de responsabilidad por no cumplir con el resultado esperado (Juzgado Séptimo del Circuito de Cali, 2020, p. 16).

Sobre el particular, el Código de Comercio, en su artículo 1243, dispone que “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”. En relación con la culpa leve, es necesario advertir que el Código Civil ha señalado que comprende lo siguiente en su artículo 63:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido [...]. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. (Código de Comercio, 1971, art. 1243; Código Civil, 1998, art. 63)

De esta forma, se endilga responsabilidad a las sociedades fiduciarias por el inadecuado manejo del negocio jurídico celebrado con el fiduciante o fideicomitente. Ahora bien, en materia de responsabilidad atribuible al fiduciario, por su relevancia se destacan los fallos que a continuación se esbozan:

En laudo arbitral de Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust –antes Sociedad Fiduciaria Anglo–, de 20 de febrero de 2003, dispuso que a la fiduciaria que actúa como profesional se le hace exigible cierto grado de diligencia, cuidados y hasta incluso cierta previsibilidad, utilizando como referencia un modelo abstracto comparable en los hechos, “para deducir sí estuvo a la altura, o no, de lo que usualmente se esperaría de una entidad Fiduciaria –el patrón de conducta previsto por la Ley 222 de 1995, vale decir, el del comportamiento de un buen hombre de negocios–”.

Respecto a lo cual se tiene en consideración un deber de conducta, basado en un cierto grado de acatamiento de dicha actitud de cuidado en la realización de las actividades, siendo el “deber de aplicar el mismo cuidado y diligencia, en los asuntos inherentes al fideicomiso, que una persona competente dedicaría a sus propios intereses” (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003). Por ello, el Tribunal ha de evocar aquella imagen de quien debe estar atento a los acontecimientos, las expectativas que requiere dicha posición y las exigencias de desempeño correspondiente. Todo ello a fin de desarrollar la aplicación correspondiente a las disciplinas respectivas del buen orden en la gestión y administración, conservación de registros y documentos, cumpliendo las obligaciones del fideicomiso, así como rindiendo cuentas.

En la perspectiva de su accionar, el fiduciario encuentra una guía señalada por la estructura misma del fideicomiso en el cual interviene, es así

que resulta imperativo que se evalúen los hechos realizados por dicho Fiduciario en el contexto en el cual se ubicaba en los momentos en los cuales se presenta la secuencia de hechos por los cuales se le endilga responsabilidad, con el simple objeto de verificar si el Fiduciario realmente obró como lo habría hecho cualquier hombre de empresa, esto es, con la debida diligencia y dentro de singulares criterios o requisitos de prudencia. (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003)

Posteriormente, en este fallo, se ahonda en materia de responsabilidad, al expresar que la doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados criterios por evaluar respecto a la profesionalidad que ha de desempeñar la entidad, basándose en

Primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003)

Por ello, la profesionalidad se va a determinar respecto al dominio que ha de tener la compañía fiduciaria sobre los riesgos que traen aparejados los productos o servicios, buscando de dicha manera, en efecto, evitar la generación de daños y perjuicios.

De acuerdo con lo que en el laudo se referencian los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, señalando la responsabilidad civil de aquellos profesionales que generen daños en ocasión del desarrollo de sus actividades. Lo cual [...]

no implica solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está sujeto a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional, de donde concluye que la responsabilidad profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro, y puntualiza que la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde

la negligencia hasta el acto doloso. (Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (E.M.A.) vs. Lloyds Trust, 2003)

Se ha previsto que la responsabilidad resultante de la actividad de los profesionales es puramente de naturaleza contractual, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato. Resulta menester observar que existe asimismo la responsabilidad extracontractual, con base en aquellos daños ocasionados a terceros que no son parte de la relación negocial pero se ven perjudicados por la ejecución de dichos servicios. Por lo tanto, se ha de generar responsabilidad por la acción u omisión que realice el profesional en su actividad.

Por otra parte, la Superintendencia Financiera ha venido reiterando, mediante el concepto 2003018295-1, 23 de mayo de 2003, que:

Así las cosas, resulta claro que la fiduciaria está obligada a actuar en forma diligente y prudente buscando siempre cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo, siendo preciso para alcanzar dicho objetivo el observar los deberes indelegables que le imponen tanto la ley como el contrato fiduciario, gestión que debe corresponder a la requerida a todo profesional con ocasión de la administración de negocios ajenos respondiendo hasta de la culpa leve en el cumplimiento de la misma, según lo establece el artículo 1243 del Código de Comercio. (Código de Comercio, 1998)

En el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Civil de Cali, Valle del Cauca, se hace un análisis del deber de información a cargo de las sociedades fiduciarias, en cada una de las etapas del negocio, a la luz de determinar la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de actuar debida diligencia en el cumplimiento del objeto contractual, para lo cual tiene en su consideración lo establecido en los artículos 1602 a 1617 del Código de Comercio, para determinar el grado de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de un contrato, y mencionando que para que exista una real responsabilidad contractual se requiere:

i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación

que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)» (Corte Suprema de Justicia, SC380, 2018).

Sin embargo, en cuanto a lo que tiene que ver con la responsabilidad de las sociedades fiduciarias, es claro en establecer el artículo 1243 del Código de Comercio que “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” y que esta cesará su responsabilidad.

Cuando se verifica por la fiduciaria el cumplimiento por el promotor (que en veces coincide con el constructor) de las condiciones contempladas en el contrato para la realización del desembolso del dinero aportado por los inversionistas vinculados a encargos individuales, entre los cuales se encuentra el punto de equilibrio, así como requisitos técnicos y jurídicos descritos en el respectivo contrato. (Sentencia el juzgado Séptimo Civil de Cali, Valle del Cauca, p. 14)

Posteriormente hace un análisis de las obligaciones y los deberes del fiduciario, en donde menciona el deber de información y deja en claro que el fideicomitente o cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual durante la ejecución, e incluso hasta su liquidación; y que su incumplimiento conlleva responsabilidad.

Con este fallo se deja precedente que el incumplimiento de obligaciones por parte de las sociedades fiduciarias sí da lugar a una responsabilidad, amparada bajo el régimen aplicable a las obligaciones de medio; sin embargo, tratándose del deber de información, el demostrar la simplemente diligencia no es casual para eximirse de responsabilidad y, pues, como lo ha dicho la jurisprudencia, esta es una de las pocas obligaciones de estos entes que no puede considerarse de medio, sino que por su naturaleza misma debe ser considerada como una obligación de resultado.

De los anteriores pronunciamientos, merecen destacarse los siguientes aspectos:

- Las sociedades fiduciarias, sin importar el tipo de negocio fiduciario que desarrollen, responden por culpa leve, en los términos arriba expresados.

Aquí es importante resaltar que se trata de una responsabilidad amplia, es decir, no distingue si se trata de responsabilidad proveniente por un inadecuado suministro de información o en general.

- El negocio fiduciario, desarrollado por las sociedades fiduciarias, parte de la presunción de que ostentan la calidad de profesionales, es decir, poseen un conocimiento profundo acerca de la operatividad de los productos y servicios financieros que ofrece.
- Al ser las sociedades fiduciarias profesionales expertas en el quehacer de sus negocios, como se expresó en el laudo arbitral analizado, le es exigible que cuenten con una capacidad y competencia especial.
- Este tipo de entidades financieras deben actuar con una diligencia debida, en beneficio del vínculo que buscan construir con un potencial cliente o consolidar el ya existente.

5. Conclusión

A modo de conclusión y para cerrar este escrito, se puede advertir sobre la importancia que revisten las sociedades fiduciarias, tanto por las atribuciones que poseen como ente que administra patrimonios autónomos como por la magnitud muchas veces de los proyectos que tiene a cargo.

Así, sin distinguir el tipo de contrato de fiducia en particular de que se trate, deben en general poseer los medios idóneos y necesarios que garanticen que su clientela reciba la información correspondiente respecto a los productos y servicios financieros en los cuales se encuentran interesados en contratar.

Asimismo, ha quedado probado que al fiduciante le son atribuibles una serie de cargas y obligaciones por la inobservancia en su actuar. Aquí, ya que en muchas ocasiones es clara la desventaja en la relación contractual en la que se encuentra el consumidor, sería importante dotarlo de mayores herramientas o mecanismos idóneos para cuando el suministro de información no sea claro u oportuno, además de los ya existentes a nivel legal e inclusive jurisprudencial.

Respecto de las sociedades fiduciarias, más allá de que deban adoptar regulaciones adicionales a las que ya pesan sobre ellas por parte del Estado, deberían propender a la autorregulación y control en el cumplimiento de sus deberes, junto con las obligaciones en beneficio del giro ordinario de sus negocios, para así consolidar y afianzar la característica primordial del contrato de fiducia:

la confianza sustentada en pilares más fuertes, como son los preceptos de lealtad y buena fe contractual.

De esta manera, si bien concordamos con la amplia protección que recibe el consumidor financiero por parte de los entes encargados de controlar a las entidades, nos parece importante que también se considere que el desarrollo de este tipo de proyectos beneficia a la economía del país, y resulta una herramienta atractiva a la hora de invertir, y que, debido a las múltiples vicisitudes que pueden presentarse por tratarse en muchos supuestos de proyectos a largo plazo, puedan ir armonizando tanto la legislación como la jurisprudencia y doctrina, propendiendo a mantener el equilibrio entre las partes.

Para cada caso en concreto que pueda presentarse por incumplimiento de obligaciones, y que deba discutirse en la justicia, se debe tratar de arribar a soluciones que permitan que ambas partes resulten beneficiadas de la relación jurídica que han celebrado. Siempre respetando el sentido que inspiró a dicha relación, así como la legislación vigente y los preceptos emanados de nuestra Constitución.

Sin embargo, es claro, las sociedades fiduciarias en Colombia sí deben responder ante terceros por la inobservancia de sus deberes legales, incluido el de suministrar información.

Referencias

- ANDI. (2013). *Fiducias: La Fiducia Colombiana como Instrumento para Celebrar todo Tipo de Negocios*. <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/CrEmp/FidCol/Paginas/default.aspx>
- Baena-Cárdenas, L. G. B. (2017). *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*. Universidad Externado de Colombia.
- Barón, C. (2009). La información, deber de la fiducia en los proyectos de construcción. *Inventum*, 14(27), 23-36.
- Bohórquez, L. (2015). *El contrato fiduciario inmobiliario: un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa* (Tesis de grado). Universidad Católica de Colombia.

Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (EMA) vs. Lloyds Trust. (2003). Cámara de Comercio de Bogotá. https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21559/459_V_MONOMEROS_COLOMBO_VENEZOLANOS_vs._LLOYDS_TRUST_20_02_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cáceres, J. S. (2014). La responsabilidad de las entidades fiduciarias por el incumplimiento en los negocios subyacentes al objeto contractual: crítica a la “delegación” de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, (52), 1-34.

Código Civil de Colombia. (27 de julio de 1998).

Código de Comercio de Colombia. (13 de Julio de 1971).

Congreso de la República. (15 de julio de 2009). Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Ley 1480. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co103es.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. (28 de octubre de 1983). Sentencia C-488/93 [M. P. Vladimiro Naranjo].

Corte Constitucional de Colombia. (28 de marzo de 2004). Sentencia T-300/04 [M. P. Eduardo Montealegre].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (9 de agosto de 2007). Ref: Cas. 08001 31 03 004 2000 00254 01 [M. P. Pedro Octavio Munar Cadena].

Corte suprema de justicia, Sala de Casación Civil. (30 de diciembre de 2008) Ref: 11001-3103-036-1999-01458-01 [M.P. William Namen Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de Julio de 2009). Ref: 11001-3103-039-2000-00310-01 [M. P. William Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de noviembre de 2011). Ref: Exp. 11001-3103-018-2002-00292-01 [M. P. Ruth Marina Díaz Rueda].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de febrero de 2018). Rad. 2005-00368-01 [M. P. Aroldo Wilson Quiroz].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2020). Ref: Exp. 05001-31-03-014-2015-00222-01 [M. P. Luis Alonso Rico Puerta].
- Fiduagraria. (2021). *Fiducia inmobiliaria*. <https://www.fiduagraria.gov.co/fiducia-inmobiliaria.html>
- Hernández Limongi, M. P., Meza Rivero, M. E. y Penen Lastra, M. (2011). *Guía jurídica de los negocios fiduciarios en Colombia*. Legis Editores.
- Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali. (29 de julio del 2020). Proceso: Verbal – Responsabilidad Civil Contractual 760013103007 2018 00187-01; M.P. Sociedad Maquite S.A. Sentencia No. 56.
- Presidencia de la República. (25 de noviembre de 2005). Decreto 4327 del 2005. Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.
- Rengifo García, E. (2012). *La fiducia mercantil y pública*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia. (2014). Circular Básica Jurídica 029. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce---/parte-ii-mercado-intermediado-10083480>
- Rodríguez Azuero, S. (1997). *La Responsabilidad del Fiduciario*. Ediciones Rosaristas.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios. Su Significación en América Latina*. Editorial Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *icade. Revista de la Facultad de Derecho*, (70), 7-55.
- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina* (6.^a ed.). Legis Editores.
- Rodríguez Izquierdo, L. S. (2011). *Fiducia y construcción inmobiliaria, ¿responsabilidad compartida?* [Tesis de doctorado]. Universidad de la Sabana.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2003). Concepto 2003018295-1. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicacio>

nes&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=18884&dPrint=1

Superintendencia Financiera de Colombia. (2010). Concepto 2010023725. <https://studylib.es/doc/556305/2010023725---superintendencia-financiera-de-colombia>

Superintendencia Financiera de Colombia. (2020). Quejas contra entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/consumidor-financiero/informacion-general/quejas-contras-entidades-vigiladas/quejas-contras-entidades-vigiladas-por-la-superintendencia-financiera-de-colombia-20650>

Tovar Llanos, M. J. (2020). *Responsabilidad de la fiducia inmobiliaria en Colombia frente al consumidor* (Tesis doctoral). Universidad Santiago de Cali.

Vásquez Torres, J. A. y Medina Vanegas, L. M. (2014). Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios.

Villalba Cuellar, J. C. (2017). La protección al consumidor inmobiliario. Aspectos generales en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (32), 279-313.

NOVA ET VETERA

Reflexiones filosóficas y pedagógicas en torno al derecho

Entrevista realizada a Juan Antonio García Amado por:

Augusto Fernando Carrillo Salgado*

Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

* Estudiante de doctorado en derecho por la UNAM (México). Agradezco al equipo editorial de *Precedente. Revista Jurídica* la oportunidad de publicar esta entrevista. También extiendo mi agradecimiento al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) por el apoyo brindado durante mi formación doctoral. Correo electrónico: augustoc@ucm.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.4839>



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

Semblanza

Juan Antonio García Amado nació en Ruedes en 1958. Es licenciado y doctor en derecho por la Universidad de Oviedo con premio extraordinario. Ha sido catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León desde 1994. Entre 1996 y 2006 fue director del Departamento de Derecho Público Básico de la Universidad de León. Ha dictado conferencias en Colombia, Argentina, Panamá, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Brasil, México, República Dominicana, Chile, Bruselas, Fráncfort del Meno, etcétera. Es miembro del comité editorial de diversas revistas, verbigracia, *Rechtstheorie*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *Droit et Societé*, *Derechos y Libertades*, entre otras. Además de numerosos artículos, ha publicado los siguientes libros: *Teorías de la tónica jurídica*, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, *Escritos de Filosofía del Derecho*, *La Lista de Schindler*, *Abismos que el Derecho difícilmente alcanza*, *Ensayos de filosofía jurídica*, *Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 11 de julio de 2007*, *El derecho y sus circunstancias*, *Nuevos ensayos de filosofía jurídica* y *Un debate sobre ponderación*.

Palabras claves: filosofía del derecho; teoría jurídica contemporánea; interpretación de la norma; proceso enseñanza-aprendizaje; didáctica y pedagogía.

Semblance

Juan Antonio García Amado was born in Ruedes in 1958. He holds a degree and doctorate in law from the University of Oviedo with an extraordinary award. He has been professor of Philosophy of Law at the University of León since 1994. Between 1996 and 2006 he was director of the Department of Basic Public Law at the University of León. He has lectured in Colombia, Argentina, Panama, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Brazil, Mexico, Dominican Republic, Chile, Brussels, Frankfurt am Main, etc. He is a member of the editorial board of several journals, such as *Rechtstheorie*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *Droit et Societé*, *Derechos y Libertades*, among others. In addition to numerous articles, he has published the following books: *Teorías de la tónica jurídica*, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, *Escritos de Filosofía del Derecho*, *La Lista de Schindler*, *Abismos que el Derecho difícilmente alcanza*, *Ensayos de filosofía jurídica*, *Al hilo de la sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 11 de julio de 2007*, *El derecho y sus circunstancias*, *Nuevos ensayos de filosofía jurídica* and *Un debate sobre ponderación*.

Keywords: Philosophy of Law; Contemporary Legal Theory; Interpretation of the Norm; Teaching-Learning Process; Didactics; Pedagogy.

Augusto Fernando Carrillo Salgado (AFCS): Estimado doctor Juan Antonio García Amado, le agradezco la oportunidad que me dispensa de manera tan generosa; máxime al considerar sus vastísimas actividades en cuanto docente, filósofo del derecho y escritor. Si dos virtudes lo caracterizan estas son –sin duda alguna– humildad y generosidad. Al igual que muchos otros de sus discípulos –tanto directos como indirectos–, he seguido acuciosamente su propuesta iusfilosófica, razonamientos y debates a través de la internet y redes sociales durante varios años. Gracias a la existencia de los medios tecnológicos su pensamiento ha rebasado fronteras. Este fenómeno es de suma importancia, ya que –en el trayecto de su fecunda trayectoria intelectual– ha colocado sobre la mesa temas polémicos, los cuales son comunes a España, México y al resto de Iberoamérica.

Me gustaría intentar una breve biografía de su persona. Estoy convencido de que, a pesar de la finalidad objetiva de todo trabajo científico, el fruto intelectual de un académico tiene, en mayor o menor grado, un fuerte anclaje en su experiencia vital. En otras palabras, creo que es posible comprender con mayor profundidad la obra de un filósofo en la medida en que uno se aproxima a su dimensión humana. El profesor Juan Antonio García Amado se matriculó en la carrera de Derecho en la Universidad de Oviedo en el año de 1975 aunque su intención era realizar la carrera de filosofía. Sin embargo, esta profesión no se impartía en la universidad mencionada. Por si fuera poco, las circunstancias personales de aquél entonces le impedían estudiar fuera de Asturias.

Desde muy joven, los dogmas no le satisfacían. Así, la enseñanza monocromática del derecho le resultó tortuosa durante los primeros años de su formación. Sería Don Elías Díaz –profesor que estaba al frente de la clase de derecho natural– quien lo marcaría para siempre. En efecto, el fuerte influjo del profesor Elías terminaría de dirigirlo hacia la investigación y enseñanza del derecho. Al concluir la carrera de derecho, impulsado por ese prurito intelectual, partió hacia Alemania para continuar con sus estudios doctorales bajo la tutoría del profesor Claus-Wilhelm Canaris.

Durante su prolífica trayectoria académica –la cual abarca, por cierto, poco más de cuatro décadas–, usted ha sido uno de los principales defensores de algunas teorías clásicas del positivismo jurídico en toda Iberoamérica. A través de una infinidad de libros, artículos y conferencias ha cultivado con paciencia y perseverancia diversas parcelas del derecho; por ejemplo, la filosofía, la teoría jurídica contemporánea, la teoría de la argumentación jurídica, la tópica, la

teoría de la norma; así como la interpretación jurídica. En otras palabras, ha sido un autor polifacético; un destacado jurista español de espíritu renacentista. Quedémonos por ahora con el doctor Juan Antonio García Amado en cuanto filósofo del derecho, metodólogo y docente.

A través de los años, el panorama teórico se ha enriquecido gracias a las aportaciones teóricas de Manuel Atienza, Carlos Bernal Pulido, Robert Alexy, Stanley Paulson, H. L. A. Hart, Ronald Dworkin, John Rawls, Joseph Raz, Aharon Barak, Alf Ross, Karl Olivecrona, Jerome Frank, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Riccardo Guastini, entre otros autores. No cabe la menor duda de que, sin una guía adecuada, sería muy fácil extraviarse en ese vasto océano de propuestas teóricas. Pensando en las nuevas generaciones y, ¿por qué no?, en los abogados que han tenido un escaso contacto con la filosofía del derecho, ¿qué temas identificaría como los problemas esenciales de la filosofía jurídica contemporánea y por qué motivo?

Juan Antonio García Amado (JAGA): Me represento la filosofía jurídica con la imagen de círculos concéntricos. El círculo central, el eje imprescindible, está en la teoría del derecho, que tiene como sus temas principales la teoría de la norma jurídica, la teoría del sistema jurídico y de las relaciones entre los sistemas jurídicos y la teoría de la interpretación y aplicación del derecho. Soy contundente al respecto: si no se sabe de eso, no se entiende qué es y cómo funciona el derecho, por mucho que usted tenga un doctorado en filosofía, otro en sociología o ciencia política y otro en teología.

En el siguiente círculo se hallaría la consideración moral, política y, si se quiere, económica del derecho. Sentado en el círculo anterior, que es lo que da su especificidad y particular modo de ser y operar de las normas jurídicas, aquí se trata de mostrar las relaciones entre derecho y moral y las condiciones para el juicio moral sobre los contenidos de lo jurídico; las relaciones entre derecho y política y los elementos determinantes de la idea de derecho legítimo; y las relaciones entre derecho y economía para analizar las condiciones de un derecho que se justifique por su eficiencia económica. Pero téngase en cuenta que yo parto de una concepción positivista de lo jurídico y considero que la juridicidad de las normas no depende de su moralidad, de su legitimidad política o de su eficiencia económica, aun cuando socialmente importan mucho esas tres calificaciones y otras más que podrían traerse. Repárese también en que, en el iuspositivismo del siglo XX, hasta hoy, ningún autor de algún relieve afirmó jamás que la

condición jurídica de una norma engendre una obligación moral de obediencia. Tampoco dijo ninguno que no tenga relevancia personal y social, la justicia de las normas, su calificación moral; lo que afirman es que la calificación de una norma jurídica como injusta o inmoral no le quita a esa norma su condición de jurídica (si la tiene, según las condiciones propias de validez puestas por el respectivo sistema jurídico), aun cuando pueda dar a los sujetos importantes razones para desobedecer tal norma jurídica, en cuyo caso dicha conducta de desobediencia será jurídicamente ilícita y moralmente lícita o loable.

A los iusmoralistas les cuesta asimilar que un mismo contenido normativo o una misma conducta de alguien pueda recibir calificaciones diferentes y contrapuestas desde sistemas normativos diferentes. Así, el aborto voluntario bajo ciertas condiciones puede ser jurídicamente lícito en un sistema de derecho y tenerse por moralmente ilícito en un sistema moral, o el hacer mucho ruido al masticar puede estar jurídicamente permitido y considerarse una conducta indebida desde las normas de un sistema de reglas de cortesía o de usos sociales. Igual que una persona puede ser, a la vez, muy fea, muy simpática y con mala salud, por ejemplo. Nunca logro entender por qué no se puede asumir que la norma del sistema jurídico que en algún país islámico prohíbe conducir autos a las mujeres es una norma jurídica de ese sistema y, al mismo tiempo, una norma asquerosamente inmoral. El no va más del confusionismo al respecto se expresa en la inverosímil tesis de Robert Alexy que dice que a todo sistema jurídico y a toda norma de derecho les es inmanente una pretensión de corrección moral. Es como si decimos que a todo ser humano le es inmanente una pretensión de no hacer daño a los demás y que quien dañe a otro no es del todo humano, porque no satisface esa pretensión que lleva dentro por naturaleza. Son resabios del viejo iusnaturalismo teológico y muestras de cuánto queda en nuestra cultura de la impronta religiosa en los iusfilósofos, aunque algunos oculten el influjo de la religión en sus doctrinas con tanta habilidad como Alexy, precisamente.

En el tercer círculo podríamos incluir los asuntos relativos a la consideración del derecho como fenómeno empírico, a los efectos causales del derecho y sobre el derecho. Aquí es donde la filosofía del derecho se da la mano con la sociología del derecho, de modo similar a como en el círculo anterior se relaciona estrechamente con la filosofía moral y con la filosofía política. Es en esta parte donde corresponde estudiar y explicar nociones como la de eficacia y efectividad de las normas jurídicas y, en suma, analizar el modo en que el derecho incide sobre la realidad empírica de los sujetos y las sociedades y la manera en que

también las peculiaridades de cada sociedad influyen sobre la configuración y los contenidos de lo jurídico.

Esas serían, en mi idea, las partes que un buen iusfilósofo tiene que conocer, trabajar, y, en su caso, explicar, pues, sin una aprehensión así, global y bajo distintas perspectivas, de lo jurídico, el iusfilósofo no estará en condiciones de aportar consideraciones verdaderamente relevantes para quienes se dedican al estudio o la práctica en sectores concretos de lo jurídico (derecho penal, derecho civil, derecho constitucional, derecho tributario, etc.).

Cabría hacer espacio a más temas, evidentemente, como cuestiones relativas al estatuto epistemológico de la ciencia jurídica (el tema que tanto preocupó y ocupó a Kelsen, por ejemplo), a la historia de las ideas jurídicas, a la interrelación de lo jurídico con otros fenómenos sociales, como el arte (derecho y cine, derecho y literatura...) y otros.

Y me permito añadir algo más: no hay buen iusfilósofo con teoría útil que no domine el derecho positivo y que no conozca bastante los rudimentos teóricos y los fundamentos de alguna concreta rama del derecho. Ese iusfilósofo que solo dice generalidades y al que nunca le viene a la mente un ejemplo preciso de una norma vigente o de una sentencia reciente es un iusfilósofo prescindible y que daña más de lo que aporta. Por eso la filosofía del derecho ha sido y es un auténtico lastre en muchas universidades, porque la enseñan profesores que no saben ni de filosofía ni de derecho y que se gastan las horas en decir vaguedades y simplezas que ya sabía hasta mi abuela, sin darse tanta importancia ni ponerse tan pedante.

164

AFCS: Usted ha identificado los temas esenciales de la filosofía jurídica contemporánea mediante tres círculos concéntricos. De acuerdo con mi entendimiento, está tratando de clasificar ciertos temas sin perder de vista la interrelación entre cada uno de ellos. La imagen que dibuja no es una concepción piramidal, esto es, vertical o rígida. En ese sentido, alguna persona podría querer aproximarse al estudio del derecho, por ejemplo, a través del análisis de los temas del segundo o tercero de dichos círculos. ¿Existe un orden de prelación para aproximarse a los temas que ha identificado como los problemas esenciales de la filosofía jurídica contemporánea? ¿O acaso es estéril establecer una jerarquía ya que esta se encuentra indefectiblemente condicionada por el subjetivo interés del estudiante, abogado o investigador? Insisto en esta pregunta a fin de evitar serios escollos tanto a los estudiantes como a los abogados que poco o nulo contacto han tenido con la filosofía del derecho.

JAGA: Tengo para mí muy claro que el orden es justamente el que acabo de indicar. El médico tiene que saber anatomía y fisiología y tener nociones generales sobre todo tipo de enfermedades antes de especializarse en cardiología u otorrinolaringología o de preguntarse sobre ética de la profesión médica, pongamos por caso, igual que los curas deberían saber directamente de sexo antes de pontificar sobre esta práctica y calificarla. Y vuelvo a lo que decía hace un momento, ha habido y hay demasiados profesores de derecho que saben del derecho real tan poco como los curas de la práctica sexual (o tal se les presume). Trasladado a nuestro campo, eso quiere decir que lo primero que debe dominar todo jurista y que debe ser enseñado por el iusfilósofo es lo que he denominado antes teoría del derecho. Cómo va usted a hablar del sentido o funcionamiento de las normas del derecho, si no sabe cómo son, cómo se crean o se derogan, de qué modo se relacionan dentro del sistema respectivo y qué hay que hacer para aplicarlas a la resolución de litigios jurídicos. Insisto e insisto, un profesor de filosofía del derecho que no tiene conocimientos reales y directos de derecho es como un profesor de música que no sabe de notación musical, armonía, ritmo, timbre, etc. y que, para colmo, nunca ha tocado más instrumento musical que las maracas en la boda de su tía.

AFCS: Precisamente se han escrito muchas obras sobre los temas que ha identificado como los problemas esenciales de la filosofía jurídica contemporánea. Algunas mejores, otras peores, y ciertas, francamente lamentables. Estimo importante evitar que el estudiante, abogado o investigador contamine su pensamiento con la lectura de textos desafortunados, ya que, si bien es cierto que hoy abunda la información, la realidad es que no toda obra vale la pena ser leída debido a su endeble rigor metodológico. En efecto, son más las publicaciones que existen en forma física y electrónica que el tiempo del que dispone cualquier ser humano para leerlas durante toda su vida. En la actualidad proliferan –por desgracia– los charlatanes que buscan tan solo una fama evanescente a través de publicaciones deplorables en perjuicio de los reales cultores del derecho. La situación anterior se agrava cuando el lector no cuenta con conocimientos sólidos sobre filosofía del derecho. En ese sentido, ¿qué características debe poseer una obra jurídica para ser considerada seria?

JAGA: Estoy de acuerdo con su diagnóstico. Se publica hoy en día demasiado de todo, porque solo se puede hacer carrera académica a base de publicar y

publicar, y las publicaciones se valoran al peso o por indicios externos, como el lugar que ocupa la respectiva revista o editorial en ciertas clasificaciones. Estoy segurísimo de que la mitad de los libros y artículos de derecho que se editan no los ha leído ni los leerá nadie nunca; afortunadamente, porque son horribles, de contenidos incomprensibles y absurdos y hasta con faltas de ortografía y atentados graves contra la sintaxis. Conozco un número no desdeñable de profesores de derecho que son poco menos que analfabetos funcionales y de una grosera incultura, ignorantes alevosos, pero que tienen a sus espaldas una larga lista de publicaciones, supuestamente en revistas o editoriales de alto nivel, pero a las que han pagado para publicar y donde el informe por pares es en verdad un informe por cuñados. Algún día habrá que destapar lo mucho que en nuestro mundo existe de corrupción académica y de picaresca editorial. Lo que no quita, obviamente, para que también se publiquen excelentes obras. Tenemos, pues, que aprender a seleccionar lo que merece ser leído y lo que merece ser echado a la basura. Pero no es un aprendizaje difícil; en cuanto uno tiene un poquito de experiencia, sabe diferenciar con solo hojear un minuto un libro o un artículo. A la primera falta de ortografía o al segundo error en el nombre de un autor, por ejemplo, a la papelera el libro o artículo y a la lista negra de nuestro más serio desprecio académico el autor o autora.

Dicho esto, no sé exactamente qué características debe tener una obra jurídica para ser considerada seria, pero repito que el buen jurista lo detecta enseguida, aunque no sepa explicarlo, de similar manera a como diferenciamos un buen vino de uno abominable con solo un pequeño trago y aunque no sepamos explicarnos en términos de taninos y aromas de grosella.

166 Le puedo contar, sin demasiadas pretensiones, cómo procedo yo cuando un nuevo libro, que por su tema pueda interesarme, cae en mis manos. Miro el índice y la introducción para ver si la obra pretende aportar algo novedoso o es el enésimo refrito de un tema manido, voy a la lista de bibliografía citada para hacerme una idea de si el autor se documentó o es un iluminado, si bien de esta parte dispenso a los que considero maestros ya confiables, a los que se les puede permitir entrar directamente al tema y los conocimientos de las obras ajenas se les presumen sin riesgo de error. Y luego leo unas páginas más, al azar, para hacerme una idea de si el autor sabe escribir o es un asesino de gramáticas. Y, por supuesto, un vistazo a tiempo también a las conclusiones. Rechazo visceralmente esos libros o artículos que terminan así: “como ha quedado expuesto, es sumamente importante la libertad y no le va a la zaga la

igualdad, con lo que concluimos que existe un imperativo para hallar en cada caso la adecuada síntesis y el debido equilibrio entre libertad e igualdad y eso lo conseguiremos a base de dedicación y esfuerzo y ponderando en cada caso con la debida técnica”. Gastarse doscientas páginas para acabar así es una manera boba de perder el tiempo. O como aquellos, abundantes en derecho privado, que del tema que sea explican que hay una teoría subjetiva y otra objetiva, pero que lo más conveniente es la teoría mixta. A veces la doctrina jurídica parece un larvado ejercicio de literatura humorística, una perversa caricatura.

Por último, aplico un lema para mis lecturas: lo que ya sabía mi abuela no merece una monografía. Hay demasiados profesores que descubren el Mediterráneo en cada libro. Como esos que en la primera y última frase de su obra sentencian que el derecho es mejor si es justo, lo cual viene a ser como si uno dice que la comida es mejor si está rica o que el sexo es mejor si termina en orgasmo. Obviedades para *dummies*, pero que bastantes juristas sostienen con gesto solemne y prosa edulcorada. Solo me consuela pensar que ha de estar cercano el día en que la filosofía del derecho toque fondo y resurjan el esfuerzo y la calidad.

AFCS: En algunas ocasiones parece que existe una suerte de ciega pleitesía hacia la producción académico-intelectual proveniente de Alemania, Inglaterra, Italia –en menor grado, de Francia– y Estados de Unidos de América. En otras palabras, algunos estudiosos hispanos del derecho desprecian la propia obra nacional; este fenómeno por desgracia se repite en México y América Latina. Personalmente me parece lamentable y hasta deplorable esta situación, ya que, si bien es cierto que se han escrito obras extraordinarias en los países referidos, también lo es que tanto en España como en el resto de Iberoamérica se han realizado contribuciones significativas a la filosofía del derecho y la teoría jurídica contemporánea. Me vienen a la mente propuestas filosóficas de diferentes épocas, autores y latitudes; por ejemplo, sus propias obras, el trabajo de don Manuel Atienza, don Andrés Perfecto Ibáñez, don Gregorio Peces-Barba, don Luis Recasens Siches, don Héctor Fix-Zamudio y don Rodolfo Luis Vigo. ¿Cuál es la causa de ese desprecio hacia lo propio? ¿Cuál sería la “justa dimensión” de la obra iusfilosófica en lengua castellana?

JAGA: Supongo que en eso influyen factores culturales y relacionados con la psicología social. Cualquier profesor de derecho español sueña con que un día

lo cite un colega alemán o estadounidense, y ese mismo profesor no lee jamás una obra de un autor portugués, pese a que en Portugal hay una producción de doctrina jurídica de alto nivel. Y, naturalmente, el alemán o el de EE. UU. no leen a ningún español, por la misma razón que el español no lee al portugués o, a menudo, al chileno o al colombiano. Cada uno busca otros a los que despreciar, aunque nos digamos intelectuales y se nos llene la boca de derechos humanos a la hora de los almuerzos.

Son mecanismos de legitimación social. Si yo me hago una foto con Messi, me legitimo ante los aficionados al fútbol mucho más que si me ven hablando con el entrenador más experto en fútbol, y nadie se detiene a pensar que Messi seguramente no es capaz de hablar sobre fútbol dos frases seguidas que merezcan la pena, aunque se maneje prodigiosamente con los pies. Igualmente, si a mí me cita un alemán de Alemania, quedo ante los colegas como un rey, aunque a nadie le conste que el alemán ese tenga el más mínimo prestigio y no sea un plagiador con cátedra, pues imagino que en Alemania también los habrá, aunque no sea en proporción tan alta como entre nosotros.

En todos nuestros países, y tal vez un poquito más en algunos de Latinoamérica, esto tiene una manifestación más. Si usted hace una tesis doctoral prodigiosa en una universidad de Oaxaca, por ejemplo, puede que le miren sin envidia y hasta con algo de desprecio, pero si se doctora en una universidad de novena división en Minnesota, todos le tratan con admiración y usted sube como la espuma en su sistema universitario. Esto han sabido explotarlo en las últimas décadas algunos jóvenes profesores muy pícaros y con escasísimo nivel, pero que han conseguido, quién sabe cómo, doctorarse en universidades europeas o de Estados Unidos y que se venden en casa como si fueran nietos de Justiniano o sobrinos de Jhering.

Otro asunto sobre el que está haciendo falta una buena obra científico-social es el de la picaresca académica latina. O quizá una novela, al estilo de las tremendas novelas humorísticas de campus que cada tanto nos regalan los ingleses o gringos. En España recientemente se han publicado dos tan divertidas como crueles, pero que han tenido poco eco. Son de los profesores Sosa Wagner y García Figueroa, dos grandes amigos míos, por cierto.

Hace un par de años, mi colega y amigo Manuel Atienza, muy consciente de la valía de la filosofía del derecho latina a uno y otro lado del Atlántico, puso en marcha lo que llama *i-latina* e impulsó congresos con ese propósito de reivindicar el valor de tantos autores y obras nuestros y de ir amortiguando el

papanatismo de creer que lo bueno viene solo de Alemania o Gran Bretaña o Estados Unidos. Me parece bien esa iniciativa de Manuel, aunque, como era de esperar, el primer congreso, en Alicante, a punto estuvo de acabar en tremenda pelea entre los distintos países representados por profesores que buscaban un lugar al sol y trababan de legitimarse ahí por la puerta falsa. No tenemos arreglo, posiblemente. El asunto es cultural. Somos pícaros redomados e impostores vocacionales. Con las excepciones de rigor, por supuesto, que son las de aquellos que trabajan y trabajan, en lugar de intentar colarse en las cátedras por la puerta de atrás o de aparentar la importancia que no tienen a base de publicar sus selfies con Ferrajoli o Guastini, pongamos por caso.

AFCS: Pasemos ahora a otro tema de igual relevancia que el anterior: el docente del derecho. Hoy en día se cuenta con mayores herramientas para transmitir el conocimiento en las aulas universitarias. Gracias a los diferentes softwares, redes sociales y aplicaciones es posible transmitir de manera más rápida y atractiva –quizá hasta eficaz– el conocimiento jurídico. Algunas personas inclusive podrían pensar que el docente universitario será desplazado, tarde o temprano, por estos elementos tecnológicos y que el alumno devendrá más y más autodidacta. Piénsese, por ejemplo, en la actual crisis ocasionada por la aparición y diseminación de la COVID-19 en todo el mundo, la cual, dentro de sus infinitas consecuencias, ha trastocado la enseñanza universitaria y aproximado al estudiante aún más a los softwares, redes sociales y aplicaciones. En ese contexto, ¿cuál considera que es el papel del docente del derecho de Iberoamérica en el siglo XXI?

JAGA: Estoy de acuerdo con el sentido de la pregunta. La mayoría de las clases de derecho que se dictan en las universidades son completamente prescindibles y más se ganaría si los estudiantes leyeran un buen manual de la materia o vieran unos cuantos vídeos de mucha calidad. El profesor es muy importante cuando aporta valor añadido, pero solo si lo aporta. Yo creo firmemente en la vieja clase magistral, pero entendiendo por tal no la disertación de ese docente medio gagá que recita de memoria unos apuntes que se aprendió hace treinta años o que le dictaron a él ya cuando hizo la carrera, sino entendiendo por *clase magistral* aquella en la que un profesor da algo que no se puede encontrar en un libro o con la distancia de un vídeo: una manera de decir las cosas, una relación continua entre conocimientos y datos diversos, una interacción muy rica con

los estudiantes, una pasión contagiosa. Esos son los profesores que añaden algo a los libros, que merecen las horas para escucharlos y que despiertan vocaciones y hacen ver el sentido y la belleza del oficio de jurista y del oficio de profesor. Los otros sobran y habría que ponerlos a limpiar el polvo de los estantes de las bibliotecas o a barrer los pasillos; con un sueldo digno, eso sí.

De estudiante creo que prefiero no hablar. El estudiante español de derecho, con contadas excepciones, es pasivo de actitud e insensible a cualquier contenido, intelectualmente frígido y académicamente impotente, si se me permite decirlo de este modo. Ese estudiante español ni busca información sobre los contenidos de las materias de la carrera en las redes ni abre un libro, aun bajo amenaza de tortura, y considera una pérdida de tiempo y un desdoro personal asistir a una conferencia o dar una opinión en una clase. Y las tecnologías las usa, sí, pero para ver porno o noticias sobre fútbol o para chatear con sus iguales sobre un vestidito nuevo que venden ahora en Zara a muy buen precio. Los estudiantes latinoamericanos son mucho más interesados e interesantes; o disimulan mejor, lo que, a fin de cuentas, viene a dar igual, porque el profesor se anima idénticamente en ambos casos.

AFCS: Hasta ahora hemos hablado de la relación entre el docente del derecho de Iberoamérica y la tecnología (softwares, redes sociales y aplicaciones) en el siglo XXI. Sin embargo, no debe perderse de vista la dimensión humana del académico. Todas las motivaciones subjetivas del profesor del derecho son, sin duda alguna, inasibles. Sin embargo, es posible identificar dos tipos de académicos. Por una parte, se encuentran los profesores que ingresan a la cátedra en un afán perverso por obtener poder y prestigio. Por la otra, se hayan aquellos cultores del derecho –auténticos– que ven la cátedra como una forma de sembrar, cultivar y cosechar ciertos valores en los futuros abogados, políticos y académicos, con el ferviente deseo de moldear seres humanos que contribuyan en la construcción de sociedades más democráticas, equitativas y pacíficas. Tomando en consideración el panorama dibujado, ¿qué características personales y/o cualidades morales debería poseer el docente del derecho ideal? En otras palabras, ¿qué tipo de académico iberoamericano necesita el siglo XXI?

JAGA: También estoy de acuerdo con ese diagnóstico: hay profesores de derecho que se dedican a la enseñanza porque no valen para otra cosa o no los quieren en ninguna otra parte, y los hay dedicados y ejemplares, auténticos maestros.

Lo interesante sería establecer la proporción entre unos y otros. No soy muy optimista al respecto.

Puestos a dar unas pinceladas sobre el académico ideal en derecho, improvisaría así: profesor o profesora que: a) ante todo investiga y está al día en su materia, que constantemente renueva sus conocimientos y reflexiones y al que ningún tema clásico o actual de su disciplina le es ajeno, partiendo, además, de que por lo general el docente solo es útil a sus estudiantes si es un buen investigador o, al menos, si tiene mucha curiosidad sobre los temas de su disciplina; b) ve en los estudiantes interlocutores que lo alientan y no fieras a las que mantener a raya o enemigos que lo puedan poner en aprieto con sus preguntas o dudas; c) disfruta con el debate doctrinal y con la buena discusión y que se crece y lo pasa bien cuando alguien, sea un estudiante o un colega, contradice sus tesis o pone en solfa sus doctrinas.

En eso último tenemos mucho que aprender los latinos en general y los latinoamericanos en particular. Si a un profesor le discuten una teoría o un punto de vista y se ofende como si le hubieran mentado a la mamá, mal asunto, ese no es un verdadero académico, es un impostor inseguro y acomplejado, consciente en el fondo de que no sabe nada y de que cualquiera lo puede poner en evidencia cuando a los demás les está permitido hablar. En esto siempre he estado muy orgulloso de cuánto he aprendido y cuánto me he divertido en las duras polémicas que he mantenido con algunos de los colegas que más quiero y admiro, como Manuel Atienza y Luis Prieto Sanchís. Es una gran experiencia pasarse dos horas debatiendo fuertemente, terminar con un abrazo y unas risas y marcharse juntos a tomar cerveza o tequila y hacer chistes sobre la propia discusión que acaba de ocurrir. Para mí, la academia consiste ante todo en ese tipo de experiencias, en lo social, más la maravillosa vivencia de la soledad con la lectura y la escritura. Tal vez el buen académico tiene que ser también un solitario con habilidades sociales. Es así como veo a casi todos los colegas a los que más aprecio y respeto.

AFCS: Hace un momento planteó una radiografía poco alentadora del estudiante universitario con la que concuerdo completamente. Como *millenials*, hemos tenido el privilegio de la internet y redes sociales. ¡Es algo milagroso poder establecer comunicación en tiempo real con alguien que se encuentra a varios miles de kilómetros de distancia! Debido a las ventajas apuntadas, el estudiante moderno debería tener un rendimiento superior a los que lo precedieron. Sin

embargo, sucede todo lo contrario. ¿Podría ahondar un poco más en el perfil del estudiante de derecho contemporáneo de Hispanoamérica?

JAGA: Tengo muchas experiencias en Hispanoamérica, he enseñado en casi todos los países y en docenas de universidades, pero no con la continuidad suficiente como para poder hacer un buen retrato de los estudiantes de allá. Sí considero, ya lo he dicho, que son más interesados que los españoles y que le ponen algo más de gusto y esfuerzo. Pero, sea en un lugar u otro, los estudiantes actuales tienen muy serios problemas de concentración, por un lado, y de comprensión lectora, por otro. Les falta adiestramiento en condiciones básicas para el estudio. Quien no es capaz de pasarse diez minutos sin mirar la pantalla de su teléfono o sin intercambiarse un mensaje de WhatsApp o Instagram con su amiguito nunca va a rendir bien en nada y ni quiero pensar el día que deba actuar en la vista oral de un proceso o hacerle una cirugía maxilofacial a un paciente. También en esto me voy poniendo pesimista, supongo que será por la edad.

Hay otra diferencia curiosa entre los estudiantes españoles e hispanoamericanos. Para estos últimos, los profesores famosos forman parte de algo así como un peculiar *star system*, mientras que para los estudiantes españoles todo profesor, hasta el más reputado, es un personaje lamentable y una figura triste. Palabra de honor que nunca he visto a un estudiante español tomarse una *selfie* o pedirle un autógrafo a un gran profesor internacional de visita en esa universidad, mientras que, por ejemplo, he visto en Ecuador filas de más de cien personas para hacerse una foto con Ferrajoli o para que les firmara un libro Atienza. He tenido como invitados en mi universidad española a Ferrajoli y Atienza y no despertaron ni la más mínima curiosidad de ningún estudiante; tampoco de los profesores, todo hay que decirlo. En una ocasión, estaba próxima la visita de Ferrajoli, precisamente, a mi universidad, donde permaneció una semana a invitación mía. Se lo anuncié días antes a una profesora de derecho ya veterana, y se supone que formada, y me dijo así: “Ferrajoli, Ferrajoli..., ummmm..., me suena, aunque no estoy segura de por qué”. Así estamos. Hay profesores de derecho españoles que piensan que Kelsen es un defensa del Bayern de Múnich o que Bobbio era un piloto italiano de Fórmula 1. No exagero ni lo más mínimo.

AFCS: Lo que dice es, por desgracia, cierto, querido profesor. La impresión que tengo es que, mientras en América Latina la filosofía del derecho acapara el interés de los alumnos desde hace varios años, en algunas partes de Europa ha

“dejado de ser atractiva”. Este fenómeno me lo explico por medio de diversas consideraciones sociales, políticas y jurídicas; iré de lo general a lo particular para explicar mi punto de vista. Tras la Segunda Guerra Mundial hubo un fuerte debate en la academia europea sobre qué forma de gobierno adoptar y el papel que los tribunales constitucionales desempeñan en él. Por su parte, esta clase de discusiones son más recientes en el nuevo continente. Contrastaré el caso de México y España para ilustrar las consideraciones anteriores.

Primero, en la República mexicana la consolidación de la democracia se dio en las postrimerías de la década de los años noventa. Segundo, la vocación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto tribunal constitucional, no fue delineada hasta 1994 (y quizá hoy no podemos afirmar con seguridad que es un verdadero tribunal constitucional). Tercero, la introducción del discurso de los derechos humanos en México es relativamente reciente. ¡En junio de 2021 se cumplieron apenas diez años de haber sido establecido dicho discurso mediante reforma constitucional!

En contraste, tenemos el ejemplo español. En primer lugar, el establecimiento de la democracia tiene raíces más profundas. Como se sabe ampliamente, en España la democracia se consolidó luego de la caída del régimen de Francisco Franco. En segundo lugar, su Tribunal Constitucional ha operado desde las postrimerías de la década de los años setenta.

Discúlpeme si me he desviado un poco, pero me pareció imprescindible expresar las consideraciones que anteceden a fin de explicar el desinterés por la filosofía del derecho en España y el boom de ella en México –y otros países de Latinoamérica–. Volvamos al punto, el alumno de licenciatura. Tanto el derecho como la ciencia jurídica y los participantes del proceso enseñanza-aprendizaje de esta disciplina del conocimiento humano requieren de modelos ideales, pues los arquetipos son siempre parámetros que permiten juzgar y mejorar los sujetos y objetos que se encuentran en la realidad. En ese sentido, ¿qué características debería poseer el estudiante de derecho ideal?

JAGA: El estudiante de derecho debería estar en esa facultad por vocación y no porque no sabía adónde ir o porque papá y mamá insistieron en que estudiara algo el niño, a ver si deja de dormir doce horas diarias. No imaginamos a un estudiante de Medicina sin vocación, pero muchos de los que estudian derecho preferirían estar echando de comer a las palomas en un parque. Sentado el requisito de la vocación, un estudiante de derecho debería dominar la expresión

oral y escrita, manejar bien el idioma, todo lo cual se logra después de haber leído bastante cualquier tipo de literatura que no sea la prensa deportiva. Creo que con eso y una inteligencia media basta para tener éxito en la carrera y para poder convertirse en un más que aceptable profesional del derecho. Pero no nos equivoquemos, eso que pido no es poco; para los tiempos que corren es muchísimo.

AFCS: Tal parece que nos aproximamos al final de esta agradable charla. Hasta este momento hemos platicado sobre los problemas esenciales de la filosofía del derecho contemporánea; así como el papel del docente y estudiante de derecho en Iberoamérica en el siglo XXI. Podríamos decir que estos factores son los elementos de una gran ecuación; sin embargo, aún es necesario analizar un componente final de la misma: la facultad de Derecho. Quiero suponer que existen ingredientes esenciales, comunes, a todas las escuelas de derecho –serías, por supuesto– de Iberoamérica. ¿Cuáles son los aspectos positivos y negativos de las facultades de derecho de Hispanoamérica? ¿Cuáles son los retos principales que deben enfrentar estas facultades de cara al siglo XXI?

JAGA: Lo mejor que he visto en las facultades de derecho iberoamericanas son los estudiantes, sobre todo por su interés y su actitud, el menos en comparación con los españoles. Por supuesto, cada tanto me he encontrado en tal o cual lugar con algún profesor magnífico o algún gestor universitario ejemplar. Lo peor es el desinterés de las universidades por la investigación real (no los sucedáneos que tan a menudo se montan con “semilleros de investigación” y representaciones puramente teatrales), el régimen de explotación semiesclavista del profesorado en la mayor parte de las facultades de derecho de Latinoamérica y la locura de la burocracia, unida al vicio de las reuniones. Existe, en mi opinión, una ley de hierro del funcionamiento universitario: una universidad es tanto más inútil e improductiva cuanto más a menudo se reúnen sus profesores en comisiones, subcomisiones y juntas.

También me parece terrible que, cuando en algunas universidades se invierte con seriedad en la formación buena de jóvenes profesores, estos o bien acaban siendo cooptados por el sistema político y se van de ministros del Gobierno o de magistrados auxiliares de las altas cortes, o bien son nombrados decanos o vicerrectores y ya nunca más investigaron nada. Los cargos de gobierno universitario hay que reservarlos estrictamente para gestores profesionales o para

profesores incapaces. Cualquier indocumentado puede ser rector o decano, y a los hechos me remito, pero casi ningún rector o decano es capaz de producir obra seria, investigación rigurosa y docencia de alta calidad. Urge que en ciertos países se acabe con el prestigio inmotivado de los cargos académicos. A un decano hay que verlo como la pobre víctima de un sistema absurdo, no como un profesional que alcanza altas metas académicas. El poder académico es lo contrario de una verdadera meta académica. Y, aunque para todo podemos encontrar alguna excepción, también aquí me remito a los ejemplos: Atienza, Ferrajoli o Luis Prieto jamás se rebajarían a ser rectores y, si algún cargo han tenido, ha sido por poco tiempo y huyeron de él como de la peste. La vida es corta y cada uno ha de fijarse objetivos importantes en lo que pueda. Las obras de Ferrajoli se leerán dentro de cincuenta años, pero nadie sabrá quién era rector de su universidad cuando las escribió o cómo se llamaba el decano que organizaba los horarios de sus clases.

AFCS: Es contundente lo que dice, maestro. La verdad es que nadie recuerda a Hegel por los cargos universitarios que ocupó, sino por su imponente *Phänomenologie des Geistes*. Algunas universidades públicas de México representan el claro ejemplo de lo que expresa. Creo que, con el paso del tiempo y por necesidad, los profesores terminan ocupando puestos académicos y, con ello, ponen punto final a su carrera como docentes e investigadores. En otras palabras, su actividad académica pasa a un segundo, tercero o hasta quinto plano.

Ocurre en estas latitudes un fenómeno terrible que daña a todos por igual –tanto a los docentes como a los alumnos–. Por una parte, no existe un proceso riguroso de selección de los académicos. Generalmente entran por *dedazo* o por ser *cuates* de tal o cual persona. Por otro lado, los salarios son miserables. ¡La investigación es una actividad maravillosa pero solo puede desarrollarse en tanto se tengan cubiertas las necesidades más básicas! Por si fuera poco, la cantidad de los alumnos –cuando menos en la Ciudad de México– es exorbitante. Imagine usted que en algunas universidades públicas los grupos llegan a ser de poco más de cien alumnos por materia. Entonces, todo se convierte en un teatro, se hace como que se enseña y se finge que se estudia. Naturalmente, en ambos extremos, profesor y alumno, existen sus notables excepciones. Me gustaría formularle una última pregunta: ¿qué características debería de poseer una facultad de derecho ideal?

JAGA: Es sencillo de contestar, pero utópico del todo que se cumpla un día. Una facultad de derecho ideal debería tener profesores con una excelente formación, que lean al menos en cuatro o cinco idiomas, que disfruten muchísimo con la docencia, que no deban impartir más de seis u ocho horas de clases a la semana y que dediquen el resto del tiempo a la investigación en serio. Esa facultad ideal debe contar con estudiantes seleccionados por su gran capacidad y que sean apartados si no rinden adecuadamente, sobre todo si se debe a la pereza ese bajo rendimiento. En tal centro ideal, los buenos estudiantes que han superado las pruebas de acceso y que no tienen recursos económicos tendrían una beca completa, compensada con lo que se les cobra a los hijos de los ricos por estudiar ahí. La gestión la hacen buenos profesionales de tales asuntos que tengan conocimientos del medio académico y solo se supervisa cada tanto por un comité profesoral que no puede reunirse más de una vez por trimestre, porque los buenos profesionales no pueden perder el tiempo en charlas inútiles. Y, por último, en esa facultad ideal se ha implantado un plan de estudios radicalmente innovador que acaba con las artificiosas y rígidas divisiones entre las materias. Hay profesores más especializados en una u otra materia, pero las disciplinas se comunican y en la enseñanza de todas ellas se colabora. La enseñanza se hace presentando casos al estudiante que toquen materias muy diversas (constitucionales, civiles, penales, tributarias, de derecho internacional privado...) y el estudiante va captando la interrelación entre todas las partes en que se puede dividir el sistema jurídico. Se enseña ante todo el sistema de fuentes y los conceptos no se memorizan sin entenderlos, sino que se emplean con plena conciencia de su funcionalidad.

176

No lo verán mis ojos, ciertamente. Pero es hermoso soñar. Sé que terminaré mis días, cuando sea, sin lograr entender por qué las facultades de derecho son tan rancias y absurdas y por qué el derecho se enseña de modo tan irracional y tan pesado, siendo, como es, apasionante y extremadamente importante.

COMPLEMENTOS

INDICACIONES PARA LOS AUTORES

Recepción de artículos

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

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

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

Proceso de evaluación

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

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

Normas editoriales

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

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

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

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

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

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

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

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

Libro:

a) *De un solo autor*

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

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

b) *De dos autores:*

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

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

c) *De tres autores o más*

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

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

Capítulo de libro:

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

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

Artículo de revista:

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

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

Artículo de prensa:

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

Tesis:

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

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Submission of papers

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

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

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

Evaluation process

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

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

Editorial rules

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

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

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

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

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

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

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

Book:

a) By a single author

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

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

b) By two authors:

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

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

c) By three or more authors

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

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

Book chapter:

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

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

Journal article:

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

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

Press article:

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

Thesis:

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

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

- El acervo autoritario en el sistema jurídico español y su impacto en la devaluación de la huelga como derecho social fundamental
- Análisis de crowdfunding como método de financiamiento alternativo para la recuperación del tejido empresarial y de la economía colombiana por efectos del COVID-19
- La participación ciudadana como mecanismo de protección del medioambiente: el caso de la consulta previa en comunidades étnicas
- La fiducia inmobiliaria: una mirada al deber de información y a la responsabilidad de las sociedades fiduciarias