

<i>El Otro Derecho</i> es una revista editada por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA	<b>PRESENTACION</b>	<b>3</b>
<b>Director:</b> Fernando Rojas	<b>DEBATES</b>	<b>5</b>
<b>Consejo Editorial:</b> Héctor Moncayo Germán Palacio Victor M. Moncayo Manuel Jacques (Chile) Valdemar de Oliveira (Brasil) Germán Burgos	Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión "uso alternativo del derecho:?" <i>Roberto Bergalli</i>	
<b>ILSA Junta Directiva:</b> Paul Liebenson Elsie Monge Dennis Lynch Fernando Rojas Frederick H. Zemmans Carlos Federico Marcés Manuel Jacques Valdemar de Oliveira Ramón Custodio Debra Evenson Wendy Singh	La ocupación de inmuebles ¿delito o derecho? El delito de invasión/ el derecho de posesión <i>Germán Silva</i>	<b>33</b>
<b>Equipo Ilsa Bogotá:</b> Margarita Flórez Amanda Romero Amparo Rojas Gloria Torres Germán Palacio Edgar Ardila Jeff Clark Héctor Moncayo Germán Burgos Carlos Alberto Ruiz Mauricio Sanabria Luis Carlos Arenas	II. Agencias de desarrollo internacional, derechos humanos y proyectos de desarrollo humano <i>James C. N. Paul</i>	<b>95</b>
<b>Coordinación:</b> Margarita Flórez Marta Rojas	<b>INDICIOS</b>	<b>115</b>
<b>Corrección:</b> Emma Ariza	Hacia una nueva racionalidad jurídica en el derecho colectivo del trabajo <i>Oscar José Dueñas Ruiz</i>	
<b>Fotomecánica e Impresión:</b> Dupligráficas	<b>REFLEXIONES</b>	<b>139</b>
<b>ILSA:</b> Calle 38 No. 16- 45 Tels.: (571) 2884772- 2883678- 2884971- 2880691- 2880416- 2455955 Alternex: IIsabog Fax: 2884854 A.A. 077844 Bogotá, Colombia	Derechos humanos y trabajo internacional A propósito de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías <i>Germán Palacio</i>	
	<b>RESEÑAS</b>	<b>159</b>
	Justicia Inasequible Programa de la Administración de Justicia de los Estados Unidos en Latinoamérica	

# Presentación

---

El Otro Derecho, en su cuarto año de circulación, continúa con su propósito de divulgar trabajos teóricos que alimenten el diario quehacer de los grupos de servicios legales alternativos. Reiteramos nuestra invitación a los profesores de derecho, los colegas y estudiantes para que colaboren en el enriquecimiento de nuestras comunes reflexiones.

Ilsa como institución siente la necesidad de extender su campo de investigación y de estudio hacia el entorno cambiante en el cual se desarrollan los movimientos sociales y por lo tanto los abogados que acompañan su gestión. Es por ello que en las últimas entregas nos hemos dedicado a divulgar trabajos que sitúen el abordaje de los derechos humanos desde una perspectiva más amplia que la tradicional.

El cambiante escenario internacional nos lleva a indagar cuál es el papel que juega el derecho, sus posibilidades alternativas frente a políticas económicas que aseguran la regulaciones sociales como el resultado del libre intercambio económico. Es claro que la legitimación de ese nuevo orden corresponde con la modernización de instituciones y de normas que desde hace algunos años se han realizado en el continente. Nunca antes se habían hecho tantos llamados a la participación ciudadana, a la autogestión, al desarrollo de alternativas comunitarias pero este proceso que algunos contemplan como la realización de viejos ideales y que en parte lo es, se ve inerme ante

grandes acuerdos internacionales, transnacionales, ante la reducción del Estado y el desmonte del estrecho Estado benefactor que tuvimos y entonces, lo que se puede observar es una gran concentración del poder económico y el agobio de las comunidades con la solución de problemas estructurales sin la suficiente participación en las decisiones del gasto social, por lo demás, deficitario.

Dentro de ese marco de ampliar el espectro hemos incluido artículos, como la continuación del trabajo de James C. N. Paul, que cuestionan el papel de los organismos financieros internacionales en la adopción de políticas que contradicen el cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos internacionales sobre protección de los derechos humanos. La no participación de los sectores sociales afectados con proyectos de desarrollo comprueba en la práctica lo dicho sobre el logro relativo de la autogestión comunitaria.

La corriente de abogados que en América Latina impulsa a través de su actividad jurídica procesos de transformación social, es indagada por quienes, como el profesor Roberto Bergalli, observan que el cambio en los métodos de la práctica jurídica no comprende un real debate sobre la creación del derecho y sus posibilidades alternativas.

Otro articulista, Germán Silva, nos invita a reflexionar sobre las aparentes contradicciones en el tratamiento diferente de situaciones de hecho como generador de normas a veces contrapuestas. Si bien, como el lo deduce, a través de interpretaciones armónicas se pueden clarificar las situaciones, queda la duda de si las normas, por corresponder a diferentes corrientes, generan de por sí problemas que van más allá del campo interpretativo.

La nueva sección INDICIOS, comienza con la colaboración del abogado y político colombiano, Oscar Dueñas, quien sugiere como el nuevo entendimiento del derecho laboral debiera partir de una búsqueda en las raíces culturales andinas además de la formulación diferente del conflicto tutelado encaminándolo más por los caminos del diálogo que por las posiciones antagónicas, lo cual según él, corresponde más al nuevo contexto internacional.

En la sección de Reflexiones, Germán Palacio, miembro de Ilsa, a partir de su experiencia en una sesión de la Subcomisión de las Naciones Unidas se pregunta sobre las reales posibilidades del trabajo de los grupos de derechos humanos ante los organismos intergubernamentales. No se trata de generalizar a partir de un caso sino teniendo en cuenta una experiencia específica tratar de inferir el alcance y limitaciones de este tipo de trabajo.

# DEBATES

## Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho”?

---

**Roberto Bergalli**

Universidad de Barcelona

Ponencia presentada al Seminario: Sociología Jurídica y Política en América Latina

Oñati, julio de 1991

---

■ *El reconocido papel inmovilizador que cumple el derecho en las sociedades latinoamericanas, caracterizadas por relaciones sociales de manifiesta injusticia, ha generado que ciertos juristas, sensibles y comprometidos con los reclamos formulados por los movimientos sociales (MS) que expresan la voz de los oprimidos, propongan un "uso alternativo del derecho". En sí misma, la expresión pretende otorgar nuevas bases de actuación a las maneras de intervenir jurídicamente con el objeto de satisfacer las necesidades de profunda transformación estructural. No obstante, es sumamente difícil remover la pesada losa formalista con que la vieja tradición liberal ha cubierto la cultura jurídica latinoamericana, impidiendo así una tarea que no puede realizarse sólo con planteamientos que supongan meros cambios de métodos en las actividades legales. El debate que debe llevarse a cabo es entonces epistemológico y, en consecuencia, relativo al terreno teórico en lo que atañe a la creación e interpretación del derecho lo cual, por cierto, no descarta el análisis socio-empírico de las labores que los distintos operadores jurí-*

*dicos deben cumplir en el uso de vías alternativas. Mas, ciertamente, este tipo de concepción -que nació con la expresión "uso alternativo del diritto", desde Catania en 1972- requiere unos marcos socio-políticos diferentes a los que actualmente se dan en Latinoamérica.*

---

**Usages and risks of conceptual categories: is it convenient to continue using the expression "alternative use of law?"**

■ *The reknown thwarting role played by the law in Latin American society is characterized by unjust social relations and has caused certain sensible jurists committed with the claims of Social Movements, which represent the voice of the oppressed, to propose an "alternative usage of the law". The expression itself aims to offer new bases of action to use the law to garner a profound structural transformation. However, it is extremely difficult to remove the heavy formalisms with which the liberal tradition has covered the Latin American legal culture, impeding in this way a task which can only be realized with ideas that suppose mere changes in the methods of legal activities. The debate to be developed is thus epistemological and, therefore, relative to the theoretical terrain related to the creation and interpretation of the law which, certainly, does not discard a socio-empirical analysis of the work that different legal operators ought to fulfill using alternative routes. But, certainly, this concept --which was born with the expression "uso alternativo del diritto", since Catania in 1972-- requires socio-political frameworks that differ from those that exist in Latin America.*

---

**Comentario** Con el título, "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir emplendo la expresión: uso alternativo del Derecho"? el conocido criminólogo crítico Roberto Bergalli, irrumpe de manera original, en el análisis y cuestionamiento de lo que se ha entendido por Uso alternativo del Derecho en América Latina. Desde el marco de la sociología jurídica, el mencionado autor, revive inquietudes y desafíos que la mayoría de las veces se pierden o distraen en los vericuetos de la práctica cotidiana. El llamado a la discusión es una constante implícita en el texto.

¿A quién sirve la sociología jurídica? y ¿Para qué

hacerla en América Latina?, son las cuestiones de fondo que aborda el autor. La respuesta a estas inquietudes se vale a su vez de otra pregunta menos amplia pero igualmente importante: ¿Qué es el uso del Derecho en favor de los oprimidos?. En la práctica, el interés de Bergalli es constatar en qué medida, lo que se ha denominado Uso Alternativo del Derecho ( UAD), es en sí mismo el punto de quiebre y fundación de una sociología del Derecho por y desde Latinoamérica. Su inquietud en este plano es estrictamente epistemológica antes que práctica. Sus respuestas no podían quedarse atrás de este nivel de aproximación. En efecto, el autor se vale de sus especiales conocimientos, en la experiencia italiana y su *Magistratura Democratica* y *L'uso alternativo del diritto*, para ofrecer un marco comparativo de lo que no son y no podrán ser los servicios legales en nuestro continente. Sus principales conclusiones podemos resumirlas de la siguiente manera:

- Lo que para la sociología jurídica Europea son las principales funciones del Derecho (orientación social, solución de conflictos, y legitimación del poder), no es extendible gratuitamente al estudio y balance de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Toda alusión a estos últimos, no puede desconocer, cuan injustas y desequilibradas son las relaciones sociales garantizadas por el Derecho en nuestros países. Esto, que es válido para el ser y el deber ser del Derecho, es también aplicable en el estudio y análisis del llamado UAD en América Latina. En consecuencia, hablar de servicios legales en nuestras sociedades, muy poco tiene que ver con lo que en la práctica ha sido el desarrollo del UAD en países como Italia.
- Mientras en varias naciones del centro capitalista, *L'uso alternativo del diritto*, cumplió una "enriquecedora labor epistemológica", en América Latina, éste no dejó de ser más que un conjunto de "tácticas de actuación frente a un válido Derecho injusto ", antes que "una estrategia de fondo". En efecto, para la Italia de mediados de los 70, la reorganización capitalista había arrojado dividendos negativos en la labor de mediación de la administración de justicia y en la eficacia de las funciones del Derecho. Todo tendía hacia un fortalecimiento de las salidas represivas desde lo penal. El contrapunto dialéctico de esta campaña lo constituyó la magistratura democrática. Desde una interpretación no formalista de la ley y las normas, los jueces se convirtieron en uno de los movi-

mientos más fuertes y resistentes a los intereses represivos del ejecutivo. Con esto no solo se ganó un importante poder, sino se rompió con la política de apoliticidad del juez.

El caso Latinoamericano, a ojos de Bergalli es diferente. En nuestro continente el UAD, alude más a la práctica de los denominados servicios legales, " que a los aspectos epistemológicos que se propusieron en los orígenes de su aplicación ...en otro contexto cultural... distinto al de los que demarcan las sociedades latinoamericanas". Lo que aquí denominamos UAD no es más que la aplicación de un derecho reproductor de relaciones sociales injustas. En este plano poco importa a los Servicios Legales en América Latina, cuestionar la validez y existencia de este tipo de Derecho. En la práctica el UAD no va más allá del manejo que cualquier abogado puede hacer de la ley vigente, aunque a favor de los sectores populares.

Pero si la respuesta al ¿para qué? y ¿para quién? sirve la sociología Jurídica en América Latina no encuentra eco en los aportes del UAD, ¿dónde buscar entonces soluciones?. Bergalli opta por las potencialidades presentes en los denominados Movimientos Sociales. Para él, estos son los agentes primordiales de un cambio cualitativo al interior de el Derecho y los Sistemas Jurídicos en América Latina. El caso colombiano, a raíz de la convocatoria y desarrollo de una Asamblea Nacional Constituyente, es el mejor ejemplo en favor de ésta tendencia.

Las discusiones e inquietudes que abre el texto son prolíficas. No son pocas las críticas que le caben a las conclusiones exhibidas por el autor. Por ejemplo, una cosa es afirmar que la realidad de nuestros sistemas jurídicos tiene características particulares e inasibles desde un marco de análisis europeo. Sin embargo, esto no puede tomarse como la relativización absoluta de la realidad del Derecho para América Latina. En la práctica, compartimos una matriz común, en la medida que las relaciones capitalistas, y el Derecho que las garantiza, permean nuestras sociedades, tanto como las del norte. La conclusión que saca el autor, no solo pasa por alto este hecho, sino que asume una posición poco menos que eurocentrista cuando afirma que en América Latina el denominado UAD poco o nada se acerca a lo que para él es la real y verdadera versión del mismo. Es muy difícil pensar que la simple denominación de una realidad, la cual de por sí se presenta de diferentes maneras, (servicios legales alternativos, uso innovativo del Derecho, prácticas jurídicas populares etc.) sea ubicable dentro de un único y principal contenido, y que este mismo

sea presentado como el verdadero y más alto estado de su desarrollo. El esfuerzo que presenta Bergalli, debe ser visto más como un aporte comparativo de lo que ha sido el UAD en latitudes diferentes, antes que como un juicio de verdad epistemológico respecto del UAD en América Latina.

Independientemente de lo anterior, las conclusiones anotadas por Bergalli, al respecto de los servicios legales y su alcance, son acertadas pero parciales. Sin lugar a dudas, muchas de las prácticas que se denominan UAD, no dejan de ser la reproducción asistencial del Derecho vigente y la búsqueda de su real y hegemónica eficacia. Sin embargo, es cada vez mayor el número de grupos que reconocen los límites políticos de su trabajo desde el derecho formal y en consecuencia buscan salidas diferentes. Bástenos anotar cómo la asistencia legal se ve complementada, por no decir que desnaturalizada, cuando la participación de las comunidades vinculadas al conflicto es fundamental, cuando crece la promoción de agentes de apoyo jurídico pertenecientes a los grupos sociales, cuando se da prelación al desarrollo de mecanismos de presión y solución por fuera del marco legal, cuando hay un compromiso expreso en el reconocimiento y potenciación de formas propias de regulación comunitaria etc. Así mismo, poco a poco, lo que era el impermeable gremio judicial en América Latina, se suma a la tarea de pensar y desarrollar una judicatura alternativa, donde la crítica e injusta realidad política, económica y social de nuestros países, así como la situación de los sectores marginados, son un importante factor en la interpretación de la ley. Al parecer, la noción de UAD, va más allá de una simple categoría conceptual. En la práctica, esta se va construyendo día a día.

Por último, el especial papel que el autor da a los movimientos sociales en la construcción de un Derecho ligado con las necesidades populares, es muy desafortunado cuando apela al caso de la Asamblea Nacional Constituyente en Colombia. Si bien la alusión general a los movimientos sociales es problemática, por su difícil definición y perfil político, ésta se complica aún más cuando lo que se busca es definir la Constituyente Colombiana.

En efecto, muy poco tuvieron que ver los generalmente llamados movimientos sociales (viviendistas, grupos de mujeres, ecologistas etc.) en la convocatoria y desarrollo de la Asamblea. En la práctica, esta no dejó de ser otro espacio de acción de la clase política tradicional y los sectores modernizantes, adornado con carismáticas figuras de nuevos grupos políticos (guerrilleros desmovilizados) o simbólicos representantes de las minorías nacionales (in-

dígenas). Hoy, el efecto terapéutico que la Constituyente tuvo, en un momento de alta crisis de legitimidad y efervescencia social, se ha agotado. Sin embargo, han quedado las bases constitucionales para la reforma del Estado y la implementación de un nuevo modelo económico, que siendo a todas luces antipopular, se vende a los colombianos y al mundo, como el producto máspreciado de su voluntad soberana.

En suma, desde un punto de vista novedoso, Bergalli lanza importantes y pertinentes juicios sobre la realidad y posibilidades del UAD. El alcance de los mismos, no pertenece ya al contenido del texto, sino al eco que genere. ILSA, está muy interesado en captar estas ondas.

*Germán Burgos,*  
Investigador Ilsa

**Introducción** Desde hace algunos años se constata una creciente preocupación acerca de las posibilidades que puedan aún existir como para seguir abordando, mediante la aplicación de los recursos jurídicos tradicionales, la organización de las sociedades en el medio latinoamericano. Esta aporía atraviesa transversalmente un sector del pensamiento jurídico contemporáneo y es el sector que, no por casualidad, se ha sentido comprometido con aquellas situaciones más flagrantes de injusticia social, cuando no se ha involucrado en las luchas por la obtención o el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas que componen las capas más bajas de las sociedades latinoamericanas. Pero, más allá del papel que les corresponde cumplir o, como se acaba de destacar, están cumpliendo ciertos juristas -sobre todo abogados- que se introducen en la litigiosidad de aquel tipo de situaciones (de lo que también me ocuparé, aunque de modo incidental), lo que surge como materia más propia al debate en el que pretendo entrar aquí se relaciona con ciertas cuestiones teóricas que atañen al derecho y a las prestaciones que de él se esperan, cuando se confía en las aptitudes que las normas jurídicas pueden tener para apoyar un proceso de transformación social.

**I. Las funciones del derecho en las sociedades estancadas: ¿se producen o no las "afinidades electivas" weberianas entre las condiciones económicas y la racionalización del derecho?**

Entre las funciones que en general más se le reconocen al derecho, están aquéllas de orientación social de tentativa de solución de conflictos y de legitimación del poder (cfr. Ferrari 1989, 109 y ss.). Tales funciones han asumido un carácter de universalidad, sobre todo si el análisis se orienta hacia los aspectos sociales del derecho que son verificables en aquellas sociedades donde el bienestar es un horizonte al alcance de la mayoría y, además la forma-Estado democrático resulta el marco adecuado para la obtención de semejante meta. Pero, hablando precisamente de estos aspectos cabe la pregunta de si los mismos son los que precisamente se pueden enfatizar cuando se dirige la atención sobre la eventual satisfacción de tales funciones del derecho en Latinoamérica. La constatación de semejantes aspectos en el ámbito latinoamericano no es un tema que pueda aquí ser abordado; por lo demás, existen suficientes estudios -desde el pionero de Novoa Monreal en 1975 (con ocho ediciones posteriores, última en 1986), pasando por su más reciente obra de 1987, y llegando a una de las más específicas de Faría (1988)- que han demostrado con amplitud la incapacidad de los instrumentos jurídicos, entendidos de manera tradicional, para abordar aquellas situaciones donde la desigualdad de las partes en conflicto pudiera ser encarada con afán nivelador o, al menos, reparador.

En pocas palabras, puede afirmarse que el reconocimiento que se le otorga a ciertas prestaciones que el derecho cumple en las sociedades desarrolladas no puede extenderse en relación con sociedades afectadas por el estancamiento, el atraso y, en general, la ausencia de justicia social. Todo esto puede suponer quizá una enésima y ulterior ratificación de la tesis marxista mediante la cual se afirma que el derecho no es autónomo de la esfera económica, ni mucho menos de las posiciones de poder que emergen de ella y que inciden para que la producción o la aplicación de las normas jurídicas adquieran un sesgo desigual con respecto a quienes ocupan una ubicación subalterna en tal esfera (sin perjuicio de remitir a la vasta bibliografía marxista que redunde en favor de dicha tesis, más vale acudir a su fuente y, en consecuencia, cfr. Marx 1955, T.I. 339-43). Cabe, sin embargo, introducir aquí un tema que me parece verdaderamente relevante cuando lo que se trata de descubrir es el papel que cumple la sociología jurídica en relación con el conocimiento sobre la influencia que ciertos factores tienen sobre los procesos de producción y aplicación del derecho. Aludo a la interesante reflexión que surge de los trabajos de David Trubek y de Hubert Treiber (1984) quie-



nes -partiendo del muy conocido período de la *Rechtssoziologie* de Max Weber con la cual éste afirmara que "en absoluto las situaciones económicas generan automáticamente nuevas formas jurídicas sino que ellas suponen únicamente una circunstancia favorable" (1976, 391)- han hecho una reconstrucción histórica de las llamadas "afinidades electivas" (*Wahlverwandschaften*) que emergen del análisis weberiano. De dicha reconstrucción surge -y he aquí el punto de debate entre los dos autores citados- la mayor o menor subordinación de las condiciones económicas en la interpretación que Weber hizo de los procesos de racionalización o, mejor aún, del vínculo que habría existido entre capitalismo y derecho racional-formal.

Empero, los sucesos que se están produciendo a partir del 9 de noviembre de 1989, desde la caída del muro de Berlín, los cuales pretenden arrastrar todas las diferencias que separaban a una cultura del Este de otra del Oeste de Europa (aunados a hechos como la invasión de Panamá por fuerzas armadas norteamericanas o el mismo resultado de la reciente guerra del Golfo Pérsico), parecen poseer la fuerza suficiente como para hacer del análisis funcional del derecho un instrumento expansivo de un único sistema jurídico con dimensión planetaria.

**II. El "uso alternativo del diritto"; orígenes de la locución en un diferente contexto político-social y constitucional. Diferencias epistemológicas con el movimiento latinoamericano y una incidencia de crítica metodológica**

Las sintéticas reflexiones que se acaban de emitir no tienen otro sentido que el de convalidar la legitimidad de la creciente preocupación a que se aludió al comienzo. De aquí, entonces, surge un acuerdo con todas aquellas búsquedas que están pretendiendo darle un sentido y un contenido a esa expresión que hoy está en boga en una cierta cultura jurídica latinoamericana, que se caracteriza con el adjetivo de *crítica*. Aludo, por cierto, a la locución de uso alternativo del derecho, respecto de la cual se está haciendo un empleo extensivo que, absolutamente bien intencionado, se realiza desde una perspectiva meramente práctica, pero sin abordar los aspectos epistemológicos que ella propuso en los orígenes de su aplicación, en otro contexto cultural connotado por un marco socio-político muy diferente y en un cuadro constitucional radicalmente distinto al de los que demarcan las sociedades latinoamericanas en las cuales aquel empleo extensivo hoy se verifica. Un debate en torno a esta cuestión me parece que podría ser útil para procurar responder las preguntas que formula Oscar Correas en la convocatoria para este seminario, en particular a la que se ha formulado de la siguiente manera: ¿Qué es eso del uso del derecho en favor de los oprimidos?, sin perjuicio de adentrarnos en las otras dos: ¿a quién sirve la sociología

jurídica? y ¿para qué hacerla?

1. El movimiento que supone la búsqueda de un uso alternativo del derecho se ha planteado como una renovación metodológica de la llamada ciencia del derecho (cfr. Jacques 1988, esp. 30 ss.). Mas, a poco que se examine dicha renovación, su consistencia parece cifrarse en que la práctica de los programas de apoyo legal debe orientarse a la solución de los conflictos jurídicos alimentados por la constante insatisfacción de las necesidades fundamentales del hombre (v. Jacques op. cit., 19). Todavía más, parecería que lo que se viene denominando servicios legales debería constituir el eje en torno al cual dicha renovación metodológica merece activarse (cfr. Rojas Hurtado 1988, 7-17). Empero, es aquí donde comienza mi primera preocupación acerca del aludido uso extensivo de la locución uso alternativo del derecho pues no queda claro -o por lo menos, no queda claro para mí- qué se está entendiendo por servicios legales y, por tanto, cuáles son las participaciones de tales servicios en la visión crítica del derecho dentro de la cual ha de desarrollarse el uso alternativo del derecho, habida cuenta de la concepción que atribuyo a esta locución. Si la categoría de servicios legales queda restringida a describir la actuación de profesionales u operadores jurídicos (abogados, principalmente) que intervienen en lo que se denomina conflictos jurídicos (v. Jacques op. cit., 28), aun cuando estos operadores logren reestructurar desde el fondo la relación entre ellos y el sistema, "haciéndose portadores, sintetizadores y transmisores de una contrapropuesta alternativa al sistema establecido", la incidencia de tal tipo de actuación se limita al fenómeno de *aplicación* del derecho y sólo parcialmente, pues alude únicamente a la actividad desarrollada por abogados por lo que otra, tan esencial, como la de los jueces, parecería no ser tenida en cuenta.

En lo que atañe al tratamiento de esta cuestión, desde una perspectiva de la sociología jurídica, el enfoque proyectado de modo concentrado sobre la *aplicación* de un derecho como el que regula el tipo de relaciones sociales injustas que predominan en Latinoamérica me parece quedarse en la superficie del problema real. Es verdad que la aplicación del derecho constituye una parte esencial de la disciplina que comprende los efectos reales que el derecho ejercita sobre ciertos comportamientos humanos uno de los dos grandes sectores con que se concibe contemporáneamente a la sociología jurí-

dica -teórica y empírica- está destinado a demostrar esa incidencia (cfr., por todos, Treves 1980, II Parte) y no cabe duda que la actividad de los abogados constituye un factor esencial de tal incidencia. Pero, la consideración aislada de dicho aspecto -por más trascendente que se considere- excluye la posibilidad de discutir y plantear la existencia de un derecho injusto, a partir de identificar los intereses que han permitido la *creación* de semejante derecho y mantienen su validez. Si la mayor o menor eficacia de un tal derecho (como fenómeno propio de la sociología jurídica) se demuestra a través de los análisis empíricos que los instrumentos socio-jurídicos han desarrollado, también la *validez* de sus normas (como ámbito de conocimiento para una dogmática jurídica) puede ser contrastada si el enfoque teórico con que se examine parte de una concepción global de la sociedad.

2. El análisis de semejantes cuestiones se entronca con una decisión metodológica de fondo para la sociología jurídica. Si bien se trata aquí de un aspecto incidental, no quisiera dejar pasar la oportunidad sin hacer una anotación del problema. En efecto, se conoce sobradamente que para Weber las categorías de "derecho", "ordenamiento jurídico", "norma jurídica" pueden ser consideradas desde dos puntos de vista muy diferentes y sobre todo separados entre sí, según que la observación se formule desde el plano de la validez *ideal* (del deber ser *ideal*), o bien desde el de la validez *empírica* (o de lo que será real). El primer punto de vista es el de la dogmática jurídica, que reconstruye exclusivamente el sentido correcto de las normas, en modo de reconducirlas a un sistema lógicamente ausente de contradicciones; el otro es, en cambio, el de la sociología jurídica, que se ocupa de los comportamientos reales y de sus respectivas motivaciones, en particular del condicionamiento sobre la intervención concretamente practicada por el derecho.

Ahora bien, esta exposición pretende reflejar algo que se conoce como el "dualismo" entre dogmática y sociología jurídicas y constituye la singular historia de dos disciplinas que parecen temerse recíprocamente; de una parte el derecho, de la otra los hechos, normas o comportamientos, validez o eficacia. Sin embargo, este asunto da de lleno en uno de los nudos metodológicos, no resueltos, de la sociología jurídica y que resulta provocado por la excesiva adhesión de los estudios de esta

disciplina a soluciones "dualistas" o "equilibradas", sobre todo cuando ellas parecen ayudar a una tranquila legitimación científica.

Así presentado el problema, constituye indudablemente una contradicción de fondo entre el objetivo que se reclama desde el campo jurídico por alcanzar un reconocimiento de la sociología del derecho como parte integrante de la ciencia jurídica y el acuerdo con las directivas metodológicas weberianas que llevan a esas soluciones "dualistas". Pues bien, esta significativa señalación me la acaba de hacer uno de los más jóvenes y brillantes sociólogos del derecho italiano, con motivo de su aguda recensión sobre el volumen coordinado por mí no hace mucho (v. Bergalli 1989). Según Realino Marra (1991), tanto yo mismo como otros colaboradores en dicho volumen incurrimos en la severa contradicción de reclamar una integración de la sociología jurídica dentro de los discursos científicos sobre el derecho -con claros fines de reconocimiento académico para la disciplina- y, a la vez, adherimos a la solución metodológica "separatista", de cuño weberiano, a la cual le atribuimos ser la más idónea para los objetivos que la disciplina debe perseguir en la sociedad moderna.

No puedo menos que agradecer una tan perspicaz señalación y aceptarla con todo reconocimiento y honestidad. No obstante, quiero comprometer desde aquí mi voluntad en profundizar acerca de la contradicción señalada pues ella, a todas luces, obstaculiza el reconocimiento que se pretende para la sociología jurídica en aquellos campos académicos que todavía se resisten a aceptarla, como es precisamente el de la universidad española respecto del cual se habla en el mencionado volumen.

3. El aspecto señalado en 1. *supra*, es el que encuentro ausente en las propuestas de uso alternativo del derecho, presentadas en Latinoamérica más como tácticas de actuación frente a un válido derecho injusto que como estrategia de fondo; en este sentido entiendo que una actuación *alternativa* de los llamados servicios legales, en lo que se relaciona con las prácticas y métodos de aquellos abogados enrolados en la lucha popular, para la tarea de mediación en los conflictos jurídicos, puede ser (y de hecho lo es, si se considera el resultado de una tal labor profesional cumplida en los últimos tiempos, cfr. en este sentido la anteriormente citada información dada por Rojas Hurtado op. cit.) un rele-

vante aspecto *metodológico* para una sociología jurídica que sirva en favor de las grandes mayorías marginadas y oprimidas, pero nunca planteará el problema *epistemológico* de fondo, sobre el cual se propone discutir en este seminario.

Una epistemología pertinente para una sociología jurídica que pretenda excavar en los interrogantes de ¿a quién sirve? y ¿para qué hacerla? en Latinoamérica, supone replantear los conocimientos tradicionales de la dogmática, imperantes en la ciencia jurídica y que han controlado el conocimiento en la cultura latinoamericana sobre el derecho. Hacia ese norte se concentran los esfuerzos de insignes estudiosos latinoamericanos de los fenómenos epistemológicos y de éstos en el campo jurídico, particularmente (cfr. Marí 1990 y Gardella 1990, respectivamente) en una enriquecedora confrontación con otras corrientes de marca analítica que se resisten, sin embargo, a encarar el desafío intelectual y cultural que supone esta discusión.

No voy aquí a formular los argumentos que proponen reintegrar la ciencia jurídica latinoamericana al ámbito de las ciencias sociales; de ello se han ocupado suficientemente y con autoridad otros colegas (cfr. Faría *op. cit.* esp. 26 y ss.), quienes han reclamado por un abordaje multidisciplinario y un modelo de ciencia del derecho capaz de trascender la tendencia idealizante común a los paradigmas dogmáticos tradicionales, en los que se confunde a la sociedad como un simple producto del derecho y al Estado como mero ordenamiento jurídico. De aquí que "la percepción de la ley como objeto único del fenómeno jurídico" (Faría; *op. cit.* 36/37) debe dejar de ser el eje central del conocimiento jurídico, el cual debe desplazarse de la consideración del derecho positivo, como producto de unas relaciones sociales incuestionables, a la necesidad del reconocimiento de las nuevas subjetividades históricas que claman por su ubicación y demandan satisfacción a sus necesidades.

a) No vaya a creerse que no tomo en consideración los razonamientos emitidos por Muñoz Gómez en ocasión de exponer junto con los autores antes citados acerca de lo que él entiende por uso alternativo del derecho (cfr. 1988, 43-62). Antes bien, reconozco que la argumentación desarrollada por nuestro amigo colombiano coincide en buena parte con mis preocupaciones y objeciones que aquí pretendo señalar, sobre todo cuando postula que la versión en torno a la cual comienza a desarrollarse en América Latina

una concepción diferente está más sobre la base de un derecho alternativo que no de un *uso* alternativo del derecho, denominación que entonces debería preferirse para distinguirla de la europea, pues ella tendría sus puntos de diferencia (v. Muñoz Gómez, op. cit., 58). Pero, en todo caso, entiendo que cuando Muñoz Gómez destaca las diferencias que él encuentra entre una concepción europea y otra latinoamericana (tal como las denomina) del uso alternativo del derecho, no penetra tampoco y apenas roza una de las cuestiones esenciales relacionadas con el análisis epistemológico de la sociología jurídica que pretende desarrollarse en América Latina, marco dentro del cual creo que se debe plantear la aplicación de la locución y en lo que me parece también inciden los otros autores antes citados.

**III. La enriquecedora labor epistemológica del "uso alternativo del diritto": jueces-teóricos del derecho y las funciones políticas de la jurisdicción**

Para no remontarme al examen de la concepción del derecho y de la ciencia jurídica, difundida y consolidada entre los juristas europeos después del nacimiento del Estado moderno, recepcionada en Latinoamérica sin ningún tamiz con relación a las distintas formaciones sociales que debía encarar, creo que es la crisis de la mediación jurídica acaecida en las llamadas democracias sociales europeas de la segunda post-guerra mundial -que ostenta una gran diferencia con la producida en los países latinoamericanos durante las últimas dos décadas- la que ha impulsado a los juristas críticos a reflexionar sobre cómo superarla.

En efecto, el constitucionalismo social y democrático de derecho, mediante sus relevantes expresiones con la Constitución Republicana de Italia (1948) y la Ley Fundamental de Bad Godesberg (1949), abrió para aquella época en Europa un sistema de nuevas relaciones entre sociedad civil y Estado, al que no fue extraño ciertamente la presencia y la presión de los nuevos sujetos históricos, particularmente el reconstituido proletariado industrial. Sin embargo, muy pronto los tradicionales postulados del Estado de derecho (la división de poderes, la distinción entre legislación y administración, la demarcación entre esfera pública y privada, etc.), junto a los presupuestos materiales que siempre han sido presentados como referentes del modelo de la democracia económica (el mercado de la libre competencia) y de la democracia política (los partidos políticos como elementos de la representación y el parlamento como lugar de la formación de la voluntad popular y de ejercicio del poder legislativo), comenzaron a degradarse. Por una parte, el creciente proceso de concentración econó-

mica iniciado en la década de 1960; por otra, la opción armada decidida por ciertas fracciones extra-parlamentarias para la lucha política que dio lugar posteriormente al fenómeno del terrorismo y a la sanción por los Estados afectados de una legislación penal de excepción en todos los años de la década del 70; y, por último, la caída de legitimidad que padeció el *Welfare State* a raíz de la primera gran crisis energética -que originó las políticas sociales restrictivas, impulsadas por Reagan y Thatcher desde el centro del sistema-, todo ello puso en crisis aquellas tres funciones que la sociología jurídica funcionalista esperaba que cumpliera el derecho en las sociedades complejas.

1. Particularmente en Italia, donde la cultura jurídica de izquierda ha demostrado -incluso ya antes del fascismo y con el *socialismo giuridico*, pero sobre todo en época democrática- un realismo difícil de parangonar en Europa, los requerimientos para una adecuación de la interpretación normativa fueron veloz y contemporáneamente satisfechos, tanto desde el campo de la praxis como desde el teórico. La práctica concreta de la jurisdicción, comenzando con aquella relativa a las cuestiones socio-laborales (derecho del trabajo), reveló una sensibilidad de la magistratura judicial que fue seguida por una respuesta inmediata de los estudiosos de teoría del derecho. De tal manera, la corriente asociada de *Magistratura Democratica* (MD) promovió la reflexión respecto de interrogantes cruciales que ponían en evidencia aquella crisis de la mediación jurídica, antes mencionada, lo que originó un verdadero vuelco en la interpretación de las normas, tradicionalmente gobernada por reglas muy rígidas y orientadas desde comienzos del siglo XIX, bien por la escuela de la exégesis, bien por la escuela histórica del derecho, las cuales, aunque de signo político diferente, siempre configuraron la interpretación como una actividad intelectual, de conocimiento y no de voluntad, de carácter técnico y no de carácter político. En estas condiciones son comprensibles las razones que determinaron el encuentro de estudio, realizado en Catania del 15 al 17 de Mayo de 1972 por iniciativa del Departamento Jurídico de la Facoltà di Scienze Politiche, del que surgieron los materiales que luego compusieron los dos volúmenes bajo el título *L'uso alternativo del diritto*, editados por Pietro Barcellona (*I. Scienza giuridica e analisi marxista*; *II. Ortodossia giuridica e pratica politica*), editori Laterza, Roma-Bari 1973, los cuales tuvieron una versión en

castellano (trad. J.R. Capella), Fontamara, Barcelona 1977. A partir de la difusión de estos materiales se extendió la alocución uso alternativo del derecho.

2. Estoy aludiendo a un período decisivo para la suerte del sistema democrático italiano y para la estabilidad de las instituciones republicanas, del cual en estos meses se está haciendo un importante recuento a raíz de la luz que la investigación (también impulsada desde la jurisdicción) en torno a la operación Gladio -o *Stay behind*- ha proyectado sobre sucesos, personajes (entre los cuales está involucrado el mismo actual Presidente de la Republica, Francesco Cossiga) y graves alternativas institucionales.

En ese tiempo las fuerzas reaccionarias pusieron en marcha una audaz estrategia política, sanguinaria y atroz, que se conoce como *strategia della tensione*. Esta se inició el 12 de diciembre de 1969 con la explosión de una bomba en la Banca della Agricoltura de Milano, situada en Piazza Fontana, donde murieron 16 personas, y se cerró con el secuestro de Aldo Moro el 16 de marzo de 1978 y su posterior muerte, cincuenta y cuatro días después, atribuida al grupo armado Brigate Rosse, lo que constituyó el impulso para el tratamiento posterior del fenómeno terrorista mediante leyes penales excepcionales (nace la *cultura della emergenza*).

- a) Dicho período, tan rico en movimientos político-sociales, puso en evidencia lo que Barcellona (1973,IX) denominó, desde su comienzo, como una *perdita di significato del diritto*, o sea el desarrollo de un proceso de pérdida de potencialidad de las funciones del derecho que, según dicho autor, era también posible de constatar en las controversias judiciales pues éstas se reducían siempre más a litigios entre vecinos, entre cónyuges, entre herederos, entre sujetos pertenecientes a los sectores medios y a la pequeña burguesía. Es que, mientras se producía aquel género de alternativas, también se demostraba una transformación creciente en el capitalismo italiano, la cual repercutió sensiblemente no sólo en las formas de la política sino y especialmente en las formas del derecho. De tal modo, el sistema del derecho igual, abstracto y en general perfectamente adecuado a las estructuras económicas de la época liberal en la cual había "nacido" (el momento del mercado concurrencial donde parecía configurarse plenamente la autonomía de los sujetos privados y donde el contrato se

presentaba como el instrumento primario para la circulación de los bienes y la satisfacción de las necesidades individuales), se reveló en Italia como progresivamente inadecuado a la par que el sistema desarrolló una tendencia inmanente a la concentración del capital y a la centralización de los poderes burocráticos, de manera que las instituciones estatales comenzaron a asumir siempre más visiblemente unas funciones de intervención en la economía y en los mecanismos de satisfacción de las necesidades. Por otra parte, la gestión de las crisis económicas produce modelos de cooperación que no encuentran correspondencia en las viejas categorías del derecho igual, general y abstracto y los nuevos sujetos (sindicatos, grandes empresas, partidos políticos, grupos de presión, etc.), concebidos todavía como sujetos autónomos, como particulares aislados, se introducen en las nuevas relaciones determinando una profunda interacción entre esfera política y esfera económica, tradicionalmente separadas. Una acción semejante, que no se expresa ciertamente en las categorías de abstractos sujetos de derecho, se manifestó de a poco en Italia mediante la asunción de funciones -típicamente reservadas al Estado en el modelo del Estado de derecho- ejecutivas, jurisdiccionales y legislativas por parte de los grupos de poder que operan en la sociedad, todo lo cual si bien por una parte reveló nuevos modos de penetración del Estado en la sociedad y de la sociedad en el Estado, por la otra resquebrajó en algunos puntos neurálgicos la función de mediación, acercando el Estado a los antagonismos con el grave riesgo que ello acarrea para los sujetos "débiles" en beneficio de aquéllos que controlan los aparatos estatales.

3. Frente a este cuadro las propuestas de *uso alternativo del diritto* no sólo se concentraron en las prácticas alternativas del derecho, las cuales supusieron, entre otras cosas, la configuración de otra identidad para los jueces. El proceso en sí mismo ha sido y sigue siendo de una tal riqueza que será muy difícil, sobre todo en esta ocasión, detenerse en él. En todo caso lo que cabe destacar es que tanto las orientaciones de la magistratura como las de la doctrina sobre la función política del jurista-intérprete, que hasta la fecha de aquel encuentro de Catania se habían articulado en una multiplicidad de discursos, quedaron registradas, como visión histórica, en la rela-

ción del recordado Giovanni Tarello (1973, I 59-102) mientras que el perfil de la actualidad de entonces lo suministró la de Luigi Ferrajoli (1973, I 103-122); yo mismo me he ocupado, aunque modestamente pero con reiteración, entre otros, de reseñar la línea principal seguida por aquellas prácticas alternativas que permitieron decantarse en una doctrina italiana del *uso alternativo del diritto*, con reflejos muy marcados en alguna cultura jurídica vecina, como la española (cfr., por todos, Bergalli 1984).

a) Desde aquella época hasta el presente -han transcurrido veinte años- la realidad político-institucional italiana fue sacudida por innumerables situaciones, frente a las cuales la magistratura democrática ha cumplido una permanente e intensa labor interpretativa del derecho, hasta el punto de haber sido considerada como de "suplencia" del poder político, orientada por aquella norma constitucional (art. 3.2 Const. ital.) que no sólo permite sino que obliga a los jueces a otorgar a sus funciones jurisdiccionales toda la dimensión política que cada caso sometido a resolución posee.

Como se sabe, con la demostración de la función política de la jurisdicción ha caído el mito político del apoliticismo de los jueces que es, sin duda, el principio más celosamente defendido por aquellos sectores de la magistratura que se refugian en él como reflejo de una precisa acción política. Ser apolítico o declararse tal no significa en efecto estar fuera o por encima de la política sino, al contrario, adherir pasivamente a los valores políticos e ideológicos dominantes, a consecuencia de los cuales el poder es siempre "apolítico", mientras "políticas" son sólo las oposiciones; por lo tanto, la razón de la obstinada resistencia manifestada en general por la mayoría de los jueces en las sociedades post-industriales, en las que la ideología del derecho igual y abstracto es hegemónica se presenta, junto a la adversión intelectual de asumir otra adquisición teórica, también como el reflejo de una precisa posición política. Por el contrario, el reconocimiento de un ineliminable momento político en el ejercicio de la función jurisdiccional supone una actitud constantemente crítica no sólo respecto de esas mismas prácticas de la jurisdicción ancladas en el supuesto apoliticismo de los jueces sino, en particular, del contradictorio derecho vigente, como ha venido sucediendo en Italia entre

aquellos democráticos principios constitucionales (art. 3.2 Const.) y amplios sectores del ordenamiento jurídico vigente.

- b) No será posible hacer en esta ocasión menciones más concretas de la elaboración teórica que nació, desde el ejercicio de la jurisdicción, de ese cambio en la interpretación del derecho. Pero, para suministrar un panorama muy vasto y sólido sobre los aportes del *uso alternativo del diritto* en el campo de la teoría jurídica, basta remitir a los índices de *Questione Giustizia*, el órgano de difusión periódica de *Magistratura Democratica*, o a la serie de los *Quaderni* donde se publican análisis monográficos, o a los volúmenes correspondientes a los trabajos aportados en cada uno de los hasta ahora ocho congresos nacionales realizados por MD, como también a publicaciones tales como *Democrazia e Diritto Politica del Diritto*. Pero, el producto de semejante elaboración teórica ha continuado en Italia en permanente actividad. Esta característica, naturalmente, dependió de una realidad social y política de continuo marcada por las alternativas acaecidas en el marco de relaciones entre poder político y jurisdicción. En efecto, iniciada la estación denominada como *strategia della tensione*, el uso que se hizo del proceso penal como instrumento de descalificación de ciertas posiciones políticas fue absolutamente manipulatorio; una participación esencial, en función acusatoria, cumplió asimismo como institución político-inquisitoria, la gran prensa, tanto la ligada a ciertos partidos políticos como también algunos medios autocalificados de independientes.

Desde el *Processo Valpreda* -abierto con motivo de la explosión de la bomba en Piazza Fontana, en Milano, en el que el principal acusado fue un militante anarquista (quien luego de 17 años fue declarado inocente)- hasta el *Processo '7 Aprile'* (constituido en realidad por dos procesos formalmente diferentes: el proceso de Roma, contra Toni Negri y otro 70 imputados, y el proceso de Padova, contra Lisa Del Re, Guido Bianchini, Sandro Serafini y otros 160 imputados), grandes periódicos y la televisión manifestaron constantemente una vocación culpabilista contra los acusados y sobre todo se constituyeron en megáfonos de la acusación, hasta el punto de convertir los procesos en verdaderas campañas de prensa. La intermediación del juicio político de condena que así se

produjo, unido a los largos años de prisión preventiva sufridos por los imputados, sustituyó la lentitud de los procedimientos habituales -y con ello las razones de las defensas, del contradictorio y la constatación de las acusaciones en el juicio- por una suerte de justicia sumaria que tuvo el único fin de asegurar inmediatamente un chivo expiatorio para la opinión pública. Esta descomunal degeneración del proceso penal fue por supuesto posible porque también estaba vigente una suerte de legislación excepcional que comenzó a sancionarse con la conocida *legge Reale* (núm. 152 de 25 de mayo 1975) y fue seguida por diferentes reformas (en 1977, *legge Bonifacio-Cossiga*, en 1979 decreto núm. 623 y posteriormente ley de 1980) y supuso una restricción elevada del nivel de garantías y de los derechos individuales, tales como el derecho de defensa, la libertad provisional, el secreto del contenido de los actos procesales, la ampliación de las potestades policiales en detrimento de las judiciales, etc.

4. La complicidad que en todo ese juego instrumental del proceso penal tuvo un amplio sector de la clase política, sobre todo el enquistado en el Estado desde el nacimiento de la *Repubblica*, convirtió a la sana reacción puesta de manifiesto por los magistrados democráticos en una supuesta actividad proselitista cuando los análisis críticos efectuados por estos jueces-teóricos del derecho demostraron la ficción del Estado de derecho. Los debates abiertos en el seno del órgano de cogobierno de la administración de justicia italiana (Consiglio Superiore della Magistratura) pusieron en evidencia el valor y la fuerza de una interpretación del derecho orientada a profundizar los espacios democráticos que la *Costituzione* ofrece.

Lo que se ha expuesto tan brevemente constituye el marco histórico-cultural en el que surgen estudios de gran profundidad y en los que se recoge la experiencia de la jurisdicción, en campos específicos del derecho, con esa perspectiva política del derecho y de la justicia. Citaré a modo de ejemplo, la contribución de Francesco Galgano (1979), en el ámbito del derecho mercantil; la fundamental de Stefano Rodotà (1990 2a. ed.), en el de propiedad; la de Sabino Cassese (1974), en el del derecho administrativo; la de Salvatore Senese y otros (1978) o la de Alessandro Pizzorusso (1982) en el de la organización de la justicia y el derecho constitucional; o,

finalmente, la decisiva de Luigi Ferrajoli (1990), en el derecho penal, procesal y penitenciario, mediante un renovación o "rendición de cuentas" del sistema de justicia criminal con las ideas iluministas a través de una construcción del garantismo penal.

**IV. ¿Qué se pretende del uso alternativo del derecho en Latinoamérica? Dos aspectos epistemológicos a profundizar en la sociología jurídica latinoamericana: los nuevos MS y la jurisdicción y los jueces en la creación del "derecho en favor de los oprimidos"**

Me he permitido hacer este breve *resoconto* sobre cómo se ha gestado y cuáles aportes dio el *uso alternativo del diritto* por dos motivos principales:

El primero, para destacar esta relevante vertiente de una cultura crítica del derecho pues encuentro que en el campo de la sociología jurídica latinoamericana se otorga una primacía notable a la influencia que parece ejercer un movimiento denominado *Critique du Droit*, de evidente procedencia francesa, y poco se atiende a esa vertiente de la cual se ha tomado prestada la expresión *uso alternativo del diritto*. Basta leer la contribución de Carlos M. Cárcova al seminario de julio 1990 y, sobre todo, la presentación que acaba de hacer Oscar Correas a todas las colaboraciones entonces realizadas (cfr. ambas en *Oñati Proceedings 1991*, 25-44 y 9-22, esp. 16-20), en la que dedica nada menos que cuatro páginas de las doce escritas discutiendo si tal influencia francesa procede de unos u otros autores, para verificar un par de cosas: una, que parece muy difícil en esta incipiente sociología jurídica latinoamericana desembarazarse de ciertos "cordones umbilicales" que ligan a los científicos sociales con el antiguo encantamiento cultural de Francia, lo cual ha generado una dependencia unilineal que les obnubila e impide salir de ciertos parámetros estructuralistas; dos, que es necesaria una mayor autenticidad de los razonamientos.

El segundo motivo que me ha guiado a proceder como he escrito antes se relaciona con la necesidad de encontrar un campo de reflexión concreto para esa sociología jurídica de América Latina. Esto, sobre todo, cuando el tipo de desarrollo que se viene produciendo en el ámbito de los variados movimientos sociales (MS) surgidos en las sociedades latinoamericanas, está reclamando abiertamente nuevos enfoques sobre la creación y la interpretación del derecho.

1. Se ha formulado una negativa respecto a la posibilidad de que la sociología jurídica en Latinoamérica, vista desde una perspectiva científica tradicional, otorgue una "especificidad" concreta y distinguible con el tipo de disciplina que se practica en Europa y Estados Unidos (cfr. Herrera 1991). Sin embargo, esa negativa se con-

vertiría en respuesta positiva si el interrogante acerca de tal especificidad -precisamente formulada para promover la discusión en el seminario de julio de 1990- presupone el abandono del "neutralismo ético" que envuelve el modelo de ciencia crítica y que generalmente se habría planteado en el análisis de los hechos sociales de realidades supuestamente mucho más estables que las latinoamericanas. De aquí, entonces, el nacimiento de un debate que, según mi opinión, debería concentrar toda discusión en torno al derecho y la política, como se reclama en esta convocatoria de 1991.

En efecto, tal como se presenta la situación en las sociedades latinoamericanas, no es posible pretender un análisis de los órdenes jurídicos impuestos, si no es desde una perspectiva que cuente decisivamente con la ruptura paradigmática impulsada por la presencia activa de los MS en las últimas dos décadas. Y esta afirmación no es original, pues un lúcido colega brasileño la ha expuesto recientemente en un análisis mucho más coherente y articulado que el mío (cfr. Faría 1991) del cual, con el apoyo de una vasta literatura latinoamericana, emerge una enriquecedora propuesta para la sociología jurídica. El radical cuestionamiento de las políticas sociales y el desafío a la representatividad política de las grandes franjas sociales marginadas que esos MS han venido formulando, no supone otra cosa que la aparición de nuevos hechos sociales consistentes, sobre todo, en la apropiación política y discursiva de los derechos humanos para convertirlos en sinónimos de "derecho alternativo" de las mayorías marginadas.

2. No creo que sea ésta la ocasión ni la sede para entrar de lleno en la discusión de si la sociología jurídica que debe practicarse en Latinoamérica ha de tener un carácter más o menos militante, tal como lo introduce Herrera (v. op. cit. esp. 141-2); hace ya unos cuantos años intervine en una discusión acerca de la posibilidad de una "criminología de la liberación" para América Latina (cfr. Bergalli 1982) que dio lugar a lo que creo fue un interesante debate abierto por uno de los más lúcidos juristas latinoamericanos, como lo es Eduardo Novoa Monreal (1985), y donde intervinieron los más conspicuos representantes de posiciones críticas en el estudio del control social (v. las colaboraciones a dicho debate en las páginas de *Doctrina Penal (Teoría y práctica en las ciencias penales)*, Depalma, Buenos Aires, a partir del volumen año 8, 1985). Entiendo que dicho debate puso de mani-

fiesto las posibilidades epistemológicas para un campo disciplinario en el que no sólo surgieran como cuestiones a encarar las mismas categorías de "delito" y de "pena", sino y principalmente a aquéllas relativas a la criminalización de conductas como forma de un control penal cuya lógica es la de un control social generalizado y orientado por las más variadas formas de la dominación, la opresión y la explotación política, social, económica y cultural.

- a) Mucho menos, tampoco puedo abordar aquí la configuración del nuevo paradigma que permitiría el análisis sociológico del derecho en Latinoamérica, teniendo en cuenta la necesaria transformación de la matriz jurídico-institucional (sobre la que reflexiona muy detenidamente Faría, en *supra cit.*, esp. 12-24) "que encuentra su piedra de toque en la jurisdicción concebida como un poder funcionalmente capaz de decidir problemas, conflictos y demandas, siempre en los límites estrictos tanto de las prescripciones cuanto de los procedimientos establecidos por las leyes" (esp. 16).
- b) En cambio, sí puedo dejar planteado como elemento para la discusión lo que está produciendo en los órdenes jurídicos dominantes el impulso dado por una presencia activa y decisiva de los MS. En efecto, las crisis de hegemonía o de legitimidad que se han acelerado en la última década en gran parte de los países latinoamericanos, no sólo han afectado la forma-Estado democrático y de derecho que se ha pretendido reconstituir en un buen número de ellos mediante la formalidad de las elecciones; tales crisis han apurado, asimismo, el fracaso de la representatividad que unas clases políticas enquistadas en el poder han usufructuado durante tiempo. La corrupción, el latrocinio, los homicidios políticos, las masacres han aumentado el nivel de descrédito en que estaban ya sumidas esas clases políticas; sus connivencias con los poderes militares o con los fácticos surgidos del narcotráfico hicieron eclosión y, finalmente, están apareciendo las oportunidades para que los reclamos sostenidos por los MS los expulsen del Estado que, de una forma u otra, han estado ocupando. Aludo, concretamente, al caso de Colombia en donde la proximidad de una nueva Constitución, sancionada por los representantes de esos MS, alienta la esperanza de un cambio en la forma-Estado y, sobre todo, en la transformación del orden jurí-

dico. Esta "revolución a través del derecho" supone un hecho inédito en la historia política e institucional latinoamericana pero, si el cambio llega pacíficamente a su fin y si los intereses hegemónicos extralatinamericanos que pesan sobre todo el continente a partir del "nuevo orden internacional" impuesto después de la guerra del Golfo Pérsico lo permiten, podrá quizá presenciarse la consolidación del nuevo paradigma jurídico que se auspicia.

3. Es verdad que cuanto acabo de exponer merece y requiere una mucho más profunda reflexión. Un primero y necesario tema a analizar es el de cuál es la teoría y cuáles los elementos que identifican a los MS capaces de influir en la necesaria "revolución a través del derecho"; la presencia de actores sociales colectivos y de nuevas subjetividades sociales constituyen un aspecto muy vivo de la investigación antropológica contemporánea. No es posible hablar en Latinoamérica de la legitimación ideológica de aquel modelo-movimiento obrero que se sostuvo en los países post-industriales hasta los años 70-80. Ese tipo de solidaridad entró en crisis en estos países; ésta está siendo arrasada por la afirmación de ciertos valores que pueden definirse como "egoístas" por la tendencia a la autosuficiencia y a la autovalorización con que impregnan a estos movimientos. Por una parte, concentración incondicionada sobre la propia esfera de intereses y sobre las propias experiencias sociales, autorreferencialidad y declarada desconfianza respecto de los otros; por otra parte, énfasis de la propia identidad y de las propias energías, de las propias cualidades y de los propios recursos (cfr. Mancóni 1990, esp. 9).

En los pocos países latinoamericanos en los cuales ha existido un cierto desarrollo de la conciencia de clase obrera, ésta resulta pulverizada no sólo por las dolosas relaciones que mantienen sus dirigentes sindicales con el poder económico y político; también y principalmente el modelo de economía neo-liberal y de mercado impuesto ha reducido la intervención y el control de los sectores populares en los procesos de producción y distribución de riqueza con lo cual los intereses colectivos han perdido representación en su organización como fuerzas sociales.

El estudio de los nuevos MS en Latinoamérica es de verdad apasionante; el desafío que presentan al análisis sociológico es vasto (cfr. Vila 1989, esp. 418); ¿son

nuevos realmente? ¿qué son? ¿cómo encararlos? Las respuestas posibles son varias y todas tienen fuertes defensores dentro de la comunidad científica. La literatura sobre estos movimientos se amplía notablemente. Hay quienes sostienen que, más tarde o más temprano, esta heterogeneidad de los MS se "politizará" (en el sentido tradicional del término) y terminará formando parte de un actor político colectivo que la englobará; otros, en cambio ven en esos MS "nuevas formas de hacer política", alternativas novedosas habida cuenta de la crisis de las instituciones políticas tradicionales.

a) Sin embargo, hasta ahora, poca atención se ha prestado a la capacidad genealógica que esos MS tienen respecto al derecho pues, aunque se hable del "carácter y significado del derecho dentro de los movimientos sociales" se insiste en ligar estos aspectos a la actividad de los denominados "servicios legales" (v. Rodríguez M. 1991).

En cambio, si bien el conflicto social ha cambiado su fisiología, su agudeza y vigor presionan de forma más que alarmante; por lo tanto, la substitución de los actores individuales por otros colectivos ha producido un cambio en la observación de los fenómenos que configura la acción social y, en consecuencia, la participación de estos nuevos actores en la producción del derecho supone unos comportamientos que tienden a la transformación de las necesidades respecto de las cuales el orden jurídico debe otorgar protección. Los estudios tradicionales sobre la acción social de cuño durkheimiano, weberiano y parsonianiano, se enriquecen indudablemente si a ellos se añade la consideración acerca de la incidencia que estos procesos deben tener en la necesaria producción jurídica para la organización de la vida social. Efectivamente, si en los procesos de creación de normas jurídicas los intereses sociales dominantes tienen una incidencia decisiva, es razonable pensar que en el firmamento de las sociedades civiles latinoamericanas la decisiva participación de estos nuevos MS constituye un aspecto de fundamental análisis para la sociología jurídica de la que se discute.

4. Un segundo e importante tema que quiero proponer a la discusión es el del papel que la jurisdicción y los jueces que la representan están cumpliendo hoy en Latinoamérica, respecto a las posibilidades de ampliación de los espacios de protección jurídica en favor de aquellos inte-

reses difusos, de los cuales son portadores las grandes mayorías sociales (el "uso del derecho en favor de los oprimidos", sobre lo que interroga una de las preguntas de la convocatoria a este seminario). En este punto no quisiera extenderme pues, por razón de espacio pero sobre todo porque me he ocupado del tema reiterada y recientemente de manera amplia (cfr. mi última colaboración en Bergalli 1991a) e, incluso también, en el primer seminario de "Sociología jurídica en América Latina" del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati (cfr. Bergalli 1991b), tengo ya opinión manifiesta.

De todos modos, tal como antes me he permitido criticar al movimiento del uso alternativo del derecho aparecido en Latinoamérica, pienso que debe concederse una observación especial al papel que la jurisdicción y los jueces cumplen en la interpretación, cuando no en la propia creación de normas jurídicas, si se atiende a la capacidad que como fuente del derecho ambos tienen (aunque éste es un aspecto controvertido en teoría jurídica). Cuando me he permitido destacar con énfasis la tarea cumplida por MD en la gestación de un *uso alternativo del diritto* en Italia, lo he hecho con el fin de plantear efectivamente la trascendencia interpretadora y creadora de derecho que la jurisdicción y los jueces han aportado en la transformación democrática de la administración de justicia y como instancia de control de la legalidad dentro de la cual el Estado debe actuar. Precisamente, estas últimas características que distinguen a una administración de justicia tendiente a la protección de los intereses de las mayorías no son rasgos que distinguen a las clases judiciales de los países latinoamericanos. Las excepciones en ese sentido no hacen más que confirmar la regla de que jueces y magistrados que se apegan a la legalidad formal, no hacen más que prestar adhesión a los proyectos políticos hegemónicos; así he pretendido demostrarlo con el caso de la clase judicial argentina. Cuando algún sector de esas clases judiciales se ha identificado con los valores propios y necesarios de una práctica jurisdiccional "alternativa", o sea, ha pretendido erigirse en instancia de control de los excesos del poder enquistado en el Estado, entonces el bárbaro ejemplo de la Corte Suprema de Colombia, arrasada en el asalto al Palacio de Justicia de Bogotá el 5 de noviembre de 1985, se presenta como actitud excepcional.

Todo otro ejemplo que se apoye más en el protagonismo

de los jueces que en cualquier otro comportamiento, el cual represente defensa estricta de la legalidad y sentido de protección de los desposeídos, constituye únicamente un empleo instrumental de la jurisdicción. Este es un aspecto que, no perteneciendo al contenido pretendidamente dado a esta contribución, me prometo acometer en el futuro pues se están produciendo casos muy graves -como está ocurriendo con ciertas intervenciones judiciales en Argentina, con relación a otros niveles del Estado- que ponen en peligro el proceso de transformación democrática de la jurisdicción.

- Bibliografía**
- Barcelona, P. (a cura di) (1973), *Introduzione a: "L'uso alternativo del diritto". I. Scienza giuridica e analisi marxista*. Biblioteca di cultura moderna, 740-Editori Laterza, Roma-Bari.
- Bergalli, R. (1982), "Hacia una criminología de la liberación para América Latina", en: R. Bergalli, *Crítica a la criminología*, Temis, Bogotá 267-278; también en: Capítulo Criminológico 9-10, Maracaibo 23-37.
- Bergalli, R. (1984), *Estado democrático y cuestión judicial (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- Bergalli, R. (coord.) (1989), "El derecho y sus realidades" (investigación y enseñanza de la sociología jurídica), col. Sociedad-Estado No.7, PPU, Barcelona.
- Bergalli, R. (1991a), "La quiebra de los mitos. Independencia judicial y selección de los jueces", en: *América Latina. La justicia como deuda*, Nueva Sociedad 112, marzo-abril, Caracas 152-165.
- Bergalli, R. (1991b), "Forma-Estado, formas del derecho y cuestiones de la democracia: un caso para el análisis", en: O. Correas (ed.) *Sociología jurídica en América Latina*. Oñati Proceedings 6, Oñati 287-318; también en: *Anuario de Filosofía del Derecho VII* (1990), Madrid 169-190.
- Carcova, C.M. (1991), "Teorías jurídicas alternativas", en: O. Correas (ed.) *Sociología jurídica en América Latina* cit., 25-44.
- Cassese, S. (1974), "Problemi delle ideologie dei giudici", en: *La formazione dello Stato Amministrativo*, Milano.
- Correas, O. (1991), Presentación, en: O. Correas (ed.) *Sociología jurídica en América Latina*, cit., 9-22.
- Faría, J.E. (1988), *Eficácia jurídica e violencia simbólica (O direito como instrumento de transformação social)*, serie Pensamiento Jurídico-Teses, Faculdade de Direito, Universidade de Sao Paulo.
- Faría, J.E. (1991), *Justiça e Conflitto (Os juizes em face dos novos movimentos sociais)*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

- Ferrajoli, L. (1973), "Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria", en: P. Barcellona (a cura di). *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*. cit. 105-122.
- Ferrajoli, L. (1990), *Diritto e Ragione* (Teoría del garantismo penal), Editori Laterza 2a. ed., Roma-Bari.
- Ferrari, V. (1989), *Funciones del derecho* (trad. Ma. J. Añón Roig y J. De Lucas Martín), Serie de Derecho-Col. Universitaria. Editorial Debate. Madrid; orig. italiano. *Funzioni del diritto*. Gius Laterza & Figli Spa, Roma-Bari 1987-1988.
- Galgano, F. (1979), *L'imprenditore*, il Mulino, Bologna.
- Gardella, J.C. (1990), "Sobre la epistemología jurídica", en: J.C. Gardella, L. Díaz Molano y H. Vásquez, *Introducción a la epistemología del derecho*, Colección Seminarios-Publicación del Departamento Formación Docente, Secretaría Académica, Universidad Nacional de Rosario (S. Fe, Argentina) 24-45.
- Herrera, C. M. (1991), "¿Existe un modelo de ciencia específico a la sociología del derecho latinoamericana?", en: O. Correas (ed.), *Sociología jurídica en América Latina*, cit., 137-145.
- Jacques, M. (1988), "Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho", en: *El otro derecho*, No. 1 Agosto. Temis-Ilsa, Bogotá 19-42.
- Manconi, L. (1990), *Solidarietà, Egoismo (Buone azioni, movimenti incerti, nuovi conflitti)* il Mulino/Contemporanea 41, Bologna.
- Mari, E.E. (1990), *Elementos de epistemología comparada*, Puntosur editores, Buenos Aires.
- Marx, K. (1955), Prólogo a la "Contribución a la crítica de la economía política", en: *Obras escogidas*, Edit. Progreso, Moscú, t. I. 339-343.
- Marra, R. (1991), "Lo statuto scientifico della sociologia del diritto e la tutela weberiana", en: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, società editrice il Mulino, Bologna, anno XXI. num. 1, giugno. 277-287.
- Muñoz Gómez, A. (1988), "Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho", en: *El otro derecho*, cit. 43-62.
- Novoa Monreal, E. (1975), *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno Editores, México; hay 8ª. ed. 1986.
- Novoa Monreal, E. (1985), "¿Desorientación epistemológica de la criminología crítica?", en: *Doctrina penal-teoría y práctica de las ciencias penales*, De Palma, Buenos Aires, vol. 8 (núm. 30), 263-275.
- Novoa Monreal, E. (1987), *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada (¿El derecho como factor de cambio social?)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

- Pizzorusso, A. (1982), *L'organizzazione della giustizia in Italia (La magistratura nel sistema politico e istituzionale)*, Istituzioni italiane 6-Einaudi, Torino.
- Rodota, S. (1990), *Il terribile diritto (Studi sulla proprietà privata)*, collezioni di testi e di studi- Diritto, il Mulino, Bologna 2a. ed.; 1a.ed. 1981 (hay versión en castellano, Tecnos, Madrid 1985).
- Rodríguez M. E. (1991), "Los servicios legales, los nuevos movimientos sociales y los procesos de transformación en América Latina", en: O. Correas (ed.), *Sociología jurídica en América Latina*, cit., 231-285.
- Rojas Hurtado, F. (1988), "Comparaciones sobre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina"- Primera Parte, en: *El otro derecho*, cit., 7-17.
- Senese, S. et alii (1978), *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Tarello, G. (1973), "Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", en: P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. I Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., 61-102.
- Treiber, H. (1984), "Wahlverwandtschaften" zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, en: H. Treiber (Hrsg., *Zur Rechtssoziologie Max Webers: Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Westdeutscher Verlag, Oplanden 6-65.
- Trubek, M. (1984), "Max Weber über das Recht und die Entstehung des Kapitalismus", en: H. Treiber (Hrsg.), *Zur Rechtssoziologie Max Webers: Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, cit., 157-190 (original en inglés, en: *Wisconsin Law Review* 1972).
- Vila, P. (1989) "Movimientos sociales", en: T. Di Tella (supervisión), P. Gajardo-S. Gamba-H. Chumbita, *Diccionario de ciencias sociales y políticas*, Puntosur editores, Buenos Aires, 415-418.
- Weber, M. (1976), *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriss der Verstehenden Soziologie)* -S Studienausgabe, 9. bis 13. Tausend, 5. rev. Aufl. J.C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

# La ocupación de inmuebles ¿delito o derecho?

El delito de Invasión/el derecho de posesión

---

**Germán Silva**

Investigador, Profesor Universidad Externado de Colombia

---

■ *La concentración de la tierra en países como Colombia, se ha constituido en un punto de tensión social presente en toda su historia. Los diferentes momentos de la violencia estructural han estado acompañados de luchas sociales que centran su problemática en la recuperación de tierras que les permitan la subsistencia a las comunidades campesinas y un lugar para asentarse en las ciudades, a las urbanas.*

*El fenómeno de las "invasiones" tiene tratamientos legales disímiles. El código civil, dictado a finales del siglo XIX es inspirado en la legislación francesa que consagra la protección absoluta de la propiedad privada mientras que la reforma constitucional de 1936 y la de 1991 consagran la función social de la propiedad. Contradicciones legislativas como estas y el tratamiento del mismo hecho en la legislación penal conducen a entendimientos diversos del mismo hecho: lo que para una norma es un derecho para otra es un delito y para otra una contravención. El autor extiende una invitación, a partir de una legislación específica, a desentrañar las contraposiciones aparentes, implícitas en normas vigentes, como una muestra de la mixtura conceptual que nos acompaña y que entraba aún más la comprensión de nuestras realidades.*

## Building Take-overs: A Crime or Right

■ *The concentration of land in countries like Colombia has constituted across history a focus of social tension. Different moments of structural violence have been accompanied with social struggles which center their emphasis on the recuperation of the land which would give the peasant communities a form of subsistence and a place to live in the cities. The phenomenon of "invasions" is treated dissimilarly in the law. The civil code, promulgated at the end of the XIX century, is inspired in French law which upholds the absolute protection of private property while the constitutional reforms of 1936 and 1991 uphold the social function of property. Normative contradictions such as these and the very treatment of the problem in criminal law lead to diverging interpretations of the same issue: what for one norm is a right, for the other is a crime and for another a misdemeanor. Based on this specific Colombian legislation, the author invites the reader to untangle the implicit contradictions of the current legislation, to show the conceptual mix which accompanies us and which thwarts the understanding of our reality.*

---

### 1. Formulación del problema

La presión por la tenencia o apropiación de la tierra ha sido un problema crónico en Colombia. En el transfondo de la guerra civil, mejor conocida como "La Violencia" y que desató todo su poder destructivo a partir de 1948, se encontraba una encubierta lucha por el control de la tierra. Muchos fueron expulsados de sus fincas bajo la apariencia del sectarismo político.<sup>1</sup> Rápidamente los movimientos insurrectos organizados en aquel entonces, incluyeron la bandera de la reforma agraria en sus programas. El saldo no ha sido olvidado por el país, un balance que se aproximó

---

1 GUZMAN, Germán Mons. y otros. *La violencia en Colombia*, Tercer Mundo, Bogotá, 1963, 2a. edición, p. 419. También en SANCHEZ, Gonzalo. MEERTENE, Donny. *Bandoleros, gamonales y campesinos*, El Ancora Editores, Bogotá, 1985, 3a. edición, p. 38. PECAUT, Daniel. "Reflexiones sobre el fenómeno de la violencia", en *Once ensayos sobre la violencia*, CEREC, Centro Gaitán, Bogotá, 1985, pp. 184 y 185. RAMIREZ TOBON, William. *Estado, violencia y democracia*, Tercer Mundo/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1990, pp. 62 y 63. HUIZER, Gerrit. *El potencial revolucionario del campesino en América Latina*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1974, 2a edición, p.239.

a los trescientos mil muertos.

Hoy por hoy el problema, lejos de hallar una salida, tiende a agravarse. Para 1976 en las regiones rurales, sobre un área de 24.229.712 hectáreas, el INCORA había expropiado el 0.10% de la superficie<sup>2</sup> cultivable, un total de once predios. Mediante la fórmula de adquisiciones por compra, el mismo Instituto obtuvo el 1.6% de dicha superficie. La reforma agraria iniciada en 1964 ha evidenciado sus limitados poderes para incidir en la transformación de la situación. Desde la década de los años 70, la invasión de tierras se hizo extremadamente frecuente en el campo, acaeciendo no pocas veces hechos de violencia en el transcurso de los enfrentamientos.

Actualmente, bajo formas políticas diferentes, la violencia permanece enquistada en numerosas zonas rurales. Incluso a los viejos factores generadores del conflicto se han agregado otros, los cuales vienen a aumentar la complejidad del fenómeno. En algunas zonas el narcotráfico se apodera de extensos territorios, como una estrategia de dominación, definida como la adquisición de regiones rurales enteras, para así controlar toda la vida derivada de la actividad agraria, lo que en la práctica se traduce en el manejo de la integridad de la zona. Igualmente, los viejos conceptos ideológicos de la cultura rural, que le otorgan a la tenencia de tierra un rol vital en la generación de prestigio social y seguridad económica, impulsan a los narcotraficantes a comprar haciendas, aumentando en forma considerable la presión sobre la tierra.

Los movimientos guerrilleros, con criterios diversos sobre la naturaleza de sus relaciones con los propietarios de la tierra, acrecentaron igualmente la tensión en los campos. La coacción desmedida, muchas veces ejercida sobre los propietarios, contribuyó más a ocasionar una disminución sustancial en la producción agropecuaria que una modificación de las formas de tenencia de la tierra. Las acciones violentas de los insurgentes contra la fuerza pública, los hacendados y medianos propietarios, desató una respuesta no menos violenta que halló en los campesinos víctimas propicias. Grupos de campesinos, ocupantes o invasores de tierras en regiones en conflicto fueron masivamente ejecutados, mientras sus ranchos y propiedades

---

2 Los datos anteriores fueron tomados de EUGEREN, Fernando y otro. "Problema agrario, tenencia de la tierra y reformas agrarias" en *Derechos humanos en las zonas rurales*, Bogotá, 1979, p. 46.

eran quemados. Una violencia brutal regularía entonces la problemática de la tenencia de la tierra.

En otras localidades, dentro de una cultura de raíces feudales, los grupos paramilitares organizados y financiados por grandes ganaderos y narcotraficantes otorgan protección contra las guerrillas, tejiendo sus propios mecanismos de control social, que desconocen la vigencia de un Estado Nacional. Ideológicamente, tienen una visión extremadamente conservadora sobre la propiedad privada. En la práctica, los grupos paramilitares manipulan la organización social y económica de los territorios de su influencia, imponiendo también pautas de conducta sobre la propiedad y el manejo de la tierra.

En el centro de la problemática, antes como ahora, se halla aún la excesiva concentración de la tierra, con una economía agraria nacional que se debate entre dos extremos igualmente improductivos. De una parte el latifundio predominante en la mayor parte del país y de otra la estéril producción minifundista.

Las grandes ciudades de la nación no han sido ajenas al conflicto por la tenencia de la tierra. La hiperurbanización, caracterizada por el desmedido y anormal crecimiento de las ciudades, el cual no corre paralelo al desarrollo de los medios de producción de nuestra incipiente economía capitalista, ha provocado una cuantiosa e insatisfecha demanda de tierra, de vivienda y de servicios públicos.<sup>3</sup> La violencia en las zonas rurales, viene provocando desde los años cincuenta una acelerada migración a las ciudades, sin soluciones inmediatas. Otros factores, escenificados en los campos repercuten acrecentando la presión sobre el espacio en las ciudades. Entre ellos, la cuestión demográfica, con la disminución apreciable en los índices de mortalidad, mientras que la caída de los niveles de natalidad ha sido inferior. En algunas regiones, la extensión de las fronteras de producción agrorindustrial, igualmente aumentará el número de desplazados en busca de empleo en las ciudades.

En urbes como Santa Fe de Bogotá los barrios

---

3 "Estudios efectuados calculaban en 1980 el déficit de la siguiente manera: cuantitativo 800 mil viviendas; cualitativo 800 mil, para un gran total de un millón 600 mil...Datos publicados en 1984 por la experta Gloria Vallejo de Chamorro, indican que el 43 por ciento de las familias colombianas que habitan en las ciudades viven en casas alquiladas", ARANGO Z., Carlos. *La lucha por la vivienda en Colombia*, Ecoe, Bogotá, 1986, 2a edición.

calificados como anormales han brotado por doquier en los puntos periféricos, superando aquéllos edificados con el lleno de los requisitos legales.<sup>4</sup> Las invasiones u ocupaciones de predios y, naturalmente, los desalojos se suceden diariamente.

El modelo económico de desarrollo implementado sobre la industria de la construcción, contribuyó a convertir la tierra urbanizable y la vivienda no en artículos de primera necesidad, sino en fuentes de formidable riqueza y en motor dinámico de la economía. Por tanto estos bienes alcanzan cuantiosos valores y se convierten en objeto de especulación. Evidentemente, también estimula la ejecución de programas de vivienda para los estratos más altos de la población, donde los márgenes de utilidad son mayores y existe superior capacidad de compra. Todo ello revierte ocasionando una menor oferta de soluciones de vivienda para los sectores populares y más presión sobre los espacios urbanizables para tales estratos.

Pero son numerosos los componentes que constituyen el cuadro.

En ocasiones grupos de izquierda pretenden abandonar a los desposeídos, organizándolos para invadir predios en las ciudades o en el campo.

Las urbanizaciones piratas pululan al margen del control de los entes estatales erigidos para evitarlas. Estos barrios subnormales se transforman igualmente en canteiras electorales para políticos, especialmente del Partido Liberal, quienes los promueven logrando generosos dividendos financieros y electorales. Luego son regularizados aprovechando su influencia en los niveles de la administración.

La reforma urbana, recientemente aprobada y reglamentada, es por lo pronto un comienzo en el proceso de transformaciones de cara al futuro. Empero, aún existen no pocos desfases entre la normatividad jurídica creada para regular y absolver los conflictos vinculados a la tierra y la dinámica social desarrollada en forma real, muchas veces al margen o en contra de dicha normatividad. De allí que el establecimiento en no pocas oportunidades deba desviar su mirada hacia otros confines, conciente de la ineptitud de una legislación ideal pero irreal.

En otros casos, el epicentro del problema radica en

---

4 Estimativos oficiales aseguran que en 1977 el 45 por ciento de las urbanizaciones en Bogotá eran ilegales, y que en 1978 la proporción había ascendido al 70%, Idem., p. 228.

la carencia de voluntad y decisión política para aplicar los instrumentos jurídicos existentes. Ella conduce a la neutralización de disposiciones potencialmente útiles.

El artículo 30 de la Constitución de 1886, paradigma de la función social de la propiedad ahora sustituido por el artículo 58 de la nueva Constitución Nacional,<sup>5</sup> donde se reitera el mismo principio a la vez que se introducen nuevos instrumentos de procedimiento se identificaba con el concepto de normas "performativas", arduamente cuestionadas por lo criminólogos. Allí el precepto es un mero enunciado formal o nominal que no expresa una realidad sino una posibilidad o un compromiso.<sup>6</sup> Pero también el citado artículo 30 era una disposición aislada, que no fue desarrollada de manera suficiente a nivel legal. Limitación vigente durante los 55 años de existencia de la norma, lo que nos indica que la simple aprobación del nuevo artículo 58, a pesar de mejorar al art. 30, no traduce un avance automático, pues igual suerte podría seguir en cuanto a ausencia de desarrollo.

La carencia de un desarrollo del principio de la

---

5 "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos de que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente", ORTEGA TORRES, Jorge. *Constitución política de Colombia*, Temis, Bogotá, 1991, pp. 25 y 26.

6 ANIYAR DE CASTRO, Lola. "La nueva criminología y los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derechos Humanos*, No. 5, enero de 1987, p. 37.8

'función social de la propiedad' explica numerosas inconsistencias del ordenamiento jurídico. El Código Civil y otros instrumentos básicos del sistema normativo se originaron a finales del siglo pasado, antes de la reforma constitucional de 1936 que introdujera el precepto en comento. La ley 66 de 1968 es un mecanismo precario para combatir la actividad de los urbanizadores "piratas", que burlan fácilmente sus controles. El término dispuesto para la prescripción de inmuebles rurales, demasiado extenso, sigue siendo de veinte años al tenor del Código Civil. La ley policiva regula de manera caduca y entre numerosas lagunas, lo concerniente a las ocupaciones de predios, en el artículo 15, última norma vigente de la ley 57 de 1905,<sup>7</sup> reglamentada en el Decreto 992 de 1930.

Mientras se producen las indispensables y reclamadas reformas, será imperativo identificar los vacíos y deficiencias legislativas, para luego emprender la búsqueda de fórmulas interpretativas coherentes, a la luz de los principios constitucionales sobre 'la función social de la propiedad' y 'la prevalencia del interés público y social sobre el privado'. Entonces el derecho podrá desempeñar su papel, actuando en la controversia sobre la tenencia de la tierra que hemos descrito someramente en párrafos anteriores, impidiendo que las situaciones desborden completamente el campo jurídico para ubicarse en un plano de violencia.

Específicamente pretendemos abordar uno de los aspectos de la problemática planteada, al examinar la aparente contradicción entre el derecho penal<sup>8</sup> y el derecho

---

7 "Art. 15.- Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el jefe de policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca", ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Nacional de Policía*, Temis, Bogotá, 1980, 9a. edición, p. 143.

8 "Art. 367.- INVASION DE TIERRAS O EDIFICIOS. El que con el fin de obtener provecho ilícito invada terreno o edificio ajenos, incurrirá en prisión de uno a tres años y multa de mil a veinte mil pesos. La pena establecida en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión, o cuando se trate de concesión maderera o minera". *República de Colombia. Nuevo Código Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, pp. 106 y 107.

civil,<sup>9</sup> que sobre una misma conducta supuestamente establecen definiciones contrapuestas.

En efecto, en términos generales, cuando un sujeto se introduce en un inmueble apropiándose de él, tropezaremos con un solo comportamiento y tres definiciones jurídicas diferentes para describirlo. Se trata de lo que podríamos llamar una 'especie de santísima trinidad jurídica', tres verdades jurídicas distintas y un solo hecho verdadero. Frente a la codificación civil el hecho podría considerarse como un acto de posesión, reputado como un derecho en el artículo 762 del Código Civil. Cotejado el caso con el estatuto penal, habría de calificarse la conducta como adecuada al artículo 367 del Código Penal, es decir, tendría el tratamiento de un delito. De acuerdo a la legislación de policía, según la ley 57 de 1905, hallaríamos la existencia de una contravención de policía.

Delito, derecho o contravención, la verdad es que la ausencia de una clara definición de estos conceptos, alrededor del hecho de la ocupación de un terreno por alguien distinto a su propietario, ha dado pie para la verificación de anómalas prácticas judiciales. Se ha vuelto común la tramitación paralela de procesos de Pertenencia y sumarios por invasión. Del mismo modo es frecuente que un fallo adverso para el propietario en un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho obtenga por respuesta la presentación de una denuncia ante la justicia penal, e incluso no ha sido extraña la expedición de providencias contradictorias cuando el mismo asunto de la ocupación de un inmueble se ventila ante jurisdicciones distintas. Aun doctrinantes como Jorge Enrique Gutiérrez Anzola profesaban la posibilidad que pudieran concurrir al tiempo delito y derecho, pues al explicar los elementos del delito de invasión anotaba: "cuando la acción definitiva está encaminada a obtener un provecho cualquiera, que puede ser la ocupación con ánimo de obtener el título jurídico de poseedor para consolidarlo más tarde con el de propietario".<sup>10</sup>

---

9 "Art. 762.- La **posesión** es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo", ORTEGA TORRES, Jorge. *Código civil*, Temis, Bogotá, 1978, 6a edición, pp. 181 y 182.

10 GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique. *Derecho Penal Especial. Delitos contra la propiedad*, Editorial Litográfica Colombia, Bogotá, 1944, Vol. I, p. 175.

¿Dónde culminan los linderos del derecho, y cuándo comienzan los del delito? son los mojones que pretendemos establecer, intentando introducir para el efecto algunos conceptos propios del derecho civil, a veces olvidados por los penalistas.

**2. Teorías de interpretación** En torno a las eventuales contradicciones entre el derecho civil y el derecho penal, tema que analizaremos aquí sobre un caso específico, los clásicos ya se disputaron con fervor. Al respecto se han esbozado tres teorías, a las que conviene referirnos.<sup>11</sup> Dentro de los partidarios de la tesis Privatística, orientada por Pufendorf, Hobbes, Bentham, Rosseau, Grispigni y De Marsico, el derecho penal tiene un carácter meramente sancionatorio.<sup>12</sup> Es entonces un cuerpo secundario, sin que pueda modificar las instituciones propias del derecho civil, las cuales son la matriz de las normas de tipo penal.<sup>13</sup> O sea, la parte esencial del precepto de índole penal es extraída del derecho privado.

La posición contraria es sostenida por la corriente Autonomista, donde las instituciones o preceptos, aunque sean esencialmente civiles, pueden ser variados y transformados, adquiriendo una significación novedosa para los efectos penales, al ser la norma penal originaria o constitutiva.

En tercer lugar surge la teoría de la Interpretación Singular, respaldada entre otros por Antolisei y Martínez

---

11 MARTINEZ ZUÑIGA, Lisandro. *De los delitos contra el patrimonio económico*, Temis, Bogotá, 1 980, pp. 7 a 10.

12 Uno de los pensadores que más influyó en el pensamiento jurídico colombiano, señalaba sobre el tema propuesto: "Una ley civil es aquella que establece un derecho, y una ley penal es aquella que a consecuencia del derecho establecido por la ley civil ordena que se castigue de tal ó tal modo al que la haya violado. Según esto la ley que se limitara a prohibir el homicidio no sería más que una ley civil: la ley que impone la pena de muerte al homicida, es la ley penal", BENTHAM, Jeremías. *Tratados de legislación civil y penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 432.

13 "lo que de modo particular caracteriza al derecho penal en el sistema de todo el ordenamiento jurídico y determina sus relaciones con las diversas ramas de este, es el carácter ulteriormente sancionatorio que presenta, y que se deriva del hecho de que su función específica consiste en reforzar con su sanción propia, los preceptos y las sanciones de las otras ramas del derecho", GRISPIGNI, Filippo. *Derecho penal italiano*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1949, Vol I, pp. 176 y 177.

Zúñiga. Con el argumento que en los eventos de conflicto entre el derecho civil y el penal no existen reglas generales para ser aplicadas indiscriminadamente, se debe estimar cada caso por separado. Con las instituciones civiles como punto de partida para efectuar el estudio y análisis de la situación particular, de acuerdo a la finalidad y carácter del derecho penal, se adopta el concepto civil al fin de la norma penal.

Stefani transita cerca de esta corriente, reconociendo cierta autonomía al derecho penal sobre el privado, más no supremacía, y agregando que algunas nociones del derecho penal son de naturaleza más amplia, otras son similares como el concepto de ilicitud, mientras en ocasiones se impone la independencia del derecho penal, en razón al interés de: a) la ley; b) la sociedad.<sup>14</sup>

Las tesis Privatística y Autonomista no armonizan la contradicción legislativa utilizando para el efecto criterios interpretativos. Se resuelven por la solución simplista y autoritaria de proclamar la primacía de una rama del derecho, al margen de la finalidad global de la ley. La teoría de la Interpretación Singular, como hemos dado en denominarla, es indudablemente positiva, aunque cabe anotar que las instituciones civiles no están desprovistas de propósito, no son meros conceptos. Importan el carácter e intención del conjunto del derecho, principalmente del derecho constitucional y la forma de armonización sistematizada entre las distintas áreas. Para el efecto, el referente material de la finalidad es socio-político.

Sobre estas bases, originadas en los planteamientos de la Interpretación Singular, intentaremos trazar nuestra posición. Partimos de que la finalidad del derecho, y por ende de la interpretación jurídica, es la de terciar en los conflictos socio-políticos y concederle a ellos respuestas en equidad, ajustadas a la realidad y a las necesidades de la sociedad. De tal suerte, exploraremos una hipótesis de concertación entre los preceptos del derecho civil referentes a la posesión y las instituciones penales.

- 3. ¿Es la posesión un derecho?**  
**Elementos de análisis** Naturalmente la posesión es un hecho, lo cual no significa, como lo han sostenido algunos, que no constituya un verdadero derecho.<sup>15</sup>

---

14 STEFANI, M. *Influencias recíprocas entre lo civil y lo penal*, editores Alberto Hernández, Alberto González, Bogotá, 1956, p. 7.

Ciertamente se origina a partir del mero hecho físico, fundamentándose en una relación material de poder, de persona a cosa. Pero la noción de posesión también va acompañada de un componente subjetivo que consiste en el ánimo de dominio, el cual cualifica la relación de hecho mencionada. La combinación de estos dos factores transforma la posesión en algo más que un hecho puro, la convierte, junto a la posibilidad de derivar legítimamente beneficios de ella, en un derecho. No obsta en contrario la posibilidad de confluencia simultánea de otros derechos, como la propiedad, de acuerdo a lo que sostenía J.J. Gómez en opinión citada. La tenencia y la servidumbre, junto a la propiedad, pueden concurrir sobre un mismo bien, en cabeza de personas diferentes y aun en detrimento o limitando el derecho de dominio. Igualmente, la posesión sería un derecho autónomo y distinto al dominio, como quiera que puede surgir paralelamente al derecho de propiedad radicado en otra persona, con diversos intereses jurídicos. Esta afirmación es ratificada por el conjunto de disposiciones del Código Civil Colombiano que le conceden un tratamiento como derecho, por medio de diferentes disposiciones relativas a su ejercicio. Participa de la conclusión anterior un sector importante de la doctrina. Así, Alfonso M. Barragán dice: "Ya se vio que no es correcto oponer los conceptos de poder jurídico y poder de hecho para delimitar la idea de posesión, porque ésta no es únicamente un hecho, no sólo es una potestad de hecho, sino que es la fuente de un verdadero derecho".<sup>16</sup>

Es entonces una prerrogativa amparada y protegida por la ley civil, como un poder jurídico de disposición sobre el bien poseído y con utilidad para la adquisición del derecho de dominio. De no tener la calidad de derecho, sería inconcebible que de acuerdo al sistema seguido por nuestro Código Civil, pudiera ser transmitida por causa de muerte o por un acto entre vivos, o que se pudiesen celebrar actos y contratos válidos como el darla en arrendamiento. Incluso la ley penal la considera un bien integrante del patrimonio económico, cuando tutela su defensa, particu-

---

15 Para J.J. GOMEZ, siguiendo los lineamientos de SAVIGNY, ciertamente la posesión sería tan solo un 'hecho', entre otras razones: "Si fuera un derecho tendríamos un derecho sobre otro, con el mismo fin social y económico: la posesión y la propiedad, lo cual carece de lógica jurídica". GOMEZ, José J. *Bienes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, pp. 351 a 353.

16 BARRAGAN, Alfonso M. *Derechos reales*, Temis Bogotá, 1979, 2a. edición, p. 276.

larmente en el artículo 368 de ese estatuto.<sup>17</sup>

La doctrina mayoritaria se ha inclinado tradicionalmente por identificar a la posesión como un derecho real, tal era la opinión de Ennecerus, Von Thur y Wolf en Alemania, Messineo y De Semo en Italia, Manresa y Navarro, Puig Peña y Pérez Alguer en España.<sup>18</sup>

### **¿Puede el derecho derivarse de un delito?**

La categoría de 'derecho' que rodea a la posesión, no se traduce en que simultáneamente pueda ser derecho y delito, o que el primero se origine del segundo. Sobre la pretendida concurrencia de calificaciones, hemos de recordar que no es dable predicar dos cosas distintas sobre un mismo respecto, dejando en ese estado la discusión sobre este punto, pues al exponer la tesis de este trabajo indicaremos la ausencia de simultaneidad que, de existir, implicaría una contradicción ilógica.

En cuanto al interrogante arriba reseñado, guiándonos por lo estipulado en el estatuto civil, artículo 1494, el delito puede ser fuente de obligaciones a cargo del sujeto agente del hecho punible, pero nunca puede originar derechos patrimoniales a favor de ese sujeto activo, pensar lo contrario sería moralmente aberrante y carecería de sustento legal.

### **¿Se genera el derecho al prescribir la acción penal?**

Tampoco es posible sugerir que el transcurso del tiempo conduce a la prescripción del delito y subsiguiente gestación del derecho por cumplirse el término señalado para la usurpación. No debe olvidarse que el delito de invasión, pertenece a aquellas conductas de ejecución permanente como el secuestro,<sup>19</sup> y, por tanto, mientras el sujeto tenga en

---

17 "PERTURBACION DE LA POSESION SOBRE INMUEBLE. El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior y por medio de violencia a las personas o a las cosas, perturbe la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, incurrirá en prisión de seis meses a dos años, y multa de cinco mil a veinte mil pesos". *República de Colombia. Nuevo...*, ob. cit., p. 107.

18 VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil*, Temis, Bogotá, 1958, Tomo II, pp. 88, 89 y 90. Agrega el autor: "La posesión es un derecho real provisional. Esta proposición resume el estado actual de la doctrina civil sobre este punto".

19 "La doctrina se ha puesto de acuerdo, y lo mismo la jurisprudencia, en que la usurpación es un delito permanente", RAMOS, Juan P. *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina,

su poder el inmueble se estará realizando el hecho punible y no habría prescripción. Sería absurdo afirmar que después de transcurridos veinte años de ocupación ha prescrito la acción penal, pues los cinco años exigidos para la prescripción, término mínimo según el artículo 80 del Código Penal, solamente empezarán a correr desde el momento en que haya cesado la ocupación.<sup>20</sup>

### ¿Cuándo se origina el derecho de posesión?

Del mismo modo, no debe confundirse el derecho de posesión con el derecho a la usurpación o prescripción adquisitiva de dominio. El segundo se obtiene al traspasar la posesión la barrera de los veinte años, acaeciéndose de manera extraordinaria, sin que importe para el efecto la carencia de justo título, además de que por ello no se puede colegir mala fe.

En cambio, el derecho de posesión empieza a tener vida jurídica desde mucho antes, a partir del instante en que el hecho se sucede materialmente como fenómeno percibible. Esto no ocurre luego de veinte años, sino en fracciones de minuto, siempre que al hecho físico de aprehensión o apropiación material de la cosa, traducible en actos visibles o verificables, se sume el ánimo de señor y dueño, la firme convicción de ser el único titular del bien, desconociendo a cualquiera que se considere con derecho de dominio.

No obstante, sin duda, el devenir del tiempo va consolidando la posesión como un mejor derecho,<sup>21</sup> el cual

---

Buenos Aires, 1944, Tomo VI, p. 218. "Se trata de un delito permanente, no de un delito instantáneo con efectos permanentes, porque en el concepto de 'invadir' esta implícito el de instalarse por algún tiempo durable en el inmueble, y la consumación dura mientras se prolonga la ocupación y hasta que el inmueble es restituido a su propietario", MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1956, Volumen V, p. 109.

20 "Art. 80.- *Término de prescripción de la acción.* La acción penal prescribía en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años". *República de Colombia, Nuevo...* ob. cit., p. 32.

21 "correspondencia entre el hecho y el derecho del poseedor frente a otro que, para quitársela, ha de demostrar un mejor derecho, un derecho mejor y más probable a la cosa", ROCHA, Antonio.

es bastante precario cuando no han pasado más de treinta días desde el momento en que comenzó la posesión, o se tuvo conocimiento de ella, al tenor de la ley 57 de 1905 y el decreto 992 de 1930. Con el posterior vencimiento de las acciones de policía tendientes a reparar las perturbaciones, o de las acciones posesorias civiles contra el despojo o la perturbación, el derecho de posesión se fortalece aún más, siendo apenas posible doblegarlo con una acción reivindicatoria ejercida ante la jurisdicción civil ordinaria.<sup>22</sup> El avance del tiempo no sólo reduce el número de acciones a disposición del propietario, sino además las acciones que van restando le otorgan superiores mecanismos de defensa al poseedor. Así de un procedimiento policivo, virtualmente sumario, como el contemplado en la citada ley 57 de 1905 y su decreto reglamentario, se evoluciona a un juicio ordinario, reivindicatorio, donde el demandado goza de mayores facultades para su defensa.

#### Alcances de la expresión 'invadir'

Al adentrarnos en el estudio del verbo rector del artículo 367 del Código Penal, debemos en primera instancia remitirnos al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, donde 'invadir', proveniente del latín 'invadere', traduce "acometer, entrar por fuerza en una parte".<sup>23</sup>

Fundado en dicho concepto, el Tribunal Superior de Córdoba (Colombia), en una interesante providencia llegó a plantear que la violencia era un componente del acto de invadir, indispensable para la estructuración de esa conducta.<sup>24</sup> Colige este Tribunal que, acaecida la ocupación del inmueble sin la verificación de actos de violencia, el caso debe ser resuelto como de atipicidad relativa, y, por ende, la conducta no será punible.

Ciertamente la hipótesis anterior no contradice

---

*De la prueba en derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1951, 3a. edición, p. 290.

- 22 "Art. 946.- La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla", ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*, ob. cit., p. 221.
- 23 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984, Tomo II, 20a edición, p. 785.
- 24 TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERIA. *Jurisprudencias penales*, No. 1, magistrado ponente Lesmes Corredor Prins, Montería, 1987, pp. 25 y 26.

los presupuestos de la legislación civil acerca de la posesión, coincidiendo parcialmente y por un sendero distinto con la tesis expuesta en este trabajo.

Nos asaltan serias dudas sobre el alcance y connotaciones semánticas del verbo 'invadir', para efectos del derecho penal, en el sentido que éste involucre implícitamente el concepto de 'violencia'. Al respecto cabe recordar el trabajo desempeñado por la Comisión Redactora del Código Penal, en el Proyecto de 1976, donde la descripción típica era plasmada así: "Art. 478.- Los que en número de cinco o más y con el fin de obtener provecho ilícito, invadan arbitrariamente terreno o edificio ajenos, incurrirán en arresto de uno a tres años y multa de mil a veinte mil pesos. **Si la conducta en el inciso anterior se realizare mediante violencia sobre las personas o las cosas**, la pena será de uno a cinco años de prisión y multa de diez mil a cincuenta mil pesos. Las penas establecidas en los incisos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión".<sup>25</sup> Aquí encontramos presente el elemento violencia como un factor de agravación punitiva de la acción de invadir, de lo cual se deduce claramente que para los miembros de la Comisión Redactora, la definición de invasión no abarcaba la noción de violencia de una conducta que de suyo lo era. Igualmente, la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal de 1978, en el artículo 526 de la propuesta de ese entonces, se refiere en los mismos términos a la violencia, como una causal de agravación, y, por ello, también allí era descartado que la invasión entrañara violencia.<sup>26</sup>

Un paréntesis, para un comentario aparte, merece el absurdo criterio jurídico y de política criminal, que convertía en punible una conducta cuando quiera que el sujeto activo que la realizará fuera múltiple o plural. Ese mismo comportamiento, por el contrario, era lícito cuando fuera ejecutado en forma relativamente individual. Lo anterior equivalía a afirmar, por ejemplo, que un homicidio sería social y éticamente reprochable si fuese realizado por cinco o un número mayor de sujetos, como si el fin de la norma no fuera la protección de un bien jurídico en todo caso susceptible de vulneración por un sujeto activo singular, desde un punto de vista físico, sino evitar el adelantamiento de este tipo de acciones de manera colectiva y organizada. Se tra-

---

25 MARTINEZ ZUÑIGA, Lisandro. *De los delitos...*, ob. cit., p. 129, la negrilla es nuestra.

26 *Idem.*, p. 143.

taría de una norma penal, sin un verdadero bien jurídico patrimonial por salvaguardar, pues el propósito de la reacción penal sería evitar la asociación popular y el desarrollo de luchas en términos sociales.<sup>27</sup> Finalidad similar contiene la agravación especial referente a los promotores, organizadores o directores, incluida en los proyectos citados, e inmersa en el vigente artículo 367, segundo inciso. En este aparte se establece una distinción entre autor material e intelectual, que la parte general del Código Penal se negó a efectuar, pues el artículo 23 hizo equivalentes ambas expresiones de la coautoría.<sup>28</sup> Sin embargo, es introducida como peculiar agravación de naturaleza política, a través de un desigual proceso de selección criminal, no contemplado frente a otros delitos, salvo los hechos punibles políticos de rebelión, sedición y asonada.

Retornando al examen del concepto de invadir, el sentido empleado por los proyectos mencionados, excluyente de la violencia como ingrediente propio, es compartido ampliamente por la doctrina, virtualmente sin ninguna excepción. Antonio Vicente Arenas desaprueba expresamente la violencia como elemento de la acción de invadir.<sup>29</sup> Para Alvaro Pérez, la violencia es apenas una de las modalidades alternativas de realización del hecho punible.<sup>30</sup> Corroboran las opiniones anteriores de manera análoga Luis Carlos Pérez;<sup>31</sup> Luis Eduardo Mesa Velázquez<sup>32</sup>; Humberto

---

27 Probablemente esta fórmula para definir el tipo penal de invasión se inspiró en las causales de agravación del delito de invasión en el Art. 663 del Código Penal Italiano. Allí se preceptúa como agravantes: la ocupación del inmueble por un número de cinco personas, cuando al menos una de ellas está armada; o la realización de la invasión en número de diez o más personas, aunque ninguna esté armada. Al respecto RANIERI, Silvio. *Manuale di diritto penale*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1952, Vol. III, p. 349. También, ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale*, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1982, p. 335.

28 "Art. 23.- AUTORES. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción". República de Colombia. *Nuevo...*, ob., cit., p. 17.

29 ARENAS, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Temis, Bogotá, 1984, Tomo II, Volumen II, Parte Especial, p. 333.

30 PEREZ PINZON, Alvaro Orlando. "Delitos contra el patrimonio económico", en *Derecho Penal. Parte Especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, Tomo I, pp. 360 y 361.

31 PEREZ, Luis Carlos. *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1985, Tomo

Barrera Domínguez;<sup>33</sup> Alfonso Ortiz Rodríguez;<sup>34</sup> Luis Fernando Tocora,<sup>35</sup> Luis Gutiérrez Jiménez<sup>36</sup>; Rodolfo Mantilla Jácome.<sup>37</sup>

En el derecho penal italiano, del cual fue extractada textualmente la disposición para el Código Penal de 1936, luego repetida sin mayores cambios en el estatuto del 80, según Giuseppe Maggiore, "invadir significa ocupar de modo arbitrario un lugar, entrar en él sin tener derecho, aunque sea sin violencia ni engaño".<sup>38</sup>

La Corte Suprema de Justicia también observa la violencia como una de las modalidades bajo la cual puede acometerse la invasión: "Hay ausencia del consentimiento del dueño o tenedor y se emplean el fraude o la violencia".<sup>39</sup>

En conclusión, de acuerdo a las profusas opiniones citadas en materia de derecho penal, en forma unánime se concluye que el concepto de 'invadir' no atañe necesariamente una connotación de violencia en la acción. Mencionaremos, además, que de acuerdo al entender común, invadir significa solamente penetrar arbitrariamente, ya sea con el ejercicio de fuerza o sin ella.

#### Alcances de la expresión 'usurpar'

Resta comentar el sentido del verbo 'usurpar', empleado con frecuencia en otros sistemas penales, en la disposición homóloga al artículo 367 del Código Penal Colombiano. En nuestro sistema aparece encabezando el capítulo séptimo

---

V, p. 534.

- 32 MESA VELAZQUEZ, Luis Eduardo. *Derecho Penal Especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, 5a. edición, p. 251.
- 33 BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. *Delitos contra el patrimonio económico*, Temis, Bogotá, 1963, p. 332.
- 34 ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso. *Manual de Derecho Penal Especial*, Universidad de Medellín, Medellín, 1987, 3a. edición, pg. 631.
- 35 TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*, Librería El Profesional, Bogotá, 1981, p. 105.
- 36 GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. *Derecho Penal Especial*, Temis, Bogotá, 1965.
- 37 MANTILLA JACOME, Rodolfo. *Delitos contra el patrimonio económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 88.
- 38 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...*, ob. cit., p. 108.
- 39 PEREZ, Luis Carlos. *Derecho...*, ob. cit., p. 535.

del Código, donde se ubica la norma examinada. La nominación de los títulos, capítulos y artículos, no equivale a simples pautas o guías de organización o consulta, cumple una importantísima función de definición general, aclaración y complementación del tipo, como componentes que son del mismo.

Usurpación, en palabras de la Real Academia de la Lengua Española, "significa quitar a uno lo que es suyo, o quedarse con ello, generalmente con violencia. Extiéndese también a las cosas no materiales".<sup>40</sup> Es decir, tampoco respecto de este verbo se predica la violencia como un elemento intrínseco.

### La posesión viciada

Acotábamos al inicio que la posesión a la luz de la legislación civil, más que un simple hecho conformaba un derecho real, consistente en la aprehensión material de una cosa con ánimo de señor y dueño (Art. 762 C.C.).

Tanto la posesión regular como la irregular son calificadas como derecho; la primera conduce a la prescripción adquisitiva ordinaria luego de 10 años, y la siguiente, aunque puede suceder que no haya mediado justo título, desemboca en la prescripción extraordinaria pasados 20 años.<sup>41</sup> La ley de reforma urbana, para los casos sucedidos a partir del primero de enero de 1990, redujo el término de prescripción ordinaria a tres años y el de la extraordinario a cinco años, respecto de las 'viviendas de interés social'.<sup>42</sup>

Empero, existe otra categoría que no es considera-

---

40 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe S.A., Tomo II, 20a. edición, p. 1360.

41 Para predios rurales menores de 15 hectáreas existe un término más corto para la generación de la prescripción adquisitiva de dominio, establecido en cinco (5) años, conforme al Decreto 508 de 1974. Esta forma de prescripción agraria exige además que el poseedor explote económicamente el predio y, crea que el inmueble ocupado es baldío. Al respecto se puede consultar a LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Temis, Bogotá, 1985, Tomo II, 3a. edición, pp. 70 a 76.

42 De acuerdo al artículo 44 de la Ley de Reforma Urbana, son 'viviendas de interés social', aquellas cuyo valor no sea superior a 100 salarios mínimos mensuales, en las ciudades de hasta cien mil habitantes o, avaluadas en 120 y 135 salarios mínimos mensuales, en las ciudades en las cuales la población no supere los quinientos mil habitantes, y en el segundo caso cuando exceda esa cantidad.

da derecho en la ley civil se trata de la denominada 'posesión viciosa', contemplada en el artículo 771 del Código Civil.<sup>43</sup> La posesión viciada constituye un ilícito civil,<sup>44</sup> esto es, un comportamiento jurídicamente censurado, social y moralmente reprochable. Surge el vicio en la posesión cuando se han ejecutado o ejercido actos de violencia o de clandestinidad en el acto de la ocupación del bien. La violencia puede ser utilizada sobre las personas o las cosas, contra el titular del derecho de dominio, contra otro poseedor, o contra quien la tenía en lugar y a nombre de otro. La clandestinidad acontece cuando se oculta el hecho de la ocupación a aquéllos que tienen derecho a oponerse a ella, así por ejemplo, quien toma un inmueble amparado en la oscuridad de la noche estará actuando de modo clandestino.

No obstante, se ha discutido acerca de si la posesión violenta o clandestina puede, en todo caso, generar derecho. Sobre este tópico en la doctrina chilena, cuyo derecho civil es próximo al nuestro, al plantearse el debate surgieron dos conclusiones. De una parte, tradicionalmente ha sido desconocida toda cualidad a la posesión viciosa, para fundar en ella el ejercicio de acciones posesorias o para pretender la prescripción adquisitiva. Por otra, a pesar del rechazo general a la posibilidad de considerar como derecho a la posesión viciosa, con las atribuciones que son propias a su ejercicio, pues ello repugnaría ética y socialmente al contrariar la equidad, también se señaló que en el Código Civil Chileno no existía disposición que prohibiera al poseedor vicioso prescribir adquisitivamente.<sup>45</sup> En el derecho francés, una de las fuentes fundamentales de inspiración de nuestra legislación civil, por el contrario el punto es resuelto con claridad, calificándose el papel de la posesión violenta o clandestina como posesión jurídicamente inepta.<sup>46</sup> Este tipo de detentador no puede recurrir a las

---

43 "Art. 771.- Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina", ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*, ob. cit., p. 184.

44 "El hecho ilícito indica que alguien se entromete en la posesión que otro tiene sin su consentimiento, y se traduce generalmente en el empleo de violencia, aunque también puede realizarse clandestinamente", VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho...*, ob. cit., p. 107.

45 ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y otro. *Curso de Derecho Civil*, redactado por Antonio Vodanovich, Editorial Nascimento, Santiago, 1957, Tomo II, 2a. edición, p. 470.

46 JOSSEERAND, Louis. *Derecho Civil*, Bosch, Buenos Aires, 1952, Tomo I, Volumen, III, p. 72.

acciones posesorias, demandar la prescripción adquisitiva, adolece de derecho de reintegración en caso de despojo y no es reputado como propietario conforme a la presunción legal del *animus domini*, factor indispensable en la noción de posesión. "Un vicio en la posesión, dicen Planiol y Ripert, destruye su existencia, hace la posesión jurídicamente estéril o inútil."<sup>47</sup>

En el derecho civil colombiano, el artículo 2531 al designar los requisitos para la prescripción extraordinaria del dominio, no contempla expresamente una prohibición referida a la posesión viciosa. Más bien, pareciera contener solamente una excepción respecto del mero tenedor, quien se declara en rebeldía desconociendo el título de tenencia, el cual debe probar la ausencia de violencia o clandestinidad.<sup>48</sup>

Sin embargo, el numeral segundo del precepto citado exige como requisito la buena fe, para cuya verificación es indiferente la carencia de título adquisitivo de dominio. A su vez, el artículo 768 del Código Civil define la buena fe como: "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de **todo otro vicio**".<sup>49</sup> Es inocuo que el enunciado se remita al derecho de dominio, pues igualmente es vertible al derecho de posesión, dada la noción de ánimo de dominio que debe acompañar a la posesión, su condición de definición legal única y su localización en el Código.<sup>50</sup> Al tenor de las dos

---

47 Citado en CORTES, Milciades. La posesión, Temis, Bogotá, 1982, 2a. edición, p. 39.

48 "Art. 2531.- El dominio de cosas comerciables, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1) Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno; 2) Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 3) Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2. Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo", ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil, ob. cit., p. 576.

49 Idem. p. 183. La negrilla es nuestra.

50 Contrariamente al ideal de una adecuada técnica legislativa, el Código Civil carece de una definición de 'buena fe' en la parte introductoria o general del estatuto, particularmente en el título

disposiciones citadas, la presencia de cualquier vicio, ya violencia o clandestinidad, indicarían mala fe en la obtención del derecho sobre el bien, en consecuencia falta de utilidad en la posesión y carencia de todo derecho.

Ocurre, sí, en materia civil, que la buena fe se presume por vía legal, siempre que quien se erige en poseedor no haya sido tenedor del mismo bien. En semejante evento, la presunción aparece invertida, suponiéndose la mala fe. Entonces deberá demostrarse que no se ha obrado con clandestinidad o violencia, lo que en modo alguno significa que la presencia de un vicio afecte exclusivamente a este último tipo de poseedor, como aparentemente podría deducirse del artículo 2531 del Código Civil.

En cuanto a la forma como operan las presunciones legales comentadas, en el ámbito penal, conviene señalar que siempre se supondrá la buena fe, valga decir, la ausencia de violencia o clandestinidad en la apropiación del bien, aun para el caso del tenedor rebelde. Expliquémonos: anteriormente decíamos que en el derecho privado el tenedor rebelde soporta en su contra una presunción de mala fe. Debe, en consecuencia, desvirtuar el empleo de violencia o clandestinidad. Pero este criterio no es aplicable en materia penal, pues al ser la violencia o la clandestinidad elementos constitutivos de la infracción penal, se negaría el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Penal, dado que el procesado tendría que demostrar que no obró dentro de ninguna de las dos modalidades, cuando es al Estado a quien le corresponde probar que actuó dentro de ellas.

Aquí el derecho penal es autónomo, al destruir la presunción de mala fe establecida en el derecho civil, pero ello obedece a una interpretación global de la ley, observando la finalidad de la misma, principalmente con fundamento en el derecho constitucional, del cual se origina el principio de presunción de inocencia.

Con todo, es bastante discutible que el tenedor rebelde, incluso actuando con violencia o clandestinidad, pueda recaer en la conducta descrita en el tipo del artículo 367. En el tipo penal, los alcances del verbo rector 'invadir' equivalen, en principio, a penetrar, acción que físicamente

---

preliminar, capítulo V, llamado 'Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes', a pesar de que el concepto de buena fe, es indispensable a toda la legislación civil. De allí que esta noción deba tomarse e interpretarse para todo el estatuto. Finalmente, el art. 768 en comento, está ubicado en el Libro 2o., Título VII, precisamente denominado 'De la posesión'.

no puede hacer quien ya tiene en su poder la cosa. Si recurriéramos al verbo 'usurpar', situado en la cabeza del capítulo, como alternativo, podríamos en cambio concluir que es posible la adecuación de la conducta, observando además las particularidades del caso. Sin embargo, siendo el verbo 'invadir' especial, prima sobre 'usurpar' que es general y, solo puede concurrir a complementar o aclarar la especie, luego sostendríamos la hipótesis original.

Ahora bien, retornando a la cuestión central, la posesión viciada no constituye un derecho, es un acto civilmente ilícito, en consecuencia respecto de ella no existe contradicción alguna entre la ley penal y el ordenamiento civil. Ambos cuerpos normativos la rechazan, el privado dentro de los criterios que hemos reseñado. Mientras para el área del derecho criminal la conducta de ocupar un inmueble en forma violenta o clandestina se adecua al hecho punible descrito en el artículo 367, bajo la denominación de invasión, sin que obre causal ninguna de justificación en la antijuridicidad que legitime tal hecho.

Como delito, se tratará de un tipo penal monosubjetivo e indeterminado, de resultado, que admite la tentativa y sólo puede realizarse mediante acción dolosa.

Empero, cabe interrogarse, ¿qué sucede con el sujeto que posee sin vicio alguno, como los anteriormente examinados, siendo que su posesión se encuentra ajustada a las prescripciones de la ley civil y constituye un derecho reconocido en la misma? Al respecto se ha elaborado una propuesta de solución, que a continuación analizaremos con fundamento en los precedentes asentados.

#### **4. Planteamiento de la tesis** **Solución** **de la atipicidad**

Al estudiar el tipo consagrado en el artículo 367 del estatuto penal, identificamos un elemento subjetivo, según otros una especie de dolo específico, donde se predica un propósito concreto del sujeto activo al desplegar la conducta. El agente debe tener "el fin de obtener un provecho ilícito".

Obviamente un sujeto que se apropia de un inmueble desea la consecución de un provecho, pero se discute la ilicitud o licitud de ese beneficio pretendido.

El concepto de ilicitud en realidad corresponde a una referencia a la antijuridicidad, inmersa dentro de la tipicidad. Pero veamos la noción de ilícito: "Abarca no solo el comportamiento jurídico sino también el vedado en los planos social y moral".<sup>51</sup>

---

51 REYES ECHANDIA, Alfonso. *La antijuridicidad*, Universidad

Ahora bien, tratándose la posesión de un derecho tutelado en la ley, la acción de adquirir la posesión sobre un inmueble en forma pacífica y pública será plenamente jurídica, por ende, permisible, válida y legítima desde el punto de vista legal. Valga decir, aquello que es civilmente lícito no puede ser su contrario en el derecho penal.<sup>52</sup> Estas conclusiones fundamentales descansan sobre los presupuestos enunciados a lo largo de este trabajo, cuando estudiábamos la naturaleza de la posesión, al concluir que ella no constituía un mero hecho sino un derecho real. Como derecho, decíamos, es la aprehensión material de una cosa con ánimo de señor y dueño, con los atributos necesarios para que de ella emane: la utilidad para la adquisición del dominio; la potestad para ejercer las denominadas acciones posesorias; el poder dispositivo sobre el derecho, para transmitirlo, transferirlo, darlo en arrendamiento y en general celebrar la mayoría de los negocios jurídicos contemplados en la ley. Esto siempre que la posesión tuviera un origen ajeno a la violencia o a la clandestinidad, o sea, fuera obtenida de modo público y pacífico. Correspondiendo a un comportamiento en las condiciones señaladas, no solamente no equivaldría a una conducta vedada o prohibida en el plano legal, sino positivamente amparada a ese nivel, luego lícita sin duda alguna.

Respecto al contenido social y moral de la conducta examinada, a partir de ello tampoco podría predicarse la ilicitud de la acción. En tratándose de una posesión adquirida de manera pública y pacífica, es posible presumir que el inmueble ocupado se encontraba abandonado. De otra manera no podría llevarse a cabo materialmente la ocupación en las condiciones señaladas. Ahora bien, socialmente, no guarda utilidad alguna el preservar un inmueble en estado de abandono o inexplorado. Moralmente no resulta reprochable la ocupación de un inmueble, que por acción imputable a su propietario, no está cumpliendo con su finalidad. La propiedad no solamente es un derecho, sino que también significa la adquisición de una serie de deberes. Entre ellos se haya la 'realización patrimonial' del bien.

---

Externado de Colombia, Bogotá, 1981, 3a edición, p. 20.

- 52 "Desaparece la ilicitud penal cuando la norma extrapenal autoriza la acción de modo expreso, sino también cuando la autoriza de modo exclusivamente implícito o concluyente", GRISPIGNI, Filippo. *Derecho...*, ob. cit., p. 191, concepto que adquiere validez más allá de afiliación iusnaturalista de este autor, pues se especifica en el campo de la lógica.

Empero, si el propietario no cumple con las obligaciones mencionadas y otro ocupa el bien, aprovechándolo conforme a su naturaleza, éste estará realizando la finalidad patrimonial del bien. Entonces, el último no habrá desplegado conducta moralmente repudiable, sino que se ajustará a los deberes que recaen sobre quien detenta una propiedad raíz.

Al ajustarse a la ley y, además, no ser social y moralmente reprochable, la posesión pública y pacífica, resulta lícita.

En consecuencia, la conducta de ocupar un inmueble ajeno, sin el consentimiento del titular del derecho de dominio, aspirando a derivar un provecho económico o social, no sería típica, cuando transcurriera sin el recurso de la violencia o la clandestinidad, dada la ausencia del elemento subjetivo de lo 'ilícito' referido al provecho. Es decir, para que una conducta sea típica, la descripción contenida en la ley debe corresponder, con todos sus elementos, al comportamiento acontecido en el mundo exterior.<sup>53</sup> Y si uno de los componentes de la descripción legal, como sería la 'ilicitud', no se adecua al comportamiento humano desarrollado, la acción examinada será atípica.

Finalmente, propendemos por sostener la atipicidad y no una respuesta dentro de la antijuridicidad, por considerarla más técnica y apropiada desde un punto de vista jurídico. Siguiendo los cánones de la dogmática clásica o causalismo, adoptada en nuestro sistema penal, podría considerarse que la conducta, con las características que le hemos venido adscribiendo, de no violencia ni clandestinidad, no es antijurídica, por concurrir una causal de justificación de la antijuridicidad, cual es 'el ejercicio de un derecho'.<sup>54</sup> Empero, dentro de los mismos parámetros expuestos, no habría lugar a efectuar ese juicio en torno a la antijuridicidad, pues el examen de la tipicidad, el cual debe efectuarse primero, lo haría ya innecesario. O sea, conforme a la dogmática clásica, en su orden se estudia si la acción es típica, antijurídica, culpable y punible, luego no cabría un juicio sobre antijuridicidad, cuando la conducta

---

53 Hablamos de conducta típica o tipicidad como la definición legal del hecho delictivo, mediante la descripción del comportamiento respectivo.

54 "ART. 29.- CAUSALES. El hecho se justifica cuando se comete: ... 3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público", República de Colombia. *Nuevo...*, ob. cit., p. 18.

ya ha sido calificada como atípica.

### **La tesis frente a la evolución histórica de la figura de invasión y el derecho comparado**

Explicada la tesis en torno a la realinderación de los derechos civil y penal en materia de ocupación de inmuebles, es conveniente realizar el examen de la trayectoria histórica de la institución jurídica de la invasión de tierras o edificios, observando la compatibilidad del planteamiento dentro de la misma y efectuando un estudio comparativo con normas homólogas en otros sistemas legales.

Empero, desafortunadamente en no pocas ocasiones la reflexión sobre las disposiciones del derecho comparado aparecerán fuera del contexto social/económico y político al interior del cual son vertidas. Esta descontextualización no es resultado de una visión kelseniana, a partir de la cual es juzgada válida una disposición, por el simple hecho de existir como tal. Por el contrario, creemos que la validez de una norma solamente puede determinarse considerando la forma como se interrelaciona con todos los componentes de la realidad. Por ello mismo lamentamos no disponer de mayores elementos de juicio para, en todos los casos, examinar las normas del derecho comparado, dentro de su respectivo marco de validez. En detrimento de la aspiración ideal concurren factores como el aislamiento político y cultural de las naciones latinoamericanas y la ausencia de estudios continuos de derecho comparado latinoamericano.<sup>55</sup> La cita de esta limitación tiene por objeto advertir al lector que con frecuencia la legislación comentada puede no tener operancia en la práctica o inclusive ser objeto de una interpretación totalmente opuesta a su aparente enunciado teórico, en razón a condiciones peculiares del tiempo y espacio en el cual se aplica la norma, o deja de aplicarse.

No cabe duda que la posesión surgió en la historia de la humanidad siglos antes de la construcción abstracta del concepto de propiedad, desde luego como un hecho que no dejaba de contraer claras implicaciones en las relaciones entre los hombres. Posteriormente, en Europa, durante el feudalismo, el 'señor' era el propietario de la tierra. Su condición de noble bastaba para legitimar tal derecho. El

---

55 Estos mismos factores, eventualmente, podrían provocar que en algún caso hiciéramos referencia a una legislación reformada o derogada. Aunque improbable, de sucederse, presentamos disculpas de antemano.

'señor' entregaba la tenencia de la tierra a sus vasallos, a cambio del pago de ciertos réditos suficientes para garantizar su posición y por algunos servicios personales. A la muerte del vasallo, el derecho de tenencia era transferido a sus herederos, quienes adquirirían las obligaciones del causante para con el 'señor'. Desde luego, el vasallo no podía vender la tierra que le había sido entregada, ni celebrar sobre ella ningún contrato. Para el siglo XVI comienza el proceso de transformación de las formas de tenencia de la tierra en el viejo continente, a medida que el capitalismo inicia su irrupción. En Francia, el viejo sistema sería definitivamente borrado con la revolución de 1789. En Inglaterra, los cambios empiezan a adquirir dimensiones notables con las expropiaciones de las tierras monásticas ejecutadas por el rey Enrique VIII en el siglo XVI. Pero las confiscaciones no se orientan hacia la distribución de la tierra entre los vasallos que las trabajaron por generaciones. Tampoco hubo en el reparto ningún criterio de distribución equilibrada o democrática. Las tierras fueron adjudicadas a los acreedores burgueses de las coronas europeas y a sus aliados políticos. Entonces, los campesinos fueron despojados, para ser convertidos en arrendatarios o peones de las tierras que antes usufructuaban. Así nace en Europa el secular derecho sobre la propiedad inmobiliaria, dentro del capitalismo. "La ulterior ideología que hacía de la propiedad un derecho natural era la ideología de aquéllos que ya poseían tierras o estaban en proceso de adquirirlas en el curso normal del comercio; era un modo de afirmar que quienquiera hubiera conseguido hacerse de una porción de la superficie terrestre en los disturbios de los cien años precedentes, debía poder conservarla".<sup>56</sup>

Sin embargo, podemos retroceder aún más en el devenir de la historia, pues desde el sistema romano encontramos los primeros antecedentes jurídicos sobre la ocupación de inmuebles ajenos. No propiamente en el derecho penal romano, donde el delito de invasión de tierras no existía, aunque debemos reconocer el carácter incipiente del mismo. En el terreno del ordenamiento civil, en cambio, las disposiciones existentes son bastante notables. Estaba consagrado el 'Interdictum de Vi', ejercido contra quien despojaba a otro violentamente de un inmueble, y el 'Inter-

---

56 TIGAR, Michael E., LEVY, Madelaine R. *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1978, p. 196. El proceso de cambio anteriormente relatado, en las relaciones de tenencia de la tierra, es explicado especialmente en las páginas 186 a 198.

dictum de Clandestina Possessiones', establecido contra aquel que poseía clandestinamente.<sup>57</sup> En tratándose de la posesión pública y pacífica, no existía acción que pudiese operar contra ella. Es decir, la última modalidad de posesión no sólo era civilmente lícita sino que en ella radicaba un derecho absoluto. Paralelamente las formas de posesión viciosa señaladas como constitutivas de delito en nuestra legislación, eran aquéllas sobre las cuales versaban las acciones civiles de restitución.

La ley de las Siete Partidas, expedida en España por el Rey Alfonso 'El Sabio', que imperó sobre nuestras tierras en la Colonia, consagraba respecto de muchas conductas penalidades extremadamente drásticas y aun inhumanas. Pero entregaba en materia de ocupación de inmuebles un tratamiento bastante benigno, de naturaleza más bien civil, y, en todo caso orientada a reprimir exclusivamente la posesión violenta, ni siquiera la clandestina.<sup>58</sup>

Aunque apenas referido a la comisión del hecho bajo la forma de violencia, el delito de invasión de tierras es de plena elaboración española, como lo anota Francisco González de la Vega.<sup>59</sup> Además de la Ley de las Siete Partidas, ya comentada, el Fuero Juzgo en la Ley II, el Fuero Real en su Ley IV y la Novísima Recopilación, todos estatutos aplicados en América Latina, lo estatuyeron como hecho punible, siempre limitándolo a la apropiación de inmuebles por medio de la violencia.

La penalización exclusivamente de la usurpación violenta de tierras se mantuvo en España en los Códigos Penales de 1822, 1870, 1932 y 1944. Apenas durante un breve período, el Código de 1848 hizo punible la invasión de bienes raíces sin ejecución de violencia, pues era punible cualquier modalidad, apareciendo por primera vez bajo esta forma en la historia jurídica, próxima a Colombia.<sup>60</sup>

El actual artículo 517 del Código Español que remite el punible de invasión, allí denominado usurpación, no solamente al derecho de dominio sino a todos los derechos reales restringe la aplicación del tipo a aquellas ocupacio-

---

57 VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil...*, ob. cit., pp. 120 y 121.

58 ALFONSO 'EL SABIO'. *La Ley de las Siete Partidas*, Lecointe Lasserre Editores, París, 1843, Tomo IV, Séptima Partida, Ley X, pp. 530 y 531.

59 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano, Porrua*, México, 1944, Tomo III, pp. 253 y 254.

60 CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1952, Tomo II, 8a. edición, p. 817.

nes que se suceden bajo la modalidad de violencia o de intimidación sobre las personas. Descarta la clandestinidad y la violencia que sobre las personas llegare a ejecutarse para la apropiación del inmueble.<sup>61</sup> La filosofía legislativa española, en esta materia, es la de mantener la resolución de este tipo de conflictos relacionados con la tenencia de inmuebles, en el ámbito civil. La legislación civil hispánica dispone de adecuados mecanismos para la protección de los intereses patrimoniales inmobiliarios, por ello, Muñoz Conde plantea incluso la descriminalización de la figura española.<sup>62</sup> Por otra parte la disposición comentada establece únicamente una pena pecuniaria para el autor de este hecho, en las circunstancias explicadas.<sup>63</sup>

Se advierte en el derecho español, creador de la institución, una clara inclinación a mantener fuera de la esfera penal la posesión pública y pacífica.

En la Argentina la invasión de inmuebles, llamada 'despojo', inmersa en el artículo 181 del Código Penal, circunscribía la conducta al empleo de violencia y clandestinidad, iguales modalidades planteadas en la tesis expuesta en este trabajo, sumando a ellas el engaño y el abuso de confianza.<sup>64</sup> Se destaca cómo la protección contra el despojo recae sobre el derecho de posesión y no sobre el derecho de dominio. Por otra parte la extensa enumeración de derechos reales era innecesaria pues una referencia al género

---

61 BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Ariel S.A., Barcelona, 1986, pp. 223. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985, 6a. edición, p. 237.

62 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho...*, ob. cit., pp. 236 y 237.

63 CIVITAS. *Código penal y legislación complementaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, 10a. edición, p. 189: "Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de cincuenta al cien por ciento de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 30.000 a 60.000 pesetas".

64 REPUBLICA DE ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1985, p. 59: "Art. 181.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1) El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble; o un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble".

hubiese podido cubrirlas. Las citas del 'engaño' y del 'abuso de confianza', como medios de la invasión, para efectos de nuestro sistema normativo resultan innecesarias, pues de manera más adecuada están previstas estas defraudaciones en otros tipos penales.<sup>65</sup>

Así mismo, el Proyecto Tejedor y el Código Penal Argentino de 1887 incluyeron expresamente la violencia y el fraude como formas punitivas únicas.<sup>66</sup> Había quedado anteriormente y permanecía en la legislación vigente, al margen de la represión penal, la posesión adquirida de manera pública y pacífica.<sup>67</sup>

Dentro del sistema penal ecuatoriano, igualmente, la posesión pública y pacífica se halla al margen de toda sanción. De hecho el precepto plasmado en el artículo 580 corresponde textualmente, en su integridad, a la norma comentada del Código Penal Argentino.<sup>68</sup>

El Código Penal de Panamá, igualmente excluye la posesión pública y pacífica del campo penal, agregando a la violencia la modalidad de la clandestinidad, inexistente en España y Argentina.<sup>69</sup>

En Costa Rica, la legislación sigue el sistema de descripción de modalidades, adoptado en la mayoría del continente. El delito es descrito en forma que se asemeja a la legislación argentina y, en todo caso, la violencia y la clandestinidad comparecen como modalidades punibles, mientras la posesión pública y pacífica es lícita para el derecho penal.<sup>70</sup>

---

65 Varias críticas a la antitécnica enunciación del 'engaño' y del 'abuso de confianza' como modalidades del delito de despojo, pueden ser consultadas en OMEBA. *Enciclopedia jurídica Omeba*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, Tomo XXVI, p. 577.

66 SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1951, p. 483.

67 RAMOS, Juan P. *Curso...*, ob. cit., pp. 218 y 219.

68 REPUBLICA DE ECUADOR. *Código Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1985, p. 93.

69 "Art. 197: El que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad, despoje a otro de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real de uso, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble, será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años y 50 a 200 días de multa", *Código Penal de la República de Panamá*, Colegio Nacional de Abogados, Panamá, 1983, p. 45.

70 "Artículo 225.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años: 1)

En lo que respecta a Venezuela, por medio del artículo 473 del Código Penal de esa nación, se sanciona a quien remueva o altere linderos para apropiarse de un inmueble. A la vez en el artículo 478, norma casuística y bastante discutible, es convertida en punible la conducta de quien penetra en fundo ajeno cercado de cualquier modo. El estatuto venezolano no contempla la figura de la invasión o despojo, pero por conducto del citado art. 478 puede llegar a sancionar comportamiento similar con multa. Pero la represión no descansa sobre las modalidades de ejecución del hecho, sino sobre los medios que deben ser superados: "cercado de fosos, setos vivos, zanjas, calzadas artificiales, vallados de piedra o de madera, o de otro modo".<sup>71</sup> Luego resulta inoficio discutir sobre la violencia o clandestinidad, tranquilidad o publicidad de la ocupación. Sin embargo, esta disposición, cuestionable trabajo de técnica legislativa, indica la intención de proteger aquellos predios sobre los cuales el propietario ha ejecutado actos mínimos de posesión, mediante el levantamiento de cercas por ejemplo. Puede, entonces, desde el punto de vista penal, considerarse la permisibilidad de la ocupación de los inmuebles que permanezcan completamente abandonados, a pesar de que la imposición de vallas o muros no es garantía de explotación y aprovechamiento de esos inmuebles.

El Código Penal venezolano, expedido en 1964, reproduce el estatuto penal de 1926.<sup>72</sup> En esa época la invasión de tierras, despojo o usurpación, nombres indistintamente adoptados por los códigos penales occidentales, no había sido aún objeto de una criminalización generalizada en la ley positiva. Lo anterior puede explicar la inexistencia del delito en la legislación penal patriota.

El Código Penal chileno, siguiendo la línea de otros estatutos, consagra la punibilidad respecto del empleo de violencia en el acto de la ocupación o en la conserva-

---

Al que por violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad depojare a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes", REPUBLICA DE COSTA RICA. *Código Penal*, Porvenir, San José, 1990, 6a. edición, p. 76.

71 REPUBLICA DE VENEZUELA. *Código Penal Venezuela*, Móvil Libros, s.d., p. 162.

72 LARRANDART, Lucila y DA ROCHA, Joaquín. "Comentario al Código Penal Venezolano", en *Doctrina Penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1978, p. 131.

ción del inmueble.<sup>73</sup> El sistema chileno sigue un marcado sabor civilista, tanto en la redacción de la disposición, como cuando estatuye como reprensible la violencia subsiguiente a la ocupación propiamente dicha.

Para el caso de la legislación mexicana, el Código Penal de MARTINEZ CASTRO, como forma de comisión, sólo admitía la violencia física a las personas. En el Código Penal de 1929 se incluye la violencia moral, las amenazas y el engaño. Los códigos de 1871, 1929 y 1931 contemplaron la violencia, en cuanto fuera ejercida exclusivamente sobre las personas. El Código Penal de 1945 amplió los medios comisivos a la violencia llevada a cabo contra las cosas y la clandestinidad, llamada en México 'furtividad', pero siempre marginando de la represión penal la posesión obtenida en forma pública y pacífica.<sup>74</sup> Además de la violencia y la clandestinidad, otras modalidades incorporadas al artículo 395 del Código de 1945 fueron la utilización de amenazas (que es otra forma de violencia) y el engaño (que sería una estafa entre nosotros).<sup>75</sup> En consecuencia, la legislación mexicana define el tipo penal como una conducta punible de medios específicamente delimitados, conforme al criterio dominante en el ámbito continental.

En El Salvador la problemática analizada es materia extremadamente delicada. Con una población aproximada a los cinco millones de habitantes, con una extensión territorial que no alcanza los 21 mil kilómetros cuadrados, es la nación latinoamericana con el mayor índice de densidad poblacional por kilómetro cuadrado. A la presión demográfica sobre la tierra se agregan factores políticos y

---

73 "Art. 457. Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste lo repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte sueldos vitales", REPUBLICA DE CHILE. *Código Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, 8a. edición.

74 JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1984, Tomo IV, 5a. edición, p. 338.

75 "Art. 395.- Se aplicará la pena de tres meses a cinco años de prisión o multa de cincuenta a quinientos pesos: I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenezca", REPUBLICA DE MEXICO. *Código penal para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 1986, 42a. edición, p. 131.

económicos no menos complicados. El subdesarrollo y la dependencia, causantes de la incipiente producción industrial y de servicios, mantienen en la tierra una fuente fundamental de riqueza. El autoritarismo y la ausencia histórica de canales democráticos en lo social y en lo político han repercutido sobre los campos caracterizando las relaciones de producción, por el trato desigual e inequitativo, la verticalidad y la violencia. Dentro de esta línea, en 1930 un movimiento de trabajadores agrarios fue reprimido violentamente, arrojando en el genocidio un balance de treinta mil víctimas. La guerra interna sostenida de manera generalizada desde 1979 ha polarizado mucho más el tema. En varias regiones los terratenientes han abandonado la explotación económica de las haciendas. Los dirigentes campesinos e inclusive algún presidente del Instituto Salvadoreño de la Reforma Agraria han sido asesinados. En este marco de tensión múltiple, en 1991 existían menos de 30 predios ocupados en forma masiva por campesinos, un número relativamente pequeño para un país latinoamericano, pero de enorme trascendencia para El Salvador, habida cuenta de sus condiciones coyunturales. De allí que la cuestión de la ocupación de estos predios provocara la intervención del Ministro de Defensa exigiendo el retiro de los campesinos, so pena de la intervención de la fuerza pública. Así mismo, el asunto era debatido ampliamente por los partidos políticos, grupos de poder y por los medios de comunicación.

Dentro del contexto explicado, el derecho salvadoreño podría tener en la realidad un margen de maniobra muy estrecho, a pesar de seguir la pauta de la mayoría de legislaciones comentadas. En efecto, el artículo 248 establece las tradicionales modalidades para la comisión del delito, frente a las cuales la posesión obtenida de manera pública y pacífica no sería punible.<sup>76</sup>

Pero además la legislación procesal salvadoreña presenta una figura para la suspensión del proceso penal en casos de usurpación, cuando existe discusión sobre la

---

76 "Usurpación. Art. 248.- El que con fines de apoderamiento o de ilícito provecho, por medio de violencia, amenazas, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia legal de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, permaneciendo en él o expulsando a los ocupantes, será sancionado con prisión de uno a tres años", REPUBLICA DE EL SALVADOR. *Leyes penales*, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1991, p. 55.



titularidad de derechos sobre el inmueble ocupado. Sería ésta una fórmula para precaver los aspectos civiles que pueden rodear el acto de tenencia de un inmueble, en forma tal que la solución penal no contravenga las definiciones del derecho civil. Es, desde luego, una suerte de respuesta al problema de la hipotética contradicción entre las esferas civil y penal del derecho, muy distinta a la propugnada por nosotros. En realidad, el mecanismo de suspensión procesal de El Salvador exige al procesado la presentación de un título inscrito, para demostrar la expectativa de un posible mejor derecho, que el alegado por el denunciante, con lo cual se establece una limitación fundamental.<sup>77</sup> Finalmente, este mecanismo puede ser utilizado por quien ha adquirido de buena fe el dominio, o para aclarar casos de falsa tradición. Tampoco el instrumento descriminalizaría la conducta de un poseedor no violento, que carece de título. De otra parte, en la práctica la solución del aparato penal prima en el manejo de esta clase de conflictos. Se agrega la existencia de un sistema de administración de justicia, en sus componentes fiscal y judicial, profundamente imbuido en un control político por el poder ejecutivo.

Los Códigos Penales de Cuba y Puerto Rico se escapan a la regla general, reiterada en los distintos códigos mencionados, de limitar la punibilidad por medio de expresas restricciones en la descripción típica de la ocupación, haciendo uso de la violencia y en ocasiones de la clandestinidad. El código cubano sanciona la ocupación bajo cualquier modalidad, siendo la violencia una causal de agravación punitiva.<sup>78</sup> Es claro que para la legislación cu-

---

77 "Usurpación como Caso Especial. Art. 122.- Si durante la instrucción de un juicio por usurpación no violenta el imputado presenta título inscrito de propiedad o de posesión de igual o mayor fuerza que el presentado por el ofendido, el juez procederá acto seguido a la comprobación de la identidad del inmueble y, comprobada, suspenderá el procedimiento mientras las partes ventilan su derecho en juicio civil, ordenando al propio tiempo y sin necesidad de fianza la libertad o el levantamiento de órdenes de captura en contra del imputado, si es el caso.

78 "Usurpación. Artículo 393.- 1. El que ocupe o se apropie ilegítimamente de un bien inmueble de ajena pertenencia, incurre en sanción de privación de libertad de tres a nueve meses o multa de cien a... 2. Si el hecho previsto en el apartado anterior se ejecuta empleando violencia o intimidación en las personas la sanción es de privación de libertad de uno a cuatro años", REPUBLICA DE CUBA. *Código penal. Ley de delitos militares*, Ministerio de Educación Superior, s.d., p. 210.

baña, es indistinta la modalidad bajo la cual se efectúe la ocupación, con lo cual también se penaliza la posesión adquirida en forma tranquila y pública. Aunque también debe considerarse como elemento de análisis el carácter estatal predominante en la forma de propiedad, siendo Cuba una nación socialista, de perfil ortodoxo. Allí, la ocupación de propiedad estatal será otra causal de agravación, pues estando bajo la tutela estatal, no hay interés en que los particulares dinamicen social y económicamente la tenencia de estos bienes. Si el monopolio estatal de la propiedad de la tierra es la regla, la conducta examinada atentaría, desde la óptica cubana, con un bien esencial. Esto contravendría la función 'defensiva' del estatuto penal, según la cual debe proteger al Estado de sus enemigos. En líneas generales, la legislación penal cubana es bastante drástica, partidaria de la criminalización masiva de conductas consideradas desviadas, con características técnicas más bien arcaicas.<sup>79</sup> Dentro de tal contexto debe entenderse ubicada la figura de la usurpación. En cuanto al estatuto puertorriqueño, no contiene ninguna especificación sobre modalidades de comisión de la ocupación.<sup>80</sup> Sobra decir que bajo cualquier especie, sería penada la ocupación de un inmueble ajeno.

El Código Penal de Toscana, Italia, vigente desde 1655, no consideraba el delito de invasión de tierras, aunque sí la perturbación o despojo violento de la posesión, siguiendo la tendencia tradicional de la época.<sup>81</sup>

Empero, es en Italia donde encontramos los antecedentes más importantes de la figura de la invasión, tanto desde el ámbito legislativo como socio-político. El Código Penal que antecedió al estatuto de 1930, reseñaba la inva-

---

79 Un estudio general, pero con anotaciones muy atinadas sobre el Código Penal Cubano, puede ser consultado en DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. "El nuevo Código Penal de la República de Cuba", en *Doctrina Penal*, De Palma, Buenos Aires, 1980, pp. 357 y ss.

80 "Usurpación. Será sancionado con pena de reclusión por un término máximo de seis meses o multa máxima de quinientos dolares o ambas penas a discreción del Tribunal toda persona que realice cualquiera de los siguientes actos: a) Inviadere u ocupare ilegalmente terrenos u otras propiedades ajenas, con el fin de realizar actos de dominio o posesión sobre ellas", ESTADO ASOCIADO DE PUERTO RICO. *Código Penal de Puerto Rico*, Hato Rey, Orford, 1981, 3a. edición, p. 199.

81 CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1967, p. 276.

sión de edificio privado o público como delito, en su artículo 137. El tipo no era caracterizado como una acción lesiva del patrimonio económico, sino contra la seguridad del Estado, "pero no castigaba penalmente la simple ocupación de una propiedad ajena, sin el consentimiento del poseedor, por la razón expresada en la exposición de motivos de ZANARDELLI de 1887, de ser este un hecho que, mientras no suscite las aprehensiones de una usurpación violenta, halla remedio en las acciones posesorias del derecho civil".<sup>82</sup>

El advenimiento del fascismo al poder, junto al criterio imperante para combatir los conflictos sociales de aquella época, introdujeron sustanciales modificaciones en el manejo de la figura, persiguiendo la firme y absoluta defensa del derecho de propiedad por encima de cualquier otra reflexión, y reprimir a la vez los movimientos sociales que surgieron con la primera postguerra.<sup>83</sup> Aunque Italia se contaba entre las naciones del bando ganador, en aquel conflicto bélico de 1914-1918, la guerra había arruinado al país. La inconformidad social y económica motivó la gestación de movimientos sociales, urbanos y rurales. Además, en el campo, las relaciones sociales de producción guardaban aún muchos elementos feudales. La rebeldía contrajo la ocupación de numerosas haciendas.<sup>84</sup>

El casi coetáneo ascenso al gobierno del dictador Benito Mussolini contribuyó a inclinar el desarrollo legislativo hacia formulaciones represivas. En su faceta jurídica, el nuevo régimen político traducía una concepción autoritaria del sistema jurídico y del manejo de los conflictos socia-

---

82 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...*, ob. cit., p. 107. Recoge el mismo concepto MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Unione Tipografico/Editrice Torinese, Torino, 1938, Vol. IX, p. 405.

83 El maestro Enrico FERRI apuntaba intentando explicar la criminalización de la ocupación de inmuebles, en una época en la cual él calculaba en más de medio millón el número de ocupantes: "varios juristas examinaron el problema desde el punto de vista de las sanciones legales y debieron concluir que no existía un artículo en el Código Penal que castigase el delito de la ocupación de las fábricas", FERRI, Enrico. *Defensas penales*, Ediciones Librería Siglo XX, 1944, p. 197.

84 Un ejemplo de las condiciones de vida en la haciendas italianas de entonces, fue presentado en la película 'Novecento'. Otra obra del cine italiano, aunque referida a época posterior, dirigida por Luchino Visconti, retrataba la problemática de la lucha por la vivienda en la ciudades. La recordada cinta se llamaba: 'El Techo'.

les. Por otra parte, en este período desaparece del escenario del pensamiento jurídico-político, la corriente de la ciencia penal integral o sociológica, liderada por Franz Von Liszt en Alemania y Enrico Ferri en Italia. Para este grupo el derecho penal no podía ser desvinculado de la cantera fenomenológica que lo alimentaba. Es decir, de los hechos sociales que le servían como fuente para adoptar sus definiciones por una parte, mientras por otra, provocaban reflexiones sobre el papel de la política criminal en la sociedad.<sup>85</sup> La nueva tendencia, del formalismo jurídico, acrítica y aislada del contexto socio-económico-político, era bastante más útil para las dictaduras de Alemania e Italia.

La actual figura de la invasión era, pues, una creación bastante reciente nacida en Italia, en la segunda década de este siglo, con el Decreto/Ley 515 de 1920 y las leyes para el cultivo de tierras,<sup>86</sup> fundamentalmente recogidas en el Código Penal de 1930.<sup>87</sup>

El estatuto italiano del año 30 inspiraría al Código Penal Colombiano de 1936 que transcribió literalmente el tipo de la invasión a nuestra legislación, creándolo bajo las características actualmente vigentes. Inicialmente, la disposición aparece en los trabajos preparatorios de la Comisión Redactora, presidida por Parmenio Cárdenas, conteniendo la imposición de una pena pecuniaria.<sup>88</sup> A la postre, la decisión de modificar el espectro criminalizado fue finalmente complementada con la introducción de una pena privativa de la libertad. Probablemente, en la nueva

---

85 BARATTA, Alessandro. "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, pp. 28 y ss.

86 Inexistente en el Código Penal Italiano de 1889, la figura es objeto de trabajo legislativo en los Decretos 515 de 1920, 2047 de 1921 y 252 de 1928, hasta aparecer en el art. 633 del Código Penal Italiano de 1930, al respecto MANZINI, Vincenzo. *Trattato...*, ob. cit., p. 406. También, MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...*, ob., cit., p. 107.

87 El tipo penal final fue extraído del Decreto 252 de 1928, para ser consignado en el Art. 633 del Código Penal Italiano, en los siguientes términos: "*Chiunque invade arbitrariamente terreni o edifi altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto*", ANTOLISEI, Francesco. *Manuale...*, ob. cit., p. 335.

88 REPUBLICA DE COLOMBIA, Ministerio de Gobierno. *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939, p. 254, Acta 207.

configuración del tipo de la invasión, lo mismo que en la determinación de su fuerza punitiva, tuvieron también influencia los profusos movimientos sociales agrarios de los años 20 y 30.<sup>89</sup> Del mismo que sirvieron para provocar la expedición de una primera ley de reforma agraria en el país, por medio de la ley 200 de 1936 y generar un intento de institucionalización del movimiento popular campesino con la ley 83 de 1931,<sup>90</sup> pudieron disponer de la propiedad para motivar la nueva postura legislativa. Luego, la norma fue reiterada sin cambios mayores en el Código Penal de 1980. Igualmente la doctrina y la jurisprudencia italianas moldearon con marcada influencia el derecho penal nacional. Así, en opinión de Maggiore, para la adecuación típica de la conducta "el modo de invasión no importa"<sup>91</sup> y, tal criterio se impuso ampliamente en nuestro medio. Del mismo modo, tampoco tendrían relevancia las características del inmueble ocupado, es decir, que estuviese deshabitado, abierto o inculto.<sup>92</sup>

Aunque en Italia llegó a discutirse y fallarse desfavorablemente la posible justificación de la conducta de ocupar un inmueble ajeno, en razón a la concurrencia de un

- 
- 89 De la existencia de tales movimientos da cuenta HUIZER, Gerrit. *El potencial...*, ob. cit., pp. 238 y 239. Durante estos años fueron desalojados muchos colonos, en forma arbitraria, como lo veremos más adelante.
- 90 Al respecto URIBE URAN, Víctor Manuel. "Sociología histórica y crítica jurídica: lucha legal agraria en Colombia a mediados de 1980", en printer, próximo a publicar por ILSA, pp. 17 y 18. Además sobre la ley 200 de 1936 anota el autor citado: "la ley 200 de 1936, como ninguna otra, sirvió cabalmente a los intereses de la clase dominante, saneando los títulos 'de quienes no han trabajado más que en las penumbras dolosas de las notarías' e instándolos a que utilizaran económicamente las tierras usurpadas a los campesinos".
- 91 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...*, ob. cit., p. 108. A su vez, en MANZINI, Vincenzo. *Trattato...*, ob. cit., se indica que el modo de invasión es una circunstancia indiferente (pp. 407 y 408); habiendo sido la violencia una forma de agravación en el Decreto 252 de 1928, (p. 406). Respecto de la clandestinidad, comenta MANZINI, que el tipo penal no la exige, mientras el art. 695 del Código Civil sí la considera para poder reprochar al poseedor su ocupación (p. 408). De esta manera, de algún modo, la aparente contradicción legislativa civil-penal, también estaría presente en el derecho italiano.
- 92 RANIERI, Silvio. *Manuale...*, ob. cit., p. 348. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale...*, ob. cit., p. 335. MANZINI, Vincenzo. *Trattato...*, ob. cit., p. 409.

supuesto error de hecho. La hipótesis fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia italiana de aquellos días, que anotaba la inexistencia del derecho cívico alegado, pues el error debía versar sobre un hecho y no acerca de la legitimidad del acto.<sup>93</sup>

El debate involucrado en el párrafo anterior, aunque acaecido en un plano completamente distinto al promovido en este trabajo, como era el de la ausencia de culpabilidad a contrario sensu de la atipicidad que propugnamos para la posesión pública y pacífica, protagoniza la posición más cercana al análisis que introdujimos con la tesis propuesta de atipicidad para la posesión carente de vicios. De otra parte, la ausencia de culpabilidad, por error en la misma, desechada en Italia, estaba fundada en un 'derecho cívico', de presumible carácter político, mientras nuestro planteamiento se origina en el 'derecho de posesión' de naturaleza civil y legitimidad en el derecho privado.

La influencia italiana en los años treinta, sumada a los problemas de los movimientos sociales de los años veinte y treinta en Colombia, fijó un nuevo derrotero en el derecho penal colombiano, alterando el rumbo hasta entonces existente, el cual encontraba sus raíces en el derecho español y en el francés. Las viejas raíces eran percibibles en toda la legislación penal del siglo XIX.

El Código Penal de 1837, obra del consejero de Estado José Ignacio de Márquez, fue el primer estatuto penal producido en Colombia. Era entonces subsiguiente a toda la legislación española vigente durante la Conquista, la Colonia y parte de la era republicana, la cual ya comentamos al tratar la evolución normativa hispánica. El Código de 1837 era bastante autoritario y drástico, inspirado en el Código Penal francés de 1810 y en la legislación española conocida. Empero, manteniéndose dentro de la tendencia común no establecía como punible la ocupación pacífica y aun la furtiva de un inmueble ajeno, manteniendo además una respuesta punitiva bastante benigna para el despojo violento, dentro del contexto del Código.<sup>94</sup>

---

93 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho...*, ob. cit., p. 108.

94 "Art. 908. El despojo violento de la posesión de una finca, sea arrojando de ella al poseedor, sea impidiéndole por la fuerza la entrada en la misma, aunque sea hecho por el propietario, será castigado con la pena de arresto por uno a cuatro meses con una multa de cincuenta a doscientos pesos. Art. 909. En la misma pena incurrirán los que en caso de ser la posesión dudosa se la disputen por la fuerza", DE POMBO, Lino. *Recopilación de leyes de la Nueva Granada*, Imprenta de Zoilo Salazar, Bogotá, 1845,

En 1858 la nación se hizo federal, proliferando la legislación múltiple de leyes penales. En 1873, los Estados Unidos de Colombia, adoptan para todo el país un nuevo estatuto penal, inspirado en el Código del Estado de Cundinamarca de 1858. El sistema normativo de 1873, que significó algún avance al incorporar principios liberales y humanistas a la aplicación de la potestad punitiva del Estado, mantuvo la misma disposición penal de 1837, en lo tocante al despojo violento.<sup>95</sup>

Un conservador, Juan Pablo Restrepo, consejero de Estado, elaboró el Código Penal de 1890, también de espíritu autoritario y restrictivo, que seguía al código de 1837, lo mismo que a otros estatutos europeos ya añejos.<sup>96</sup> En relación con la ocupación de inmuebles el sistema se mantuvo en esencia inalterable,<sup>97</sup> con la excepción del enunciado del segundo inciso, aclaratorio de algún elemento del tipo básico.<sup>98</sup>

Con todo, el Código de 1890, que empezó a regir en junio de 1891, estableció una serie de tipos que sin estar referidos al despojo propiamente dicho, podían ser aplicados al mismo. Así en el Capítulo Décimo, referido al "Uso de las propiedades ajenas sin el consentimiento del dueño", se

---

p. 227.

- 95 Se trataba del art. 623 del Código de 1873, que reproducía textualmente el art. 908 de 1837 y, agregaba el contenido del art. 909 de aquel entonces, como inciso segundo y final de la nueva disposición. La única variación consistió en la actualización de la pena pecuniaria, situada entre cincuenta y doscientos pesos. ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. CODIGO PENAL, Imprenta de Medardo Rios, Bogotá, 1873, Pág. 93.
- 96 AGUILERA, Miguel. "La legislación y el derecho en Colombia", en *Historia extensa de Colombia*, Ediciones Lerner, Bogotá, 1965, Vol. XIV, p. 349.
- 97 "Art. 900. El despojo violento de la posesión de una finca, sea arrojando de ella al poseedor, sea impidiéndole por la fuerza la entrada en la misma, aunque sea hecho por el propietario, será castigado con la pena de uno a cuatro meses de arresto, y con una multa de cuarenta a doscientos pesos. Lo dispuesto en el inciso anterior respecto del propietario se entiende en el caso de que haya perdido real y legalmente la posesión. Art. 901. En la misma pena incurrirán los que, en caso de ser la posesión dudosa, se la disputen por la fuerza", REPUBLICA DE COLOMBIA, *Código Penal*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1906, p. 157.
- 98 Explicaciones complementarias a la figura de despojo violento, se encuentran en CONCHA, J.V. *Tratado de derecho penal*, Librería Americana, Bogotá, 1897, pp. 359 y 360.

penaba tal uso en el artículo 904, aun sin empleo de violencia. La conducta no implicaba un ánimo de apropiación en el ocupante, sino apenas de uso. Empero, si guiado por ese propósito primigenio, después variaba su parecer para decidirse por la apropiación, sería sancionado con las penas del robo o del hurto, según que hubiese habido violencia o no, conforme al artículo 906.<sup>99</sup>

No obstante, el tratamiento bastante prudente y benévolo en los estatutos penales del siglo XIX, en lo relacionado con la ocupación de inmuebles, no implicaba una ausencia de conflicto en torno a la tenencia de la tierra o el desarrollo de una cultura jurídica avanzada. Ello era reflejo de dos factores: A) Los preceptos penales obedecían a la tendencia jurídica de la época en Europa, inclinada a la no criminalización de la ocupación pública y pacífica de inmuebles. No correspondía esa normatividad, para bien o para mal, a la componente de la realidad nacional de entonces. B) El problema de la tenencia de la tierra se manejaba al margen del sistema penal, como lo veremos.

Efectivamente, la problemática por la tenencia y conservación de la tierra, no sólo tenía desde entonces vigencia sino que originó o estuvo presente en la motivación de varias de las guerras civiles que caracterizaron el siglo anterior. Lo que ocurría era que el problema de la tierra era manejado y resuelto en ámbitos militares y políticos, no en un plano directamente jurídico. Es decir, desde entonces empiezan a sucederse los despojos de quienes poseían material y económicamente sus predios. Pero el despojo se sucede a partir de instrumentos con una legitimidad político-militar directa. "Y la tierra, aquélla que había sido expropiada en las contiendas anteriores, vuelve a ser causa para que por su propiedad se batan los contendientes, así se invoque para la lucha ideales más altos... surge claro que el problema de las expropiaciones e indemnizaciones, por causa de guerras anteriores, está presente en el contexto de violencia. La tierra será ampliamente distribuida entre los vencedores de 1885, y otra vez la queja sobre la tierra se oirá en boca de los vencidos que irán a las armas en 1895 y en 1899".<sup>100</sup>

También a lo largo del siglo XIX y, posteriormente, en las primeras décadas de este siglo, priman mecanismos

---

99 REPUBLICA DE COLOMBIA. *Código...*, ob. cit., pp. 157 y 158.

100 TIRADO MEJIA, Alvaro. "Las guerras civiles en Colombia", *Lectura reeditada Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978*, pp. 16 y 17.

directamente jurídicos para ejecutar el despojo de poseedores que habían ampliado la frontera económica como colonos. Simplemente, se determina la adjudicación de tales territorios, hasta entonces bajo la categoría de baldíos,<sup>101</sup> o sencillamente son tomados de hecho y en grandes proporciones.<sup>102</sup> En cualquiera de los casos, los poseedores deben abandonar bajo el expediente del desalojo, las tierras que han incorporado a la economía con su trabajo.

Este último aspecto no puede ser olvidado, pues demarca el contexto socio-económico y político de ilegitimidad y arbitrariedad, dentro del cual surge la actual figura de la invasión, concebida inicialmente para el Código Penal de 1936. Es decir, coincidiendo con la influencia jurídico-penal italiana, antes citada y comentada, comparece para las décadas del 20 y del 30 un proceso de usurpación a poseedores activos de tierras, bajo mecanismos de apariencia legal, a los cuales no hace mucho también nos referimos. Este proceso de apropiación puede ser recordado en las palabras de Víctor Manuel Uribe: "colonos independientes que habían venido expandiendo la frontera agrícola con su trabajo de muchos años, fueron forzados a convertirse en simples 'tenedores' -reconocedores de propiedad ajena - de tierra, o meros trabajadores asalariados. Esto ocurrió mediante la privatización masiva de grandes extensiones de terrenos (aproximadamente 3.2. millones de hectáreas) de propiedad del Estado. Dicha privatización fue obtenida por pode-

---

101 "Las normas de poblamiento de la frontera norteamericana, como el Homestead Act, que no permitía la propiedad de la tierra por encima de la capacidad de una familia de trabajarla, tuvo una expresión mucho más ocasional, débil y difusa en el caso de la colonización antioqueña, que más bien aparece como una constante lucha entre el hacha y el papel sellado, en la acepción de Alejandro López, donde el pergamino combinado con el poder político de la burguesía comercial y los terratenientes le permite a estos últimos la apropiación de una parte del trabajo de los colonos", KALMANOVITZ, Salomón. El régimen agrario durante el siglo XIX en Colombia, en *Manual de Historia de Colombia*, Instituto Colombiano de Cultura, 1979, Tomo II, p. 238.

102 "En una investigación oficial sobre el problema de los límites y las propiedades, se notó que extensiones sorprendentemente grandes de terreno estaban en poder de personas privadas, que las habían sustraído del dominio nacional sin contar con títulos de propiedad. Tan sólo en los departamentos de Cundinamarca y Tolima, se autorizó que se emprendieran juicios en contra de esas personas, lo que abarcaban unas 500.000 hectáreas", HUIZER, Gerrit. *El potencial...*, ob. cit., p. 238.

rosos empresarios agrícolas".<sup>103</sup> A su vez esta situación social y política encuentra su contrapartida en el pensamiento jurídico penal, que en la época interpretaba el nuevo estatuto del año 36, dando aplicación a la figura de la invasión, para reprobador a los poseedores.<sup>104</sup>

Finalmente, resulta importante resaltar cómo el conjunto del recuento histórico efectuado, así como la tendencia mayor en el derecho comparado, indican una orientación general a sancionar la posesión violenta y en menor medida la clandestina, concediéndole a la posesión no viciada un tratamiento dentro del derecho civil. En este sentido, el Anexo I establece una relación comparativa de tal tratamiento legislativo.

### Algunos elementos adicionales

1. *La violencia posterior*. Es preciso comentar que la violencia subsiguiente al acto de apropiación del inmueble, es decir aquella que se presenta después de ocupado el inmueble, por parte del ocupante contra quien tiene derecho a oponerse, repeliéndolo, no llenaría en todos los casos los requisitos de punibilidad exigidos por el artículo 367 del Código Penal.

Desde el punto de vista civil, no habría duda alguna. La violencia subsiguiente vicia la posesión. No será entonces constitutiva de derecho, sino un hecho inservible, reprobado por la ley civil. Sin embargo, no por ello será penalmente sancionable bajo el artículo 367.

Supongamos que un sujeto ocupa un inmueble de manera tranquila y pública. Días después asiste al predio su propietario, quien es rechazado de manera violenta. En este caso la situación repercutiría en dos planos de manera diferente. Civilmente se trataría de una posesión viciada, por el empleo de violencia, al tenor de la legislación correspondiente. Penalmente, la actuación del ocupante no encajaría en el precepto del artículo 367 del Código Penal, pues apropiación y violencia no son

---

103 URIBE URAN, Víctor Manuel. *Sociología histórica...*, ob. cit. p. 16.

104 Del hecho correlativo da cuenta, reprochando a los poseedores, GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique. *Derecho...*, ob. cit., p. 175, "Entre nosotros es frecuente este acto. Algunos sujetos llamados 'colonos' estiman como de su propiedad ciertos terrenos ajenos, por haber ejercitado actos materiales de apropiación como la tala y desmonte de bosques, sin autorización del propietario y por medios de ocupación arbitrarios".

coetáneas. Es decir, el bien ya se encuentra ocupado. Cuando se ocupó, lo fue de manera lícita, ya que no se utilizó ni violencia ni clandestinidad. Entonces el recurso de violencia posterior, aunque sea para asegurar el producto de la ocupación, no puede volver violenta una conducta que se agotó en su momento sin serlo. En otras palabras, la violencia es una característica que se tiene en cuenta, desde su ocurrencia, no con retroactividad. Lo anterior no impide la tipificación de algún otro delito, distinto a la invasión, para penar esa conducta violenta. Dependiendo de las circunstancias del caso, podría corresponder a unas lesiones personales o a un constreñimiento ilegal, etc. Así mismo, es claro que civilmente no le cabe derecho alguno a esa posesión viciada, civilmente ilícita.

Ahora bien, lo fundamental es comprender que el ocupante recurre a la violencia para asegurar o garantizar la ocupación, lo que civilmente no le es permitido y puede ser objeto de reacción penal, bajo otro tipo, dependiendo del resultado de la violencia usada. Pero la conclusión precedente no significa que, incluso en forma inmediata a la ocupación, pueda el poseedor anterior o el titular del derecho de dominio emplear la violencia contra el ocupante que ha obrado en forma pacífica. Pues en este último caso, la violencia subsiguiente a la ocupación proviene de la persona que ha perdido su derecho y no podrá calificarse como violencia la defensa que realice el poseedor contra una agresión injusta y arbitraria. Deberá la persona desposeída recurrir a los mecanismos jurídicos para obtener el reestablecimiento de su derecho.

2. *¿Qué entendemos por acción clandestina?* El comportamiento clandestino implica un proceder furtivo, o sea en forma que no pueda ser normalmente percibido por los sentidos de cualquier persona. Pero ello, nunca debe llevarse al extremo de predicar que el poseedor o dueño deba ser notificado de la ocupación, o que deba demostrarse que obtuvo conocimiento de ella por cualquier medio.
3. *La situación de los bienes muebles.* Cabe explicar, que la tesis sobre la atipicidad de la ocupación pública y pacífica de inmuebles, no es modo alguno aplicable a la apropiación de bienes muebles. Naturalísticamente, son tres las posibilidades bajo las cuales puede llegar a producirse esa apropiación de cosa mueble.

- A. En presencia y bajo la custodia directa del legítimo propietario, utilizando violencia contra éste u otras cosas, acción que sería ilícita desde el punto de vista civil, por las mismas consideraciones explicadas para la ocupación de inmuebles. O sea, en razón al uso de violencia. En este caso el hecho será constitutivo de infracción a la legislación penal, como es apenas obvio.
  - B. En presencia o en cercanía de su legítimo propietario o detentador, a escondidas de éste, lo que sería igualmente ilícito desde el ángulo civil, en razón a los argumentos expuestos para la ocupación clandestina de inmuebles. Así mismo configurará infracción penal.
  - C. Lejos de la presencia de su legítimo detentador o propietario, quien aún conserva la cosa bajo su poder jurídico, o esfera jurídica de protección. En ese evento, la conducta también sería ilícita respecto de la normatividad civil, dado lo señalado en el artículo 788 del Código Civil: "La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".<sup>105</sup> En consecuencia, es posible que materialmente el ladrón se apodere públicamente del bien mueble, pero su comportamiento será civilmente ilícito siguiendo lo preceptuado en el artículo citado. En verdad, la cosa aún se halla sometida al poder jurídico de su detentador, planteamiento que equivale a la teoría de la 'ablatio', acogida por nuestro derecho penal para determinar el momento consumativo del verbo 'apoderarse', utilizado en el tipo penal del hurto. De acuerdo con tal teoría, no es necesario que el bien sustraído esté en poder físico de su titular, sino que esté bajo su tutela jurídica o esfera jurídica de protección.
4. *Bienes de uso público y fiscales.* Los bienes de la nación se encuentran agrupados en una clasificación que explica su naturaleza y función. Conforme a ella, puede tratarse de bienes de uso público destinados a la satisfacción de intereses y necesidades sociales. En este caso, para poder alcanzar su finalidad deben estar expuestos a todos los ciudadanos, quienes deberían estar en condiciones de acceder a ellos sin limitaciones.

---

105 ORTEGA TORRES, Jorge. *Código...*, ob. cit., p. 187.

Por vía de ejemplo, serán bienes de uso público, las playas, las carreteras, los puentes y parques. Por otra parte, los bienes fiscales, aunque de propiedad estatal, están destinados a la realización de los fines de la respectiva entidad gubernamental que los posee y el acceso a ellos se encuentra, por regla general, vedado o restringido a los particulares.

Los bienes de uso público no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva de dominio.<sup>106</sup> A su vez, deben ser desalojados mediante acción policiva sumaria, frente a la cual solamente cabe discutir el carácter de 'bien de uso público' del inmueble.<sup>107</sup>

Respecto a la naturaleza de la ocupación de un bien de uso público. Su licitud sería bien discutible desde el punto de vista legal, dada la no prescriptibilidad de esta clase de bienes. Mientras que desde los ángulos social y moral es evidente la completa ausencia de licitud. Bien lejos de ser socialmente útil se encuentra la ocupación de un bien de uso público, pues ella, por el contrario, priva al conjunto de la población del uso y goce de tal bien, al cual tenía derecho. Luego la acción es incluso socialmente perjudicial, por tanto ilícita. Finalmente, cuando un sujeto aprovecha el acceso que tiene a un bien, pues éste es facilitado totalmente en el caso de los bienes de uso público, para defraudar esa confianza social y colectiva apropiándose del bien, la conducta es moralmente insostenible. Y resulta aún más reprobable cuando la apropiación ilícita se verifica en contra de los intereses de la mayoría de los ciudadanos.

En consecuencia, la ocupación de un bien inmueble de uso público equivaldrá a la comisión del tipo penal del artículo 367, o sea, al delito de invasión.<sup>108</sup> Esta regla

---

106 "Art. 2519.- Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso", *Ibid.*, p. 573.

107 "Art. 124.- A la policía le corresponde de manera especial prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público. ... Art. 132.- Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zonas para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo gobernador", *Ibid.*, pp. 56, 132 y 133.

108 No obstante, encontramos aquí un buen ejemplo de cómo en

general cuenta como excepción cierta clase de bienes de uso público, como los parques nacionales y las reservas forestales, respecto de los cuales concurre el delito consignado en el artículo 243 del Código Penal, consistente en un atentado contra 'los recursos naturales'.<sup>109</sup> Empero, no se justifica semejante criminalización especial, por lo menos en los términos en los cuales ha sido consagrada, pues a pesar de tratarse de un delito contra el 'Orden económico y social', al que debe suponerse uno de los bienes jurídicos de mayor trascendencia y superior entidad, es un tipo atenuado de la invasión contemplada en el artículo 367 del estatuto penal. Efectivamente, algo más benigna es la pena considerada en el artículo 243, en relación con la expuesta en el artículo 367.

En cuanto a los bienes fiscales, la situación es completamente diferente. Si bien el Código de Procedimiento Civil prohibió genéricamente la prescripción de los 'bienes de las entidades de derecho público', lo que englobaría a los fiscales, este mandato es inconstitucional.<sup>110</sup> Dicha inconstitucionalidad surge de la naturaleza de la norma referente a la prescriptibilidad de los bienes. Tal norma es de derecho sustancial, como quiera que consagra un derecho material y no un trámite o un ritual de orden adjetivo. La ley 4a. de 1969 había concedido facultades al Ejecutivo para producir un estatuto procesal civil, pero no para reformar el Código Civil. No podía entonces el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil modificar el artículo 2519 del Código Civil, extendiendo la prohibición de prescripción a todos los bienes

---

muchos casos el aparato penal opera de manera selectiva para escoger a sus víctimas. El archipiélago de Las Islas del Rosario, todas ellas bienes de uso público, ha sido ocupado por particulares dotados de gran influencia y riqueza. Empero, ninguna acción civil, policiva y menos penal ha sido adelantada.

109 "Art. 243.- Ocupación ilícita de parques y zonas de reserva forestal.- El que ilícitamente ocupe área de reserva forestal o parque nacional, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa de mil a veinte mil pesos.

110 La disposición luego fue variada por el Decreto 2282 de 1989, pero manteniendo el precepto inconstitucional. Actualmente dice: "Art. 407.- Declaración de pertenencia.- ...4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público", MORALES MOLINA, Hernando y otros. *Código de procedimiento civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1990, p. 158.

de la nación. Al hacerlo el Gobierno de la época excedió las facultades legislativas extraordinarias que le habían sido concedidas, vulnerando la Constitución Nacional.

A pesar de la evidencia, la Corte Suprema de Justicia ha determinado la exequibilidad del numeral cuarto del artículo 413 frente a diversas acciones interpuestas. Sin embargo, tan débil e inconsistente postura jurisprudencial no transforma la naturaleza de los bienes fiscales. No puede fundarse en la posición jurisprudencial de la Corte, la afirmación repetida por muchos, en el sentido de que no existe ninguna diferencia entre bienes de uso público y bienes fiscales. Esta declaración no emana de la jurisprudencia propiamente dicha. Así mismo, y he aquí lo fundamental, la esencia y función de los bienes de la nación es diferente tratándose de bienes fiscales y de bienes de uso público.

Por ende, en materia penal, diremos que respecto de los bienes fiscales, su situación se asimila a la de los bienes privados, luego las conclusiones expresadas en relación con ellos son también aplicables aquí. En términos civiles, quedarán las alternativas de acoger el fallo de la Corte o separarse de su sabiduría. En el último caso, debe recordarse que los fallos de la Corte, en materias de interpretación, no son de obligatorio cumplimiento, luego juez y abogado podrán considerar la posesión de bienes fiscales prescriptible.

##### 5. *La 'invasión' en la criminalidad registrada*

En los Anexos I y II aparecen dos cuadros estadísticos, relativos a la comisión del delito de invasión de tierras en Colombia, conforme a la estadística registrada. De acuerdo a la lectura de los cuadros, la conclusión preliminar podría ser que el delito de invasión no representa una conducta de incidencia importante y real en el plano socio-político y económico, por su falta de frecuencia.

Sin embargo, debemos adelantar varias precisiones para situarnos en un contexto real. En primer término, el sistema estadístico de la Policía Nacional, si bien es el mejor registro fenomenológico de la criminalidad a este nivel, no es completo. Allí solamente se contabilizan los hechos que han sido de conocimiento inicial, por parte de las autoridades de Policía. En consecuencia, quedan por fuera aquellos hechos denunciados directamente ante las autoridades judiciales. Estos últimos datos los podemos sumar a los primeros para obtener un dato exacto, pues la estadísticas judiciales no discriminan la naturaleza del hecho punible. Es decir, un homicidio

aparece sumado igual a un hurto y a un delito de invasión. En segundo término, no debe olvidarse que la criminalidad registrada, equivalente a la criminalidad oficial, es apenas una parte de la criminalidad real, a la que debe agregarse la criminalidad oculta. Por ende, la criminalidad oculta, junto a la criminalidad registrada en los medios judiciales, son cifras ausentes de las estadísticas consideradas en los Anexos II y III. La existencia de tales cifras en principio nos indicaría que la incidencia del delito de invasión puede ser en alguna cantidad mayor a la deducida de los cuadros mencionados.

Pero con todo, probablemente no son los dos factores anteriores los que, en mayor medida, confluyen a desfigurar el índice real de conductas, que conforme a los criterios imperantes en el sistema jurídico serían constitutivas de delito. En realidad, la influencia principal en la determinación del número de casos de invasión proviene del tratamiento selectivo que les concede la Policía. Efectivamente, la Policía en numerosos casos, interviene desalojando a los ocupantes, pero no los coloca a disposición de las autoridades penales. Por ejemplo, la ausencia de una querrela de parte, requisito de procedibilidad de la acción penal en estos casos, lo impide. Empero, no evita la intervención de la Policía para efectuar el desalojo físico, pues doctrina y jurisprudencia concuerdan en indicar que en casos de 'flagrancia', la autoridad policiva no puede detenerse a realizar juicios jurídicos, como sería el de establecer si la acción requiere o no de querrela de parte. Ahora bien, tratándose de un delito de invasión, siempre habrá flagrancia, pues el sujeto continuamente permanecerá con el objeto proveniente de la comisión del hecho punible, o sea, con el inmueble. También suele ocurrir que la Policía se incline oficialmente a juzgar como innecesaria la intervención del aparato penal, cuando no ha habido violencia en la realización del hecho.<sup>111</sup> Entre otras cosas, la Policía Nacional no desconoce las profundas implicaciones sociales y políticas que atrae la detención masiva de centenares de personas y aun de familias enteras. Semejante criterio corresponde en buena parte con la

---

111 Esta afirmación estaría respaldada en mi experiencia en varios de los casos en que intervine como abogado, pero es un criterio que también ha sido objeto de declaración oficial, al respecto: POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA. *Revista anual de estadística. Criminalidad 1981*, Imprenta Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, s.d., p. 132.

tesis sostenida en este trabajo, lo que sería muy saludable, si tampoco se realizara el procedimiento de desalojo. Finalmente la tenencia de la tierra, en aras a la solución de un problema de vivienda y/o la explotación agropecuaria como manera de subsistencia, constituyen el problema fundamental.

En estos casos, el papel del derecho penal no es uniforme ni igual para todas las partes. Sirve el derecho penal, concebido además para un caso específico de ocupación de inmuebles, con una interpretación restrictiva y contradictoria, para legitimar una intervención policiva que conduce al desalojo de los ocupantes de un predio. Luego, si a posteriori fuese adelantada alguna acción encaminada a controlar o supervisar la legalidad del procedimiento policivo, aparecería en principio como válido. Desempeñado este rol, el derecho penal es abandonado, pues no se formula querrela para incoar la acción penal, lo que motiva que el hecho de la ocupación no ingrese al registro estadístico. Pero ello también priva a los ocupantes de obtener la protección del sistema penal, respecto del procedimiento de desalojo policial. Es decir, los ocupantes desalojados no pueden recurrir al sistema penal para, exponiendo una interpretación sistemática y coherente, demostrar el derecho que les asiste a detentar el bien inmueble objeto de desalojo. Significa la negación de la función garantizadora y de protección, asignada al derecho penal, dentro de la concepción del 'derecho penal mínimo'. Donde la intervención penal reducida a casos graves de vulneración de bienes jurídicos se sucede en todo caso con la realización de todas las garantías del espíritu 'iluminista'. En cambio, aquí la utilización del sistema penal solamente se produce para obtener un lanzamiento, en términos de legitimar jurídicamente el mismo, y luego es desactivado, privando a los sujetos lanzados de la garantía del derecho defensa y del debido proceso ante el acto del lanzamiento.

Desde el punto de vista estadístico, la no inclusión de las ocupaciones pacíficas en los registros de comisión del delito de invasión, junto a los dos factores inicialmente relacionados, nos permiten concluir que las cifras consideradas en los Anexos II y III son apenas una muestra representativa de las conductas de ocupación de tierras, seleccionadas por la ley o por la Policía para ser objeto de la reacción penal.

Desde un punto de vista cuantitativo, en términos relativos, originados, por ejemplo, en las características del

hecho de una ocupación de un inmueble, diremos que las cifras de 'invasión' representan una conducta con una frecuencia mediana de realización. Ahora bien, en sentido cualitativo, las conductas registradas de ocupación de inmuebles son de gran trascendencia criminológica. La relevancia cualitativa surge del impacto múltiple en el orden social y político, que contrae un solo acto de invasión, ora por el número plural de personas normalmente envueltas, como por el cuantioso valor que suele tener el bien ocupado u objeto material del delito.

Despierta la atención en el examen de la muestra analizada, la mayor frecuencia de invasiones precisamente en aquellos departamentos donde es mayor la concentración de tierra, o pueden ubicarse sectores sociales marginados o despojados de la tenencia de la tierra. Tal es el caso de Cauca, Córdoba, Meta, Sucre y Tolima. Otros como Risaralda, Magdalena y Huila presentan índices altos.

### **El debate jurídico y socio-político**

No obstante su coherencia y juridicidad, la tesis de atipicidad considerada en el aparte anterior aún es debatida desde el ángulo de la defensa de la propiedad privada.

Si bien se reconoce que la posesión es un derecho, o cuando menos una actividad lícita, se argumenta contra su no preminencia sobre el derecho de dominio. En otras palabras, se sostendría que la propiedad es un derecho fundamental, más importante que la posesión, con arraigo en la Constitución Nacional, el cual no puede ser destruido so pretexto de ejercer otro derecho.

La propiedad sobre inmuebles, como derecho, tiene dos componentes. Un aspecto sustancial o material, relativo a la posesión del bien, entendida igualmente como aprehensión material con ánimo de señor y dueño. Otro aspecto de naturaleza formal o nominal, predicado de la existencia de un título en el cual consta la calidad del derecho.

El elemento material es desde luego esencial y primordial, pues a través suyo se concreta el goce o disfrute del bien dominado. Igualmente, no cabe duda que, históricamente, primero surgió un reconocimiento al valor del aspecto material, con bastante anticipación al formal.

Con todo, la relevancia social, económica y política del componente formal es indiscutible. Cumple distintas funciones, como medio de prueba del derecho, como instru-

mento para lograr su ágil incorporación al mercado.

El problema acaece cuando aparecen divorciados ambos elementos. O dicho de otro modo, cuando el titular del derecho de dominio solamente conserva el aspecto formal, como quiera que ha perdido la posesión del bien inmueble. En este caso, la propiedad ha extraviado su principal atributo, cual es la posesión. No es la pérdida de la posesión directa, pues el poseedor puede ejercer actos de señor y dueño por intermedio de un tercero, que le reconoce sus derechos sobre el bien. Es la desvinculación material completa respecto del bien, donde el propietario ya no tiene bajo ninguna forma la posesión. Ella pasa a cabeza de un tercero, que la adquiere, dentro de la hipótesis que venimos examinando, en forma pacífica y pública, con la pretensión de obtener provecho de la misma.

En el caso anterior la posesión nace en la ley civil como un derecho real autónomo. Entonces, no solamente es un derecho que existe contra el de la propiedad, sino que además se produce en detrimento del mismo. El paso del tiempo irá consolidando el derecho de posesión sobre el de propiedad, a la vez que la posibilidad de reivindicación para el titular del derecho de dominio se reduce. Igualmente, en este evento el poseedor que llegue a ser desarraigado tendrá derecho al pago de las mejoras o gastos necesarios que hubiese efectuado y no estará obligado al pago de suma alguna por los frutos o beneficios que hubiese obtenido al aprovechar el bien poseído.

En tales circunstancias el derecho de dominio no es absoluto. Puede comparecer otro en perjuicio del primero, dentro de las condiciones antes explicadas, cual es la posesión.

Ahora bien, la relevancia adscrita a la posesión surge en primer término de la ley. Es la ley civil la que le entrega la categoría de acto lícito, en perjuicio del derecho de propiedad, estableciendo además una serie de acciones legales, civiles, penales y policivas para su salvaguarda. Su naturaleza como derecho, las disposiciones que lo regulan y protegen han sido ampliamente citadas y explicadas a lo largo de este trabajo.

Con todo, el criterio legal no es el único que motiva la apreciación anterior. El derecho en su definición adopta una serie de criterios axiológicos y éticos que no pueden ser eludidos. Dichos criterios, de carácter socio-político, constituyen el referente material que orienta, o cuando menos debe orientar, el proceso de definición del derecho. Definición legal, doctrinal o jurisprudencial del mismo. La consideración del factor social aparece referida al interés público

que lo fundamenta. En virtud del interés público, puede ampararse el ejercicio de derechos que vulneran intereses privados, pues la satisfacción de necesidades de contenido social mantienen lugar preponderante sobre la potestad particular.

Ese interés social, de orden público, fue descrito en las primeras páginas de este trabajo, no como una inclinación especulativa sino con el ánimo de introducir las bases que servirían para decidir el problema planteado en el plano jurídico. Bases conforme a las cuales es posible consignar la existencia de un desequilibrio social, proveniente de la injusta distribución de la tierra y de la ausencia o ineficiencia de reformas. Ello ha conducido a una situación de insatisfacción social, que debe encontrar respuesta dentro de los marcos jurídicos. Tenemos aquí un primer ingrediente, que fundamenta en el plano social la primacía de una respuesta que se inclina por el derecho de posesión sobre el de propiedad. Donde el derecho de posesión sirve como instrumento contra la excesiva concentración de tierra en pocas manos.

La protección prevalente al derecho de posesión significa una forma de velar por los intereses de la mayoría de la población. Para la globalidad de los ciudadanos de un país, el monopolio de la tierra afecta sus derechos fundamentales, impidiendo su acceso a una vivienda o a un trabajo justo. Pero también, la protección de la posesión, aun en menoscabo del dominio, es una forma de democratizar la tenencia de la tierra, facilitando el acceso a ella por los desposeídos.

En este campo se mezclan igualmente las consideraciones sociales y éticas. La respuesta al conflicto sería completamente injusta y por tanto reprochable, si no tuviera en cuenta los elementos éticos que matizan el problema. Y ciertamente sería aberrante el justificar el despojo arbitrario de quienes poseen para dárselo a otros, pues ello sería una simple inversión de lugares. Por esto el análisis debe incorporar la aplicación de un principio de equidad.

En virtud al principio de equidad, la prevalencia de la posesión sobre el dominio se predica cuando el propietario ha perdido precisamente el atributo de poseedor. O sea, cuando ha abandonado el inmueble, por negligencia, abundancia o desprecio. Éticamente no podemos catalogar como un mal injustificado la preeminencia de la posesión sobre la propiedad, dentro de los casos enunciados. No podemos afirmar que rompemos con el principio de equidad, para conservar un derecho abandonado, pues ello más bien sería inequitativo respecto de quien puede obtener

provecho de él.

Si el derecho ha sido definido como: "la gramática del enfrentamiento social: expresión y síntesis de tal enfrentamiento, producto y a la vez determinante de tal enfrentamiento",<sup>112</sup> no por ello debe escapar a constituirse en una solución no solamente no violenta de un conflicto, sino una respuesta que satisfaga los intereses de la mayoría de la población, de acuerdo además a una serie de valores y principios sólidos.

Desde un ángulo socio-político, la posición anterior comparte la finalidad de lograr la utilidad económica y social de los bienes. Al conjunto de la sociedad no le conviene que los bienes inmuebles permanezcan por fuera del mercado, que no sean explotados económicamente, o que no sirvan para satisfacer necesidades básicas cuando tienen la potencialidad de hacerlo. En cambio, la posesión es socioeconómicamente útil, pues contribuye a dinamizar el mercado, genera trabajo; bienes para la obtención de divisas o para sostener la demanda interna; lo mismo que vivienda o servicios que requieren de un espacio para su generación. Cuando un individuo toma un inmueble sin necesidad de despojar por la fuerza a quien lo tenía en su poder, y sin ocultarse de aquél que dispone de las facultades para oponerse a semejante ocupación, es porque ese inmueble se encuentra abandonado, sin una utilización productiva para la sociedad, inexplorado, o en todo caso sin desempeñar una función social. La posesión surge como una forma de ejecución de la teoría que habíamos mencionado, denominada 'realización del destino del patrimonio'.

Puede intervenir el sistema penal, conforme a lo que hemos venido explicando, contra la posesión adquirida en forma violenta o clandestina. Esta es una posesión ilícita en palabras civiles. Tal ilicitud civil, acogida por el derecho penal, concurre también contra las finalidades del derecho penal. La ocupación violenta de un inmueble o la clandestinidad, supone que el bien no ha sido abandonado. Por ello inversamente a lo anotado atrás, atentaría contra el principio de equidad, abriendo las puertas a la arbitrariedad. La violencia, como medio de ocupación, atenta con el orden público y genera daños irreparables, que no pueden ser justificados, salvo casos de defensa urgente, pues la máxima pretensión del derecho es la de la resolución pacífica de los conflictos. También la violencia y la clandestini-

---

112 URIBE URAN, Víctor Manuel. *Sociología histórica...*, ob. cit., p. 1.

dad presupondrían el despojo en muchos casos de predios, social y económicamente útiles, lo que por los mismos motivos debe ameritar la reacción penal.

Los elementos anteriores coinciden con el marco constitucional estipulado en el artículo 58 de la carta fundamental, tanto en lo referente a la primacía del interés público sobre el privado; lo mismo que en razón a la preponderancia del interés social sobre el particular. Precisamente es la carta constitucional la que exige al derecho de propiedad la realización de una función social, la que naturalmente no se verifica en los casos de abandono o descuido de la propiedad inmueble.

Compaginan las afirmaciones precedentes con los principios de la teoría de la interpretación singular. El derecho civil establece en la posesión un hecho lícito. La realización de la posesión concuerda con las delimitaciones constitucionales sobre la propiedad, las cuales informan, además, a todo el sistema normativo-legal, al ser ley de leyes. Al determinar su propia finalidad el sistema penal, encuentra que ella tiene por objeto la resolución de conflictos de alta gravedad, cumpliendo con las garantías democráticas y persiguiendo el bien social de la mayoría de la población. El concepto de posesión civilista es retomado por el sistema penal, pues es una forma de realización de sus finalidades, anteriormente expresadas. Luego, el derecho penal además de no contradecir el concepto de ilicitud civil, armoniza en forma sistematizada con las aspiraciones de regulación del derecho privado.

La posesión adquirida en forma pública y pacífica, a contrario sensu de la viciosa, obtenida mediante violencia o clandestinidad, reúne los presupuestos demandados desde el punto de vista legal, ético y social, en el análisis involucrado en los párrafos anteriores. Por ello la concurrencia de la misma no solamente constituye un derecho en la órbita civil sino que además no puede ser objeto de persecución por el sistema penal. En consecuencia, tampoco podría predicarse una contradicción entre el sistema penal y el civil en torno a la ocupación de inmuebles ajenos, cuando lo que ocurre es una contraposición aparente, superable a través de la interpretación armónica expuesta.

Estas nociones son plenamente compatibles con los principios de la moderna política criminal. Entre ellos figura el considerar al derecho penal como última *ratio*: reducir la intervención del derecho penal solamente a aquellas conductas que por su gravedad exijan un tratamiento penal y no admitan forma distinta de resolución del conflicto allí involucrado. Pero, precisamente, la contradic-

ción de intereses que puede presentarse entre el propietario de un inmueble y quien lo ocupó de manera pública y pacífica, es asunto que puede ser resuelto en el ámbito del derecho civil. No demanda ni requiere de la intervención penal. No es una materia de interés para las finalidades político-criminales del derecho penal. En cambio, la usurpación violenta o clandestina de un inmueble, por los motivos referidos en párrafo anterior, puede reclamar la injerencia del sistema penal, como última razón.

Con todo, la tesis expuesta para la delimitación de los ámbitos de aplicación del derecho civil y penal, cuestiona profundamente la opinión general de la doctrina colombiana sobre la materia tratada a lo largo de este trabajo. Para la doctrina tradicional, cualquier forma de ocupación de bienes inmuebles, sin importar que sea pacífica y pública, es constitutiva de delito.<sup>113</sup> Esta postura desconoce los enunciados de la ley civil sustantiva, los cuales no son objeto de ninguna reflexión. Su posición sostiene implícitamente una contradicción normativa con el derecho privado y, no contiene un desarrollo de los principios constitucionales sobre la función social de la propiedad. No consulta una reflexión histórica sobre la forma, precisamente ahistórica, por una parte y, tendiente en su aplicación a reforzar la arbitrariedad, por la otra, como fue instituida la figura penal de la invasión en nuestra legislación. Por el contrario, la tendencia general de la doctrina, en torno al asunto que tratamos, corresponde a una forma acritica y conservadora de examinar el problema de la propiedad. Ello, no es desde luego sorprendente, el derecho penal en Colombia, ha estado en forma notoriamente corriente, orientado a la selectiva y desigual criminalización de conductas contra el patrimonio económico. Ese proceso de criminalización responde al propósito desmedido de preservar privilegios o intereses de las élites. Los cambios sociales y económicos que se suceden en el país, lo mismo que la grave problemática que en esos mismos terrenos se afronta, sumadas a la modernización necesaria para la nación, exige la innova-

---

113 Al respecto las opiniones son abundantes: ARENAS, Antonio Vicente. *Comentarios...*, ob. cit., p. 333. PEREZ, Alvaro Orlando. *Delitos...*, ob. cit., p. 360. PEREZ, Luis Carlos. *Derecho...*, ob., cit., p. 534. MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo. *Derecho...*, ob. cit., p. 251. BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. *Delitos...*, ob. cit., p. 332. ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso. *Manual...*, ob. cit., p. 631. TOCORA, Luis Fernando. *Derecho...*, ob. cit., p. 105. GU-TIERREZ JIMENEZ, Luis. *Derecho...*, ob. cit., p. MANTILLA JACOME, Rodolfo. *Delitos...*, ob. cit., p. 88.

ción en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. El derecho, en cualquiera de sus especies, no puede permanecer ignorando los principios constitucionales. Debe por el contrario erigirse en el primer agente para su desarrollo, ya sea en la creación de la ley o en la aplicación de la misma. Pero sobre todo, el derecho penal debe obedecer en sus construcciones al contexto sobre el cual debe operar. El derecho penal, como en el caso de la doctrina examinada con relación al delito de invasión, no puede desarrollarse desvinculado de los referentes sociales y políticos de la sociedad.

## ANEXO I

### Frecuencia del delito de invasión de tierras en la criminalidad registrada / número de personas capturadas

	1977	1981	1986	1991
Casos de invasión	234	162	261	219
% respecto del total de delitos contra el patrimonio económico	0.19%	0.12%	0.25%	0.22%
Personas capturadas por invasión	536	764	244	
% sobre el total de capturados	0.56%	0.90%	0.38%	
% respecto del total de capturados contra el patrimonio económico	1.18%	1.97%	0.95%	

\*Fuente: Policía Nacional. Revista Anual de Estadística Criminal, 1977, 1981, 1986.

\*\*Las estadísticas anteriores no reflejan las numerosas masacres o genocidios que han ocurrido en los últimos años en el país, las cuales en su mayoría han sido asociadas a problemas de tierras.

**ANEXO III**  
**La invasión de tierras por regiones**  
**en la criminalidad registrada**

Lugar	1977	1981	1986	1991
Bogotá	9	15	11	35
Antioquia	12	6	13	2
Atlántico	13	3	4	12
Bolívar	6	1	1	5
Boyacá	4	1	1	-
Caldas	5	3	2	1
Caquetá	-	5	2	6
Cauca	20	23	27	14
Cesar	5	3	14	33
Córdoba	17	19	14	4
Cundinamarca	5	8	2	4
Chocó	-	1	-	-
Guajira	3	2	0	-
Huila	18	7	10	-
Magdalena	12	6	19	9
Meta	10	3	37	16
Nariño	5	1	7	17
N. Santander	2	1	2	35
Quindío	0	1	1	-
Risaralda	21	4	20	-
Santander	6	9	12	-
Sucre	22	18	13	-
Tolima	16	12	15	8
Valle	6	10	27	15
Intend./Com.	17	-	5	3

\*Fuente: Policía Nacional. *Revista Anual de Estadística Criminal* 1977, 1981, 1986, 1991.

\*\*Las intendencias y comisarías son departamento desde 1991, pero se siguieron englobando de la misma forma para poder efectuar exámenes comparativos.

\*\*\*Estas estadísticas no representan las numerosas masacres o genocidios acaecidos en los últimos años, la mayoría de los cuales han sido fundadamente asociados a problemas de ocupación de tierras.

- Bibliografía** AGUILERA, Miguel. "La legislación y el derecho en Colombia" en *Historia Extensa de Colombia*, Ediciones Lerner, Bogotá, 1965, Vol. XIV.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y otro. *Curso de derecho civil*, redactado por Antonio Vodanovich, Nascimento, Santiago, 1957, Tomo II, 2a. edición.
- ALFONSO EL SABIO. *Las siete partidas del rey don Alfonso El Sabio*, Lecointe y Lasserre Editores, París, 1843, Tomo IV.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. "La nueva criminología y los derechos humanos" en *Revista Chilena de Derechos Humanos* No.5, enero de 1987.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1982.
- ARANGO Z., Carlos. *La lucha por la vivienda en Colombia*, Ecoe, Bogotá, 1986, 2a. edición.
- ARENAS, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Temis, Bogotá, 1984, Tomo II, Volumen II, Parte Especial.
- BARATTA, Alesandro. "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal, en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982.
- BARRAGAN, Alfonso M. *Derechos reales*, Temis, Bogotá, 1979, 2a edición.
- BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. *Delitos contra el patrimonio económico*, Temis, Bogotá, 1963.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.
- BUSTOS R., Juan. *Manual de derecho penal*, Ariel S.A., Barcelona, 1986.
- CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1967.
- CIVITAS. *Código penal y legislación complementaria*, Civitas, Madrid, 1986, 10a. edición.
- CONCHA, J.V. *Tratado de derecho penal*, Librería Americana, Bogotá, 1897.
- CORTEZ, Milcíades. *La posesión*, Temis, Bogotá, 1986, 2a edición.
- CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho penal*, Bosh, Barcelona, 1952, Tomo II.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. "El nuevo Código Penal de la República de Cuba", en *Doctrina penal*, De Palma, Buenos Aires, 1980.
- DISTRITO FEDERAL DE MEXICO. *Código Penal para el Distrito Federal*, Porrúa S.A., México, 1986, 42 edición.
- ESTADO ASOCIADO DE PUERTO RICO. *Código penal de Puerto Rico*, Orfort Usa, 1981, 3a edición.

- ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. *Código penal*, Imprenta de Medardo Rivas, Bogotá, 1873.
- EUGEREN, Fernando y Otro. "Problema Agrario, tenencia de la tierra y Reformas Agrarias" en *Derechos Humanos en las Zonas Rurales*, Bogotá, 1979.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal fundamental*, Temis, Bogotá, 1989, 2a. edición, Tomos I y II.
- FERRI, Enrico. *Defensas penales*, Librería Siglo XX, 1944.
- GOMEZ, José J. *Bienes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 1944, Tomo III.
- GRISPIGNI, Filippo. *Derecho penal italiano*, De Palma, Buenos Aires, 1949.
- GUTIERREZ JIMENEZ, Luis. *Derecho penal especial*, Temis, Bogotá, 1965.
- GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique. *Derecho penal especial. Delitos contra la propiedad*, Editorial Litográfica Colombiana, Bogotá, 1944, Volumen I.
- GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique. *Violencia y justicia*, Tercer Mundo, Bogotá, 1962.
- GUZMAN, Mons. Germán y otros. *La violencia en Colombia*, Tercer Mundo, Bogotá, 1963, 2a. edición.
- HUIZER, Gerrit. *El potencial revolucionario del campesino en América Latina*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1974, 2a. edición.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho penal mexicano*, Porrúa S.A., México, 1986, 5a. edición.
- JOSSERAND, Luis. *Derecho civil*, Bosh, Buenos Aires, 1952, Tomo I, Volumen III.
- KALMANOVITZ, Salomón. "El régimen agrario durante el siglo XIX en Colombia", en *Manual de Historia de Colombia*, Instituto Colombiano de Cultura, 1979, Vol. II.
- LARRANDART, Lucila y DA ROCHA, Joaquín. "Comentario al Código Penal Venezolano", en *Doctrina penal*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1978.
- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Temis, Bogotá, 1985, Tomo II, 3a. edición.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1956, Volumen V.
- MANTILLA JACOME, Rodolfo. *Delitos contra el patrimonio económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, Vol. IX.
- MARTINEZ ZUÑIGA, Lisandro. *De los delitos contra el patrimonio*

- económico, Temis, Bogotá, 1980.
- MESA VELAZQUEZ, Luis E. *Derecho penal especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, 5a. edición.
- MORALES MOLINA, Hernando y otros. *Código de Procedimiento Civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985, 6a. edición.
- OMEBA. *Enciclopedia jurídica Omeba*, Omeba, Buenos Aires, 1969, Tomo XXVI.
- ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso. *Manual de derecho penal especial*, Universidad de Medellín, 1987, 3a. edición.
- ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*, Temis, Bogotá, 1978, 6a. edición.
- ORTEGA TORRES, Jorge. *Constitución Política de Colombia*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Nacional de Policía*, Temis, Bogotá, 1980, 9a. edición.
- PECAUT, Daniel. "Reflexiones sobre el fenómeno de la violencia", en *Once ensayos sobre la violencia*, Cerec/Centro Gaitán, Bogotá, 1985.
- PEREZ PINZON, Alvaro Orlando. "Delitos contra el patrimonio económico", en *Derecho Penal. Parte Especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, Tomo I.
- PEREZ, Luis Carlos. *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1985, Tomo V.
- POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA. *Revista anual de estadística criminal*, 1977, Imprenta Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, s.d.
- POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA. *Revista anual de estadística. Criminalidad 1981*, Imprenta Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, s.d.
- POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA. *Criminalidad en 1986*, Imprenta Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, s.d.
- POMBO, Lino. *Recopilación de leyes de la Nueva Granada*, Imprenta de Zoilo Salazar, Bogotá, 1845.
- QUINTERO, Julio César. "Ultima ley de reforma agraria", en *Derechos humanos y servicios legales en el campo*, Ilsa/Comisión Andina de Juristas/Comisión Internacional de Juristas, Bogotá, 1988.
- RAMIREZ TOBON, William. *Estado, violencia y democracia*, Tercer Mundo-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1990.
- RAMOS, Juan P. *Curso de derecho penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1944, Tomo VI.
- RANIERI, Silvio. *Manuale di Diritto Penale*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1952, Vol. III.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua espa-*

- ñola, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984, 20a. edición, Tomo II.
- REPUBLICA ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*, De Palma, Buenos Aires, 1985.
- REPUBLICA DE CHILE. *Código Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, 8a. edición.
- REPUBLICA DE COLOMBIA. *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Fundación para la Investigación y la Cultura, Cali, 1987.
- REPUBLICA DE COLOMBIA. *Nuevo Código Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.
- REPUBLICA DE COLOMBIA. *Código Penal*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1906.
- REPUBLICA DE COLOMBIA, Ministerio de Gobierno. *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939, Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios.
- REPUBLICA DE COSTA RICA. *Código Penal*, Editorial Porvenir S.A., San José, 1990.
- REPUBLICA DE CUBA. *Código Penal. Ley de los Delitos Militares*. Ministerio de Educación, s.d.
- REPUBLICA DE EL SALVADOR. *Leyes Penales*, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1991.
- REPUBLICA DE PANAMA. *Código Penal de la República de Panamá*, Colegio Nacional de Abogados, Panamá, 1983.
- REPUBLICA DE VENEZUELA. *Código Penal Venezuela*, Móbil Libros, s.d.
- REPUBLICA DEL ECUADOR. *Código Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1985.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, 9a. edición.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *La antijuridicidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, 3a. edición.
- ROCHA, Antonio. *De la prueba en derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1951, 3a. edición.
- SANCHEZ, Gonzalo y otra. *Bandoleros, gamonales y campesinos*, El Ancora Editores, Bogotá, 1985, 3a. edición.
- SINGER, Paul. *Economía política de la urbanización*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1979, 4a. edición.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1951.
- STEFANI, M. *Influencias recíprocas entre lo civil y lo penal*, Ed. A. Hernández y A. González, Bogotá, 1956.
- TIGAR E., Michael, LEVY, Madelaine R. *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1978.

- TIRADO MEJIA, Alvaro. "Las guerras civiles en Colombia" lectura reeditada Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, pp. 16 y 17.
- TOCORA, Luis F. *Derecho penal especial*, Librería El Profesional, Bogotá, 1981.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERIA. *Jurisprudencias penales*, No. 1, magistrado ponente Lesmes Corredor Prins, Montería, 1987.
- URIBE URAN, Victor Manuel. "Sociología histórica y crítica jurídica: lucha legal agraria en Colombia a mediados de 1980", Bogotá, documento en printer próximo a ser publicado por ILSA.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil*, Temis, Bogotá, 1958, Tomo II.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, 6a. edición.

# INDICIOS



*Una de las funciones de la revista El otro Derecho es la de presentar a sus lectores puntos de vista sobre el desarrollo de la producción teórica acerca del del derecho. Algunas de las contribuciones que hemos comenzado a recibir más que conclusiones de investigaciones, son propuestas de nuevos entendimientos e invitaciones abiertas para promover puntos de análisis conjuntos.*

*Estas razones nos han llevado a abrir una sección intermedia en la Revista, bajo el nombre de INDICIOS en la cual consignaremos algunas ideas y pistas de investigación de diferentes temas. Se trata de ampliar la revista y las posibilidades de colaboraciones, a las preguntas que indaguen por nuevos enfoques y puntos de vista que nos abran perspectivas de abordaje.*

*Iniciamos INDICIOS con la presentación del artículo del profesor colombiano Oscar Dueñas que forma parte del libro en preparación "Hacia una nueva racionalidad jurídica en el derecho colectivo del trabajo". A partir de una lectura sobre la evolución histórica sobre la relación de trabajo y su formalización jurídica, el autor se detiene sobre las peculiares formas asociativas indígenas y en ellas encuentra bases que podrían tomarse en cuenta para una nueva formulación del derecho laboral.*

# Hacia una nueva racionalidad jurídica en el derecho colectivo del trabajo

---

**Oscar José Dueñas Ruiz**

Abogado. Expresidente Unión Patriótica

Universidad del Rosario

Tomado de un libro en preparación. Investigación sobre derecho laboral comparado en el Pacto Andino.

U. de Trieste (Italia)

---

■ *Frente a los procesos de reestructuración de las relaciones laborales es imprescindible una reformulación del Derecho Colectivo del Trabajo, el cual tendría como bases: una visión amplia sobre el trabajo que cobije las actuales formas no asalariadas, una cultura integracionista sobre el derecho y una forma civilizada de solución de conflictos.*

*Este nuevo derecho Colectivo del Trabajo en los países andinos debería involucrar además, los factores multiétnicos de nuestras sociedades, dentro de la lógica de inclusión de formas jurídicas que no se han integrado.*

## **Towards a Reformulation of Collective Bargaining Law**

■ *In light of the processes of restructuring of labor relations, a reformulation of Collective Bargaining Law is indispensable. This reformulation would be based on: a broad vision of work which covers the current forms of unpaid work, an integrationist culture vis-a-vis the law, and a civilized form of conflict resolution.*

*This new Collective Bargaining Law in the Andean countries would include, similarly, the multiethnic factors of our societies within the logic of inclusion of legal forms which have not been integrated.*

**I. Aporte al derecho colectivo** Sindicalismo es un vocablo francés con clásica elaboración europea. Pero, la misma Carta de Amiens, al definir el sindicato como "organización de resistencia hoy", agrega: "será mañana un grupo de producción y distribución y la base de la reorganización social". Es decir, el sindicalismo, como ahora se conoce, debe ser superado.

Y un propósito nuestro es darle un contenido más amplio al derecho colectivo del trabajo, entre otras cosas porque en los Andes los aborígenes laboraban en coordinación sin subordinación. Conocieron el encanto de trabajar. El cielo para ellos era el sitio donde después de muertos se continuaba el trabajo sin hambre y con mejor pesca. La ausencia de relatos escritos impide conocer las normas que regulaban ese trabajo colectivo, pero se sabe que lo desarrollaban en el *Aillus* y que el Inca redistribuía cada año la tierra según la composición de cada familia, sin llegar a ser vasallaje.

Se dirá que los indígenas no hubiesen laborado con tanta alegría si la propiedad de los medios de producción hubiera estado en manos de una clase social y que la sociedad arcaica americana vivía una etapa muy atrasada porque ni siquiera conocieron la fundición del hierro, ni menos se vislumbraba el nacimiento de la fábrica.

Se podrá contestar que de todas maneras cuando los españoles llegaron a nuestra América encontraron una civilización, que giraba alrededor del maíz el cual determinaba su vida social, no existía la venta de mano de obra, el derecho no era la imposición de una clase sobre otra; es más, la alegría del trabajo determinó una conciencia colectiva vital que los conquistadores bárbaramente quisieron extirpar, no lográndolo totalmente.

La estructura comunal indígena, y el anhelo de sobrevivir, ha creado a través de los siglos verdaderas nacionalidades. Hoy se reconoce en los países andinos que cada tribu tiene su propia nacionalidad, y al afirmar esto se está dejando de lado el criterio de que las nacionalidades se formaron por las necesidades del mercado capitalista.

Se aprecia que la racionalidad europea no siempre es válida en Indoamérica. Estado, derecho, nación son conceptos que no se pueden imponer rápidamente.

Gramsci abogaba por la inserción de la aldea, de lo nacional en lo europeo. ¿Por qué los trabajadores en los países andinos no podemos unir las culturas europeas y la aborígen? ¿Insertar ésta en aquélla?

El derecho colectivo debe unir el derecho sindical (normatividad del conflicto) con el manejo del diálogo (superación del conflicto) y con el derecho comunal indio (ya no

es el conflicto la razón de ser del derecho).

Este sería el nuevo derecho colectivo del trabajo andino. Es una nueva racionalidad jurídica, que se explicaría así:

### **1. El trabajo**

Se entiende por trabajo la actividad racional del hombre física o mental, la cual modifica los objetos de la naturaleza o los conceptos de la mente, de modo que todos éstos pueden satisfacer las necesidades físicas y espirituales del ser humano.

En el trabajo hay un permanente intercambio entre el hombre y la naturaleza en general. Por mucho tiempo se consideró que el trabajo era únicamente manual. Ahora se reconoce como trabajo también el intelectual.

El marxismo clásico enfatiza sobre el proceso de producción de los bienes materiales. Se decía que el hombre desarrolla y perfecciona sus medios de trabajo, domina las leyes de la naturaleza y crea nuevos bienes y a la ciencia se le ve como fuerza productiva de la sociedad. Por eso el trabajo material fue la principal fuerza productiva de toda sociedad. Según Marx, las épocas económicas no se diferencian por lo que se produce, sino por cómo se produce, con cuáles medios físicos de trabajo.

Fue un marxista preclaro por cierto, fundador del partido comunista italiano, quien le dio importancia al trabajo intelectual. Sus conceptos son fácilmente comprensibles para nosotros.

Antonio Gramsci llegó a afirmar que el trabajo intelectual no existe porque en la vida moderna, aun el más primario y descalificado de los trabajos debe estar estrechamente concertado con la educación técnica. Opinó que en el mundo capitalista el empresario crea consigo al técnico de la industria, al docto en economía política, al organizador de una nueva cultura. Por supuesto que con irónica modestia ese genial pensador italiano agrega que algunas veces sus afirmaciones había que entenderlas quizás hasta de manera opuesta a como él las había expuesto; sin llegar a tal extremo y teniendo en cuenta el ritmo del pensamiento gramsciano hay que decir que en su juventud Gramsci estudió a los filósofos idealistas, y tal vez por ello inicialmente buscó el nexo entre la realidad y la acción en la esfera de las relaciones ideales del pensamiento. ¿Será por eso que centró sus respuestas en la intelectual? Sea lo que fuere, lo concreto es que Gramsci tuvo un concepto muy avanzado sobre lo que es el trabajo. Palmiro Togliatti en el

opúsculo "Gramsci y el leninismo" caracteriza así el pensamiento gramsciano:

"La noción del progreso técnico, así como la noción del concepto mismo del trabajo, no puede ser tomado en el sentido estrecho y puramente material de aislar virtualmente a una parte de la humanidad -la clase obrera- detrás de los muros de una fábrica donde giran los tornos y las fresas, o funcionan las máquinas a cadena y los aparatos automáticos de nuestra época. El progreso técnico como hemos visto, es siempre el resultado de un desarrollo que proviene de muchas direcciones y donde la educación tiene su parte; y el carácter mismo que tiene el trabajo obrero, en la fábrica ante la máquina de ayer y de hoy y mañana, no se entiende si no se investiga y no se descubre la relación existente entre el propietario de los medios de producción y quien posee solamente su fuerza de trabajo".

Como Gramsci es comprensible para los latinoamericanos, entonces el pentágono lo estigmatiza y responsabiliza de la insurrección en nuestro pueblo (así se lee en el documento Santa Fe 2).

## **2. El trabajo bajo la óptica de la racionalidad indígena**

Cuando Europa sobrevivía en el oscuro feudalismo de la baja edad media, en América florecían reinos impetuosos con organizaciones sociales e institucionales semejantes al socialismo, había posesión colectiva de la tierra y acción reguladora del poder central.

En el tahuantinsuyo el trabajo producía satisfacción y hasta placer, nunca se le pasó por la cabeza a nuestros aborígenes que el trabajo fuere un castigo de los dioses o labor propia de los esclavos.

El Inca inauguraba la recolección de las cosechas utilizando instrumentos de oro y lo obtenido se destinaba en primer lugar para el sostenimiento del cultivo divino, luego para el Estado y el resto para la comunidad, sin que pueda decirse que a ésta le quedaban los excedentes puesto que en caso de necesidad el Inca (como personificación del Estado) debía destinar de lo suyo para la completa satisfacción del pueblo. Es más, si algún indígena robaba por hambre, a él no se le castigaba, el castigo se le imponía al jefe de la tribu por ser responsable de que sus súbditos no tuvieran lo necesario.

Era una comunidad aldeana en forma de unidades básicas de producción. Y, en la región andina, en el imperio maya y en la triple alianza de los aztecas, el cultivo de maíz no solamente era base alimenticia sino que orientó hacia

relaciones colectivas de trabajo.

Roberto Pérez Patón, en su escrito "El trabajo en los pueblos bolivarianos precolombinos" dice: "Los incas para darles mayor realce, araban y sembraban ellos mismos en las cercanías del Cuzco, en presencia de sus súbditos y en medio de ritos religiosos que no excluían la alegría". De igual modo los *Hatum-Sans* (hombres del pueblo) debían laborar las tierras del soberano en traje de fiesta y cantando sus canciones, en señal de regocijo y augurio de una buena cosecha. El consumo moderado de la "chicha" no faltaba en tales oportunidades, como ocurre todavía en las faenas campestres de los indios.

El vicio más castigado entre ellos era el ocio; se consideraba que el ocio generaba el descuido y la suciedad, hasta el punto que el trabajador y su familia tenían la obligación de comer con las puertas abiertas para que los inspectores designados por el soberano pudieran controlar la higiene de sus súbditos.

Desde Garcilazo de la Vega (comentarios reales de los Incas) ya se relataban el trabajo y el mito unidos: "nuestro padre el sol, vino a los hombres como te he dicho, se apiadó y hubo lástima de ellos y envió del cielo a la tierra un hijo y una hija de los suyos para que lo adorasen y tuviesen por su Dios y para que viviesen como hombres en razón y urbanidad para que habitasen en casas y pueblos poblados, supiesen labrar las tierras, cultivar las plantas y mieses, criar los ganados y gozar de ellos y de los frutos de la tierra como hombres racionales y no como bestias".

El mito es ubicado después del tránsito de la simple recolección a la etapa de la agricultura y la ganadería. Estas dos conquistas o avances significan un cambio en el mundo andino "aunque la óptica hispanística desvirtuó los mensajes de los relatos andinos recogidos por los cronistas sin embargo en la antología de Francisco de Avila, los Dioses vagan en la tierra, generando una serie de condiciones nuevas así Huatyacure se ve obligado a construir una casa, confeccionarse unos vestidos y convidar chicha a todo un grupo de invitados" (*Mitos, dominación y resistencia, Rosina Valcance*).

El mito de nuestros aborígenes insistía más en el hombre que en la mujer, aun en algo tan cierto como fue que en el mesolítico la mujer propició que las antiguas modalidades de la recolecta sea cualitativamente superada por la agricultura, sin embargo los Incas no pudieron desprenderse del dominio del hombre-mujer y dentro del mito la llama domesticada sigue es al hombre y la germinación de los granos en los campos se atribuye inicialmente a las estrellas.

Hay que subrayar que la ausencia de la propiedad privada de la tierra es la clave para comprender la estructura social andina precolombina.

Aunque no se llegue a la grandiosidad del Imperio Incaico en cuanto a la organización del trabajo se refiere, merecen relacionarse otras expresiones encontradas por los españoles cuando en 1492 se inició el encuentro de las dos culturas.

La civilización Maya le dio un carácter místico al trabajo, quizás similar al de algunos pueblos orientales antiguos, plasmado en la construcción de imponentes templos.

Cuando Hernán Cortés arribó al Imperio Azteca encontró como cosa curiosa "Verdaderas expresiones de gremios similares en sus directivas generales a las de la edad media, en Europa" (Luis Desportin, El derecho del trabajo).

En los taínos (se llama genéricamente a los pueblos de Puerto Rico, Santo Domingo, Cuba, Jamaica, Trinidad, Antillas Menores) no se daba el concepto de patrono ni el de subordinado porque la producción y distribución de la riqueza era comunal.

Los niquiranos también tuvieron una propiedad común sobre los medios y objetos de trabajo. No conocieron las palabras: tuyo, mío.

Las culturas indígenas del Chaco, que después de la Conquista serían en parte influidos por la estupenda organización comunitaria de las misiones jesuitas, mantuvieron comunalmente una economía fundamentada en el cultivo de maíz. Por el contrario, en la cuenca del Río de la Plata los pueblos eran esencialmente nómadas, dedicados especialmente a la caza y a la pesca, es decir, aún se mantenían en el simple instinto de conservación. Los españoles llegaron y los exterminaron en forma inmisericorde, por eso en Argentina son más europeos que americanos.

Los indios fenequinos, en la Tierra del Fuego, más al sur de la Patagonia eran "de a pie" o canoeros según trabajaran en la tierra o en el mar, pero ambos eran de cultura parasitaria, no tenían conciencia productiva de grupo, eran más bien "hordas" y ningún aporte dejaron para la América India.

En Colombia, especialmente en la civilización Muisca, se conformó una sociedad agraria, con relaciones sociales desarrolladas alrededor de la civilización del maíz, sin una real producción mercantil, con instrumentos de trabajo muy primitivos. No estuvieron bajo el dominio de los Incas, pero se les asemejaban.

### 3. El trabajo bajo la óptica de la racionalidad europea

La conceptualización del trabajo es un aporte muy importante del pensamiento europeo. Difiere bastante del planteamiento indígena. Pero, bajo ningún aspecto se puede dejar de lado lo enseñado por la civilización occidental. Como también sería equivocado no tener en cuenta lo que existió en la América precolombina.

Filósofos y pensadores de Europa han procesado magníficamente los criterios que han tenido sobre las formas de trabajo.

Van desde cuando el trabajo era maldición de los dioses o labor propia de los esclavos, hasta cuando en el siglo pasado Carlos Marx le dio un contenido humanizador y materialista.

Un rapidísimo recuento permite señalar algunos rasgos de diferentes épocas del viejo continente. El relato exige llegar hasta la actual revolución científico-técnica.

Fue el régimen esclavista la primera formación en la historia basada en la propiedad privada y en la enajenación del trabajo. Se caracterizó por el dominio de la propiedad privada de los esclavistas tanto sobre los medios de producción, como sobre los esclavos. En las entrañas de ese esclavismo surgía la forma capitalista de producción, basada en la propiedad privada capitalista y en la explotación del trabajo asalariado.

Aun en civilizaciones tan avanzadas como la griega la propiedad calificaba a los ciudadanos. La Constitución de Licurgo en Esparta señalaba como condición requerida para ser ciudadano la de contribuir a la comida pública diaria, con un canon determinado y esto sólo podían hacerlo quienes tenían adecuadas propiedades. Y en la Constitución de Atenas, Solón reconocía que los ciudadanos se dividían en cuatro clases según los bienes que poseyeran, y ser ciudadano en la polis griega era indispensable para ser libre.

Se entendió por "polis" la unión de varias tribus en torno a una divinidad común, un gobernante común y unas leyes comunes. Surgió después de la época tribal homérica y tuvo su auge durante la época democrática ateniense.

Es sabido que los griegos consultaban permanentemente el oráculo ubicado en Delfos, una ciudad que debió su prosperidad a los almeónidas desterrados de Atenas por Pisistrato. Lo paradójico es que según la leyenda el oráculo de Delfos inspiró las leyes o "retras" de la Constitución de Licurgo, una de cuyas normas reconocía la soberanía popular; sin embargo, en las gradas del templo de Apolo en Delfos se

efectuaban los más grandes mercados de esclavos.

El esclavo en aquellas épocas era considerado como un bien, como un semoviente, por lo mismo asimilado a mercancía, sujeto de compraventa.

Se enajenaba al esclavo y al trabajo que éste efectuaba. El derecho romano inspirador lejano del Código de Napoleón y éste a su vez trasladado en sus lineamientos fundamentales a la región andina por el venezolano Andrés Bello, señalaba que el trabajo se arrendaba. Aún no ha sido expresamente derogado de nuestros códigos civiles el capítulo que habla del "arrendamiento de servicios".

Volviendo atrás, es necesario resaltar que el cristianismo primitivo, de clara inspiración asiática, rompió algo la dicotomía esclavo-trabajo, al incluir colateralmente dentro del concepto de trabajo el principio de la caridad y al enseñar Pablo de Tarso que "quien no trabaja que no coma". Pero esto no acabó con la férrea concepción esclavista de los romanos. Se requirió de la presencia de los Bárbaros y de la corrupción del Imperio para que éste se derrumbara y viniera una Alta Edad Media, brillantemente representada por Abelardo pero con él murió también la esperanza de siglos de inteligencia. Vino el oscurantismo, el dogmatismo, la metafísica, la investigación se refugió en la alquimia, la libertad era maltratada en los Tribunales de la Inquisición, la racionalidad era opacada por los esotéricos, el canto llano y gregoriano inundaba las catedrales llenas de santos y de prejuicios. Los esclavos fueron reemplazados en el campo por los siervos de la gleba. La nobleza y el clero se tornaban omnipotentes en la medida que el Feudalismo desplazaba el esclavismo.

En la época feudal, el trabajo intelectual se desarrollaba en universidades, y en el estamento eclesiástico. Se puede decir que la mayor parte de los clérigos conformaban una capa intelectual ligada a la aristocracia de la tierra, disfrutando de privilegios a veces iguales y hasta superior a los de los señores feudales.

Paralelamente formó la aristocracia de la Toga (jurisconsultos y abogados) que se unían indistintamente a la economía urbana o en la rural. Claro que el clérigo intelectual urbano era el técnico de la fábrica quien no tenía ninguna proyección política, como sí la tuvieron los trabajadores intelectuales de provincia.

Hay que pensar que el oficio principal de los señores feudales era hacer la guerra. Pueden mejor calificarse como ociosos.

Precisamente Antonio Gramsci, dice: "En el feudo, el señor tenía todos los poderes". El feudo se caracterizaba

también por un tipo particular de economía que buscaba producir en sus dominios todo lo que era necesario. Por eso los intercambios eran limitadísimos y los campesinos se hallaban indisolublemente ligados a la tierra que cultivaban, en condiciones de siervos de la gleba. El sistema feudal se difundió en Europa por los franceses, en el siglo VIII y sólo fue definitivamente barrido por la vía de la Revolución Francesa.

Pero antes de las revoluciones burguesas hubo manifestaciones militares, sociales e ideológicas que cuestionaban y maniataban el predominio feudal.

Además de los factores económicos y sociales, la incipiente burguesía abonó sus revoluciones con una brillante ideología que contrastaba con la dureza empleada contra el trabajador.

Filósofos y pensadores políticos europeos de los siglos XVII y XVIII no solamente sentaron las bases del pensamiento burgués sino que fueron, en parte, remotos predecesores de la misma filosofía marxista. Descartes, Voltaire y Diderot fueron racionalistas, Hugo Grocio, Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau fueron pensadores políticos y sociales todos se apoyaron en los logros científicos naturales de su época, en las leyes recién descubiertas de la mecánica y operando con la lógica formal, apelando a la razón, criticaron agudamente el ordenamiento feudal y proclamaron las libertades civiles y la igualdad de los hombres. Sus concepciones sobre el progreso histórico y la opinión de que era el contrato social la única fuente racional para la constitución del Estado desempeñaron importantísimo papel en la formación de la conciencia revolucionaria de las masas que atacaron la Bastilla, símbolo de absolutismo y del oscurantismo medieval.

No se puede soslayar la importancia del racionalismo como medio ideológico que ayudó a dislocar el régimen feudal. El racionalismo toma fuerza en el renacimiento con Leonardo Da Vinci, priorizando el método experimental, en Galileo y Copérnico para quienes el verdadero científico debe racionalizar los resultados científicos, uniéndose la teoría y la práctica, elaborando precisos conocimientos de fenómenos determinados.

El cambio de la mentalidad significó una ayuda muy notable para el posterior triunfo de las revoluciones burguesas.

Fuera de lo ideológico también hubo expresiones de hecho: en 1348, en la ciudad alemana de Norimburg fueron derrotados militarmente los señores feudales por la posesión de sus castillos, debido a que aquéllos asaltaban a

los comerciantes.

Casi al mismo tiempo que se afirmaba el feudalismo, nació y adquirió la burguesía importancia. Calificábase como burgueses los habitantes de los burgos o ciudades de entonces. Esas ciudades para que adquirieran el nombre de tales, en la Europa Central, necesitaban de tres condiciones:

Una producción artesanal propia, una moneda y un comercio con mercado para la población del campo. Estos factores mercantiles conllevaron que en las alcaldías hubiera depósitos para las mercaderías de los extranjeros, que en algunos edificios públicos se instalaba la balanza y que en las mismas mansiones de los burgueses se establecieron almacenes, depósitos y se alquilaron las caballerizas. Las ciudades crecieron en la medida que se incrementó el comercio. El estilo de las casas de los burgueses reflejaba la intensidad de la ganancia de esa producción mercantil capitalista.

Por lo general en la época esclavista y en los albores del feudalismo el trabajador era propietario de los medios de producción y si al mismo tiempo era consumidor a eso se le llamaba producción mercantil simple. Pero en la sociedad feudal se visualiza que el artesano requiere emplear aprendices que contribuyan a aumentar la riqueza de ese antiguo artesano que es, se repite, el dueño de los medios de producción. De la producción mercantil simple se pasa a la producción mercantil capitalista cuando surge la manufactura. ¿Quién dio origen a las empresas manufactureras? El capitalista de los comerciantes, es decir el sector que logró acumular en sus manos considerables medios financieros y pasaron a la tarea de vender lo producido por los artesanos, estableciéndose una dependencia de los talleres artesanos, respecto de los comerciantes, pasando éstos a dirigir varios artesanos de un mismo pabellón, ésta era una condición que los comerciantes le plantearon a los artesanos a quienes no les quedó alternativa diferente, entonces pasaron a trabajar conjuntamente llevando a un mismo sitio sus propios medios de producción. Los artesanos al principio emplearon sus propios medios de producción pero después se desarrolló entre ellos una especie de competencia que significó la mejora en la calidad del producto, de ahí se pasó a la división del trabajo, por ejemplo, un carpintero corta las maderas, otros la elaboran, otros componen las diferentes partes del mueble, y esa división del trabajo en esa fábrica manufacturera aumenta considerablemente la efectividad. Hay algo más: subdividiéndose los pasos en la formación del producto, se van

inventando máquinas especiales y el antiguo comerciante se convierte en dueño de esas máquinas, y el antiguo artesano pierde sus antiguos medios de producción porque van quedando desactualizados. Surge la separación entre quien posee los medios de producción y quien no los posee y esta es una característica cualitativamente nueva en comparación con la producción simple y así va surgiendo la fábrica capitalista. Este proceso no fue sencillo, requirió de gran violencia ejercida sobre los artesanos que privados de los medios de producción se convirtieron en simples obreros.

Esto es lo que enseña la historia europea, y se afirma que desde entonces la vida del obrero era un infierno. Las condiciones en los sitios de trabajo eran infrahumanas, el horario de las labores demasiado pesado, una ley inglesa de 1446 lo estableció durante el verano y la primavera desde las cinco de la mañana a las ocho de la noche, con escasos recesos para comer; y en el invierno desde las cinco de la mañana hasta el crepúsculo.

En la misma Inglaterra, desde 1351, se dictó el "Status sobre los obreros" que disponía aprisionar en cepos y encarcelar a quienes no deseaban trabajar. Quienes se escapaban del trabajo eran marcados con hierros candentes.

Y aunque el trabajo en épocas anteriores o en las actuales produce desgaste físico, material o psicológico, no es un concepto absoluto y por eso es diferente a través de las épocas y lo será muy variable dentro del mismo capitalismo.

Hay que reconocer que el capitalismo puso fin a la técnica rutinaria y dotó al trabajador no solo de nuevos hábitos y experiencias sino también de conocimientos profesionales. Pero no es el trabajador quien controla su propio trabajo, sino el capitalista quien se adueña de lo que produce el trabajador. Surge el obrero asalariado, que aunque jurídicamente es libre está atado económicamente al capital.

La organización del trabajo en el sistema capitalista actual de nuestros países, va desde el taylorismo hasta el trabajo en grupo. Y, especialmente en Colombia y Venezuela, se nota el impacto de la revolución científico-técnica.

#### **4. La RCT**

La revolución científico-técnica comenzó en la década del sesenta. En la RCT la especialización de la producción se realiza no sólo entre empresas y ramas industriales sino también entre países capitalistas, los cuales se especializan en la fabricación de determinados productos para luego

intercambiarlos entre sí. La RCT ahonda el abismo entre los países en desarrollo y las naciones subdesarrolladas. En el capitalismo el enorme potencial técnico y tecnológico se utiliza directamente no tanto en beneficio del hombre sino en aras de su subordinación y como los países desarrollados son los únicos que pueden hacer investigación o comprar lo que se haga en los países subdesarrollados ello aumenta más el desequilibrio.

Con la RCT aparece el obrero asalariado universal, instruido y altamente calificado, eso profundiza la oposición entre la ciudad y el campo. Paralelamente al trabajo de los niños se desplaza hacia la agricultura y el área de los servicios.

Ese nuevo obrero calificado produce el trabajo necesario para un aceptable nivel de vida, aumentándose la distancia entre esta clase trabajadora y el que no es especializado. Como también se acrecienta la distancia ideológica y social entre quienes consiguen trabajo y quienes no lo logran.

Hay quienes dicen que la moderna sociedad se dividirá en dos clases: la de quienes se ubican en puestos de trabajo y la de quienes no lo logran o consiguen. Apreciación simplista de todas formas, lo que no admite la menor duda es que el concepto de trabajo se va modificando. Y aquí como en Europa, se califica como trabajo no solamente el físico sino el intelectual. Lo curioso es que respecto al acercamiento ideológico de Latinoamérica con Europa, no son hoy las burguesías quienes lo acentúan porque se han inclinado al pragmatismo norteamericano. Son precisamente los intelectuales cercanos a la clase obrera y muchos dirigentes de ésta quienes a través del marxismo o ideologías afines recogen el pensamiento europeo.

Para una nueva racionalidad debe apreciarse el trabajo bajo distintas ópticas. No solamente la marxista. Esto permite nuevos puntos de vista que oxigenan el derecho del trabajo.

Lo anterior permite profundizar también sobre nuevos conceptos que expliquen el derecho laboral.

Y que sirva no solamente para los trabajadores asalariados sino para el amplio espectro de la economía informal, con sus contradicciones de toda índole. Las condiciones objetivas de Latinoamérica, el mundo circundante de quien aquí labora obliga darle al concepto del trabajo una nueva dimensión.

**II. El derecho** Las leyes vigentes entienden el derecho colectivo del trabajo como la codificación de una tregua pactada entre dos partes en conflicto. Suscitado el enfrentamiento entre un sindicato y el patrono, el Estado pone a operar una serie de normas orientadas hacia el entendimiento entre las dos partes, y, para dar la imagen de imparcialidad el mismo Estado permite el derecho de asociación, reglamenta la organización y funcionamiento del sindicato. Pero en el instante definitivo del conflicto, el Estado se inclina mediante actuaciones judiciales o administrativas en favor de los patronos. Esta es la realidad. En esta etapa final, el Estado moderno es el instrumento político de las clases dominantes. En el momento de expedirse la norma, y leyendo ésta, parecería que el Estado tiene como fundamento la conciliación de fuerzas.

Hay oscilar continuo entre la norma y la realidad, hay grandes, medianos o pequeños pero importantes enfrentamientos entre patronos y trabajadores, entre capital y trabajo, surge la necesidad de darle peso legal a los acuerdos que solucionan los conflictos. En otras palabras, la actual concepción del derecho colectivo del trabajo va a remolque de las contradicciones y de las luchas sociales y ello ha obligado a que los estudiosos hablen de conflicto jurídico o de derecho y del conflicto económico o de intereses.

### **1. Conflicto jurídico y conflicto económico**

Alfonso Romero Buj, uno de los más importantes abogados colombianos al servicio de los trabajadores, desafortunadamente asesinado hace unos años, en un famoso alegato, explicó así la distinción entre el conflicto jurídico y el conflicto económico:

"Vale la pena precisar el sentido de esta clasificación. No se trata de saber si el uno versa sobre cuestiones privativamente jurídicas y el otro sobre aspectos económicos, como la interpretación vulgar y anticientífica lo postula. Todo conflicto obrero-patronal tiene un aspecto jurídico y otro económico. No hay petición obrera que no tienda a traducirse en una norma de derecho y que al mismo tiempo implique una consecuencia traducible en dinero, sea mediata o inmediata.

"El simple reconocimiento de un sindicato, por ejemplo, conlleva repercusiones económicas en detrimento del patrono y en beneficio de los trabajadores, como la no despreciable de ser sujeto activo de la contratación colectiva.

"Oponiéndose a esta versión infantil, los juristas califican como conflicto jurídico el que pretende aplicar o

interpretar un derecho pre-existente (legislativo-convenional o de costumbre) y conflicto de intereses, aquél que se orienta a crear un derecho nuevo o a modificar el existente en favor de los trabajadores. Napoli (*Manual del derecho sindical*) se pronuncia: 'Los primeros (de derecho) son concebidos como los que se refieren a la aplicación de un derecho nacido y actual sin importar que ellos surjan de la ley o de un contrato individual o colectivo, y los segundos, como aquéllos que hacen mención a una reivindicación que tiende a modificar un derecho existente o crear uno nuevo' (p. 187). El eminente profesor mexicano Mario de la Cueva reproduce en su tratado la definición que da la OIT: 'El conflicto jurídico se refiere a la interpretación o aplicación de un derecho nacido y actual, poco importa que éste tenga su fuente en una prescripción formal de la ley, o en una disposición de un contrato individual o colectivo. El conflicto de intereses no versa sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o en el contrato, es una reivindicación que tiende a modificar un derecho existente o a crear uno nuevo'. (*Derecho mexicano del trabajo*, T. II, p. 748).

"El extinto Tribunal Supremo del Trabajo y la actual Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (en Colombia) han cogido sistemáticamente esta característica. En fallo de homologación del 26 de agosto de 1948, se adopta en su integridad el siguiente enfoque del argentino Mario Deveali: 'En el conflicto de derecho se persigue la interpretación o aplicación de una norma establecida en la ley o en la convención colectiva o en el contrato individual o en el reglamento de trabajo. En el conflicto económicamente busca, en cambio, la fijación de condiciones de trabajo, por no estar previstas, o la modificación de las normas existentes, por haber variado la situación económica o social que les sirvió de base...'".

De lo anterior se deduce: que sin conflicto no habría derecho. Y, se dirá dentro de la teoría marxista: sin lucha de clases no habría conflicto.

Dentro de una correcta perspectiva el derecho colectivo del trabajo debe ser lo que dicen nuestros códigos, lo señalado por Romero Buj al precisar la diferenciación y continua interrelación entre el conflicto económico y el conflicto jurídico, pero tiene que ser ALGO MAS.

Considerar solamente el ámbito dentro del cual se desarrolla la confrontación, es un mero juicio negativo que obliga a buscar adicionales facetas positivas.

El derecho colectivo del trabajo no puede quedar reducido a la regulación de la actividad sindical, entre

otras cosas porque al menos en Indoamérica, son muchos más los trabajadores no sindicalizados.

## **2. Derecho indígena**

Aunque los indígenas no conocieron formas precisas de escritura (salvo el caso de los Mayas), sus normas de conducta o de Derecho aparecieron al mismo tiempo que el Estado, pero el derecho no fue la imposición de una clase social sobre la otra como en términos generales lo plantea el marxismo. Lógicamente que en la estructura piramidal precolombina había jefes con poderes y jueces con jurisdicción pero aquellos eran ejecutores de una función social de la comunidad y, respecto a los jueces, es interesante anotar que en algunas partes juzgaban en colectivo de cuatro personas, para simbolizar a los cuatro puntos cardinales.

Es importante también decir que las comunidades que laboraban en grupo, sin que alguien explotara el resto, se llamaban dentro de los enormes territorios del imperio Inca "aillus" y "calpillus". No es aventurero afirmar que en la época precolombina existió propiamente un derecho colectivo del trabajo, no como expresión de conflicto sino de satisfacción.

## **3. El derecho comunal quichua**

La comunidad quichua desarrolló un sistema jurídico basado en los siguientes aspectos:

El makipurarina o la reciprocidad

Yanaparina o la solidaridad

Pajtachina o la equidad

Huacaichino o la seguridad

Samaisai o la armonía

Pamawai o del respeto al universo y al hombre.

El poeta y jurista Wankar Ariruma Kowi, de la comunidad de Otavalo dice: "A nivel de los Andes los pueblos indios tenemos una visión diferente respecto al universo y al hombre. Así mientras occidente considera y enseña que el hombre debe dominar la naturaleza, explotarla y comercializarla, que debe dominar y explotar al hombre y a su costa enriquecerse, nuestros pueblos en cambio consideran que el hombre al ser producto de la naturaleza, al ser esencia de ésta y por ende sus hijos éste le debe respeto a su madre y debe cuidarla y no convertirla en objeto de enriquecimiento y de comercialización, ésta debe ser de beneficio colectivo y no individual.

"La tierra como el hombre y todos los seres vivos del planeta son considerados sagrados y no debe abusarse de ellos porque caso contrario se atenta contra un elemento fundamental que permite mantener la armonía, ya sea en el ecosistema de la ecología o en el desenvolvimiento mismo de la sociedad.

"La ley natural es investigada e implementada a la vida de nuestros pueblos, de ahí que los antiguos Kurakas, Willaumus, los Amauta, el mismo Inca, aprendían los secretos de la naturaleza, el lenguaje del cosmos, etc., en suma el desarrollo social de nuestros pueblos respondía a los principios que rigen la vida del universo.

"Para hacer extensivo el conocimiento, la enseñanza del derecho comunal quichua, nuestros antepasados denominaron a la ley, a la norma con el término de *kamachi*. Construido de una palabra y un morfema. *Kamac* significa poder de todos los poderes, y el morfema *chi* equivale al hecho de realizar o ejecutar una acción, en otras palabras, *kamachi* viene a significar el poder o la voluntad de hacer algo".

Lo concreto es que los "hermanos mayores", o sea quienes primero poblaron nuestro continente tenían su propio concepto sobre el derecho colectivo, las normas del Pacha Mama eran de naturaleza evidentemente colectiva, y en forma no coercitiva conllevaban el equilibrio de la sociedad, sin cárceles, aunque con otra clase de castigos pero dentro del principio de que "un orden que no es natural es desorden".

En fin, el derecho comunal quichua garantizaba, protegía y mantenía la armonía de la madre tierra y el hombre. Su razón de ser era la vida y no se caracterizaba (como en occidente) por intereses netamente económicos o de poderío.

La mita y el cacicazgo fueron otras instituciones indígenas que los españoles manipularon. Pero, no obstante aún permanecen fuertes elementos jurídicos del antiguo derecho comunal quichua. En el Ecuador, hay en la provincia de Imbabura, Cantón de Otavalo un instituto jurídico quichua, en Quito se efectúan seminarios, al fin y al cabo el 45% de la población ecuatoriana es indígena.

En el Perú y Bolivia el porcentaje puede ser similar. En Colombia en menor escala, y casi nulo en Venezuela.

Ese derecho indígena ha sido reconocido aun por la OIT (1957 - el convenio 107). En 1989 se aprueba en tal organismo de las Naciones Unidas el Convenio 169, mejor logrado que el 107, pero desgraciadamente sin la plena

participación de los indígenas en su estudio y conformación.

La bandera del arco iris propia de los indígenas de esta América del Sur simboliza también que el derecho colectivo del trabajo debe ser integral, no puede quedar reducido a una sola forma organizativa: la del sindicato (de eminentes antecedentes europeos) máxime cuando el sindicato pasa por una crisis muy profunda y disminuye el número de sus efectivos.

El 19 de abril, día recordatorio del indígena, en la ciudad de Quito, proclamaron los seguidores del CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, fundada en 1988):

"Es fundamental importancia que en los diferentes Estados en donde existen pueblos indios se creen a nivel nacional y provincial, instancias especializadas del derecho indígena, en el mismo sentido es imprescindible que a nivel latinoamericano y continental se creen organismos internacionales de derecho indígena porque solamente de esta forma se podrá legitimar con mayor propiedad el derecho de los pueblos indios, así como las diversas normas internacionales que la ONU oportunamente ha emitido con el carácter obligatorio para todos los estados del mundo.

"Es importante la creación de estas instancias nacionales e internacionales porque las concepciones y fundamentos del derecho indio chocan abiertamente ya se porque la norma india se fundamenta en lo comunitario, ya sea porque las normas que se elaboran para los indios por organismos extraños enfocan dichas concepciones con un espíritu individual contrario a la cosmovisión de nuestro pueblo".

No tiene sentido que el derecho colectivo del trabajo quede reducido a la vida jurídica de los sindicatos, que los conflictos sean tratados con normatividad contestataria, que se limite a los obreros asalariados, subordinados y minoritarios. Hay que replantear no solamente el concepto proletario sino de derecho colectivo del trabajo. Un nuevo derecho participativo y no simplemente de organizaciones que operan mediante la democracia representativa. Un nuevo derecho para la vida. Sin barreras burocráticas. Unido a la naturaleza, modificándola pero manteniendo el equilibrio. Justicia sin equilibrio no es equitativo.

Hasta ahora he analizado en esta investigación el trabajo y el derecho. Pero en el derecho del trabajo, en el ámbito colectivo, hay otro elemento: el diálogo.

Aventuro un análisis sobre este tópico para redondear el planteamiento de una nueva racionalidad jurídica.

**III. Conflicto y diálogo** Es una equivocación considerar que todo conflicto debe finalizar en una ruptura, con vencedores y vencidos, en el mundo moderno lo que se impone es el diálogo.

**1. Esquema del conflicto**

El sectarismo que caracterizó a buena parte de los dirigentes sindicales creó la ilusión de que se estaba a las puertas de la dictadura del proletariado y por lo mismo cualquier episodio surgido entre patronos y trabajadores era catalogado como un eslabón en la lucha de clases que ineludiblemente habría de finalizar con la derrota de capitalismo.

Se teorizó el conflicto como un antagonismo propio de contradicciones irreductibles.

La situación actual ha obligado a modificar esos esquemas dogmáticos y buscar nuevas orientaciones.

Vale la pena citar unas frases del sociólogo peruano Alejandro San Martín, en su "Esquema para un trabajo de investigación sobre el conflicto en la sociedad peruana":

"Los conflictos ocurren en la escasez de posiciones y de recursos. La primera es la condición por la cual dos objetos no pueden ocupar un mismo lugar al mismo tiempo por la cual un objeto no puede cumplir dos roles al mismo tiempo.

"En el caso de la escasez de recursos, el conflicto surge porque todos los actores no pueden tener todo lo que necesitan o desean y el goce del recurso por uno de ellos excluye al otro, diferentes juicios de valor subyacentes y mutuamente incompatibles, excluyentes y opuestos, condicionan el conflicto.

"Los comportamientos conflictivos son aquellos destinados a destruir, herir, frustrar o controlar a la otra parte o actor. En la relación del conflicto una parte puede ganar -en los términos relativos- y otro pierde, lo que puede conducir al conflicto en un juego. Punto fundamental la intención y el objeto de la acción. El comportamiento conflictivo puede estar o no acompañado de expresiones de agresividad, tales como gritos, hostilidad en el gesto, etc., o por el contrario, construir una actividad o actitud esencialmente cerebral, inexpresiva, pero de alta tensión conflictiva. El comportamiento en todo caso está destinado a destruir, herir, frustrar o controlar a la otra parte o actor.

"El conflicto es interacción de los actores, es decir, acciones y reacciones opuestas entre las partes. El conflicto es sinónimo de acción. Sin ella no puede existir. Esta dinámica supone la prosecución de valores incompatibles o excluyentes.

"La relación conflictiva siempre implica intentos de ganar el control de recursos o posiciones, o influir en el comportamiento en cierta dirección. En consecuencia, una relación de conflicto involucra siempre el intento de adquirir o ejercer poder. Este puede definirse como el control sobre las decisiones y como la base de la influencia recíproca entre las partes. El conflicto refleja pues, la lucha por el poder.

"Ahora bien, el conflicto representa un proceso de interacción social fundamental. No se trata de una ruptura o cese de la interacción. Cumple así importantes funciones para las partes y para el sistema del cual forma parte. Un proceso de conflicto significa una tendencia sólo temporal hacia la disolución de flujo de interacción entre las partes".

Si se considera al conflicto como una interacción, ello conlleva no la destrucción sino la concertación y el diálogo e inclusive el diagnóstico y la prevención de situaciones conflictivas. Es decir, pareciera que estamos en la época en que el conflicto debe convertirse en creador y así lo deberían ver los dos extremos de la relación laboral. Parece ser que es el momento de la distensión. Y, el conflicto debe suponer necesariamente el respeto por la vida y el trabajo.

Para la solución de los problemas hay que tener gran amplitud. Se debe integrar a todas las clases y capas sociales (exceptuando, claro está, a quienes tengan ideología fascista o racista), sin perder de vista que todo diálogo debe contemplar la participación de las partes en las decisiones y el manejo del Estado y el poder.

La defensa de la vida y el esfuerzo por evitar que ella sea puesta en peligro son un tema que cada día se vuelve más natural en todo el mundo. La vieja concepción de que la guerra es la continuación de la política, por otros medios comienza a perder vigencia porque el futuro de la humanidad no había sido amenazado antes en forma integral. No tienen sentido las luchas armadas indefinidas, ni las que al final no dejan ni vencedores ni vencidos, ni mucho menos las confrontaciones atómicas, que significarían la desaparición de la humanidad. Y para defender la vida y el trabajo hay que dialogar. Donde no hay diálogo se le hace el juego a la muerte. Y trabajo y vida se unen.

## **2. El diálogo**

Es una forma de superar los conflictos. Empleado en el derecho, especialmente en el mecanismo de la conciliación, se está convirtiendo casi en una fuente del derecho. Aceptado por la civilización, merece destacarse el caso africano.

Un colectivo de autores de las facultades de derecho de la Universidad de La Habana, Camagüey y Oriente, en un estudio sobre la "Historia del Estado y el derecho americano y africano", publicado por la Facultad de Derecho de la primera universidad citada, al analizar el diálogo como norma social expusieron:

"El uso quizás excesivo de las consultas al colectivo fue puesto de relieve por Julius Nyerens cuando decía que los hombres conferencian largamente hasta que se ponen de acuerdo (las interminables palavev), esta conferencia o discusión es esencial en la sociedad africana tradicional, es requisito de toda decisión y la decisión tiene que ser unanimidad aunque en realidad se trata más de consenso que de unanimidad" (p.204).

Otro ejemplo histórico de diálogo es el que hace más de cinco años sostuvo el PSUA (partido de gobierno de la ex-RDA) con el SPD (de Alemania Federal), tratando de fijar el sentido en que debía proseguirse la disputa entre las dos ideologías, la socialista y la capitalista. No se trataba de aproximarlas ya que el pluralismo filosófico es incompatible, sino señalar las reglas de juego para el pluralismo político. Una primera conclusión de este diálogo fue la de calificar como la mejor concepción política la que permitiera una mayor felicidad al hombre. No triunfará el sistema que tenga mejores argumentos sino el que facilite un mejor bienestar.

La experiencia ha demostrado que para el diálogo tenga un nivel elevado debe sustentarse en el no empleo de la mentira, ni de las verdades a medias, ni de conductos oscuros porque una de las finalidades de todo diálogo es aumentar el número de amigos no de enemigos.

En términos generales para que un diálogo sea efectivo tiene que reunir determinadas condiciones materiales: que se garantice su éxito y que haya flexibilidad y disponibilidad para hacer compromisos. Es indispensable confiar en la contraparte. Esta confianza es fundamental porque permite posteriormente controlar la realización de los compromisos.

Se podría argumentar que tratándose de la lucha de clases no se puede tener confianza en la contraparte porque de tenerla se podría caer en la claudicación.

Los cambios profundos que ha habido en el capitalismo y en el socialismo replantean el equemático enfrentamiento de los explotadores contra los explotados.

Se tiene el caso colombiano donde una organización guerrillera, el ELN, por primera vez en 26 años de lucha se sienta a hablar con el gobierno sobre algo concreto: la paz.

**4. Conclusión** Una visión amplia sobre el concepto de trabajo, una cultura integracionista sobre el derecho y una forma civilizada de solucionar los conflictos pueden ser los parámetros para conformar un nuevo derecho colectivo en la región andina. La ilusión es tener un Código Colectivo del Trabajo común para los cinco países bolivarianos. Si va a haber unas mismas relaciones económicas entre ellos, es lógico que exista cierta identidad jurídica.

Nuestros sindicatos nunca han apelado a la racionalidad jurídica indoamericana. Buena parte de las directivas sindicales en América Latina recibieron apresurados cursillos inspirados en postulados aplicados dogmáticamente y se tuvo la historia de la lucha obrera en Europa como espejo para mirar nuestros propios conflictos. Ocorre que al derrumbarse estruendosamente el burocratismo de los partidos obreros y al fracasar el modelo stalinista del Estado, quiérase o no, el movimiento sindical también ha quedado golpeado. Y en la búsqueda de salidas a este atolladero la clase obrera no ha acudido a la ayuda, así sea colateral, de la propia juridicidad indoamericana, a veces caótica, incoherente, sin embargo rica y variada, justa y pacífica, alejada muchas veces de la teoría marxista sobre la conceptualización y práctica del trabajo, el derecho y la estructura del estado. Es bueno reivindicar el derecho comunal indio para proyectar el derecho colectivo actual.

Por eso se propone que el derecho colectivo del trabajo en los países andinos vaya más allá de su estructura actual, incorporándose dentro de él temas que están en el derecho individual del trabajo (como el reglamento de trabajo), cumpliéndose realmente lo aprobado en los convenios internacionales de la OIT; además, teniendo en cuenta que la revolución científico-técnica ha modificado el concepto clásico de proletario y que el sindicato ya no es la única expresión de las relaciones colectivas. Y, fundamentalmente, que somos Estados multiétnicos y de culturas muy diferentes, luego las diversas formas de conducta jurídica deben integrarse y no excluirse.

Ya se dijo anteriormente que la propuesta es que el derecho colectivo una el derecho sindical (normatividad del conflicto) con el manejo del diálogo (superación del conflicto) y con el derecho comunal indio (ya no es el conflicto la razón de ser del derecho). Este sería el nuevo derecho colectivo del trabajo en la región andina dentro de una nueva racionalidad jurídica.

**Derechos humanos y trabajo Internacional:**

**A propósito de la Subcomisión  
de las Naciones Unidas  
para la Prevención  
de la Discriminación  
y la Protección de las Minorías**

---

**Germán Palacio**

Investigador ILSA,  
Profesor Universidad Nacional de Colombia

---

Este artículo tiene tres propósitos principales: a) hacer un breve recuento teórico-fáctico sobre la decisión de los militantes de la causa de derechos humanos de América Latina de dedicar gran parte de sus esfuerzos a la acción internacional; b) presentar algunos consejos prácticos sobre uno de los foros de carácter internacional en los cuales ya se ha empezado a participar, cual es la "Subcomisión para la Protección de las Minorías y la Prevención de la Discriminación" de Naciones Unidas; c) presentar unas reflexiones críticas sobre la acción internacional en organismos intergubernamentales tales como las Naciones Unidas.

**1. Introducción**

Desde mediados de los años 70 las luchas y reivindicaciones de sectores sociales subordinados o de grupos políticos perseguidos en Latinoamérica han sido formuladas en términos de derechos humanos (D.H.). A diferencia de los años anteriores, desde esta época tuvieron gran aliciente las causas de los D.H. a raíz de la modificación de la estrategia ideológica de la política estadounidense de Jimmy Carter frente a sus contrapartes de la Unión Soviética y sus satélites de Europa Oriental. Asimismo, el papel de la Iglesia Católica en estas campañas tuvo una

gran incidencia. La llegada al Vaticano de un Papa perteneciente a un país católico de Europa del Este hizo parte del mismo juego. Y en América Latina, bástenos recordar la importancia de la Vicaría de la Solidaridad, por un tiempo, casi la única fuerza opositora en el Chile de Pinochet.

Pero mientras la Iglesia ha mantenido una cierta continuidad en esta política, a pesar de la presencia de una importante derecha en su seno y de cardenales militaristas, la política norteamericana fue más errática. La de Jimmy Carter sirvió de soporte *internacional* a la formulación de críticas a los gobiernos autoritarios de América Latina aunque no por mucho tiempo. En cambio, las campañas de defensa de los D.H. se vinieron abajo prácticamente cuando, con el ascenso de la Nueva Derecha en los Estados Unidos a comienzos de los 80, el gobierno de Ronald Reagan escogió una política de contención del Bloque Socialista a través de la carrera armamentista y la "guerra de las galaxias".

No obstante, en América Latina las críticas a los gobiernos autoritarios y militares siguieron siendo formuladas en términos de violación de D.H.. La carencia de ese apoyo (así fuere indirecto) a las luchas por los D.H. de parte de los Estados Unidos obligó a los militantes del campo a buscar otras formas de acción internacional. Las Naciones Unidas, por ejemplo, empezaron a ser consideradas un campo de la denuncia internacional.

La Carta y la nacientes instituciones de las Naciones Unidas, en particular la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y otros convenios y convenciones regionales empezaron a verse con interés como instrumentos para desarrollar la lucha y ampliar las denuncias contra los regímenes militares. Y fueron quizás los chilenos, en primer lugar, y luego los argentinos quienes comenzaron a desarrollar el campo con mayor éxito. En el caso de los luchadores chilenos por las causas de los D.H., ciertas circunstancias de la coyuntura política y de la solidaridad internacional hicieron más propicio el éxito. La violación de D.H. en Chile, por ejemplo, fue incluida reiteradamente en la agenda de la Comisión y Subcomisión de Naciones Unidas que se dedican a la promoción y protección de los D.H.

Voy a referirme específicamente a experimentos en el Foro de las Naciones Unidas y, en particular, a la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Pro-

tección de las Minorías que sesiona durante el mes de agosto en Ginebra, Suiza.<sup>1</sup> En estas notas trataré de combinar reflexiones generales con experiencias específicas. Dejaré de lado otras iniciativas de carácter internacional tanto o más importantes que el trabajo en Naciones Unidas. Se trata de una contribución marginal a estas acciones, la cual debería ser criticada, corregida o aumentada. Antes de presentar consideraciones sobre los dilemas y desafíos de esta búsqueda empezaré haciendo recuento del bagaje de varios de los latinoamericanos que han tomado recientemente el camino de la acción internacional.<sup>2</sup>

## **2. Itinerario latinoamericano Derechos humanos y cambio social: continuidad y ruptura**

Las luchas de los grupos sociales explotados, oprimidos o discriminados por una sociedad mejor en América Latina como en otros lugares del mundo han chocado usualmente con la resistencia de grupos sociales privilegiados y del Estado mismo que, enraizado en las divisiones propias de las sociedades de economía de mercado contribuye al mantenimiento de un estatus quo en favor de los privilegios aunque haya cambios entre los privilegiados.

Las revoluciones burguesas, la francesa y norteamericana con mejor aparato publicitario, lograron formular algunos límites en la acción del Estado en nombre de la

- 
- 1 Los comentarios relacionados con el funcionamiento de la Subcomisión de D.H. para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías se originan en mi participación en las sesiones de agosto de 1990. Mi presencia en esa ocasión como miembro del equipo del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) se debió a la invitación de Habitat International Coalition (HIC), organización no gubernamental (ONG) que gozando de estatus consultivo en las N.U. tiene una gran experiencia en instituciones internacionales en las cuales participa dentro del campo de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, dentro del campo del derecho a la vivienda y a un habitat digno.
  - 2 CODEHUCA, ILSA y la Comisión Andina de Juristas son algunas de las entidades que han empezado a explorar este campo. CODEHUCA, en primer lugar, por razones asociadas a la importancia de Centroamérica en la geopolítica de los Estados Unidos en la década de los 80; ILSA y la Comisión Andina de Juristas por la necesidad de denunciar la grave situación de violación de D.H. en Perú y Colombia en un enrarecido ambiente por razones mitad ficción, mitad realidad asociadas a la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, y en defensa de mitad ficción, mitad realidad la democracia.

defensa de los llamados "derechos civiles y políticos". Esos límites tendían en el largo plazo al mantenimiento de la sociedad como un todo. Desde entonces cada vez que el Estado al interior de sus fronteras desborda estos límites, sus actuaciones son consideradas violaciones a los D.H. Al mismo tiempo, no hay gobierno que no se autoproclame campeón de la defensa de los D.H. Esta retórica por los D.H. tiene un sentido tan universal en el mundo moderno, como lo tuvo en la Edad Media el Cristianismo en Europa (Santos, 1990).

Históricamente pues, los derechos humanos están vinculados a la irrupción social de una nueva clase dominante (en sus orígenes de la clase burguesa). En su naturaleza, han afirmado los autores, eran derechos de carácter individual. A lo que habría que agregar, privilegios de sexo. Básicamente, se trataba de los derechos del hombre. Esta pretensión de universalidad ha hecho encontrar a los propagandistas y vulgarizadores de esta ideología, orígenes de los D.H. en El Corán, en el Cristianismo o en el Budismo. Todo el mundo tiene hace parte entonces de esta tradición, Occidentales y Orientales (Newman y Vasak, 1984). No cabe duda que en antiguos libros religiosos se encuentran recomendaciones sobre el derecho de gentes o sobre prácticas humanitarias asociadas a la guerra. Pero eso es completamente distinto a hablar, como lo concebimos actualmente, de D.H.<sup>3</sup>

En su tiempo, Marx formuló una crítica devastadora a la ideología burguesa de los derechos humanos. Aunque es cierto que también muchos pretendieron encontrar una vena humanista en los escritos sobre el fetichismo de la mercancía y la reificación generado por el trabajo asalariado. No obstante, hay diferentes formulaciones en esta crítica que ha tenido dos vertientes: una, relacionando al mercado capitalista como el "Edén de los Derechos del Hombre y el ciudadano" (Marx, 1941; Pashukanis, 1979); otra, recordándonos el carácter de clase de esta formulación (Stuka).

La izquierda latinoamericana de la década de los sesenta, profundamente revolucionaria y crítica, solía tomar al pie de la letra los comentarios del viejo y venerado Marx. Sin embargo, los regímenes autoritarios y, en particular, las dictaduras militares (no las populistas, sino las

---

3 Dudas sobre este carácter universal de los derechos humanos, aunque todavía formuladas en lenguaje jurídico, se pueden encontrar en M'BAYE, Kéba y NDIANE Birame (1984).

que impulsaron el neoliberalismo "realmente existente" y también las dictaduras y democracias de "baja intensidad" centroamericanas) hicieron replantear a los luchadores por cambios sociales la importancia de la lucha por los D.H. Sin duda, no sólo los sectores populares, las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y aún las mujeres latinoamericanas empezaron a formular sus demandas en términos de luchas por los D.H.

En realidad no se trataba solamente de un olvido, replanteamiento o crítica a Marx, o simplemente un redescubrimiento de la importancia de la democracia representativa, como suele decirse desde el Cono Sur del continente (Lechner, 1980, 1986; De Oliveira, 1990), sino que la política del mandatario norteamericano (Carter), sino que cerró la década de los 70 apuntaba, después de la derrota en Vietnam, a un cambio de estrategia en la confrontación Este-Oeste. Y ese cambio de estrategia recuperaba un factor ideológico que los Estados Unidos han sabido, como buenos publicistas que son, manejar con especial destreza: la democracia, la libertad, en fin, los "derechos humanos".

Para formular las luchas, críticas y reclamos al Estado era mucho más aceptable, o digamos menos peligroso, en la época, hacerlo en términos de D.H. Obsesionados como estaban las élites y ejércitos latinoamericanos en combinación con el gobierno norteamericano en la lucha sin cuartel contra el comunismo, había que evitar la acusación de "rojo". Las luchas formuladas en términos de D.H. eran al principio un motivo menor de preocupación, hasta la década de los 80 cuando el autoritarismo latinoamericano empezó a consolidar la idea de que los militantes de D.H. eran comunistas con piel de oveja. Lo cierto es que estos luchadores de los D.H. eran también militantes de cambios sociales profundos. Y ésta era la línea de continuidad con el pasado. Sólo que pensado a la luz de los cambios mundiales del segundo quinquenio de la década este fenómeno resultaba más bien paradójico: qué dirían los militantes de D.H. en Europa del Este o en China a fines de los ochenta si fueran acusados de comunistas por luchar por los D.H.?

En todo caso en los 80 numerosos autores latinoamericanos han enfatizado la ruptura de las causas de D.H. con el pasado revolucionario o crítico. Aquéllos que alguna vez esgrimieron los argumentos de Marx son los que ahora se han "convertido" a la causa de los D.H. Es más, desde el segundo quinquenio de los 80 cuando los distintos gobiernos fundaron agencias estatales dedicadas a la protección de D.H. (Colombia, Perú, México, Argentina, entre otros) fueron estos antiguos izquierdistas quienes las encabeza-

ron. Al fin y al cabo la burguesía también le hizo legados a la humanidad, dirían. Además ya está pasada de moda la década de los 60.

Sin embargo, hubo muchos que no sólo defendieron la causa de los D.H. sino que fueron poco a poco formulando su "reconversión" (Rojas, 1989; Mingione, 1989; Bolívar, 1990). Y es aquí donde verdaderamente podemos encontrar la idea de la continuidad y el sentido del cambio. *Continuidad* porque muchos de estos militantes provenían de fuerzas que trabajaron en el pasado desde perspectivas revolucionarias por cambios sociales profundos. *Cambio* porque en las prácticas de defensa de los D.H. una comprensión diferente de ellos se ha ido desarrollando.

La reconversión de la causa de los derechos humanos en América Latina ha mostrado cómo la gran mayoría de las violaciones de los derechos civiles y políticos están directamente asociadas a la violación de lo que llaman la segunda y tercera generación de D.H. Y que es una falacia dividir los unos de los otros, o tomarlos por separado. Así por ejemplo, el indígena guatemalteco no es asesinado simplemente debido a la brutalidad e irracionalidad del aparato militar; tampoco sólo por oponerse a los designios geopolíticos de Washington. Básicamente es desaparecido, ejecutado extrajudicialmente, torturado, etc. debido a que lucha por su tierra y se resiste a la continuación del despojo contra su pueblo y a la desintegración de su comunidad; por eso los D.H. de la comunidad indígena, que no son los del individuo, son conculcados. Pero algo similar ocurre con el líder obrero, con el dirigente de las luchas cívicas; y también con el militante de derechos humanos: lucha, como en el pasado pretendieron los revolucionarios, por una sociedad mejor.

### **Estado y dimensión internacional**

La lucha por la transformación social formulada en términos de D.H. es, en América Latina, más bien reciente. Asimismo, la retórica de la protección de éstos por parte de los gobiernos latinoamericanos. Sin embargo, la década de los 80 persuadió a los diferentes gobiernos de la región, ahora con fachada de democracia representativa, a tomar acciones específicas y fundar instituciones. No son pocos los gobiernos latinoamericanos que tienen oficinas especialmente encargadas de la protección y difusión de éstos como parte de la estructura del Estado. La independencia de estos organismos frente al Estado, sobra decirlo, es nula. Y su eficacia en la protección es mínima. Sin embargo, su función real básica es tener una carta de presentación

frente al exterior. Por supuesto que no es por convicción que se ha desarrollado la institución. Es bien sabido que numerosos organismos y gobiernos hacen consideraciones sobre políticas de D.H. para prestar "ayuda" económica a países de menor desarrollo. Esta es una de las razones por las cuales los gobiernos no pueden descuidar esta área.

Al mismo tiempo que los Estados desarrollan estas políticas los militantes de D.H. en América Latina le conceden mayor importancia a la dimensión internacional. Muchas de las movilizaciones y protestas al interior de los países han resultado olímpicamente desoídas en un contexto de restructuración de las economías que aplican políticas de ajuste y se vuelcan a exportar, desechando las estrategias reformistas o populistas del pasado. La denuncia, protesta y movilización interna debe ser complementada por una estrategia capaz de hacerse escuchar en el campo internacional.

### **D.H. y transiciones a la democracia**

Mientras que para unos países la transición a la democracia fue la garantía de la finalización de la violación sistemática de los derechos civiles y políticos, tal es el caso del Cono Sur, al tiempo, los cambios de gobiernos militares a civiles fue en otros lugares la estrategia de encubrimiento de la violación de éstos, como bien lo prueba Centroamérica.

La denuncia de las violaciones de D.H. es relativamente más fácil de aceptar o comprender por foráneos, particularmente del Norte desarrollado, cuando los sistemas políticos de los países de que se trate son de carácter militar. Sin embargo, en la década de los 80 con la incorrectamente generalizada expresión "transición a la democracia" (Rojas, 1990), se hizo mucho más difícil presentar los casos de numerosos países en los que estaban ocurriendo graves y sistemáticas violaciones de los D.H. En Guatemala, El Salvador y Honduras, por ejemplo, la llamada "democracia de baja intensidad" (Torres Rivas, 1988) implantada de manera coordinada por un Estado altamente militarizado y con el patrocinio y la asesoría de Washington se empeñaba en mostrar las mejorías que se estaban produciendo en el campo de los D.H. como producto de los nuevos regímenes llamados democráticos.

De otra parte, en países andinos, tales como Colombia y Perú, se presentaba la grave situación de violación de D.H. como problema de defensa de la democracia atacada por fuerzas internacionales "narco-terroristas". Y en países como Venezuela, para poner un caso extremo, era

imposible mostrar que las violaciones de D.H. existían; lo que pasaba era que recorrían principalmente las vías de la violencia policiaca callejera (PROVEA, 1989), al igual que en México; sólo que aquí este aspecto se relega a las discusiones sobre fraude del partido de gobierno y a la posibilidad de invitar observadores internacionales para la época de elecciones.

En los foros internacionales, ni los casos más aberrantes eran fácilmente presentables cuando se empezaban a hacer consideraciones sobre los regímenes democráticos. No cabe duda que los Estados Unidos empeñados en derrocar en Centroamérica a los sandinistas habían logrado formular "standards" de democracia, elecciones y pluripartidismo sin consideración con los contextos de terrorismo de Estado basado principalmente en formas anónimas de violencia.<sup>4</sup> Se remitía el Departamento de Estado a mostrar las mejorías producidas por la democracia. Lo cierto fue que los militantes de D.H. de varios de estos países empezaron a conocer y desarrollar estrategias de denuncia internacional. Era necesaria una respuesta a la estrategia de los Estados nacionales que construyeron instituciones para que sirvieran de fachada a gobiernos que habían logrado combinar una democracia representativa formal con formas de represión anónima para-institucional (Palacio y Rojas, 1990).

Esta búsqueda de formas de denuncia internacional, de las cuales se espera ejercer en el largo plazo una mayor presión sobre los gobiernos, ha recorrido varios caminos. Aquí pretendo compartir una de ellas que tiene lugar en las Naciones Unidas.

### **3. La Subcomisión de la Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías (SPDPM)**

#### **Información básica**

La SPDPM es la única Subcomisión de la Comisión de las Naciones Unidas dedicada a la protección de los derechos humanos. Hacen parte del Consejo Económico y Social, ECOSOC. Fue pensada inicialmente como un cuerpo técnico integrado por 26 expertos independientes. Sus consideraciones, debates y resoluciones son tomadas como materia prima de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos que funciona generalmente en el mes de febrero. Esta Comisión a diferencia de la anterior, es un órgano integrado por

---

4 tales como los escuadrones de la muerte que actuaron con éxito en el Cono Sur y Brasil, que siguen actuando en Centroamérica, así como los grupos paramilitares y de defensa civil auspiciados, armados y dirigidos por el ejército y patrocinados por hacendados industriales o empresarios de la cocaína en Colombia.

Estados a través de sus representantes.

La Subcomisión sesiona en Ginebra, Suiza, durante cuatro semanas en el mes de agosto de cada año. Recibe denuncias de violaciones de D.H., elabora documentos conceptuales, nombra observadores y relatores para casos específicos, mantiene comunicación con gobiernos para solicitar informaciones, monitorea situaciones de países o temas (desaparecidos, pueblos indígenas, discriminación racial, etc.) y formula resoluciones que son retomadas por la Comisión en sus sesiones.

En las sesiones de la Subcomisión participan como observadores y con derecho de réplica representantes de los gobiernos miembros de la Naciones Unidas. Además de éstos, otras organizaciones con vocación de Estados, como la Organización para la Liberación de Palestina, el Congreso Nacional Africano y otros. Además tienen asiento en el recinto también miembros de organizaciones pertenecientes a las Naciones Unidas, OIT o UNESCO, que tratan cuestiones de derechos humanos, particularmente en el campo de los derechos sociales, económicos y culturales. Por último, participan en este foro Organizaciones no Gubernamentales que tienen el uso de la palabra por una sola vez en cada ítem de la agenda, por un tiempo no mayor a diez minutos en los cuales formulan sus denuncias.<sup>5</sup> Ejemplos de este tipo de organizaciones que participan en Naciones Unidas son la Cruz Roja, Amnistía Internacional, el Servicio de Paz y Justicia, SERPAJ, la Federación de Familiares de Desaparecidos FEDEFAM, la Comisión Internacional de Juristas y la Comisión Andina de Juristas, Habitat International Coalition, entre otros.

Para los activistas de D.H., el trabajo en estos foros, es la típica labor de lo que los anglosajones llaman "lobby". Se trata de, con base en el desarrollo de relaciones públicas, concitar interés y ganar adeptos entre los expertos para la presentación de la situación de países o de problemas de violaciones a D.H. y para lograr aprobar resoluciones por los expertos. Estas resoluciones pueden significar la toma de medidas concretas como la formación de *grupos de trabajo* sobre temas (desaparecidos, derechos económicos sociales y culturales, por ejemplo), incorporación a la agenda de la Comisión para que se entable *debate público* (derechos humanos en Chile, los derechos de los palestinos o el Apartheid), *trámite confi-*

---

5 Como anexo presentamos la agenda de la sesión de 1990.

*dencial* (para casos de países concretos como Guatemala, Colombia o Perú), entre otras medidas.<sup>6</sup>

### Algunos consejos prácticos

No cabe duda que obtener las convenciones y declaraciones sobre D.H. es un trabajo relativamente sencillo de hacer. También proliferan los estudios de internacionalistas sobre el derecho positivo en esta materia.<sup>7</sup> En cambio, la forma concreta de realizar esta labor es más complicada ya que la actividad está monopolizada por las élites de la diplomacia internacional. Es un deber de los activistas de derechos humanos socializar estas experiencias a otros grupos y a los líderes de las organizaciones populares. En este sentido apuntan los siguientes comentarios.<sup>8</sup>

Este trabajo tiene sus dificultades específicas. Unas son de carácter práctico y otras son más estructurales. Empecemos con las primeras. Debo reiterar que el objetivo de esta breve sección es dar una serie de consejos prácticos para futuros participantes en las sesiones de la SPDPM.

- a) Leer el manual publicado por la oficina de derechos humanos de la ONU donde se presenta una breve explicación general de los distintos organismos de Naciones Unidas, un mapa de Ginebra y otros lugares de la ciudad que pueden tener importancia durante su estadía allí. Se encuentra en este manual una indicación práctica de cómo acceder al salón de deliberaciones y cómo conseguir las credenciales. Asimismo, recomiendan aparentar ser una persona con asuntos importantes, llevar corbata y portafolio, por ejemplo, para que el primer día pueda cruzar los filtros de los guardias que no dejan entrar a cualquiera persona. Sobra hacer comentarios críticos al respecto. Nuestro esfuerzo básico sigue siendo tener eficacia en nuestras denuncias en el campo internacional.
- b) No pierda mucho tiempo durante la primera semana asistiendo a las plenarias. Lo que se habla allí en esta

---

6 Para aquellos interesados, Amnistía Internacional publicó recientemente un manual simplificado de procedimientos en los organismos de protección de D.H. de las Naciones Unidas.

7 Uno de los estudios recientes más completos publicados en castellano es el editado por VASAK, Karel (1984).

8 Un recuento de estas experiencias ya fue hecho en el evento sobre Derecho Internacional Humanitario organizado en Bogotá por la Comisión Andina de Juristas en octubre de 1990.

semana no pasa de los elogios mutuos entre diplomáticos por los trabajos de la sesión del año anterior y se discute la agenda del presente año. En este momento lo más importante es estar atento a los personajes y movimientos que ocurren en la cafetería adyacente. Aunque la cafetería continúa siendo durante toda la sesión un lugar clave para hacer "lobby", desde la segunda semana son los "cocteles" los lugares donde este tipo de actividades se realiza. Hay algunas embajadas en las que circula más información que en otras. Aunque le produzca repugnancia trate de no perderse el cocktail en la Embajada de los Estados Unidos. La recepción en la Embajada de México también es de interés. Las cosas más importantes se cocinan allí. Algunas Organizaciones no Gubernamentales también hacen recepciones sociales. La de Amnistía Internacional o la de los Quakers son interesantes. Hágase invitar o vaya de "colado" que difícilmente le pueden decir que no.

- c) En las dos primeras semanas distribuya sus documentos y trate de hablar con el mayor número de personas. Por supuesto la conversación con los "expertos" es la prioridad. No se arredre ante la negativa o indiferencia de muchos a conversar con usted. Se necesita alguien tesonero. Trate de convencer, de presentar su caso como algo de especial importancia. Tenga presente pero no se deje invadir por la sensación de que lo suyo es cuestión de dolor humano y no de negocios.
- d) A fines de la primera semana se publica la agenda definitiva. Estúdiela detenidamente para ubicar correctamente dónde debe ubicar sus declaraciones que no pueden pasar de diez (10) minutos. En la tercera semana el tiempo apremia tanto que es posible que empiecen a acortar la extensión de las declaraciones a ocho (8) o cinco (5) minutos. La medición del tiempo es estricta, así es que no pierda tiempo en muchas consideraciones. Vaya al grano. En la última semana se toman las resoluciones. Lo que no ha sido hecho en las tres (3) primeras semanas ya no se podrá hacer al final.
- e) La agenda está dividida en varios ítems. Uno de los más importantes es el ítem seis (6) que trata "de graves violaciones de D.H." Otros ítems de interés tienen que ver con la cuestión de la independencia e imparcialidad judicial, los pueblos indígenas y los derechos económicos sociales y culturales.
- f) Si está interesado en la presentación del caso de un país tome en cuenta que éste puede ser presentado en varios ítems. Aunque la Subcomisión prefiere generalmente

no tratar país por país, usted debe intentar colocar el caso de su país como ejemplo en diversos ítems. Trate de contactarse con las diversas Organizaciones no Gubernamentales para que su caso sea tratado en la declaración que ellos presenten si su organización no lo puede hacer por cuenta propia.

- g) Sea consciente de que hay varias formas de presentar los casos. Por ejemplo, en graves violaciones de derechos humanos son tomados en consideración detenidos, torturas, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, masacres, por ejemplo. No obstante usted puede incluir el caso de violación de derechos de líderes urbano-populares en el ítem de derechos económico-sociales mostrando la relación entre estos líderes y la causa que abandonan: el derecho a la vivienda, a los servicios públicos, a la salud, etc. De la misma manera si tomamos como ejemplo el caso colombiano, se debe presentar en el ítem seis, pero debería ser también presentado en el ítem de violaciones de derechos de comunidades indígenas.
- h) Descubra el interés de los diversos expertos. Por ejemplo, el actual experto argentino desarrolla el campo de los Estados de Excepción. Por su parte, el noruego, el yugoslavo y el holandés se interesan en derechos económico-sociales; el egipcio se concentra además de los palestinos en la cuestión racial; la representante argelina está empezando a tomar los casos asociados a cuestiones ecológicas, y así sucesivamente. Hay unos expertos que no saben de nada pero hay que percibir su interés.
- i) No deje de contactarse con las ONG que tienen simpatías por las causas de los pueblos latinoamericanos y oprimidos. En cambio hay algunas organizaciones con las que es muy difícil hablar. Descarte a aquellos que carecen de interés.
- j) Apóyese en los comités de solidaridad que existan en Ginebra. El caso de Centroamérica, Colombia y otros. Estas personas hacen un trabajo voluntario de mucho tesón y conocen algunos de los intrínquilis de las sesiones.
- k) Trate de hacer un trabajo previo sistemático antes de ir a Ginebra. Lo ideal es tener un equipo de trabajo. La situación y los casos de los países deben ser presentados de manera más o menos unitaria. Un equipo profesional con un abogado, un reconocido militante de D.H., líderes de organizaciones populares, una víctima de la violencia, un juez o periodista comprometido con el cambio

social son algunas de las sugerencias. Si su organización está pensando enviar a alguien *no* envíen una persona tímida, por más inteligente que sea sino alguien de mucho empuje que no se deje arrear por el artificial ambiente de "jet-set" internacional o las negativas de los muy ocupados expertos.

- l) Es necesario desarrollar una estrategia de continuidad y de socialización de la experiencia. Enviar una persona una sola vez es perder tiempo y dinero. Hay varias formas de tener continuidad. Piense en cómo lograr este objetivo.

Antes de señalar unas dificultades más para el desarrollo del trabajo que acá nos ocupa, a la lista anterior hay que agregar lo siguiente: *no lleve demasiadas expectativas*. Los militantes de D.H. y del cambio social deben ser bien conscientes de que ésta es una pequeña parte (aunque importante) del trabajo internacional. Y, por supuesto, sin un trabajo tesonero, consciente y que contribuya a aumentar el poder autoorganizativo y la movilización de los sectores populares al interior del país, ningún trabajo internacional tendrá éxito en el largo plazo.

### Limitaciones

- a) Los latinoamericanos, al menos desde México a Perú, tenemos una gran desconfianza sobre la eficacia o las ventajas de tener normas escritas, consagrando principios redistributivos (tales como la función social de la propiedad, el derecho de huelga o los derechos económicos, sociales y culturales), ya que conocemos la multiplicidad de métodos por los cuales estas normas pueden ser violadas o los derechos que consagran conculcados. Pues bien, las declaraciones sobre derechos, y más si provienen de entidades internacionales suscitan bastante suspicacia sobre su papel de límite a los atropellos del Estado o de los privilegiados y poderosos. Es común encontrar en América Latina y otras partes del mundo como acuerdos internacionales, por ejemplo, los de la OIT son olímpicamente ignorados por las autoridades o patronos. Las resoluciones, convenios o declaraciones de organismos internacionales tienen pues una eficacia restringida. Ella se limita a la presión relativa a que puede ser sometido un gobierno y nada más.
- b) Como habíamos dicho anteriormente, la composición de la Subcomisión proviene de expertos independientes de los gobiernos. Lo que usted rápidamente puede notar es que muchos de los veintiséis (26) miembros *no* son ver-

daderos expertos en D.H. Y no cabe duda, sólo pocos son independientes de los gobiernos. No es independiente el representante de los Estados Unidos, ni la de Gran Bretaña, ni el soviético, ni el cubano, ni los que provienen de países árabes, ni el colombiano, ni muchos otros. Quizás las excepciones pueden ser el representante holandés, quizás el noruego y alguno otro. El representante colombiano, por ejemplo, fue el ministro de Justicia de la anterior administración y actualmente es embajador en Hungría del gobierno actual. Difícilmente puede ser independiente, y difícilmente es un "experto" en D.H.

- c) Una tercera dificultad importante son los costos que implica financiar a una persona en Ginebra, y más si se trata de tener un equipo allá. Ginebra es una de las ciudades más caras del mundo y usted con toda razón se puede, o se debe, preguntar si se deberían invertir esos dólares en un proyecto específico en favor de la gente en su país.
- d) La jerarquía y subordinación del mapamundi, no cabe duda, se repite dentro del minimundo de la Subcomisión. Por ejemplo, hay expertos más importantes que otros; con más influencia. Los latinoamericanos, por mencionar un caso deben formar bloque, incluida Cuba para ser escuchados. Los del Norte son los que tienen mayor peso. Del mismo modo, las ONG del Norte pesan más y se pueden hacer escuchar mejor que las del Sur.
- e) La Subcomisión básicamente opera como un filtro. No a todos los problemas del mundo se les puede prestar la misma atención. Aquellas violaciones que logren hacerse escuchar, por razones que son una mezcla de la gravedad de la situación, de la organización de los que presentan la denuncia, así como, y de gran importancia, cuestiones geopolíticas o políticas simplemente son los motivos que hacen posible que una denuncia sea más o menos exitosa. En consecuencia, el papel de los Estados Unidos, por el ejemplo, el interés o no de acusar a Cuba o China son factores bastante más importantes que las cuestiones de D.H. propiamente dichos. Por ejemplo, desde que se acabó la guerra fría Estados Unidos ni Gran Bretaña toman la palabra para decir algo en contra de la Unión Soviética; tampoco al contrario.
- f) Al tiempo que la Subcomisión opera como un filtro, es decir, un mecanismo de selección de denuncias, se fomenta una especie de competencia entre ONG que tratan cada una a su manera de lograr presentar sus propias causas que compiten generalmente con las de

los demás. A su vez eso genera una tendencia en la que cada cual debe luchar porque se le escuche; así las denuncias de sus hermanos y hermanas de otros países sean tan graves e importantes como las suyas.

### **Las Naciones Unidas en el contexto internacional**

En la sección anterior hemos tratado de presentar el ambiente y algunos consejos prácticos del mundillo de la Subcomisión. Como es sabido, la Organización de las Naciones Unidas fue el producto de los resultados de la segunda guerra mundial. En las Naciones Unidas se refleja, pues, el balance de los ganadores y perdedores. También allí, y en particular desde los sesenta, con los procesos de descolonización de Africa, Asia y el Caribe se amplió la participación de nuevos países. Para los años setentas se empieza a generar una nueva situación que se refleja en las Naciones Unidas que implica no sólo el crecimiento de un poder de numerosos países, muchos de ellos conocidos como "no alineados", sino al mismo tiempo, y particularmente desde los 80's cierta revitalización de la rivalidad Este-Oeste, lo que condujo a una creciente pérdida de importancia de las Naciones Unidas.

A medida que crecía el peso de países no directamente implicados en la rivalidad Este-Oeste, los Estados Unidos cada vez más retiraban apoyo, también económico a las instituciones de las Naciones Unidas, o aun se retiraban de ellas. Este fue el caso de la Unesco. El nuevo peso de este grupo de países era creciente en el contexto de una entidad cada vez más débil. La política norteamericana suponía que este grupo de países acababa muchas veces en las votaciones del lado del bloque soviético.

Ya a fines de la década pasada con la Perestroika, las negociaciones sobre armas nucleares entre Estados Unidos y la Unión Soviética y luego con el derrumbe de los gobiernos de Europa Oriental, lentamente en todos los 80 con la erosión del gobierno polaco y el desarrollo de Solidaridad, el derrumbe del muro de Berlín en Alemania, la Revolución de Terciopelo en Checoslovaquia, la revuelta popular en Rumania junto con otros procesos específicos en Bulgaria, dejaron en claro que el panorama internacional ya no podía ser regulado por los acuerdos que arrojó la Segunda Guerra Mundial. La crisis de las Naciones Unidas se ha hecho más compleja o quizás más profunda, por las siguientes razones:

- a) El retiro de la Unión Soviética en su papel de opositor de los Estados Unidos con el derrumbe y traspaso de

aliados al bloque opuesto ha dejado en posición relativamente victoriosa a los Estados Unidos hasta el punto que la propia derecha norteamericana piensa que sus estrategias de contención a través de la carrera armamentista y guerra de las galaxias surtió efecto. Se derrotó a la Unión Soviética que cada vez más presa de la crisis tuvo que retirarse de la competencia.

- b) Esta victoria, sin embargo, es precaria. Colocó a los Estados Unidos como gendarme militar del planeta. Pero paulatinamente, desde la guerra del Vietnam, se ocupó de asuntos que debilitaron su aparato productivo y permitieron el desarrollo del Bloque Europeo, liderado por Alemania, y el Bloque Oriental por Japón como nuevos rivales. Esta rivalidad no se traduce necesariamente en confrontación militar. Pero hasta ahora tampoco se refleja en una reorganización que le conceda poder a los derrotados de la segunda guerra mundial, en primer lugar Alemania y Japón y, en menor medida, Italia.
- c) Los Estados Unidos se ven obligados a reestructurar su aparato productivo, y por qué no, su aparato militar. O querrán conservar su puesto de gendarme y luego cobrarle cuentas a sus aliados? Por ahora la operación Escudo del Desierto es financiada por Arabia, Kuwait y en menor medida por otros países (Alemania y Japón).<sup>9</sup> Conclusión: su victoria frente a la Unión Soviética lo debilitó profundamente.
- d) Ante esta situación y en respuesta a otros procesos de integración económica, Estados Unidos se ve obligado a extender sus acuerdos de libre comercio con Canadá hacia México y el Sur del Continente. en la así llamada "Iniciativa para las Américas".
- e) Por último, la victoria de los Estados Unidos frente a la Unión Soviética no es totalmente feliz. La relación entre los alemanes y los soviéticos genera suspicacias: primero, los soviéticos proponen el ingreso de Alemania al Consejo de Seguridad como miembro permanente. Y los alemanes a diferencia de las recomendaciones de los estudios "técnicos" de los expertos de los Estados Unidos deciden enviar toneladas de alimentos a la Unión Soviética para aliviar las posibles contingencias del invierno que se aproxima. No habrán engañado Gorbachov y Kohl a los negociado-

---

9 Cuando se redactó este artículo todavía no habían comenzado las hostilidades en el Golfo Pérsico.

res norteamericanos?<sup>10</sup>

La discusión de estos tópicos está directamente ligada a la temática que nos ocupa. Por ejemplo, recientemente numerosos analistas han empezado a deshacerse en elogios y optimismo por el fin de la guerra fría. En la sesión de la Subcomisión de 1990 los "expertos" expresaron su satisfacción por el nuevo panorama del mundo y por la previsión de que en esas circunstancias el problema de los D.H. siga mejorando ostensiblemente. Se referían básicamente a la caída de los regímenes de Europa del Este, con lo cual desconocen u olvidan que el Trópico y el Sur también existe. Acaso ha mejorado el panorama de los D.H. en América Latina? En cambio, la sesión dedicó gran parte de su energía a las condenas por la invasión de Irak a Kuwait.

En todo caso, en el nuevo contexto es dudoso que se revitalice un foro como el de Naciones Unidas. No cabe duda que sigue siendo una institución muy importante pero de hecho ya no refleja una realidad que ha cambiado bastante desde el fin de la segunda guerra mundial. En consecuencia, aunque sea necesario seguir trabajando desde las Naciones Unidas las denuncias de violaciones de D.H. y las nuevas concepciones sobre éstos (como la convención sobre "desaparecidos" o el "derecho a la vivienda" que impulsa Habitat International Coalition) es necesario hacer presencia en otras organizaciones internacionales que tengan un mayor peso en el nuevo contexto internacional. No cabe duda, que desde la irrupción del neoliberalismo y con la victoria aparente de la economía de mercado sobre las economías centrales planificadas, las presiones económicas son cada vez de mayor importancia. Por ejemplo, es muy probable que resulten más significativas ciertas sanciones u obstáculos en la Comunidad Económica Europea a la cooperación económica con gobiernos latinoamericanos violadores de D.H. que declaraciones de condena en las Naciones Unidas, especialmente cuando éstas no pasan de los ejercicios retóricos.

---

10 Este artículo se escribió antes de que M. Gorbachov se quedara sin país.

**4. Conclusión:  
Hacia la crítica  
del internacionalismo  
intergubernamental y la  
construcción de  
solidaridades  
alternativas**

Los procesos de internacionalización del capital son la fuerza que hace posible las tendencias de integración en muchas dimensiones, no solamente la del mercado mundial o de las economías de bloques. Y de manera creciente los luchadores de derechos humanos deben colocar más energías en la dimensión internacional como un espacio de lucha. Desde el lado opuesto, muchos procesos de violación de derechos humanos son ejercicios que desbordan los marcos nacionales. Los escuadrones de la muerte que hicieron presencia en Brasil y Argentina en la década de los 70 son bastante eficaces en Guatemala, El Salvador, Colombia y Perú en los 80. Igualmente en Filipinas, al otro lado del globo terráqueo. Las oficinas de los gobiernos dedicadas supuestamente a la vigilancia de D.H. no son una creación aislada de un cierto Estado. Si los procesos de descentralización, las reformas laborales para darle flexibilidad a la relación laboral, la privatización y reestructuración de la intervención de los Estados capitalistas tienen la escala de la "economía-mundo", también son transnacionales, aunque no necesariamente mundiales, pero sí al menos regionales, las reformas a la justicia, las políticas de D.H. o la modernización de los cuerpos de seguridad con base en el combate real o ficticio al narcotráfico, entre otras transformaciones.

No es por casualidad, entonces, que los grupos de D.H. se lancen a la esfera internacional. Varias son las opciones abiertas: hacer presencia en los foros de organizaciones intergubernamentales, como la Organización de Estados Americanos, OEA, la Naciones Unidas, la Comunidad Económica Europea, el Parlamento Europeo y así sucesivamente. Esto requiere un trabajo profesional, constante y exige recursos.

De la misma manera los grupos de D.H. han utilizado como intermediarios a organizaciones internacionales o nacionales ONG's de países desarrollados que tienen peso y respetabilidad en el Norte y que pueden servir como trasmisores de denuncias o grupos de presión. Hay ya presentes en estos grupos, y en las relaciones que los grupos latinoamericanos establecen con ellos, gérmenes de vínculos más igualitarios y horizontales. Gente de diferentes países luchando más allá de las nacionalidades por causas justas de cambio social.

Pero también hay experimentos de grupos de solidaridad por países o regiones específicos con gente que trabaja voluntariamente y sin recursos. Por decir algo, los grupos de solidaridad por Colombia en Europa o Norteamérica son, sin ninguna duda, comunidades más receptivas

que todas las misiones diplomáticas del gobierno en el extranjero. Los nacionales, al último lugar que recurren es a las embajadas, a menos que sean personajes ilustres pertenecientes a la misma élite que ha designado a dedo al funcionario diplomático. Estos grupos de solidaridad, algunas redes internacionales de D.H., los grupos de presión mencionados anteriormente son ejemplo del surgimiento y desarrollo de unas relaciones internacionales diversas, creativas, críticas, alternativas. Como luchadores de cambios sociales, es nuestro deber fortalecerlas, trabajar por el desarrollo de muchos más de estos experimentos. Entretanto, y mientras esta internacionalidad alternativa no se consolide, es necesario hacer presencia en los foros internacionales tradicionales y en los que son producto más reciente de los cambios internacionales. Siempre con ojo crítico, atentos a los juegos de poder e intereses de los Estados, en particular de los más fuertes.

En síntesis, nuestra tarea es doble: trabajar en las organizaciones internacionales de Estados con todas las limitaciones que arrastran; y, simultáneamente, apoyar los esfuerzos de creación y desarrollo de organizaciones internacionales alternativas.

- Bibliografía**
- BOLIVAR, Ligia (1990): "Estrategia de defensa de los derechos humanos en regímenes de democracia formal", en *Documentos No. 5*, ILSA.
- M'BAYE Kéba y NDIANE, Birame (1984): "La Organización para la Unidad Africana", en VASAK (*Op. cit.*).
- MINGIONE, Emilio (1989): "Las organizaciones de los Derechos Humanos en las democracias en transición", en *El Otro Derecho*, No.2, ILSA-TEMIS, Bogotá.
- NEWMAN, Frank y VASAK, Karel (1984): "Derechos civiles y políticos", en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Vol. 1, Serbal-UNESCO, París.
- PALACIO, Germán y ROJAS, Fernando (1990): "Empresarios de la cocaína, parainstitucionalidad y flexibilidad del régimen político colombiano: narcotráfico y contrainsurgencia" en Palacio (comp.), *La irrupción del paraestado*, ILSA-CEREC, Bogotá.
- PROVEA (1989): "Informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela", Caracas.
- ROJAS, Fernando (1989): "La reconversión de la causa de los derechos humanos después del retorno de la democracia formal", en *El Otro Derecho*, No. 2, ILSA-TEMIS, Bogotá.
- (1990): "El desafío a la democracia formal en América Latina", en Palacio, Germán (comp.), *La irrupción del Para-Estado*, ILSA-CEREC, 1990.

SANTOS, Boaventura (1990): *Derechos humanos y Postmodernidad*, Universidad de Coimbra, Coimbra.

TORRES RIVAS, Edelberto (1988): "Centroamérica: democracia de baja intensidad" en *Pensamiento Iberoamericano* No. 14, Barcelona.

VASAK, Karel (1984): *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, 3 volúmenes, Serbal-UNESCO, París-Barcelona.

|  
:  
:  
:  
:  
|

## **Justicia inasequible**

### **Programa**

### **de la Administración de Justicia de los Estados Unidos en Latinoamérica**

---

¿Cuáles son los efectos que para la situación de los derechos humanos tiene la implantación del sistema acusatorio en Colombia?

¿Es la reforma de la justicia un paso hacia la democratización del Estado y la vida política nacional? ¿Cuáles son los alcances de las nuevas instituciones penales en términos de eficacia? ¿En qué medida lo que es visto como un proceso nacional (la reforma de la justicia) es en realidad un fenómeno que sobrepasa las fronteras de nuestro país? ¿Cuál es el papel que los organismos de seguridad van a tener en la construcción de la prueba? ¿Qué relaciones existen entre fenómenos como el narcotráfico y el nuevo marco de la justicia penal? Estas y otras preguntas que de manera constante se formulan jueces, profesores, abogados, estudiantes y personas en general son las que aborda y responde el libro *Justicia inasequible*, compilado por la Washington Office of Latin America (WOLA) y publicado para América Latina por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Producto de una labor de evaluación emprendida por el congreso norteamericano y WOLA, este libro presenta de manera ágil, sencilla y documentada el carácter internacional de la reorganización en la administración de

justicia penal teniendo en cuenta la particular participación de la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID) de los Estados Unidos. Igualmente reconoce los alcances y problemas que muchas reformas a la justicia, similares a la colombiana, han tenido en otros países de nuestro continente. Por lo que dice, sugiere y prueba, este documento se convierte en un paso obligado para los investigadores en el área del derecho, los administradores de justicia, los profesores de las facultades y los estudiantes de derecho.

Con el propósito de dar a conocer el libro y generar un debate en torno al mismo y al tema de la justicia en general, ILSA quiere aprovechar esta primera edición para dirigirse a un público que por su trabajo, inquietudes y trayectoria estaría particularmente interesado en el mismo.