

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

DIRECTOR
Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA

Año LXIX —segunda época— Diciembre de 2012
Volumen LXIX, N° 154

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR

Alberto URIBE CORREA

DECANA

Clemencia URIBE RESTREPO

DIRECTOR/EDITOR

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

CO-EDITORA

Diana RESTREPO RODRÍGUEZ

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Unviersidad de Antioquia
Olga Lucía LOPERA QUIROZ	Magíster en Lingüística Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

Santiago SASTRE ARIZA	Profesor de la Universidad de Castilla La Mancha - España
Carlos GAVIRIA DÍAZ	Ex magistrado Corte Constitucional Profesor universitario - Colombia
Nuria TERRIBAS	Directora del Institut Borja de Bioética Universitat Ramon Llull - España
Ricardo HOYOS DUQUE	Ex magistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

ASISTENTES DE EDICIÓN

David Ignacio JARAMILLO GALEANO
Hernán LOPERA MORALES

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

Publindex. Categoría B de Colciencias. Colombia

Lexbase. Colombia

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

GALE-CENGAGE Learning. Estados Unidos

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

Latindex. México

EBSCO Publishing. Estados Unidos

ProQuest Estados Unidos

SCIELO

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país: \$20.000

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

Valor de la suscripción en el exterior: US\$150

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

AUTOR DE OBRAS EN SEPARATAS

Sergio Hurtado Grajales: Nacido en Filadelfia (Caldas). Estudiante de Artes Plásticas en la Facultad de Artes de la Universidad de Antioquia. Ganador del Salón Departamental de Artes Visuales y Audiovisuales de Antioquia 2012.

Su obra ha sido expuesta, tanto en Medellín como en Manizales.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 126

Teléfono: (574) 219 58 55. Fax: 219 58 59

Correo electrónico: rderecho@mitra.udea.edu.co

Página web:

<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php?journal=red&page=issue&op=current>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Imprenta Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13

Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co

MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la Revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza,
invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia.
Letra de Édgar Poe Restrepo)

INSTRUCCIONES PARA QUIENES DESEEN PUBLICAR EN LA REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

CONVOCATORIA PERMANENTE

La Revista ESTUDIOS DE DERECHO, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, indexada en categoría B de Colciencias y perteneciente a las bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest y Scielo, informa que a partir de ahora la convocatoria para la recepción de artículos estará permanentemente abierta, y recibirá textos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán sólo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por COLCIENCIAS:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará,

en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista <http://revinut.udea.edu.co/index.php/red>, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: “registrarse como autor”. Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

CRITERIOS GENERALES:

El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben “llamarse” previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.

- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract* y *Key Words*).
- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.
- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye sólo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, pág. 3).

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán sólo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, pág. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, pág. 3).

Los textos legales (ley, decreto, resolución, etc.) y religiosos (Biblia, Corán, etc.) citados en la obra, así como las referencias a comunicaciones personales o entrevistas, se citan en el texto pero no se incluyen en la lista final de referencias bibliográficas.

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe sólo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde sólo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

LIBRO:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

CAPÍTULO DE LIBRO COLECTIVO:

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

ARTÍCULO DE REVISTA:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

TESIS:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

SENTENCIAS NACIONALES:

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

SENTENCIAS INTERNACIONALES:

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

PERIÓDICO:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

DERECHOS DE REPRODUCCIÓN:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que sólo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La Revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@gmail.com

REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Ciudad Universitaria: Calle 67 No 53 - 108, bloque 14. Medellín (Colombia)

Teléfono: (574) 219 58 55

Correos electrónicos: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Página web: <http://revinut.udea.edu.co/index.php/red>



ÍNDICE

EDITORIAL

Raúl Humberto Ochoa Carvajal..... 17

Los dictámenes periciales en el código de infancia y adolescencia

Amparo Urrea Giraldo

Lina Marcela Estrada Jaramillo

Juan Carlos Lopera Espinal.....21-40

Max Horkheimer (1895-1973). A los 40 años de su muerte.

Autoritarismo e injusticia en el siglo xx.

Tragedia o crisis de sentido en la modernidad

Rafael Rubiano Muñoz41-72

El acceso a una justicia diferencial

La situación de población en vulnerabilidad socioeconómica en Cali

Diana Patricia Quintero M.

Gabriela Recalde C.

Juan Fernando Urriago G 73-97

El papel de los centros e institutos de investigación

en la actividad patentaria en Antioquia

Luz María Restrepo Mejía

Mabel Londoño Jaramillo99-130

Derecho laboral y jurisdicción contencioso administrativa: una reflexión desde la idoneidad judicial

Hernán Darío Vergara Mesa..... 131-159

**Gobernanza en instancias de interacción regional:
los casos del plan estratégico de antioquia y la comisión tripartita**

Olga Lucía Zapata Cortés

Ana Victoria Vásquez Cárdenas **161-186**

**Áreas prioritarias de investigación –apis- en el saber jurídico,
un aporte para la discusión sobre innovación jurídica**

Patricia González Sánchez

Erika Franco Gómez **187-205**

**La universidad pública y la diversidad étnica y cultural a la luz
de la Constitución Política de Colombia de 1991**

Edison Norman Benavides B. **207-233**

**El federalismo fiscal y el proceso de descentralización fiscal
en Colombia**

María Helena Franco Vargas

Felipe Andrés Cristancho Escobar **235-262**

En el futuro, el sindicalismo será político o no será.

**Participación política y electoral de dirigentes sindicales en cargos
de elección popular en Colombia: estudio introductorio**

Marco Fidel Agudelo Cano **263-286**

**La popularización del derecho en el consultorio jurídico:
una apuesta por una educación jurídica con relevancia social**

Sandra Patricia Duque Quintero

Elvia María González Agudelo

Marta Lucía Quintero Quintero **287-300**

**Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:
desarrollo normativo en Colombia**

Carlos Parra Dussan **301-321**

Derecho penal sexual: un caso de discurso moral religioso

Luis Alberto Gómez Castrillón **323-350**

EDITORIAL

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DIRECTOR DE LA REVISTA EN EL PARANINFO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA COMO MOTIVO DE LOS CIEN AÑOS.

Octubre de 1912. Un grupo de estudiantes y docentes de la Escuela de Derecho, hoy Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, quienes habían conformado un Centro de Estudios, liderados por Francisco de Paula Pérez y Fernando Vélez Barrientos, fundaron la Revista Estudios de Derecho. Su primer director fue Rafael Botero. En 1936 las políticas reformistas y liberales del Doctor Alfonso López Pumarejo generaron seria resistencia de el partido conservador en todo el país. Ello repercutió en la Universidad de Antioquia, donde un grupo de estudiantes se retiró y dio lugar a la Universidad Católica Bolivariana. La Revista dejó de salir hasta 1939, cuando reinició sus tareas en lo que se llama la segunda época, hasta hoy. En 1959 asume la dirección el doctor Benigno Mantilla Pineda, un ilustre e ilustrado ecuatoriano que llegó a Medellín de paso para Centroamérica, pero por esas celadas del destino, para nuestro provecho, acá se quedó hasta el final de sus días. El Doctor Mantilla la dirigió hasta el año 2003 y la entregó con reconocidas fortalezas originadas en su empeño y sabia dirección. Una de esas fortalezas fue el prestigio internacional alcanzado por la Revista pues el Doctor Mantilla aprovechaba sus viajes ocasionados por invitaciones a congresos internacionales en los cuales participaba como ponente, para dar a conocer la Revista, y así se logró un amplio canje internacional.

Como ya lo mencionó el Rector encargado, son muchos los intelectuales de renombre que han colaborado con la Revista. Desde al año 2003 viene saliendo semestralmente, hoy con el trabajo editorial de la imprenta de la Universidad de Antioquia y la colaboración extraordinaria de quienes han sido mis auxiliares de la Revista en su condición de estudiantes: Juan Esteban Orozco, Marcela Vásquez, Julián Zambrano y, hoy, David Jaramillo, a quienes me obliga una mención especial de agradecimiento. Es un trabajo que, como la historia, no termina. Está listo el último número y ahí mismo empezamos con el siguiente. Como en el mito en que Sísifo llevaba la roca hasta la cima para volver a empezar, así hacemos en la Revista. Pero al decir de Camus, Sísifo era feliz con su roca.

Hoy la Revista está indexada por Colciencias en categoría B y hace parte de algunos de los índices internacionales más exigentes.

En el primer número, en el proemio se lee:

“La Sociedad y la Revista fueron fundadas para algo muy trascendental. Por su naturaleza, con una y otra se aspira a obtener las más puras nociones jurídicas y sociales y a hacer servir esas nociones al hombre y a la sociedad, pasando al campo real, del ideológico”.

“Como consecuencia de eso, el fin mediato, que no por aprovechar directamente a los socios deja de ser digno, de levantar la profesión de la Abogacía hasta el puesto culminante que por esencia le corresponde y que entre nosotros no tiene, sin duda porque han superabundado malos representantes de ella por falta de moralidad y de ciencia en todos los campos de su ejercicio: de igual manera en los encargados de instituir, que entre aquellos que habían de administrar justicia y los que debían de demandarla”.

Luego, en el informe que presentó el presidente del Centro, Francisco Cardona, dice:

“Resumiendo: Este Centro tiene como base el estudio, la doctrina y las ideas libremente manifestadas; como apoyo la Ley; como Oriente, la Justicia: y como bandera el Bien. En verdad que el programa es bello y nuestro orgullo santo”.

"Me complazco en informaros que la sociedad está a paz y salvo con la imprenta; y que el primer número de nuestra revista, que constituye hoy el capital de la sociedad , está libre de toda deuda”.

Qué interesante ver las palabras de nuestros fundadores cien años después. Sus ideas siguen vivas, y una de las razones es el poder vivificador de los libros y las revistas. Su fuerza inmortalizadora. Dice Rosa Montero en uno de sus escritos:” Nadie se acordará de la mayoría de nosotros dentro de un par de siglos: a todos los efectos será como si no hubiéramos existido. El absoluto olvido de quienes nos precedieron es un pesado manto, es la derrota con la que nacemos y hacia la que nos dirigimos. Es nuestro pecado original”. Pero el pecado se limpia con las publicaciones y el olvido se conjura. La Revista Estudios de Derecho cumple también esa función , y para ello estamos en la tarea de rescatar todos los números publicados y colocarlos en su versión electrónica en la página Web. De esta manera rescatamos la memoria de quienes nos antecedieron y de quienes han dejado testimonio de su pensamiento en las páginas de la Revista.

Pero volviendo a las palabras de los fundadores quiero destacar como, cien años después, sus propósitos siguen vigentes y sus quejas sobre la falta de moralidad de muchos de aquellos que deben instituir y administrar justicia y dejar en alto la profesión de abogado, también. Un solo ejemplo nos ilustrará si recordamos lo que se estaba fraguando con la tentativa de reforma a la justicia y la participación en ella de algunas de las altas Cortes.

Que sea este acto una manifestación más de que en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, y por supuesto en su ventana académica, que lo es la Revista Estudios de Derecho, estamos comprometidos con esos valores que hace cien años nos legaron. Somos conscientes del compromiso social que entraña nuestra profesión y de la fuerza que ella tiene. Ihering, en ese hermoso texto “La lucha por el derecho” nos advirtió de la importancia de los abogados en una sociedad. Nos dijo que el abogado es el baluarte de una democracia, y con mayor fuerza, el abogado litigante, quien puede hablar por los que no saben o no pueden; quien puede abogar por ellos. Y qué decir de las palabras de Voltaire, de quien dijo Borges “es la mejor prosa de la lengua francesa y quizás del mundo”, consecuencia de su intervención en el famoso caso Calas. En 1761 en Tolouse, aparece el cadáver de un joven ahorcado en su casa. Su familia es protestante y como él tiene inclinaciones hacia el catolicismo se piensa que su padre, Juan Calas, lo asesinó. Se le juzga y condena. Voltaire conoce a la viuda y enterado por ésta de la injusticia inicia una campaña para obtener la revisión de la sentencia. Llena a Francia y Suiza de folletos y obtiene en 1765 que el rey y el Consejo Real reconozcan la inocencia de Juan Calas. Dijo Voltaire: “Sin embargo, últimamente, en la vejez, he debido emplear mis conocimientos jurídicos para salvar la vida de otros, o al menos su buen nombre. Constato así que el derecho está cortado a mi medida: es una ciencia que puede ser tratada como un arte, es positivo, es útil, está lleno de malos usos y de buenos propósitos, se vuelve letal cuando lo contamina la teología”.

Dejamos constancia, entonces, de que los propósitos de los fundadores de la Revista los mantenemos y aspiramos a que por muchos siglos esa visión pluralista, solidaria y comprometida con el humanismo se conserve. Si lo logramos haremos un homenaje a la memoria de quienes nos antecedieron. Muchas gracias.

Raúl Humberto Ochoa Carvajal.

Director.



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre madera
Dimensión: 71,5 x 65 cm

LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA*

* Artículo derivado de la investigación: “Pruebas psicosociales en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia”, Centro de Investigaciones Jurídicas y Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia, Vicerrectoría de Investigaciones-CODI (2009-2010).

Fecha de recepción: septiembre 15

Fecha de aprobación: noviembre 2

LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

*Amparo Urrea Giraldo**

*Lina Marcela Estrada Jaramillo***

*Juan Carlos Lopera Espinal****

RESUMEN

La Ley 1098 de 2006 es relativamente nueva y no ha sido fácil su implementación, entre otras razones por la disparidad de criterios de los responsables en su aplicación; esta Ley obliga a los miembros del equipo psicosocial a asumir responsabilidades y compromisos puesto que legalmente les otorga la categoría de peritos, es decir, unos verdaderos auxiliares de la justicia y sus pronunciamientos deben cumplir con todos los requisitos de un peritazgo, lo que conlleva que cualquier autoridad judicial o administrativa cite a los peritos a sustentar en audiencia los informes suministrados y que en consecuencia conlleva además a que tenga publicidad, es decir, que las partes los conozcan y puedan ser controvertidos. Aunque la connotación del término parte en asuntos de infancia y adolescencia no es la misma que en un proceso civil, las diferentes Cortes en varios pronunciamientos de sentencias de tutela y de constitucionalidad han señalado la obligatoriedad de respetar el artículo 29 de la Constitución Política relacionado con el debido proceso y más aún tratándose en asuntos tal delicados como es definir situaciones de niños, niñas y adolescencia.

Palabras clave: Derecho de Infancia y Adolescencia, dictámenes periciales, equipo psicosocial.

EXPERT OPINIONS ON THE CODE OF CHILDREN AND ADOLESCENT

ABSTRACT

The Law 1098 of 2006 is relatively new and has not been easy to implement, not least because of the disparity of views of those responsible for its implementation, this Act requires psychosocial team members to assume responsibilities and obligations as legally granted expert category, ie a real court officers and pronouncements must meet all requirements of expert advice, which implies that any judicial or administrative subpoena to support experts in hearing and provided reports on result also implies to take advertising, ie that the parties meet and potentially contentious. Although the connotation of the term hand in matters of children and adolescents is not the same as in a civil case, the various pronouncements of courts in several judgments of constitutional protection and have noted the requirement to comply with Article 29 of the Constitution relating to due process and even more so in such delicate matters as defining situations of children and adolescents.

Key words: Children and Adolescents Law, expert opinions, psychosocial team.

* Abogada, Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho de Familia, Universidad de Antioquia. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: amparour@gmail.com

** Abogada, Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Docente Ocasional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: estradalina@hotmail.com

*** Abogado, Universidad de Medellín. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juanlopera@hotmail.com

LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, al incorporar en su texto los derechos y las garantías de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, trasciende los límites de la protección subsidiaria del Estado y del derecho como norma. Lo primero, cuando reconoce la particular situación socio-jurídica de todos los niños, niñas y adolescentes, elevándolos a la condición de ciudadanos y ciudadanas, pues parte de la concepción del sujeto social y no del sujeto ideal; por tanto, los protege en su dignidad y autonomía, no en el abstracto, sino en sus relaciones materiales concretas. Lo segundo, cuando reivindica la filosofía y el espíritu de la Convención, que no es otro que la Protección Integral. (González, 2004; documento interno).

De igual forma, a partir de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, en el análisis de pruebas en los procesos administrativos y judiciales se le impone al Estado una carga superior en la defensa de los derechos de los niños y adolescentes para que sean efectivamente protegidos; en esta medida, la ley elevó a la categoría de dictámenes periciales los conceptos emitidos por los equipos interdisciplinarios, dándoles así el carácter de un verdadero medio de prueba para complementar los conocimientos necesarios en su valoración por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

Es así como este artículo surge como resultado del proyecto de investigación *Pruebas psicosociales en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia*, realizado en alianza interdisciplinaria: Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas y Grupo de Investigación en Traducción y Terminología, GITT de la Escuela de Idiomas, todos de la Universidad de Antioquia, Medellín - Colombia. Está adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y por ende, a Vicerrectoría de Investigación de la misma institución formadora.

La investigación es de tipo documental con fines terminológicos. Utilizó textos y documentos de consulta académica en la última década en castellano, datos derivados de entrevistas semi-estructuradas a operadores judiciales y análisis de las Sentencias de la Corte Constitucional. La triangulación y análisis de la información,

focaliza los vocablos: prueba, concepto, peritazgo, dictamen e informe. Tanto desde el campo jurídico como psicosocial, con el fin de contrastar su uso y efectuar un análisis transversal (en un tiempo determinado) y longitudinal (a través del tiempo), y así contribuir a la transferencia del conocimiento y a aportar metodologías de intervención holística (Amparo Urrea, 2010).

Para este artículo se ha dispuesto de tres capítulos, cada uno necesario para entender desde la teoría y la historia como los dictámenes periciales de los equipos psicosociales de Comisarias de Familia, Defensorías de Familia y de personal vinculado al Sistema Nacional de Bienestar Familiar tienen hoy importancia y ubicación como profesionales reconocidos ampliamente por los operadores jurídicos. El primero de ellos, plantea brevemente el marco histórico y normativo de los dictámenes periciales en nuestra legislación. En el segundo se describe la temática en la Ley 1098 de 2006; para en el tercer capítulo, mostrar una línea jurisprudencial realizada en torno a la temática; finalmente se realizan unas conclusiones y recomendaciones.

1. MARCO HISTÓRICO Y NORMATIVO DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

Es importante realizar una mirada a través del tiempo cómo ha evolucionado la intervención de otros profesionales en asuntos de infancia y adolescencia. Si bien es cierto a través de la historia se les ha dado la importancia de su participación en las problemáticas de dicha población (Bisig, 1989), la realidad práctica y su aplicación como dictámenes periciales se vino a dar bajo la Ley 1098 de 2006.

A través de la historia estos profesionales mostraron la importancia de su participación para atender las diferentes problemáticas de los menores donde estaban involucrados con la ayuda de los recursos que contaba la comunidad como son: la familia, los servicios sociales de orientación, control judicial e instituciones de protección y rehabilitación los cuales estaban tendientes en prevenir, remediar, solucionar las necesidades, precariedades de los niños con procesos formativos que procuraban una educación y vinculación al medio social (González Contró, 2006). Se le asignaba a los tribunales o juzgados de menores la facultad de tomar variedad de medidas las cuales se podían escoger de acuerdo a las circunstancias psicosociales del menor como ocurría en Alemania y en Francia donde era esencial aprovechar los informes dados por personas con conocimientos sociales, educativos, médicos, psicólogos y psiquiatras (Fernández Clerigo, 1996).

Vale la pena destacar la importancia dada a la familia en el desarrollo de los menores, en donde el sustituir el grupo familiar se daba en situaciones de última instancia,

puesto que realmente a quienes se le asignaba enseñar al niño la convivencia en la sociedad correspondía, como corresponde hoy a la familia cualquiera sea su origen (Martínez López, 1994).

El grupo social da un aporte significativo al aprendizaje del menor, lo que le permite asumir diversos comportamientos los que son necesarios en un comienzo prestársele un servicio eminentemente pedagógico y no sancionarlo penalmente, por las consecuencias que por su edad puede afectar al niño. Todos estos servicios sociales estaban encaminados no ha remplazar las familias, sino ayudarles a reforzar y a cumplir mejor las funciones familiares (Martínez López, 1987).

Con la expedición de la ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia, la intervención de profesionales como Psicólogos, Trabajadores Sociales, Pedagogos Reeducadores, Nutricionistas entre otros, en aspectos relacionados con niños, niñas y adolescentes ha sido valorada y reconocida como un gran aporte al integrar la visión científica y moderna como ser biopsicosocial sujeto de derechos y obligaciones, lo que obliga a tomar en serio estos derechos, trascendiendo de la retórica de los tratados y convenios internacionales y la ley y estableciendo un lenguaje de derechos desde el propio mundo de los niños, niñas y adolescentes.

Para comprender y aplicar el aporte de estas ciencias en temas de infancia y adolescencia, es necesario tener conceptos claros sobre el significado y la importancia de los profesionales que están prestando un servicio público de bienestar familiar, con una participación activa en procesos de atención e intervención y asumen responsabilidades en las decisiones que tomen (Tejeiro López, 2005).

Para hablar de dictámenes periciales en la Ley 1098 de 2006 se debe partir de épocas que marcaron un rumbo nuevo en el campo especial y novedoso del derecho de infancia y adolescencia.

1.1 Ley 83 de 1946. Ley Orgánica de la Defensa del Niño.

Esta Ley consideró al Juez de Menores como un funcionario judicial diferente, con requisitos y calidades especiales¹ y que debía tener en cuenta al momento del fallo²: una información detallada del hecho, de las circunstancias actuales, la

1 Señalaba el artículo 3 de la mencionada Ley: “Para ser Juez de Menores se necesitan los mismos requisitos que para ser Juez Superior. Debe, además, comprobarse el legítimo matrimonio, que se es padre o madre de familia, la versación en las ciencias educativas y la ejemplar conducta moral”. Además los Delegados de Estudio y Vigilancia debían actuar bajo la dirección del Juez de Menores.

2 Para la Ley fue importante la función de los Delegados de Estudio y Vigilancia que debían actuar bajo la dirección del Juez de Menores, para observar el medio en que el menor vivía, sus tendencias, su conducta y sus antecedentes familiares y personales (artículo 9).

conducta de los padres o cuidadores, el ambiente social, las enseñanzas y ejemplos sobre las condiciones de índole personal, familiar y social, con una visión paternal y protectora, gozando de amplias facultades, algunas discrecionales para intervenir en la vida de los menores y la familia. Estos funcionarios fueron concebidos en la ley y en la vida social, como personas con altas calidades humanas y profesionales.

1.2 Ley 75 de 1968

Con la Ley 75 de 1968 se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) con una finalidad específica como buscar el bienestar y la estabilidad de la familia colombiana y la protección del menor de edad. El hoy Defensor de Familia en esta Ley se le denominó Defensor de Menores, funcionario que vino de la Ley 83 de 1946 con la denominación “Promotor Curador de Menores”.

Ésta ley le asignó al ICBF la facultad de realizar dictámenes psicosociales en los procesos que se adelantaban en los despachos judiciales con el objetivo de aportar conocimientos técnicos en asuntos de menores de edad.

Artículo 19 “Prestar la asistencia técnica necesaria para el estudio integral del menor de edad que esté bajo las ordenes de los jueces de menores del país y emitir dictámenes periciales (antropoheredobiológicos) en los procesos de filiación y en aspectos psicosociales cuando el juez lo solicite”.

1.3 Decreto 2737 de 1989. Código del Menor

Introdujo como organismo de protección del menor y la familia las Comisarias de Familia de carácter preventivo y policivo conformadas por un Comisario que tiene que ser abogado, un médico, un psicólogo, un trabajador social dando también cabida a otros profesionales.

Varios de los asuntos regulados por el Código, señalan la importancia de trabajo con otras disciplinas, quienes hacen estudios y rinden informes sobre la salud física, mental de los menores y de los adultos en relación a su situación sociofamiliar. Además pueden intervenir en diligencias preliminares, preventivas y correctivas dentro de la doctrina de situación irregular (Méndez, 1997)³, utilizando los medios

3 Esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un menor en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por “soluciones” de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.

de prueba contemplados en el Código de Procedimiento Civil sin señalar el carácter de dichos informes, aunque se tenían en cuenta al momento de emitir un fallo.

1.4 Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Ley 12 de 1991

El reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido un proceso gradual; en la primera etapa era asunto privado que quedaba por fuera de los asuntos públicos. Posteriormente aparece una gran preocupación por reconocer que ellos tienen intereses que deben ser jurídicamente protegidos y se expiden leyes de menores en especial en América Latina (Pianetta, 2007)⁴.

Solo cuando aparece la Convención de los Derechos del Niño éstos se convierten en sujetos de derechos que se ejercen en el contexto de una vida social en la que el juez o la autoridad administrativa da soluciones jurídicas con estricta sujeción a las normas vigentes (Méndez, 1997).

Señala ésta Convención que en todas las medidas concernientes a niños, niñas y adolescentes se tendrá en cuenta el interés superior del menor, además, que los establecimientos de servicios donde se atiendan niños el personal sea especializado y calificado, dando importancia a los equipos de trabajo y reconociendo las valoraciones de estos profesionales.

“Artículo 40.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”.

1.5 Decreto 1137 de 1999

El Decreto 1137 de 1999 estableció el bienestar Familiar como un servicio público que se presta a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con-

4 Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, 1990; Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, 1997; Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, 2003; Ley Para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, de San Salvador, 1993; Ley de la Infancia y Adolescencia de Guatemala, 2003; Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, 1996; Ley de Protección de los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes de México, 2000; Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, 1998; Código de Familia de Panamá, 1994; Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay, 2000. Código de los Niños y los Adolescentes del Perú, 2000; Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana, 2003; el Código de la Niñez y de la Adolescencia del Uruguay, 2001; Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente de Venezuela, 2000.

formado este, por entidades u organismos oficiales y o particulares legalmente autorizados (artículo 1).

Le señaló al ICBF entre otras de sus funciones, el prestar la asistencia técnica para el estudio integral de los menores que estén por cuenta de los jueces y emitir dictámenes psicosociales cuando el juez lo solicite (art 19).

Éste Decreto le dio valor de dictámenes periciales a los conceptos emitidos por los equipos psicosociales, es decir, resaltó la importancia del trabajo con otras disciplinas quienes aportan conocimientos técnicos sobre aspectos que son materia de investigación tanto en Defensorías de Familia como en Juzgados y donde aparecen involucrados niños, niñas y adolescentes (Serrano, 1997).

2. Ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia

Al señalar a las Defensorías de Familia funciones de prevención, garantía y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, concedió mayor importancia al trabajo interdisciplinar con otras ciencias como la psicología, trabajo social y nutricional, entre otros; en donde los conceptos emitidos tendrán el carácter de dictamen pericial dando a la peritación como actividad procesal y extraprocesal una lectura de integración y articulación con otros saberes.

Para comprender la intervención de estos profesionales en la Ley 1098 de 2006 es necesario precisar los términos que aparecen en la referenciada Ley como son: dictamen pericial, informe técnico, certificado de idoneidad física, mental, social y moral y constancia de integración personal.

2.1 Dictámenes Periciales

En los dictámenes periciales el objeto de estudio son hechos y no cuestiones de derecho ya que estas, corresponden a los operadores jurídicos, llámense Comisarios, Defensores de Familia o Jueces quienes los valoran al momento de proferir la decisión; por lo tanto es necesario solicitarlos en debida forma, practicarse e incorporarse al proceso en los términos y oportunidades que señala el Código de Procedimiento Civil y el de Procedimiento penal, en restablecimiento de derechos o cuando se trata del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, respectivamente.

Los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia por la competencia subsidiaria otorgada por la ley a estos últimos, se convierten en jueces, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional lo que obliga a conocer las pruebas, los principios generales de la prueba, la conducencia, pertinencia y utilidad, en

procesos cuya finalidad es llevar conocimiento y certeza de los hechos objeto de estudio, pudiéndose también practicar en forma anticipada en ciertos casos, como por ejemplo en un rescate y allanamiento cuando pelagra la vida y la integridad de niños, niñas y adolescentes.

El dictamen debe ser entonces claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

Conforme a lo anterior, el dictamen deberá contener tres partes: 1) el objeto, esto es, la materia sobre la cual debe versar; 2) la fundamentación que incluye los exámenes, experimentos y razones de orden técnico, científico o artístico y 3) las conclusiones (Carrera Acosta, 1996).

2.2 Informes

En cuanto al informe, hay que decir que este significa poner en conocimiento de otro o dar noticia de algo que se obtiene por terceros y no de manera directa como en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en donde señala (art 157, Ley 1098 de 2006) que el Defensor de Familia da en la audiencia oral el informe que le suministra el equipo técnico interdisciplinario de la Defensoría, pudiendo en cualquier momento el Juez Penal para Adolescentes citar a estos profesionales, bien sea para aclarar o precisar su informe, que se entiende hecho bajo juramento por la sola firma que hace el funcionario.

El informe entonces se diferencia del dictamen pericial, porque aquel se limita a comunicar algo, mientras que este requiere un estudio y análisis de la situación concreta, exigiendo conocimientos especiales con calidades técnicas, científicas o artísticas, para poder emitir una conclusión (Azula Camacho, 2008).

Existen informes sociales propios de los Trabajadores Sociales, quienes son los encargados de analizar y valorar el ambiente familiar y sectorial donde se desenvuelve la cotidianidad de los menores que permite apoyar a los operadores jurídicos con valiosos argumentos para desentrañar conflictos internos a nivel familiar.

Como ejemplo, se puede ilustrar el siguiente informe de entrevista a un niño, realizado dentro de un proceso judicial de revisión de custodia:

“De la entrevista realizada a CC se concluye que es un niño muy seguro de sí mismo, de sus respuestas; quiere a los dos padres por igual, no le afecta si se decide la custodia compartida o no; es bien tratado por el progenitor, le tiene confianza para comunicarse con él; sus relaciones son buenas; también recibe buen trato por parte de la señora YY y la hija de esta; si bien es cierto

que el papá en su casa, organiza reuniones sociales donde se ingiere licor, el niño no participa de las mismas; la madre lo quiere, no le impide el contacto con su ascendiente”.

2.3 Certificado físico, mental, moral y social

Este certificado es de obligatorio cumplimiento en el proceso de Adopción bien sea para familias colombianas o extranjeras, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o por las entidades autorizadas para desarrollar programas de adopción, anexo a la demanda. Se expide teniendo en cuenta el estado de salud física y psicológica, las relaciones intrafamiliares, el entorno social y los antecedentes que permitan el desarrollo de su personalidad y una convivencia pacífica y armónica (art 124 num 5, Ley 1098 de 2006).

El certificado es la valoración integral de todos los aportes que los diferentes profesionales han emitido dentro de un proceso previo a la adopción y que es expedido por el Defensor de Familia, que es un amplio conocer de la etapa administrativa y judicial en un proceso de adopción.

2.4 Constancia de integración personal

También es obligatoria anexo a la demanda de Adopción. Se realiza desde la observación y el intercambio de información para identificar la aceptación y apoyo de la familia y el entorno social, valorar los cambios que se dan con la llegada de un hijo adoptado (art 124 num 5, Ley 1098 de 2006).

Las constancias de integración personal son expedidos por Psicólogos o Trabajadores Sociales teniendo en cuenta el desenvolvimiento, desempeño, acogida y empatía tanto del niño futuro adoptante, como de los pretendientes adoptantes, ésta se realiza como etapa previa a la presentación de la demanda de adopción.

Se diferencia del dictamen porque no hay que darle publicidad, es más una observación directa y de acompañamiento antes de definir la adopción.

2.5 Concepto

Por el término concepto puede entenderse como una apreciación personal emitida desde su saber y experiencia, mas no debe contener juicios de valor porque no es propio de los auxiliares de la justicia valorar la prueba, toda vez que dicha función es exclusiva del operador jurídico (art 79 inciso 3 Ley 1098 de 2006).

Los conceptos son aportes desde los saberes psicosociales que dan estos profesionales frente a casos específicos que son motivo de estudio y de análisis para los operadores jurídicos que se los haya solicitado; v.gr. en una custodia es importante que los profesionales del área psicosocial señalen la adaptación del menor bien sea a un nuevo grupo familiar o dentro de su mismo grupo familiar, pudiendo expresar cuál de los padres o el tercero ofrece mejores garantías, teniendo siempre de presente el interés superior del menor y la prevalencia de los derechos.

Como ejemplo, se puede ilustrar el siguiente concepto dentro de un Proceso Administrativo de restablecimiento de derecho realizado por un Trabajador Social:

“Una vez adelantadas las acciones correspondientes en el caso de la niña AA, puede concluirse que la madre biológica de ella no tiene condiciones de ningún orden para hacerse cargo de ella, pues durante la investigación dijo muchas cosas que no eran verdad y trato de evitar a toda costa el nombre real del padre, respecto a la Red Familiar. También dio datos falsos, lo que impidió que se logrará ubicarlos, pese a todos los esfuerzos realizados el equipo interdisciplinario para hacerlo”.

Los conceptos deben propender por garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes consagrados en nuestra Carta Política en su artículo 44 el cual dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el estatus de *sujetos de protección constitucional reforzada*, que se hace manifiesta en el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses (Sentencia Corte Constitucional, T 260 de 2012).

2.6 Los Dictámenes Periciales en Infancia y Adolescencia

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 79 inciso 3 señala:

“Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”

El artículo 100 de la misma ley establece en su párrafo 1:

“cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el Defensor, el Comisario de Familia o, en su caso, el Inspector de Policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial”.

Al observar lo contenido en estas normas, los profesionales trabajadores sociales y psicólogos están produciendo verdaderos dictámenes periciales, cuya aplicación

está contemplada en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 236 y ss., donde a los dictámenes se les da el carácter de prueba pericial.

Estos dictámenes deben ser claros, precisos y detallados, deben indicar los exámenes e investigaciones realizadas, los fundamentos técnicos, científicos o artísticos así como las conclusiones, lo que conlleva a la valoración por parte del Defensor y Comisario de Familia previa controversia de las partes.

Es importante señalar que cada profesional integrante del equipo (que para la Ley actúa como perito), debe conocer a profundidad el quehacer dentro de una investigación y no violentar terrenos que no son de su competencia, pues de hacerlo estaría poniendo en peligro la misma actuación. Todo esto conduce a que estos profesionales deban ser imparciales y objetivos en sus pronunciamientos (Sierra Rincón, 1996).

Estos profesionales deben aportar elementos para construir hipótesis y proponer alternativas de intervención, brindar conceptos que evidencien la complejidad de la situación para una comprensión conjunta de los problemas y de los sujetos involucrados. Dichos conceptos deben aportar al Defensor de Familia y a los Comisarios de Familia, elementos para la toma de decisiones desde el marco de la protección integral y del interés superior del menor (Familiar, 2009).

Por otro lado, el artículo 164 del Código de General del Proceso consagra “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” y en especial en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en donde los sujetos son prevalentes y de especial protección por parte del Estado.

Fácilmente se advierte la importancia de la prueba en el proceso. Solo mediante ella pueden las partes demostrar ante el operador jurídico sus pretensiones y solo de ella puede servirse este para fundamentar su decisión. De allí que los doctrinarios la llaman el “alma del proceso”.

La correcta disciplina legal en el ámbito de la petición, práctica y evaluación de la prueba, garantiza el derecho de defensa de las partes en el proceso, y por ende la eficacia del principio de contradicción por cuanto así se permite no sólo conocer la prueba desde su petición, sino su debate, su contradicción, solicitar su aclaración, objeción o complementación en el caso específico de la prueba pericial.⁵

5 La sentencia C 124 de 2011 así lo señala “...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo

Si la prueba es el medio para comprobar los hechos afirmados y discutidos por las partes en el proceso es más que lógico que las partes conozcan dichas pruebas. No pueden existir fallos fundamentados en pruebas secretas: los principios de publicidad y de contradicción de la prueba son un derecho fundamental de las partes en el proceso (Bolívar Roa; Urrea Giraldo, 2008).

Concordando entonces el postulado de que el proceso de la Ley 1098 de 2006 en materia de pruebas sigue lo preceptuado por el Código de Procedimiento Civil, es evidente con que en estos procedimientos administrativos de infancia, adolescencia y familia, las partes podrían entrar a solicitar al Defensor o Comisario su consentimiento para participar en el dictamen, tal y como lo afirma el profesor Oscar García:

“Las partes, eventualmente pueden pedirle al juez su consentimiento con respecto a su deseo de participar en el dictamen. Rendido el dictamen, el juez lo analiza, y si encuentra que reúne todos los requisitos, da traslado a las partes”.

Así entonces el peritazgo en materia de infancia y adolescencia necesita que los profesionales psicosociales realicen con cada familia un trabajo integral de acuerdo a las necesidades de carácter físico-biológico que tiene el niño, como son los alimentos, la revisión de los lugares donde se desenvuelve su vida diaria, la motivación que tienen los padres frente la crianza y educación de los hijos, el escuchar a los menores frente a su desempeño en su vida familiar, sus sentimientos y estados emocionales demostrados en sus relaciones paterno-filiales, como también los factores externos que pueden influir en su estabilidad emocional (Asociación de Abogados Jóvenes de Texas, 2009).

En Colombia a pesar de que existen listas donde figuran los auxiliares de la justicia, es importante resaltar que con el establecimiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los profesionales que se encuentran vinculados a instituciones dentro del sistema, cumplen funciones de peritos sociales y pueden emitir los correpondientes dictámenes periciales, bien sea, para los Juzgados que así lo soliciten, como a las Comisarias y Defensorías de Familia.

Como ejemplo, se puede ilustrar el siguiente peritazgo realizado dentro de un proceso penal por el delito de abuso sexual:

“Yo utilizo una entrevista estructurada que me permite evaluar lo que el niño reporta, entonces inicio haciendo un proceso de empatía con el niño. Luego

para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso”.

de haber logrado eso, hago un genograma, que es como un árbol genealógico para que el niño me describa su composición familiar, y luego, hago un mapa de camas, que me permite en mucho de los casos que yo valoro, evaluar el tipo de riesgo que está corriendo ese niño y los que comparten la casa con él. Explico con detenimiento la técnica de los dibujos del cuerpo, la de los muñecos, la de la descripción del cuerpo, etc.” (Sentencia Corte Constitucional, T 078 de 2010).

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DICTÁMENES PERICIALES

Las Sentencias de la Corte Constitucional han permitido valorar las pruebas aportadas por los equipos psicosociales en procesos administrativos de restablecimiento de derechos adelantados bien sea en las Defensorías de Familia o en las Comisarias de Familia.

A continuación se destacan algunas sentencias con las respectivas valoraciones realizadas por los psicólogos y trabajadores sociales inclusive estando vigente el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y la Ley 1098 de 2006. Estas sentencias fueran tenidas en cuenta porque las diferentes Cortes en forma clara y contundente le están dando valor probatorio a los dictámenes emitidos por Trabajadores Sociales y Psicólogos en procesos penales donde niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos, como también en aquellos procesos en los cuales hay necesidad de definir situaciones de carácter familiares; prácticamente la importancia de las intervenciones de estos profesionales vienen dándose desde el 2006 con el Código de Infancia y Adolescencia al darles el reconocimiento como verdaderas pruebas periciales.

Se referencia en un cuadro algunas sentencias donde en forma clara la Corte valoró la importancia de estas pruebas en los procesos de infancia y adolescencia y familia:

SENTENCIA	CONSIDERACIÓN
Sentencia de tutela 442 de 1994	Con respecto al Estudio Social realizado por el ICBF en un proceso acumulado de custodia, se consideró: “sería contraproducente tratar de obligar al menor a que viva con sus progenitores biológicos, quienes no se han preocupado realmente porque su hijo los vea como padres, mientras que con sus tías existe un arraigo afectivo y la separación de este medio desestabilizaría al menor”.

SENTENCIA	CONSIDERACIÓN
Sentencia de tutela 357 de 2002	<p>Con respecto a la valoración psicológica en una adopción de pareja de avanzada edad:</p> <p>“Los conceptos psicológicos afirman que la gran diferencia de edad entre los posibles adoptantes y el eventual adoptado puede generar graves problemas en el desarrollo psicomotriz del niño e incluso le impondría a éste cargas que no son propias de su edad, como por ejemplo cuidar a sus padres enfermos cuando él aun sea un adolescente”.</p>
Sentencia de tutela 1028 de 2008	<p>Con respecto a un Informe Social de I.C.B.F en un caso de maltrato infantil:</p> <p>“que la menor continúe bajo la medida de restablecimiento de sus derechos, en un hogar sustituto, ante la falta de interés de la madre biológica para asumir la custodia de su hija”</p>
Sentencia de tutela 671 de 2010	<p>Con respecto a la valoración psicológica en una declaratoria de adoptabilidad:</p> <p>“Esta prueba no fue puesta en conocimiento de los interesados para que estos pudieran debatir, y en este punto el despacho acoge los argumentos de la Procuraduría de Familia, en el sentido de que la evaluación y concepto, debió dársele el trámite de un dictamen pericial y habérsele corrido traslado a las partes para que dentro del término lo hubieran podido objetar, aclarar o complementar, conforme las reglas del procedimiento civil.”</p>
Sentencia de tutela 090 de 2010	<p>Con respecto a una visita domiciliaria frente a un rescate y allanamiento donde pelagra la vida y la integridad de un niño:</p> <p>“Se constató la situación de riesgo y pésimas condiciones en que se encuentra el niño, sus padres son abandonantes, negligentes y mantienen en la calle, sin preocuparse por el niño. La Corte sostiene que antes de efectuarse un rescate y allanamiento debe valorarse a través de una prueba sumaria la existencia y peligro en que se encuentra un menor con la finalidad exclusiva de protegerlo”.</p>

SENTENCIA	CONSIDERACIÓN
Sentencia de tutela 078 de 2010	<p>Con respecto a la Valoración Psicológica en un Abuso Sexual de un niño donde se solicitó aclaración, y/o adición del dictamen:</p> <p>“El diagnóstico del abuso sexual infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación”</p>
Sentencia de tutela 557 de 2011	<p>Con respecto a un proceso de custodia y cuidados personales:</p> <p>“El juzgado decidió la custodia y cuidado personal de los niños, con fundamento en el dictamen psicológico en el que quedó registrada la descripción efectuada por la niña de la conducta del padrastro”</p>
Sentencia de tutela 502 de 2011	<p>Con respecto una medida de restablecimiento de derechos, donde se ordena la práctica de pruebas psicosociales para:</p> <p>“determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente”.</p>
Sentencia de tutela 580 A de 2011.	<p>Con respecto a un proceso administrativo de restablecimiento de Derechos:</p> <p>“El ejercicio de la actuación administrativa adelantada por la defensora de familia para el restablecimiento de los derechos de la niña Lorena, no ha sido respetuosa del derecho de defensa y contradicción y del debido proceso en tanto que el deber de citación, notificación y traslado de la actuación no se ha sujetado a los procedimientos señalados en la Constitución Política y en el Código de la Infancia y la Adolescencia”.</p>

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Fruto de la investigación se llegaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El “interés superior del menor” es guía de aplicación de la normativa relacionada con niños, niñas y adolescentes y constituye el pilar fundamental de la intervención estatal a través de las autoridades; por lo tanto se tienen que respetar las garantías procesales, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.
2. El derecho internacional contemporáneo y la Ley 1098 de 2006 (Código de infancia y adolescencia) constituyen instrumentos ineludibles para los operadores jurídicos y los miembros de los equipos técnicos de las Defensorías y Comisarías de familia; no se debe olvidar que se trabaja con seres humanos en permanente desarrollo, sujetos de derechos prevalentes y de atención prioritaria, en constante interacción con el medio social.
3. Tanto los operadores jurídicos como los equipos interdisciplinarios deben conocer y distinguir cuando realmente es un dictamen pericial, y no mezclar otras intervenciones que si bien son importantes dentro del desarrollo de la Ley 1098 de 2006 no se les aplica la normatividad específica del peritazgo.
4. Los equipos técnicos conformados mínimo por psicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas, por ser expertos en aspectos familiares, son orientadores para identificar estados de inobservancia, amenaza y vulneración de derechos; están llamados a producir conocimiento en contextos particulares que permita a los operadores jurídicos producir los fallos, previa valoración de las pruebas aportadas a la investigación.
5. Los artículos 79 Inc. 3 y 100 par 1 de la ley 1098 de 2006 establecen que los conceptos de cualquiera de los integrantes de los equipos técnicos de las comisarias y defensorías de familia tienen el carácter de dictamen pericial; otorgan obligaciones y responsabilidades a los psicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas, en consecuencia están impedidos y pueden ser recusables por las mismas causales aplicables a los jueces, defensores y comisarios de familia, contempladas en el art 235 del C.P.C.
6. La sentencia de tutela 090 de 2010 al analizar la medida de allanamiento y rescate de un niño, expedida por el defensor de familia con una prueba sumaria –visita domiciliaria - avaló este procedimiento (allanamiento y rescate) como ajustado al artículo 106 de la ley 1098 de 2006, para evitar un peligro grave contra la vida e integridad del niño.
7. La sentencia de tutela 078 de 2010 al emitir un fallo por el delito de “actos sexuales abusivos cometidos en menor de 14 años” –hija de 3 años y 8 meses- valoró las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, dándole gran importancia a la valoración psicológica de la niña, resaltando entonces el trabajo interdisciplinar realizado como esencial en la protección integral de la menor.

8. En el proceso numero 32868 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, se resalta la credibilidad que se le debe dar al testimonio de los niños, rendido ante psicólogos expertos y de gran profesionalismo, al permitirles a estos (los niños) contar su historia con sus palabras, gestos, términos y juegos propios de su edad; procurando evitar el profesional, a través de su intervención, falsas acusaciones en un caso de abuso sexual.

9. En el proceso numero 30612 de 2010 la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, señala: ... “Todos los profesionales que valoraron a ... rindieron su testimonio en calidad de peritos” dio la Corte credibilidad a las valoraciones realizadas por los psicólogos, dilucidando un acontecimiento delictivo –abuso sexual- por hechos suministrados por la niña y su señora madre en las diferentes etapas del proceso.

10. Los fines que inspiran la normativa aplicada a niños, niñas y adolescentes van enmarcados dentro del debido proceso, las garantías procesales y el control jurisdiccional a los actos de las autoridades administrativas, con el fin de dar un tratamiento preferencial de estricto cumplimiento y acatamiento.

11. Los conceptos del equipo interdisciplinario, son respuesta a un problema jurídico que tiene que ver con regulaciones sociales donde es necesaria la intervención de saberes especializados que no obliga a los operadores jurídicos, pero si le suministran aportes trascendentales al momento de producir un fallo y en consecuencia deben ser tenidos en cuenta como lo señala el art 15 de la ley 1098 de 2006.

12. Los dictámenes periciales deben empezar a tener importancia dada su trascendencia en el campo jurídico; por lo tanto se hace necesario capacitar constantemente a todos los involucrados en el tema de infancia, adolescencia y familia, tanto en aspectos probatorios como procesales.

13. Los conceptos emitidos por el equipo interdisciplinario de las comisarias y defensorías de familia tienen el carácter de dictamen pericial; por lo tanto se hace necesario darles el tratamiento contemplado en los respectivos códigos de procedimiento civil y penal; la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en las actuaciones administrativas y judiciales puede conllevar la respectiva nulidad del proceso.

14. Es importante que el equipo interdisciplinario, tal y como lo preceptúa el artículo 79 deba estar completo para realizar la prueba pericial, por lo menos con los funcionarios: trabajador social, psicólogo y nutricionista. Además los elementos que deben ser incluidos en el dictamen deben ser recolectados de manera individual por dichos profesionales teniendo en cuenta la aplicación de sus técnicas y metodología de trabajo de acuerdo a su campo del saber.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE ABOGADOS JÓVENES DE TEXAS. (2009). Recuperado el 15 de Enero de 2013, de www.texasbar.com/Template.cfm?Section:Home&CONTENTID:11845&TE
- AMPARO Urrea, L. E. (2010). *Pruebas Psicosociales en Infancia, Adolescencia y Familia*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- AZULA Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Temis.
- BISIG, M. (1989). *Abandono de menores , un enfoque jurídico- sociológico* . Buenos Aires: Cordoba.
- BOLIVAR ROA, Sergio Andres; Urrea Giradlo, Amparo. (2008). *Análisis teórico jurídico de la prueba pericial psicológica en dos procesos de familia del Juzgado Cuarto de Familia de la Ciudad de Medellín*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- CARRERA ACOSTA, B. (1996). *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- FAMILIAR, I. C. (2009). Foro Subregiones Antioquia: Implementación y regulación de la ley de la infancia y la adolescencia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Medellín, Antioquia, Colombia.
- FERNÁNDEZ CLERIGO, L. (1996). *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Mexico: Hispano Americana.
- GONZALEZ CONTRO, M. (2006). *Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes: Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*. Mexico: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, Mexico-Unión Europea.
- MARTINEZ LÓPEZ, A. (1987). Primer Encuentro Nacional de Jueces de Menores. Bogotá.
- MARTINEZ LOPEZ, A. (1994). *Código del Menor y Jurisprudencia de Familia*. Bogotá: Librería del Profesional.
- MENDEZ, E. G. (1997). *Derechos de Infancia-Adolescencia en America Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Ibagué: Ediciones Forum Pacis.
- PIANETTA, P. L. (2007). *Derecho de Familia, Derecho de Menores y de Juventud*. Bogotá: ABC.
- SERRANO, A. (1997). El sujeto como objeto de las ciencias sociales . *Necesidad y Libertad*, 98.
- SIERRA RINCÓN, N. (1996). *Procesos ante los jueces de familia, civiles y promiscuos municipales*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- TEJEIRO LÓPEZ, C. (2005). *Teoría General de niñez y adolescencia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Legislación

Congreso de Colombia, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 por la cual expide el Código de Infancia y de Adolescencia.

Congreso de la República, Ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

Congreso de la República, Ley 83 de 1946

Congreso de la República, Ley 75 de 1968

Congreso de la República, Ley 1564 de 2012.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991.

Sentencia

Sentencia Corte Constitucional, T 442 de 1994

Sentencia Corte Constitucional, T 357 de 2002

Sentencia Corte Constitucional, T 1028 de 2008

Sentencia Corte Constitucional, T 671 de 2010

Sentencia Corte Constitucional, T 090 de 2010

Sentencia Corte Constitucional, T 078 de 2010

Sentencia Corte Constitucional, T 557 de 2011

Sentencia Corte Constitucional, T 557 de 2011

Sentencia Corte Constitucional, T 502 de 2011

Sentencia Corte Constitucional, T 580 A de 2011.

Sentencia Corte Constitucional, T 260 de 2012.



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre madera
Dimensión: 60 x 60 cm

***MAX HORKHEIMER (1895-1973).
A LOS 40 AÑOS DE SU MUERTE.
AUTORITARISMO E INJUSTICIA
EN EL SIGLO XX. TRAGEDIA O CRISIS
DE SENTIDO EN LA MODERNIDAD****

* Conferencia presentada en el Seminario Nacional de Teoría Crítica, II Seminario de Teoría Crítica, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía, Medellín, 17-19 de noviembre de 2010.

Fecha de recepción: septiembre 18
Fecha de aprobación: noviembre 17

**MAX HORKHEIMER (1895-1973). A LOS 40 AÑOS DE SU MUERTE.
AUTORITARISMO E INJUSTICIA EN EL SIGLO XX. TRAGEDIA
O CRISIS DE SENTIDO EN LA MODERNIDAD**

Rafael Rubiano Muñoz*

RESUMEN

Max Horkheimer fue uno de los sociólogos más importantes del siglo XX. En el presente artículo se reconstruyen analíticamente sus notas de viajes de 1926 a 1931, publicadas con el título de “Ocaso”. Escritas bajo el estilo de aforismos, en ellas se pueden hallar las claves sobre la crisis y la decadencia de la cultura occidental a principios del siglo XX. Las reflexiones que elabora Horkheimer, en su marxismo primigenio, se refieren a la catástrofe, a las profundas transformaciones que derivaron en los preámbulos del autoritarismo, el que fundaría las bases sociales de los regímenes totalitarios. Las consecuencias de la modernidad en su tragedia estremecedora, son detectadas por Horkheimer en su escrito, por lo tanto es este un registro privilegiado de cómo se conformaron la injusticia y la irracionalidad que llevaron a la crisis de sentido del mundo y la humanidad, a la guerra y al conflicto en gran escala.

Palabras clave: autoritarismo, injusticia, irracionalidad, marxismo, modernidad, crítica.

**MAX HORKHEIMER (1895-1973). IN THE 40TH YEARS SINCE HIS DEATH
AUTHORITARIANISM AND INJUSTICE IN THE TWENTIETH CENTURY.
TRAGEDY OR CRISIS OF MEANING IN MODERNITY.**

ABSTRACT

Max Horkheimer was one of the most important sociologists in the 20th century. Presently article is reconstructed on its notes of trips analytically from 1926 to 1931, published with the title of “Ocaso”. Written under the style of aphorisms, in them they can be the keys about the crisis and the decadence of the western culture at the beginning of the 20th century. The reflections that Horkheimer elaborates, in its first Marxism, refer to the catastrophe, to the deep transformations that derived in the preambles of the authoritarianism, the one that would found the social bases of the totalitarian regimes. The consequences of the modernity in their tragedy, they are detected by Horkheimer in their writing, therefore it is this a privileged registration they conformed to the injustice and the irrationality that took to the crisis of sense of the world and the humanity, to the war and the conflict in great scale of how.

Key words: authoritarianism, injustice, irrationality, marxism, modernity, critique.

* Sociólogo y Magister en Ciencia Política. Doctorando en Ciencias Sociales de Flacso (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Argentina). Profesor Asociado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. rafael.rubiano@gmail.com

MAX HORKHEIMER (1895-1973). A LOS 40 AÑOS DE SU MUERTE. AUTORITARISMO E INJUSTICIA EN EL SIGLO XX. TRAGEDIA O CRISIS DE SENTIDO EN LA MODERNIDAD

1. MAX HORKHEIMER: UN OBSERVADOR PENETRANTE DEL SIGLO XX Y UN PESIMISTA ILUSTRADO

Como muy pocos analistas del siglo XX, la figura intelectual de Max Horkheimer reúne sintéticamente algunas de las corrientes principales que marcarán la dirección del pensamiento sociológico en varias décadas a lo largo del siglo pasado. Su textura intelectual se compone a partir de un diálogo entre la filosofía y la sociología, un modo de reflexionar en el que se exige el rigor conceptual y ante todo, la crítica a los poderes, a las autoridades y a los fanatismos e ideologías que dominan el mundo contemporáneo. Desde muy temprano este intelectual alemán logró captar la tragedia de la modernidad occidental, la injusticia, la irracionalidad, el autoritarismo, los conflictos que incluso hoy, en la era de la globalización, se creen superados o resueltos, utilizando para ello palabras vacías, como incertidumbre, liquidez, vacío, entre otras que se han puesto de moda.

Horkheimer rehuía la falsedad, el facilismo y fue su labor una empresa que se estructuró a través de un pesimismo ilustrado que no era renunciación ni menos conformismo. Vivió una era en extremos, del Liberalismo al Totalitarismo, de la Alemania bélica a la Norteamérica de la cultura de masas. Su labor sociológica fue “desenmascarar” la realidad, su incontenible irracionalidad en la que deja traslucir, en sus notas, las tendencias intelectuales del siglo XIX y XX; Kant, Marx, Schopenhauer y Nietzsche, aparecen referidos continuamente y se destacan al interior de su variado pensamiento temprano.

Este año se rememoran 40 años de su muerte. Por ello, el presente ensayo se enfocará en una de sus producciones menos conocidas, y hará una descripción analítica de sus aforismos compilados bajo el título de “Dämmerung” (Ocaso, 1986). Estos escritos pueden ser considerados como el primer marxismo de Horkheimer. Contienen reflexiones agudas sobre la crisis de la sociedad moderna capitalista del siglo XX, y muestran cómo se enfrentaron los intelectuales de izquierda a una sociedad de guerra y de conflictos.

2. EL INTELLECTUAL Y LA POLÍTICA: DILEMAS Y DISYUNTIVAS DE LA INTELIGENCIA CRÍTICA EN EL SIGLO XX

El libro *Ocaso* se enmarca a partir de tres momentos históricos fundamentales de la conocida “Escuela de Frankfurt”; A- La época de la primera posguerra mundial; B- El fracaso de la República de Weimar de 1918 y el prólogo político que encamina el ascenso del nacionalsocialismo en Alemania en 1933; C- La Revolución Rusa de 1917. En ese contexto son comprensibles los aforismos reflexivos de Horkheimer en el siglo XX. Así lo describe un investigador de los intelectuales de dicha época, Martin Jay al inicio de su libro sobre los orígenes de la Teoría Crítica:

“Uno de los cambios de mayor alcance que trajo aparejada la primera guerra mundial, al menos en términos de su impacto sobre los intelectuales, fue el desplazamiento del centro de gravedad socialista hacia el Este. El éxito inesperado de la revolución bolchevique – en contraste con el fracaso dramático de sus imitadores de la Europa Central- creó un serio dilema para aquellos que previamente habían ocupado el centro del marxismo europeo, los intelectuales alemanes de izquierda. En rasgos generales, las opciones con que se enfrentaban eran las siguientes. En primer lugar, podrían apoyar a los socialistas moderados y su recién creada República de Weimar, evitando así la revolución y desdiciendo el experimento ruso; o en segundo término, podían aceptar el liderazgo de Moscú, unirse al partido comunista alemán, recientemente creado, y trabajar para socavar el compromiso burgués de Weimar... Hubo un tercer curso de acción, sin embargo, que surgió casi enteramente como un producto de la crisis provocada por la guerra y sus consecuencias. Esta última alternativa fue la revisión minuciosa de los fundamentos mismos de la teoría marxista, con el doble propósito de explicar los errores pasados y prepararse para la acción futura. Así comenzó un proceso que inevitablemente condujo a las regiones más pobremente iluminadas del pasado filosófico de Marx” (Jay, 1974, págs. 25-26).

Tanto la personalidad como la actitud intelectual de Horkheimer y su esfuerzo de construir una mirada crítica, se debieron en gran medida a las contradicciones que determinaron el ambiente social y político en que se fue formando el sociólogo alemán. La guerra a gran escala y la crisis que generó obligaron a los intelectuales a enfrentarse a variados dilemas y disyuntivas.

La principal inquietud que se extendió en esta época a los intelectuales, era ¿cómo responder a la inestabilidad, a la agresividad, al uso de la fuerza y la violencia que se desataron tras una era de confrontaciones y luchas a nivel mundial? Además de ¿cómo reconstruir sobre los pedazos que quedaban los referentes y las limitaciones morales, éticas y racionales borradas por lo absurdo del cataclismo y la catástrofe producidas por los hombres? Estas preguntas formulaban el reto al que debían responder los intelectuales.

Era una situación que comprometía, como en una competencia, la calidad de la observación, pero ante todo, la calidad de la reflexión y el análisis, porque la inteligencia se jugaría su valía en una sociedad en crisis que entre otras consecuencias, había aniquilado los valores liberales y democráticos, alentaba como en el teatro, desde la primera guerra mundial, el ensayo de impulsar las ideologías nacionalistas que alimentarían posteriormente los regímenes totalitarios y la ruda experiencia del comunismo real. De este modo, era una época que constituyeron los acertijos que no podían rehuirse como lo diría el sociólogo argentino Sergio Bagú y lo repite el historiador Eric Hobsbawm, encandilaba porque era la época de las catástrofes.

Algunas de esas disyuntivas propiciarían actitudes políticas disímiles a los intelectuales. En especial aquellos ligados a la izquierda en Alemania en el siglo XX. Por ejemplo, algunos optaron por la vinculación con el carácter partidista, asumiendo el voluntarismo político y rechazando la actividad del intelecto; otros por el contrario buscaron refugio, se enclaustraron en la “Torre de Marfil”, en las ideas o el conocimiento, con el progresivo desprecio político frente a los problemas sociales e históricos y algunos otros mediaron ambas actitudes, con mesura y con contemplación crítica sin derivar en los extremos. Ambos cursos de acción, partidismo e ideas, será el eje de tensión de los análisis de Horkheimer, contenidos en el libro *Ocaso*.

La era de la modernidad que suponía el “desvanecimiento” de las ideologías absolutas y de los ídolos se ha traicionado a sí misma, comenta Horkheimer. En el inicio del libro *Ocaso*, la defensa de las ideologías y de los ídolos expresan el carácter invertido de la modernidad, porque como lo admite, la exaltación de las ideologías e ídolos absolutos constituye el signo inequívoco del derrumbe y el crepúsculo de la sociedad liberal democrático europea. Horkheimer hunde su mirada penetrante en las condiciones sociales e históricas trágicas como destructivas de la sociedad democrática burguesa de los años 30 en que vivió, desentrañando sus deslices y equívocos. Para ello comenta sin ambigüedad en el aforismo titulado “Límites de la libertad”, lo siguiente:

“Por ello como ciudadano de un país todavía liberal puedes manifestarte de acuerdo con las teorías económicas del marxismo sin correr grave peligro. Puedes tratar despectivamente a los sabios más conocidos, incluso a los políticos y a los grandes de la industria del país; pero en la primera manifestación realmente despreciativa sobre Dios mismo o sobre la patria alemana, o sobre el campo de honor en el que las masas deben estar dispuestas a caer, conocerás inmediatamente en ti mismo el interés inmediato que tiene el capitalismo en la intocabilidad de éstos conceptos” (Horkheimer, 1986, pág. 40).

En el anterior comentario se anunciaba ya el alba del totalitarismo en Alemania. Valga enfatizar que en los rasgos epistemológicos del nacimiento de la Teoría Crítica,

a la que ayudó a forjar el sociólogo alemán, una de las tareas que se propusieron fue desenmascarar los poderes dominantes, la intolerancia y los extremismos que se iban encubando en toda Europa y que fueron investigados a profundidad mediante un esfuerzo no solamente de denuncia, sino en un marco literal de reflexión académica, que no dejaba de confrontar su incidencia en los avatares políticos del momento.

Frente a esta aciaga hora de tendencias absolutistas y fanáticas, se unieron muchas voces en contra del cataclismo. A través de sus vidas como a partir de su inmenso esfuerzo de reflexión y análisis son perceptibles los dramas y la tragedia que impulsaba la modernidad y la sociedad de masas. Allí concurrieron algunos de los más destacados pensadores marxistas del momento: T.W. Adorno, Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Erich Fromm, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, todos ellos se dieron a la tarea de desentrañar la crisis de la modernidad occidental, a partir de una diversidad de actividades en las que alternaron, con intrepidez, sus pensamientos con la influencia en la opinión pública.

Ellos enlazaron sus experiencias personales que eran contradictorias, debido entre otras razones, a la formación, la procedencia y los intereses que los alentaban, con la apuesta de construir una teoría que fuera adecuada para descifrar el momento aciago que los determinaba.

Construyeron en su empresa intelectual la herramienta que podría desenclaustrar la teoría social y anclarla a una genuina forma de la investigación social, es decir, hicieron del conocimiento un instrumento de reflexión política y de crítica social, como nunca antes se había intentado. La inteligencia alemana de izquierda definió los rasgos de una peculiar formación, esto es, aplicaron la crítica para mediar los estragos de la racionalidad occidental, pero sin derivar en posiciones que a muchos otros los indujeron a las actitudes más reaccionarias. Muchos intelectuales se plegaron a los totalitarismos, otros se vieron embrujados por la circunstancia de la Revolución Rusa, los demás cayeron rendidos a una especie de desconfianza o de nihilismo, en la que se desvanecieron tanto la imaginación como la fuerza de la utopía en aras de cambiar el curso del mundo.

Una de las características de Horkheimer –como en algunos de su generación– fue vivir el exilio. Primero en la misma experiencia europea. Salió inicialmente de Alemania, en sus años de aprendizaje y ello le puso en contacto con destacadas personalidades del mundo intelectual. Luego fue forzado a viajar a Norteamérica como muchos otros emigrados judíos alemanes que tuvieron que enfrentar la salida de su país por el ascenso del nacionalsocialismo en los años 30. De ahí se reitera que sus experiencias individuales contrastantes fueron parte fundamental de su biografía intelectual y están estrechamente conectadas con sus elaboraciones académicas e investigativas, como lo admite Carl Friedrich Geyer en un libro titulado “Teoría

Crítica: Max Horkheimer y T.W. Adorno” (1985) en la que revisa las principales tendencias teóricas en los orígenes de la teoría crítica. Geyer sustenta que:

“La atracción que el Instituto tuvo en los años veinte para estudiantes y docentes, no sólo de Alemania sino también de Europa en general, se debió a varias razones. Fue el primer instituto científico de Europa Occidental que se ocupó del marxismo y, a diferencia de las facultades de ciencias sociales de la Universidad, no era un centro de formación de funcionarios sociales. Se renunció conscientemente al ideal humboldtiano de la unidad de investigación y enseñanza, en beneficio de un puro centro de investigación” (Geyer, 1985, pág. 6).

El instituto que se conformó, conocido luego popularmente como “la Escuela de Frankfurt” fue un nicho en el que convergían los intelectuales disidentes de las diferentes disciplinas de las ciencias sociales. La idea de aplicar la investigación no se reducía a engolarse con la erudición, sino por el contrario, procuraban que ella permitiera una genuina articulación del análisis social con la crítica política de la época. Su enfoque fue interdisciplinario y confiaban en el papel de la ciencia crítica como factor preponderante del esclarecimiento, así mismo como fundamento del progreso racional de la sociedad.

En ese contexto, *Ocaso* es más que la obra fragmentaria de un viajero que recorre Alemania y la Europa Occidental, para ver sus desgarros. Más bien, es un registro fiel de la descomposición del mundo occidental, en la que sus trazados en apariencia parciales, tratan de dar cuenta del derrumbe de la totalidad social. No es un tratado de sociología, por el contrario, es la aplicación aguda y serena de la sociología, que se ocupa con los procesos de desintegración de la sociedad, mediante observaciones reflexivas y analíticas. No cabe duda, la injerencia que en los aforismos de esta pequeña obra tiene la filosofía y, en especial, el enfoque basado en el estímulo crítico de Schopenhauer.

Horkheimer acude al modo del “pesimismo ilustrado” (Sánchez, 2002, pág. 18), fuente de su inspiración en la que desmitificar y desmonopolizar las autoridades constituye una tarea ineludible del intelectual. En su ensayo: “Actualidad de Schopenhauer” de su libro (Sobre el concepto del hombre y otros ensayos, Sur, 1970), o en su otro escrito “Schopenhauer y la sociedad” del libro (Sociológica, Taurus, 1986), por solo citar algunos de los centrales en español, se nota esta fuerza gravitatoria de la observación sociológica del pensador alemán aplicada a la realidad; oponerse a los autoritarismos de turno es el máximo valor de la inteligencia en la sociedad.

Estos datos cortos aunque aproximativos de una profunda trama biográfica, ubican al lector en un detalle que tiene la obra de *Ocaso*, el de las relaciones entre el marxismo y la teoría crítica. En Horkheimer se reconoce una vida académica puesta

en el filo de la angustia de los debates entre teoría y praxis, propios de la época que experimentó. Sus aforismos fueron elaborados ocasionalmente en medio del arduo trabajo a finales de los años 20 del siglo pasado y constituyen un trozo central en los orígenes de las concepciones teóricas de la “teoría crítica”. El mismo Horkheimer afirmó que: “Este libro está ya anticuado. Los pensamientos contenidos en él son notas ocasionales de los años 1926 a 1931 en Alemania. Fueron escritos durante las pausas de un fatigoso trabajo, sin que el autor haya tenido tiempo de reposarlas. Por tanto, también están desordenadas. Contienen muchas repeticiones, incluso algunas contradicciones. No obstante, el ámbito de los temas no carece de unidad. Se refieren siempre, de manera crítica, a los conceptos de metafísica, carácter, moral, personalidad y valor del hombre, en la forma en que estos poseían en ese periodo del capitalismo” (Horkheimer, 1986, pág. 17).

Por lo anterior, se puede notar que la lectura de *Ocaso* lleva en sí una fuerza, a veces de intuición, pero profundamente reflexiva, que anuncia como antesala los contenidos programáticos más destacados del primer pensamiento marxista de Horkheimer de los años 20 al 30. Sus contenidos y postulados se verán revisados a lo largo de su vida, por la instancia del exilio en Estados Unidos, el final de la segunda guerra mundial, el regreso a Alemania en los años 50 y se reevaluarán contundentemente con el movimiento estudiantil de los 60, en particular, mayo de 1968.

Con todo, valga decir que hay todavía en los aforismos un tono de esperanza y de ilusión con la revolución, si bien es la crítica su nervio central, sus reflexiones están matizadas, como condimentadas, con la renuencia a absolutizar la razón. Sus observaciones están mediadas por la crítica a la modernidad bajo el discernimiento agudo de la tragedia del progreso y el desarrollo del capitalismo del siglo XX, como lo hurgaría con destreza Walter Benjamin en sus conocidas “Tesis de filosofía de la Historia” (1955).

Desenmascarar los poderes dominantes y des-absolutizar las relaciones del sujeto histórico con el progreso de la historia son rastros de la ejemplar labor analítica de Horkheimer en *Ocaso*. A diferencia de muchos marxistas, no encontró en el sujeto histórico la clave del progreso de la humanidad en esos momentos en sus narraciones, por el contrario se encontró con el retroceso y la decadencia en que caía, el individuo y la sociedad, cegada por un proceso de repliegue irracional, por un movimiento anti-ilustrado, que anticipaba ya la génesis política de los regímenes autoritarios.

En su aforismo del libro, titulado: “La impotencia de la clase obrera en Alemania”, (Horkheimer, 1986, pág. 85), explica esta decadencia social y política de las masas y el movimiento obrero, con cierta cautela, muestra el falso integristismo y el modo degradado en que se iba constituyendo el orden social, ampliando estos problemas,

mostrando cómo el cambio y la transformación de la sociedad europeo occidental iba encaminada a su disolución histórica. Esa disolución que ya mostraba la inclinación del liberalismo al fascismo como lo hizo ver reflexivamente Herbert Marcuse (1970) y que años después trataría ejemplarmente en sus dos ensayos significativos titulados “El Estado autoritario” y las “Enseñanzas del fascismo” de su obra “Sociedad en transición: estudios de filosofía social” (1986).

Ocaso inicia exponiendo cómo el uso de las ideologías mediante el monopolio técnico y los medios de comunicación de masas es expresión de la decadencia de occidente. La explotación de la estupidez con la manipulación mediática y la utilización de la amenaza con la ruina económica, incitan a la sumisión, a la subordinación de todos los individuos y este evento ya insinúa cómo avanza el régimen totalitario.

El totalitarismo sería un objeto de investigación central en el proyecto intelectual de Horkheimer. En sus páginas se dedica a escudriñar sus rasgos sociológicos y psicológicos, enfocados a explicar sus causas, como a descubrir sus consecuencias. En otros de sus aforismos dirá que el autoritarismo se vuelve cotidiano ya que: “Lo insospechado se ha convertido en cotidiano” (pág. 22).

Se refiere a que en las sociedades totalitarias la exaltación de la competencia, la fuerza, el heroísmo y el sacrificio –que pasa por la propaganda y los medios de comunicación a través de la ideología dominante– se introyectan como valores casi imperceptiblemente en los individuos y se extienden a la sociedad. Heroísmo y sacrificio que se absolutizan en el amor a la religión como obediencia ciega y a la patria con la exaltación de la muerte, son los signos de la decadencia de los valores de la democracia y del pensamiento liberal, por eso en el aforismo titulado “Cosmovisión heroica” muestra este rasgo que no sería exclusivo de Alemania, por lo tanto asegura que:

“La lucha contra el individualismo, la creencia en que el individuo tiene que ser sacrificado para que pueda vivir el todo, se corresponde exactamente a la situación actual... La visión heroica del mundo convierte la propia vida, aunque sea para sacrificarla, en el tema más importante... Por ello su conciencia apasionada se relaciona inmediatamente con la víctima, es decir, con la sangre y con el asesinato. La fantasía pierde de vista que la persona que fantasea entra a su vez en juego, y más allá de la distinción de los individuos, se abandona al placer de la crueldad. También los adeptos de las religiones del sacrificio tienen normalmente más presente, en la práctica, matar que morir; parecen querer comprar esa posibilidad con esta disposición y, en todo caso, no dan demasiada importancia a estas diferencias sutiles. Una investigación futura, más libre de prejuicios que la actual, quizás pueda descubrir un día en determinadas épocas también que el poder del cristianismo sobre las almas se fundamentaba en su relación con los mártires y con las llagas, y que las hogueras de la Inquisición estaban tan estrictamente ligadas al culto de la

cruz como hoy las pistolas de los “nacionalistas” con su carga de idealismo” (Horkheimer, 1986, págs. 52-53).

Obsérvese cómo se logra captar en este párrafo el interés científico de Horkheimer por el fenómeno del autoritarismo. El tema de la autoridad será uno de los ejes claves de la introspección filosófica, luego sociológica de Horkheimer. Para explicar el autoritarismo se interroga, a su vez, por la inclinación a la obediencia y a la dominación irracional, lo que arguye, cuando se ocupa de la naturaleza humana (Horkheimer, 1974). Horkheimer no consideró el autoritarismo de forma plana, ya que, como lo argumenta insistentemente, dice que cuando aumenta la obediencia y la sumisión, disminuye el entendimiento y el esclarecimiento, es decir, se falsea la Ilustración y se construye la racionalidad de dominio o la racionalidad instrumental.

Los pasajes sobre los cuales se desarrolla esta relación inversamente proporcional son amplios y generosos en Horkheimer. ¿Cómo y por qué retrocede el entendimiento en la sociedad capitalista moderna con el aumento de la obediencia irracional e inconsciente? Con ocasión de este interrogante responde que en el imperialismo de los estados europeos la “conservación del poder y su abuso dominante y violento, superan el oscurantismo de la Edad Media, porque en esta nueva era, en la que el uso de sofisticados aparatos y la vigilancia sistemática es abundante como gradual, se denota una evolución retrógrada de los estados europeos, capitalistas y liberales” (Horkheimer, 1986, pág. 19). Con los años verá que los dos sistemas sociales –capitalistas o comunistas– se aproximaban y no estaban exentos de la explotación de la obediencia.

Lo cierto es que las raíces de los totalitarismos se hallaban no solamente en la crisis de las democracias liberales, como se podría suponer en su momento, sino en un hondo proceso que tiene relación con la cultura, como con agudeza lo sostuvo Herbert Marcuse en su breve ensayo “La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado” (1934, 1970). Sin duda, *Ocaso* es un testimonio fresco y audaz de los avatares como de las sensibilidades que orientaron no pocos de los acentos intelectuales del filósofo alemán, a lo largo de su vasta producción intelectual.

De otro lado, Horkheimer conceptúa que la crisis de sentido, la falta de libertad y la injusticia extendida de la sociedad capitalista de los años 30, más que a una crisis económica, llana y simple, se debe a un proceso de crisis moral o cultural en Occidente que se deba a un proceso de larga duración. Por ello, el marxismo horkheimeriano se entrelaza, más que en descifrar la crisis desde el lente de un cambio en el sistema económico, o en los postulados de una crítica marxista de la economía política, a acontecimientos profundos que se envuelven en el tejido del pensamiento y la cultura occidental.

La noción de dominio ciego juega un papel principal en la reflexión del sociólogo alemán, en la que aspectos sociopolíticos y cotidianos se pueden percibir a través del lente de la crisis de la cultura en general, o sea, en la disolución moral que acompañó el despliegue de la Ilustración. Las composiciones reflexivas como los argumentos sobre los cuales desarrolla Horkheimer estas críticas, reflejan la angustia de su tiempo y nos dan un registro de sus observaciones más apremiantes y sistemáticas como él mismo lo expuso, pero en las que ya se confirman muchas de las intuiciones reflexivas que profundizará en sus obras clásicas: “Dialéctica del Iluminismo” (1947) y “La crítica de la razón instrumental” (1947, 1971).

Como se puede apreciar en una concisa aproximación, con horror Horkheimer se centra en el desajuste entre el sujeto y la moral, trata de desentrañar comprensivamente la capacidad de la sociedad para mutilar y para fragmentar las experiencias subjetivas ilustradas. La tendencia a parcializar la crítica social o a vulgarizarla a través de la totalidad falsa, comenta, es otra de las caras de la tragedia de la modernidad, una constante que se traduce en la renuencia formalista de la sociedad capitalista a la crítica. La “auto-conservación” del poder y la dominación neutraliza mediante los contraejemplos, la inteligencia crítica.

Este factor coloca en un lugar de especial tensión a *Ocaso*, como lo indica Horkheimer cuando afirma que: “...quien con palabras duras constata cualquier mal, una injusticia, una crueldad propia de este orden social, comenzará a oír con frecuencia que no se puede generalizar. Se señalará un contra-ejemplo” (Horkheimer, 1986, pág. 20).

Ya notaba Horkheimer cómo a los intelectuales críticos se les aplicaba la censura y el señalamiento por el modo de sus reflexiones y análisis, que eran descalificados y neutralizados mediante el odio y la persecución. Horkheimer denunciará todas aquellas tendencias intelectuales que en momentos de crisis se regocijarían con el diletantismo como con la ejemplificación autoritaria. El conocimiento crítico indispensable en la desarticulación de la falsedad o de las verdades incuestionadas que dominan el sistema social, en especial en el contexto de la modernidad capitalista, era una tarea exigente y demandaba en momentos en que dominaba el artificio o la superficialidad, el voluntarismo político o la pragmática conservadora, una firme actitud intelectual.

Por lo anterior, en el escrito titulado “Modos de sepultar”, expone las características de esta vindicación, puesto que: “El formalismo del pensamiento actual, su relativismo e historicismo, la adaptación a la conciencia dominante, que se instala inmediatamente después que aparece un gran pensamiento, la cosificación de toda la vida como un capítulo de la historia y la sociología, han introducido la costumbre de tomar los contenidos, no en su pureza, sino formalmente, de modo que todo

sea compatible con las situaciones actuales, es decir, con la ideología capitalista” (Horkheimer, 1986, pág. 36).

Los años 20 al 30, constituyeron una época de encrucijadas para la inteligencia europea por las múltiples crisis que se entrecruzan en esos años. La pérdida de sentido, el desarraigo, la guerra, la incertidumbre, figuraron como actitudes que entreveradas con el auge de las políticas del exterminio, anunciaban ya lo que Oswald Spengler escribió bajo el título de la “Decadencia de Occidente” (1918). Las respuestas de algunos de los intelectuales alemanes frente al desastre y el cataclismo fueron paradójicas en no pocos casos. Se configuraron posturas radicales, poco radicales y hasta conformistas. De la defensa de la Ilustración y su herencia, se iba a la crítica de la misma con tendencias Románticas renovadas; de las concepciones ideológicas de izquierda, intentando superar la tragedia del progreso moderno capitalista, se pasaba a aquellas otras que fundadas en un severo conservadurismo, apelaron a la reactivación de la Edad Media y al fundamentalismo cristiano religioso, vestíbulo de los nacionalismos furibundos filtrados en los regímenes que condujeron a los totalitarismos, en fin, de la revolución a la contrarrevolución, del compromiso a la indolencia.

Las respuestas de los intelectuales europeos del siglo XX, en esas tres primeras décadas, fueron disímiles. Más aún para aquellos que provenían de las tradiciones marxistas, casos como los de Georgy Lukács, Karl Korsch, Rosa Luxemburgo, fueron trágicos como inusitados sus recorridos intelectuales, a los que no cabe duda es imposible excluir, los denominados miembros de la Teoría crítica de la sociedad. Por eso es pertinente la lectura de *Ocaso*, es la antesala, la obertura, a los dilemas intelectuales de los marxistas alemanes de los años 30, en un contorno tanto de ambigüedades, vacilaciones políticas como de angustias, desasosiegos y pérdida del rumbo o del sentido de la sociedad capitalista moderna.

Avancemos presentando los contornos de este agudo observador del siglo XX, rodeamos algunas de sus actitudes y las opiniones que asumió Horkheimer en este entorno y los muchos dilemas sociales y políticos que tuvo que encarar. En el prólogo del libro *Ocaso* se dice que:

“Tanto el libro que hoy presentamos en lengua castellana como su autor no son excesivamente conocidos entre nosotros. Suele ocurrir con alguna frecuencia en la historia de la filosofía que la historiografía no está a la altura de la importancia del filósofo en la historia real de la cultura. . . Miembros de dicha Escuela, o que estuvieron más o menos vinculados a ella, como Adorno, Marcuse, Benjamin, y más recientemente Habermas, han sido con frecuencia incluso noticia periodística. Al contrario, el nombre de Max Horkheimer es un perfecto desconocido entre nosotros, si exceptuamos el estrecho círculo de algunos especialistas. Como prueba de lo dicho podemos aducir que, si repasamos la literatura especializada sobre la Escuela de Frankfurt, son mucho

más numerosos los estudios sobre los autores antes citados que sobre Max Horkheimer” (Ortega, 1986, prólogo, págs. 7-8).

En el libro coinciden algunas actitudes intelectuales, intencionadas, que son delineadas por Horkheimer. La construcción de la teoría crítica de la sociedad y la postulación de un programa intelectual de trabajo que se había reflejado en el discurso programa que en esencia fue un derrotero de las actividades investigativas que abordó en varios años, es especial su registro en el escrito titulado “la situación presente de la filosofía social y las tareas del Instituto de investigación social de Frankfurt” (1931).

El ensayo que expresaba la posesión de Horkheimer en la dirección del Instituto de Investigación Social indica que ante la crisis es menester darle rigor al análisis social, esto es, filosofizar la investigación social, reflexionar conceptualmente la investigación social. Hay que añadir que en el año de 1932 elaboró unas reflexiones con el título de “Observaciones sobre ciencia y crisis” (Horkheimer, 1974), en las que son perceptibles algunas referencias teóricas del análisis marxista y su vinculación con los problemas de la ciencia convertida en medio y modo de producción. La ciencia como instrumento de producción liquidaba su legado ilustrado y moderno, al que por lo demás, confrontó con acritud analítica en los acápites que contiene este testimonio primigenio de la teoría crítica, semblantes que aparecen constantemente en los aforismos de *Ocaso*.

Los trazos de los referentes analíticos que componen *Ocaso*, dejan ver las huellas del marxismo de la teoría crítica y se completan con el texto introductorio del volumen de 1936 concebido bajo el título de “Estudios sobre Autoridad y Familia”, cuyo prólogo “Teoría Crítica y Teoría Tradicional”, escrito por Horkheimer, constituye otro de los componentes iniciales de esta corriente intelectual en su enlace con el marxismo filosófico en el siglo XX. La transición de la filosofía marxista al análisis sociológico o mejor a la reflexión de los temas o problemas sociales contemporáneos de su entorno —es decir, los años 20 al 30— se refieren a otros asuntos capitales de la época, el problema de la libertad, la felicidad, la utopía y la crítica.

Indicativos de los iniciales esfuerzos de incorporar la teoría desde el marxismo, o de aplicar la filosofía marxista a la historia y la sociedad, además de las posturas políticas claramente definidas de socialismo contenidas allí, son perceptibles y se respaldan en muchos de los aforismos de *Ocaso*, basta señalar los titulados “De dentro afuera” (pág. 29); “Límites de la libertad” (pág. 40); “La vileza es premiada” (pág. 41); “Escepticismo y moral” (pág. 50); “Cosmovisión heroica” (pág. 52); “Discusión sobre la revolución” (págs. 55-58); “El hombre insignificante y la filosofía de la libertad” (págs. 70-73); “La impotencia de la clase obrera en Alemania” (págs. 85-91); “Indicaciones” (págs. 102-103); “Quien no quiere trabajar, tampoco puede comer” (págs. 120-121).

En ellos expone Horkheimer los contornos de una actitud de escepticismo crítico contra el modo cómo se fue transformando el sistema capitalista hacia el totalitarismo –capitalismo de Estado– que ya lo presentía en muchos de esos escritos tempranos y que los profundizará con posterioridad. Sin duda, en esta etapa Horkheimer es un entusiasta, sin absolutizar ni menos hacer apología, del proyecto socialista que le tocó vivir.

Le atrajo por la esperanza que le generaba en términos de la justicia, la libertad y la igualdad, entre otros sentidos que él mismo aduce. Son dicentes de estas dos relaciones marxismo y socialismo los aforismos ya señalados arriba, que muestran la posición política de Horkheimer como las proximidades que tuvo frente al pensamiento de Marx al que reseña con algunos problemas específicos, se destacan las reflexiones sobre el fetiche y la fetichización, la ideología, la relación hombre y naturaleza, el mercado y el intercambio, la socialización, el poder y la dominación, la técnica y la producción industrializada, el tiempo libre, entre otros problemas comentados en sus aforismos.

3. EL CATACLISMO EN EL SIGLO XX: DESAJUSTE DEL INDIVIDUO, LA MORAL Y EL PODER

En el siguiente acápite trataremos de redimensionar, analíticamente, algunos de los enfoques reflexivos sobre la crisis de sentido y la decadencia de la modernidad occidental en el siglo XX. Para Horkheimer las relaciones entre el poder y la moral estaban completamente invertidas en el capitalismo. A mayor riqueza, la disposición moral racional disminuye y en ese sentido, la inhibición para alcanzar el ascenso, el reconocimiento como el prestigio social, se obtenían al costo de los muchos que deben soportar la miseria, el hambre, la esclavitud y el sufrimiento general.

En este sentido hay una clara oposición a la tesis sociológica de Durkheim sobre el proceso de integración mediante el esfuerzo y la superación personal, la estratificación y la densidad demográfica en las sociedades modernas (Durkheim, 2006). Lo advierte Horkheimer –muy en contra de Durkheim– en su aforismo “Carácter y ascenso social”, explica cómo moral y conciencia de clase se derrumbaban en su unidad y coherencia, porque: “Este detrimento “moral” crece con la disminución del papel en el proceso de producción. En la competencia de los capataces entre sí gana a la larga, es decir, puede subir quien tiene menos inhibiciones morales, a veces simplemente el más brutal” (Horkheimer, 1986, pág. 26).

El detrimento moral no era exclusivo del proletariado ni menos del “lumpenproletariado”, sino por supuesto de las clases medias y las clases altas europeas. Una vez

más, reconoce Horkheimer que poder y moral, estructura de clases y conciencia se fueron disolviendo como disgregando, escindiéndose en la sociedad capitalista de los años 20 al 30. Con mayor agudeza Horkheimer incluso percibió, en la misma clase obrera alemana, la **Anomia** desde otra perspectiva, donde al interior de ella, las divisiones y subdivisiones amenazaban continuamente su unidad y por supuesto su “consciencia de clase”, alteraban su radicalismo o su inclinación a la revolución, lo que fue revelador de ello, a través del aforismo “La impotencia de la clase obrera en Alemania” (págs. 85-91), ya indicado aquí, es uno de los textos significativos de la reflexión social y política de Horkheimer en esta etapa.

Él mismo lo declara, cuando afirma que la atrocidad, el horror, la vileza, la ambición, la dominación y la injusticia ejercidos por los “encumbrados de las clases altas del mundo capitalista”, se introyectaron en la clase proletaria alemana. La integración de ambas clases, burguesas y proletarias –no su contrariedad o contradicción– era otra forma de pérdida de sentido según Horkheimer. La competencia, la supervivencia, la desinhibición, el conformismo, la resignación, la complacencia desde abajo, además de la renunciación y el sacrificio, la obediencia ciega al sistema, la corrupción, lo que en últimas expresaban era una forma de integración absolutista y totalitaria de ambas clases.

En un plano de divergencias aparentes que se homogeneizaban mediante el poderío social, capta Horkheimer el tránsito de la sociedad europea presta a invertirse después en el autoritarismo. Horkheimer nos deja ver trazos de las relaciones entre moral y clases sociales, en una época de transiciones políticas. En su aforismo “Escepticismo y moral” es nítida esta contienda de moral y conciencia:

“El socialismo es una forma mejor, más adecuada, de sociedad, cuyos elementos en cierto modo están presentes ya en el capitalismo. Existen “tendencias” en el capitalismo que empujan hacia un cambio del sistema. Pero es muy pobre el material de experiencia sobre cuya base aceptamos que las tendencias se impondrán realmente... Nadie se confiaría, sin ser consciente de correr un gran peligro, al atravesar un puente, sobre el abismo, cuyos principios de construcción no estuvieran basados en experiencias más exactas que las del advenimiento del socialismo. Se puede confesar uno marxista si se tiene la dosis necesaria de escepticismo. Ahora bien, la tolerancia y la benevolencia desaparecen tan pronto como a la metáfora del puente añadimos que del riesgo de llegar a la otra orilla depende que desaparezcan o no la mayor parte de las injusticias, la mutilación de las capacidades humanas, la mentira, la humillación sin sentido; en una palabra, el sufrimiento innecesario, material y espiritual. Dicho de otra manera que hay que luchar por el socialismo” (Horkheimer, 1986, pág. 50).

Esta postura de Horkheimer, socialista, no estuvo exenta de medidas como de cauletas a la luz de las relaciones entre los intelectuales y la política, toda vez que se

debía a los nexos problemáticos de los intelectuales con los partidos radicales de izquierda en Alemania. Sugiere Horkheimer que el intelectual frente a la barbarie, frente al poderío social hipostasiado y divinizado por las diversas capas sociales, tiene el deber de desenmascarar la falsa realidad, racionalidad o las falsas formas sociales.

La inteligencia crítica en una sociedad en crisis corre el riesgo de la ambivalencia y la oscilación, la ambigüedad y la vacilación. A su vez, se acentúa la persecución cuando la crítica es fundada en la verdad, en la moral, en la razón y en los argumentos. Horkheimer a lo largo de *Ocaso* muestra cómo los avatares de la inteligencia social se dan en un mundo donde la moralidad y la acción, la praxis racional se encuentran absolutamente invertidas en su coherencia como en su lógica y ligazón. Este aspecto lo profundiza en su aforismo “Discusión sobre la revolución” (págs. 55-58). Indica cómo la ambivalencia, la indecisión o la vacilación eran otros de los síntomas de la decadencia de la inteligencia social en la crisis del capitalismo, por ello en su aforismo titulado “Indicaciones”, afirmó:

“Quien tiene ojos para ver la injusticia sin sentido del mundo imperialista, en modo alguno explicable por incapacidad técnica, considerará los acontecimientos de Rusia como el constante, doloroso, esfuerzo por superar esta horrible injusticia social, o por lo menos se preguntará con el corazón palpitante si continúa este esfuerzo... Cuando a Kant le llegaron las primeras noticias sobre la Revolución Francesa, parece que cambió desde entonces su paseo habitual. También los filósofos de nuestro días perciben las brisas del alba, pero no las favorables a la humanidad, sino a favor del repugnante reino de los fantasmas de la metafísica” (Horkheimer, 1986, pág. 103).

Hay que exponer que el continuo y constante intercambio de los individuos, su trato diario, no permite una racional conciencia de sí y de los demás. La densidad y la extensión social del intercambio en la vida cotidiana obstruye antes que visibilizar las contradicciones, se naturalizan haciéndose invisibles. Esta peculiar unificación social se produce sobre la base de la destrucción y de la desintegración, al alentar la competencia, mediante la coacción, el sufrimiento y la desigualdad. Volviendo al marxismo que expresa en esta etapa temprana Horkheimer, su preocupación sobre las relaciones de clase y de conciencia son altamente digresivas como contrastantes de manera reflexiva y crítica.

La falsa conciencia, la naturalización de las contradicciones de clase, el envolvimento velado y ensombrecido u opaco de las relaciones entre las clases sociales se soporta mediante la socialización o las maneras sociales que él llama “buenos modales”. La socialización que fue el tema central de la sociología de Simmel, muy a pesar de éste, en la crisis moderna, por el contrario en Horkheimer, suavizan

o neutralizan, las luchas o las contradicciones de las clases y de su conciencia. Naturalizar las rivalidades de los sujetos en el mercado es una forma contraria de la socialización racional. Por ejemplo en el aforismo “De dentro afuera” habla de la imperceptible realidad de las relaciones subjetivas condicionadas por lo que la contradicción de clases se neutraliza, se pule o se depura bajo el capitalismo. Así lo que explica Horkheimer:

“Aunque determinadas capas de trabajadores – éstas no son tan grandes como se cree – podrían comprender, gracias a la teoría socialista, el carácter de condicionadas de las relaciones con los empresarios, no obstante ellos aceptan las relaciones dentro de la propia clase como naturales y evidentes. Más incluso éstas están constituidas por relaciones sociales transitorias, lo que se manifiesta con claridad tan pronto como se sale de ellas. Para ello no basta ciertamente la decisión propia, ni siquiera la mera reflexión. Más bien se necesita del empeoramiento de la situación social de un hombre, de su exclusión de todas las seguridades de tipo humano y social, para traer a la conciencia un relativo estar fuera respecto de las fundamentales relaciones económicas y sociales. Entonces por primera vez puede el hombre perder la fe en la naturalidad de las propias condiciones y descubrir cuántos elementos socialmente condicionados estaban contenidos en el amor, en la amistad, en la atención, en la solidaridad que lo ha nutrido. Son necesarios determinados acontecimientos para cambiar la vida de un hombre de manera irreparable” (Horkheimer, 1986, pág. 29).

En esta faceta del análisis de Horkheimer se pueden desvelar las tensiones entre los procesos micro y macro sociales alterados por las influencias condicionantes de la crisis como de la pérdida de sentido de la realidad y de la sociedad. El desajuste de la ciencia y la moral por la obstrucción entre pensamiento y acción racional, se condensan no solamente en la barbarie que recorre el mundo, sino también en la vacilación, la reclusión, la huida o la ambigüedad de los intelectuales de su tiempo, quienes apelando a la “humanidad” como artificio u ornamento, alientan su indiferencia e indecisión científica frente a los problemas humanos. Juzga Horkheimer a los intelectuales que han caído en este derrumbe moral como parte del engranaje cuya pieza del mantenimiento del sistema como de la inhumanidad se solapa con palabras superficiales, con la fama, con el éxito o con el reconocimiento, que constituyen otros de los modos de la “naturalización de las contradicciones históricas de las clases”, por ello afirma, en su aforismo una vez más citado, “Escepticismo y moral”:

“Con el tratamiento escéptico del socialismo, los intelectuales sirven al orden social dominante. Los profesores y literatos que saborean el halago, el reconocimiento y la gloria en el mundo tal como es, están todos de acuerdo en la condena “moral” de un robo criminal. Permiten tranquilamente el robo

tolerado e innumerables niños, mujeres y hombres en los estados capitalistas, y todavía más en los estados coloniales, participan en el botín. Protegen la doctrina de la sociedad socialista con lenguaje “científico”, junto a otros temas, en libros y revistas eruditos, y con gesto escéptico pasan al orden del día” (Horkheimer, 1986, págs. 52-53).

Esa atenuación de las contradicciones de clases y la conciencia, la exterioridad que se impone frente al mundo interior, a la consciencia, mediante la coacción y la violencia ejercidas a través de la exclusión y la marginalidad, como así mismo, mediante la inseguridad y la desintegración que obra por medios irracionales, son cotejadas por Horkheimer a partir de las formas de dominación que ejercen los procesos de socialización en el intercambio diario de los hombres, en los medios de comunicación y en la propaganda.

Otros aforismos, como por ejemplo, “Monadología” (pág. 20), “Ruleta” (pág. 21); “Las manos deladoras” (pág. 23), “Todo comienzo es difícil” (pág. 29); “Sobre la doctrina del resentimiento” (pág. 44), muestran esta obstrucción de la conciencia, por la mediación que en ella ejerce el sistema social, la estructura de la sociedad y en especial, la coerción del mundo del trabajo que reiteramos Horkheimer acusa como instancias veladas y encubiertas mediante la manipulación de las relaciones sociales.

Mientras más duras son las condiciones sobre las cuales se produce con intensidad el intercambio, es decir, el trato cotidiano de los individuos socializados, menor es el grado de conciencia sobre las contradicciones externas que lo produce y cuando hay conciencia de dichas contradicciones de clases, sencillamente se tramitan mediante la culpa, como lo expresa con contundencia su aforismo “Monadología” (pág. 20). A la par que Horkheimer hurga en las formas y esencia encubiertas, turbadoras de cómo el sistema capitalista neutraliza o naturaliza las contradicciones de clase y su conciencia; el sociólogo alemán une la esperanza de un mundo mejor, apostándole al socialismo y al marxismo, con discreción, sin quedarse con ello, en la denuncia sencilla de la crítica a ultranza, ni menos en la contemplación pura del mundo derruido, actitud que detestaba con aspereza.

La antesala de los valores del totalitarismo ya estaban incrustados en la crisis de la sociedad democrático liberal burguesa. Los intercambios cotidianos así como la socialización que neutraliza, suaviza y naturaliza las contradicciones de los hombres mediante la falsa idea de los “buenos modales”, el desdibujamiento de las distancias sociales mediante la falsa idea de igualdad entre los hombres, la desautorización de las contradicciones de clase, mediante el uso de la ideología de la propaganda y la técnica, eran signos no sólo ineludibles del ocaso, sino también del fracaso del proyecto Ilustrado de la modernidad a la que apelaba Horkheimer como alternativa de otra sociedad más justa y más razonable.

Es la intención de desocultar esas tramas de la violencia simbólica eficaz y eficiente, la tarea sociológica de Horkheimer. Explicó cómo en el siglo XX se enmascaraba la realidad, y mostraba el carácter velado y dañino de esta sociedad en tránsito a los autoritarismos nacionalistas. El falso sentido de la totalidad, pero la exaltación de los valores absolutos concurren como correlato de esta tragedia de la crisis moderna, con la extrapolación de las partes sociales amparados en una teorización como en una apología de lo empírico y de lo práctico que funge como falsa conciencia; asuntos que son reiterados con constancia por Horkheimer.

En el centro de la teoría crítica, ella misma es objeto de autocrítica, en lo que tiene de relación con sus alcances, como en lo que tiene de vínculo en especial con el sujeto de conocimiento. Las teorías positivistas, o que se fundamentan en el positivismo, se rinden ante la realidad, los hechos fácticos, por los cuales es notoria su renuncia, su acriticidad, deben su validez a su obstinación u obsesión con la fidelidad en los hechos, con su consumación en la comprobación o la verificación, o con la testarudez con los procedimientos o el lenguaje, como más adelante lo denunció Horkheimer en sus ensayos de filosofía y sociología, (Horkheimer, 1986).

4. FALSA TOTALIDAD Y ABSOLUTISMO: LA TRAGEDIA DE LA MODERNIDAD CAPITALISTA DEL SIGLO XX. OCASO Y LOS AFORISMOS COMO ANTÍDOTO AL DOGMATISMO CIENTÍFICO.

De otro lado, al hacer una exploración analítica del sentido y del significado de la obra titulada *Ocaso* (1934), se nota que ella contiene un derrotero de las posturas científicas de Horkheimer que con posterioridad se definieron con mayor agudeza en los años 30 y 40. Aunque no se ha confiado a esta obra la suficiente superioridad con otras que se reseñan más adelante en este ensayo, en particular “Dialéctica del Iluminismo” escrita conjuntamente con T.W. Adorno y “Crítica de la Razón Instrumental”, *Ocaso* constituye uno de los preámbulos de lo que será el nervio central de la Teoría Crítica y de la personalidad intelectual de Horkheimer.

Los contenidos de los aforismos traslucen un proceso intelectual en el que se integran las preocupaciones acerca de los conflictos decisivos de su tiempo y su juventud. Como indicativo de lo anterior, es pertinente acudir al ensayo de Ignacio Mazzola titulado “Max Horkheimer y la filosofía” (2009), puesto que en sus acápites aborda las estrechas relaciones de la vida personal de Horkheimer y su evolución intelectual con la teoría crítica. Allí llega a expresar que, en esos años de estudiante, Horkheimer ya se inclinaba, en su experiencia, en su conciencia y

en su espíritu, a desentrañar las contrariedades del mundo, a descifrar la pérdida de sentido y a captar la tragedia del progreso moderno del capitalismo. Se refiere con lo anterior estrictamente a la carta que Horkheimer le envió a su primo, en la que ve de manera descarnada su comodidad a contracara de la miseria y la injusticia social dominante, por ello cita a Horkheimer quien escribe:

“¿Quién se queja por el sufrimiento? ¿Tú y yo? Nosotros somos caníbales quejándonos porque la carne de aquellos que masacramos nos produce dolor de estómago... Tú duermes en camas y te vistes con ropa producidas por gente que se muere de hambre, gente a la que forzamos y dirigimos con el tiránico látigo de nuestro dinero, y no tienes idea cuántas mujeres han desfallecido al pie de la máquina que produce el material para tu sobretodo... Es absolutamente ridículo, como si un carnicero en el matadero se pusiera triste porque su delantal blanco se mancha de sangre”. (Carta inédita, Horkheimer Archive, Staats- und Universitätsbibliothek Frankfurt; citada sin fecha en: McCole, Benhabib y Bonß, 1993b, nota al final # 11.). (Mazzola, 2009, pág. 4).

En este escrito se expresa con contundencia la inclinación hacia lo social del joven Horkheimer, frente a lo cual repara Mazzola:

“La contundencia de estas palabras es sorprendente. El incipiente análisis social aquí implícitamente contenido, expresado con crudeza y extrema acidez, permite al lector familiarizado con su obra de madurez identificar en estas palabras al fino pensador crítico-social que luego sería. Por otro lado, la dureza de este pasaje apunta ya en la dirección de su fuerte compromiso político cargado de esperanzas revolucionarias. Si tenemos en cuenta además que, por esta misma época, junto a su amigo de juventud Friedrich Pollock, Horkheimer se inicia en la lectura de filósofos como Schopenhauer, Kant y Spinoza y de escritores naturalistas y crítico-sociales como Zola, Ibsen, Tolstoy y Karl Kraus, no nos será difícil aceptar la idea de que, con aproximadamente veinte años, “Horkheimer comenzó a traducir su agudo sentido de la injusticia en términos políticos (McCole, Benhabib y Bonß, 1993b: 4)” (Mazzola, 2009, pág. 4).

Por lo demás, al acabar de delinear los pormenores de la convivencia entre teoría crítica y marxismo, lo que nos interesa es explorar el libro *Ocaso* que según algunos expertos constituye uno de los testimonios más nítidos del perfil anti-dogmático y científico que se radicalizará a lo largo de la existencia de esta corriente intelectual del siglo XX (Mazzola, 2009, pág. 3). Es de reiterar que en esta obra temprana del filósofo y sociólogo alemán se percibe una confrontación con corrientes del pensamiento filosófico dominantes en su época –la fenomenología husserliana, el positivismo científico, la metafísica moderna.

La obstinación científica por el objeto –el objetivismo puro y por el procedimiento, los métodos o la metodología– contenían según Horkheimer, una falsa idea de totalidad en teoría del conocimiento, que se refrendaba a través del poderío social de

la sociedad frente al individuo. Aún más, la declinación del sujeto ante la realidad, que hipostasía la coerción de la exterioridad frente al deterioro de la interioridad, la que va perdiendo sentido e importancia, era entre otros, el signo inequívoco de la tragedia de la modernidad y de la dialéctica de la Ilustración.

Por lo anterior, la sustantivación de la subjetividad mediante la renuncia consciente a confrontar la realidad, la absolutización de los valores personales, acusa Horkheimer, fueron otra muestra palpable de la parcialización totalizadora, la mutilación con que operaba el tránsito de la sociedad capitalista, que en sus crisis se inclinaba ya a una sociedad cuyos valores democrático liberales burgueses se ladeaban hacia su crepúsculo. Estas falsas relaciones de la totalidad con la partes, del sujeto y la sociedad son entendibles, por la magnitud que ha adquirido la racionalidad, un tipo de racionalidad instrumental, que en su dominio y poderío, aumentan la ceguera, la obediencia y la subordinación, la exaltación de la comodidad o la seguridad a ultranza, además de incentivar con su posicionamiento, la falta de Ilustración, de aspiraciones críticas y de motivaciones emancipatorias, que años más tarde tratará de manera vehemente en su ensayo “Sobre el concepto de ser humano” (1957) (Horkheimer, 2005, págs. 23-47).

El interrogante de Horkheimer se ubica en desentrañar la crisis de la sociedad democrática liberal burguesa. Su decadencia por la excesiva racionalidad y de pérdida de sentido que ella misma produce, según Horkheimer, antes que favorecer la felicidad y aumentar la libertad de las mayorías, incita a la subordinación, a la esclavitud, al dolor, al sufrimiento, al miedo y al terror.

Ello se debe preferiblemente al poderío de lo social, a la dominación de una minoría frente a esas amplias capas de la población, que subsumidas por el manejo del poder, impuesto mediante medios atroces, eficaces y sutiles, con el uso de las ideologías, la propaganda y la opinión pública, alienta la irracionalidad con instrumentos aparentemente racionales. Esta dialéctica de poder y dominación irracional, planteó un diagnóstico en Horkheimer que muchos sociológicos ya habían tratado: Marx y la alienación, Durkheim y la Anomia, Simmel y el anonimato, Tönnies y la pérdida de los lazos comunitarios, que indicaron la catástrofe de la modernidad en los inicios del siglo XX.

Uno entre muchos de los interrogantes de Horkheimer se mueve en la siguiente pregunta: ¿Cómo es posible y por qué es aceptable una sociedad que se construye a través de la intolerancia y la injusticia, la infelicidad y el autoritarismo? En este interrogante resume sintéticamente la matriz del análisis de la filosofía y la sociología de Max Horkheimer. Aduce con fuerza que la reflexión filosófica penetre la realidad social, la aprehenda y la contraste, al mismo tiempo que no rehuya en esa medida, con la asepsia que fue común a la filosofía de su tiempo, alentar el cambio y la transformación de la sociedad.

La filosofía de Horkheimer es ciencia en la medida en que “aprehende la naturaleza de las cosas y la vincula con la totalidad”, histórica primordialmente, bajo la demanda de desenmascarar las vinculaciones dañadas del individuo con el sistema social. Se inclina, además, a establecer las medicaciones entre lo parcial y la totalidad, sin derivar en los extremos. La filosofía como actividad de comprensión es ligada en Horkheimer a la altura de ciencia razonable, en la medida en que destroza los rasgos ocultos de la realidad, va abriendo las posibilidades de la consciencia que permita impulsar el cambio, descubre lo velado de las relaciones y los intercambios sociales, además que procura responder a otras interrogaciones.

En varios de sus aforismos de *Ocaso*, logra captar Horkheimer esta contienda positivista que coloca en los extremos el sujeto y el objeto, la ciencia y la experiencia, la parcialidad y la totalidad, el individuo frente al sistema, el pensamiento y la moral. La tendencia común de escindir, de rivalizar o de extrapolar mediante dicotomías a través del pensamiento científico en todas las ramas, es para Horkheimer la cifra inequívoca del *Ocaso* en el capitalismo Occidental.

Como registro de lo anterior, es importante destacar sus aforismos más representativos al respecto: “Monadología” (pág. 20), “Conceptos desacreditados” (pág. 21), “Conversaciones filosóficas de salón” (pág. 24), “El partidismo de la lógica” (pág. 25), “Peligro de la terminología” (pág. 34), “Modos de sepultar” (pág. 36), “Límites de la libertad” (pág. 40), “La vileza es premiada” (pág. 41), “Arquímedes y la metafísica moderna” (pág. 48), “Sólo se puede ayudar al todo” (pág. 49), “Metafísica” (págs. 63-64), “Trivialidades” (págs. 67-68), “El esfuerzo desinteresado por la verdad” (págs. 74-76), considerados como los más destacables en ese sentido.

Horkheimer rastrea críticamente en estos aforismos las dicotomías como las extrapolaciones que escindieron las relaciones entre ciencia y experiencia, ciencia y moral, bajo el estilo de metáforas, que van demoliendo el encubrimiento de la sociedad capitalista y a la manera de Karl Mannheim (2004), logra desenmascarar el carácter autoritario y dominante, de los supuestos científicos de su momento. Hay dos aforismos que delatan la intención crítica y la oposición amarga de Horkheimer contra el positivismo y la metafísica, el primero que elegimos, “Peligro de la terminología” (Horkheimer, 1986, pág. 34). En él, revela cómo las ciencias, incluidas la filosofía, la historia y la sociología como ciencias humanas han perdido su sustancia humana, se han positivizado.

Allí son perceptibles los inicios analíticos de la crítica del positivismo, que Horkheimer llevará a cabo a lo largo de muchos de sus escritos (Horkheimer, 1974; 1986; 2000), lo que se constituyó en eje de confrontación del filósofo de Stuttgart en sus años de formación y con posterioridad a su regreso a Alemania en los años 50 y 60, luego del exilio forzoso.

Horkheimer se enfrentó por ello contra la clasificación de las ciencias y con la filosofía como contemplación, considerados como medios instrumentales a los que acuden los científicos, para clausurar la relación entre hechos sociales e investigación, o para encubrir la dominación o la injusticia o en últimas para mantener el orden irracional del sistema social, como queda más nítidamente expresado en su otro aforismo “Inversión de las ideas” (pág. 49), que contiene otras acusaciones a ese mundo dañado del capitalismo.

Las diversas ciencias, entre ellas el derecho, la ciencia política, la historia, la filosofía y la sociología enmudecían ante la crisis y las contradicciones de la realidad. Dichas contradicciones que se suponían evidentes eran concebidas como aceptables y hasta naturales por los positivistas, además se consideraban como armónicas, de modo que allí afirma:

“Con la clasificación científica el horror del hecho es presentado en cierta manera como inadecuado... Del mismo modo se tranquilizan algunas personas en lo que se refiere a la constatación del mal en general si tienen una teoría en la que encuadrarlo” (Horkheimer, 1986, pág. 34), a lo que agrega criticando cierto marxismo positivizado que ve como ciencia afirmativa en su renuncia a la crítica y al cambio social, le imputa el que las conciencias de los intelectuales se tranquilizan e insiste en ese mismo aforismo que: “Aquí pienso también en algunos marxistas que, a la vista de la miseria, se apresuran a deducirla. Con la teorización también se puede ir demasiado lejos” (ibíd.).

La rutinización del conocimiento, el dominio del procedimiento y de la máscara metodológica, que disgregaba al sujeto como al objeto de conocimiento, diseminados en partes escindidas fueron el *sino* del *Ocaso* –decadencia– del pensamiento ilustrado, que claudicaba ante la maniobra disolvente del mundo capitalista como lo hace notar en uno de sus más perspicaces aforismos “Conversaciones filosóficas de salón” (pág. 24). El dominio del artificio y el triunfo de la superficialidad en las discusiones, la burla como la chanza con que se asumen los problemas sociales, desde la ciencias triunfantes y la vida cotidiana, la indolencia como la desidia a lo que se ha vuelto inhumano, eran signos indefectibles de que:

“El imperialismo de los grandes estados europeos no tiene nada que envidiar al medioevo con sus hogueras; sus símbolos son protegidos con aparatos más sofisticados y con guardias mejor dotados que los santos de la Iglesia medieval... El ocaso del capitalismo no anuncia necesariamente la noche de la humanidad, que hoy parece amenazarla” (Horkheimer, 1986, pág. 19), imputaciones que se hayan manifestadas en el contenido de sus primer aforismo “Ocaso”.

La rutina del pensamiento que encorva su función crítica y la infravaloración de la verdad, la que se desvía inmisericordemente con “temas importantes” que resultan

insulsos, el acomodamiento o la adaptación del pensamiento a todas las circunstancias, el encuadramiento general donde toda teoría sirve para calcular los “hechos o fenómenos sociales”, la trivialización y las modas recurrentes del pensamiento, son delatados por Horkheimer como el nuevo autoritarismo del capitalismo, como la racionalidad de dominio que se ampara o dicho de otro modo, concita a la oportuna alianza con la injusticia, el sufrimiento y el dolor de los más, lo que a la inversa trae, la tranquilidad y la seguridad de los menos. Son aspectos indicados en sus aforismos, “Ruleta” (pág. 21); “Las manos deladoras” (pág. 23); “Bridge” (pág. 38); “Reglas del Juego” (págs. 46-48).

El declive del pensamiento crítico es validado por Horkheimer en su aforismo “Conversaciones filosóficas de salón”, en el que dice:

“En algún aspecto, todo puede ser importante. Así he descubierto que una buena parte de las discusiones hay que explicarlas fundamentalmente por la competitividad personal y por el deseo de propaganda de los participantes académicos. Ellos quieren mostrar lo aptos que son para sus tareas, es decir, desviar los problemas reales mediante la educación para métodos de pensamiento oscuros y a través de la introducción de cuestiones remotas. Por consiguiente, en estas cuestiones interesa más la mera rutina, el “nivel”, que el contenido. Con frecuencia aparecen como meritorios la mera confusión y el ocultamiento de la realidad, debido a modos de expresión confusos... Como se ha dicho, en cualquier aspecto todo puede ser importante, y por lo demás, cada uno de los participantes en la discusión se preocupa de manifestar algo distinto de los demás, no sólo en lo que afecta a la importancia del tema correspondiente, sino también en lo que se refiere a los conceptos y nombres que se presenten a lo largo de la conversación. La cuestión es que a cada uno le vaya bien y salga de la batalla incruenta como especialmente inteligente y útil” (Horkheimer, 1986, págs. 24-25).

Los encubrimientos de las corrientes del pensamiento imperantes en su época son descubiertas en sus escritos, valga destacar de todos ellos: “Arquímedes y la metafísica moderna” (pág. 48); “Metafísica” (págs. 63-64), y “Modos de sepultar” (pág. 34), en los que convergen esos rasgos críticos y reflexivos del encarnado filósofo social, como lo expresa en éste último:

“Tan pronto la teoría de un hombre genial alcanza suficiente fuerza como para que necesariamente se hable de ella, comienza el trabajo de su acomodación a lo existente... Así Voltaire, Rousseau, Lessing, Kant y sus seguidores, hasta la literatura y ciencia modernas, son considerados grandes cabezas, pensadores profundos y espíritus brillantes; pero sus sentimientos, los motivos e impulsos que los animaron, el sentido de sus doctrinas, su carácter irreconciliable con la injusticia reinante, son rechazados y escarnecidos, valorados como pobres, superficiales, y si cabe perseguidos y aniquilados dondequiera que se les encuentre. Si el medioevo había condenado al infierno a los difuntos

autores de opiniones heréticas, el capitalismo desarrollado es en esto más tolerante: glorifica la grandeza, la productividad, la personalidad, la potencia en sí, pero rechaza sus efectos. Idealiza sus cualidades puras. La efigies de los filósofos y los literatos, cuyos seguidores verdaderos son despreciados y hostigados por la burguesía, son admitidas en la sala de honor” (Horkheimer, 1986, págs. 35-36).

El intelecto crítico que admira el capitalismo, aduce de nuevo Horkheimer, se suprime por las consecuencias últimas que ello trae para el bienestar social y para la humanidad. Por lo anterior, el capitalismo a los ojos de Horkheimer, desvanece la sustancia y esencia de la crítica, la acepta parcializada en razón de la conservación y el mantenimiento del sistema social, la mutila dejando sólo su aspecto formal, ya que como lo señala de nuevo Horkheimer: “...se enaltece la superstición junto con quienes quisieron librarnos de ella. Si protestáramos, los defensores de la espiritualidad dominante nos explicarían que Voltaire y el santo discurso de Juana de Arco, Robespierre y Chateaubriand son perfectamente compatibles” (Horkheimer, 1986, pág. 36).

Así mismo en el aforismo “Arquímedes y la metafísica moderna” (pág. 48), advierte que la ciencia y sus inventos se aceptan como progresos de la humanidad, pero son aprovechados dentro del sistema social en contravía de sus utilidades, para intereses y para motivos que contradicen a sus creadores como a lo creado; se fetichizan como instrumentos que pasan por el rasero de la ideología de la dominación para las elites como para las clases en el poder, se convierten así en instrumentos para la guerra y la violencia.

Es la intención del sistema de aprovecharse del científico que inventa para mejorar la humanidad, pero él ve desgraciadamente que sus inventos son utilizados como instrumentos de la destrucción y en la indiferencia frente al sufrimiento, la injusticia, la muerte, la tortura, el dolor, entre otros males. Los científicos y los filósofos preocupados más por la ciencia y por sus descubrimientos intelectuales se rinden en su actividad, ante la insospechada alienación o fetichización de su conocimiento, no hay una divergencia moral contrastante; por el contrario, su actitud moral – dañina- es la misma que aceptan los poderes ajenos y extraños, principalmente del Estado y las elites, lo que amplía Horkheimer en ese mismo aforismo citado arriba.

La ideologización de la ciencia se compadece con los absolutismos sociales inculcados mediante la propaganda y la opinión pública, lo que en una inversión notoria, implica que las ciencias en su positivización –las humanas y sociales– antes que contribuir al desvelamiento de la sociedad, afirman el status quo, encubriéndola. La rutina, el procedimiento y la repetición comprueban el desplazamiento científico en la era burguesa liberal moderna, en la que la ocultación como lo artificioso o

superficial de la realidad social, no su desenmascaramiento, sino más bien, su carácter opaco, impiden una alternativa frente a las desgracias de la humanidad y la sociedad. Por ello, en el centro de muchas de las consideraciones de la “Teoría crítica” se plantea el problema del sujeto de conocimiento, lo que además incluye al objeto de conocimiento, abriendo así la perspectiva que será el eje de su articulación, la crítica al totalitarismo o a la falsa totalidad.

En el curso de esos diversos escritos, Horkheimer repara cómo la teoría dominante absolutiza completamente la totalidad o absolutiza radicalmente la parcialidad, según las conveniencias. La trivialización del conocimiento es un rasgo con el cual la dominación se ampara con la violencia, de este modo admite:

“El sistema capitalista, en la fase actual es la explotación organizada a escala mundial. Su mantenimiento es condición de sufrimientos infinitos. En realidad esta sociedad posee medios humanos y técnicos para suprimir la miseria en su forma material más grosera. No conocemos otra época en la que existiese esta posibilidad en la medida en que hoy existe. Sólo el orden de la propiedad impide su realización, es decir, la circunstancia de que el inmenso aparato de producción de la humanidad tiene que funcionar al servicio de una pequeña capa explotadora. La totalidad de la teoría económica oficial, de las ciencias del espíritu y de la filosofía, de la escuela, la iglesia, el arte y la prensa, consideran como su tarea principal encubrir, empequeñecer, esconder o negar este hecho monstruoso” (Horkheimer, 1986, pág. 41).

5. LA TRAGEDIA DE LA MODERNIDAD: AUTORITARISMO E INJUSTICIA O LA CRISIS DE SENTIDO. DESENHEBRANDO LOS INTERCAMBIOS Y TEJIDOS SOCIALES

En los aforismos, Horkheimer nos plantea la necesidad de establecer la mediación entre ciencia y experiencia. La falsa conciencia es uno de los problemas a los que se enfrentó el sociólogo alemán, así lo consideró en su aforismo titulado “Metafísica”, cuando escribe:

“Yo no sé en qué medida tienen razón los metafísicos, tal vez haya en alguna parte un sistema metafísico, o un fragmento suyo, especialmente acertado, pero sí sé que los metafísicos, por lo general, sólo en mínima medida están preocupados por lo que atormenta a los hombres” (Horkheimer, 1986, pág. 64).

La justicia no es solamente un problema político material, lo que se hace imprescindible explicar, comprender e igualmente analizar es la aceptación de la

injusticia. Para ello, Horkheimer logra hacer visible el modo dañino de la moral y del carácter en la crisis de la sociedad moderna occidental. Ambos, carácter y moral, se desajustan en su vínculo con lo racional, en el desacoplamiento con la estratificación social y la división del trabajo, ya que como una vez más lo señala Horkheimer en su aforismo “Todo comienzo es difícil”, las convenciones sociales en la sociedad capitalista son artificiales, se pierde la naturalidad, la espontaneidad, la libertad, porque según reitera, la estratificación social y la sociedad de clases, vuelven espurios los comportamientos.

La división del trabajo, la rutina en el tiempo libre, el consumo de masas, como la cultura de masas fetichiza la realidad, desvirtuándola de su contenido esencial. La contradicción entre moral y actitudes es ineludible, así la autorrealización fracasa en una sociedad desigual y en particular, la rutinización del trabajo, la desocupación como la miseria, se conectan en la desgracia y en la falta de libertad o de liberación, ya que la realidad y la historia se naturalizan como entes inmutables, y el ciego destino se impone como irremediable e imposible de cambiar y transformar. A la luz de los argumentos de Horkheimer, el desdibujamiento de la consciencia, aún más de la consciencia de clases, tiene un indicativo en la sociedad de masas, la percepción de la igualación de las posibilidades en una sociedad que profundiza en la desigualdad, la sensación que lo imposible está al alcance de todos, mediante la cultura de masas, por lo anterior en uno de sus aforismos más perspicaces y contundentes explica:

“El siglo XX es la época de las posibilidades ilimitadas. Los logros de la técnica crecen de día en día. Capacidades que con frecuencia se admiraron como anormales, se encuentran hoy entre lo normal. Incluso las fuerzas humanas de producción se superan a sí mismas. La habilidad de los obreros ha crecido en un siglo por encima de cualquier expectativa. El gasto de energía, la puntualidad, la resistencia del individuo, se han multiplicado, no sólo en el ámbito de la industria, sino en todos los ámbitos” (Horkheimer, 1986, pág. 22).

En el siglo XX lo imposible se ha convertido en lo alcanzable, a través de la técnica; las capacidades humanas mediante la técnica han superado lo anormal para parecer normales; el arte y el consumo de masas se ha extendido y convertido en expresiones corrientes, al punto que lo impensable se vuelve común, al alcance de todos, lo que parecía superable en el pasado se vuelve accesible en el presente por medio de la técnica, de modo que “lo insospechado se ha vuelto cotidiano”. La cotidianidad de lo asombroso, de lo imposible mediante los medios de comunicación y la tecnología insensibilizan al ser humano en la cultura de masas del capitalismo, por el contrario le evitan la posibilidad de ver con claridad, con transparencia y con sentido reflexivo o crítico.

Con estos elementos, al juzgar por la pretensión analítica de Horkheimer la crueldad, la violencia, la injusticia, el abuso del poder y la dominación que doblegan a los individuos en la sociedad moderna capitalista no son ajenos al individuo, entrelazado irremediabilmente al sistema. En la medida en que se haga consciente este carácter oculto y soterrado de la dominación y el poder en la sociedad moderna, la teoría crítica alcanza su punto de aproximación a la justicia y la libertad, por la que aboga Horkheimer en una teoría racional de la sociedad, ya que como él mismo lo argüía con frecuencia y que aparece recurrentemente en sus aforismos, “violencia y armonía” se complementan: “La renuencia a la utilización de la violencia es más pura que el intento de acabar la violencia con la violencia. El pacifista está más seguro de sí mismo, y cuando él mismo experimenta la violencia, ésta no le refutará a él, que la ha detestado” (Horkheimer, 1986, pág. 27).

La violencia externa que se impone a lo interior se muestra en su aforismo “Monadología”, ya incluido en las citas. Allí se reflexiona por la imposición como absolutización del mundo exterior, de la exterioridad que suprime la interioridad, la consciencia:

“Un filósofo comparó una vez el alma humana con una casa sin ventanas. Los hombres alternan, hablan entre sí, negocian unos con otros, se persiguen unos a otros, sin que el uno vea al otro... El saber mutuo de los hombres entre sí no me parece que proceda de Dios; pienso, más bien, que esas casas tienen ya ventanas, pero que sólo dejan pasar al interior una parte pequeña y dispersa de los hechos que están fuera... solo conozco un tipo de golpe de viento que pueda abrir ampliamente las ventanas de las casas: el sufrimiento común” (Horkheimer, 1986, pág. 20).

Para Horkheimer, olvido y presentismo, omisión y pragmatismo se unen o sintetizan la esencial moral de la decadencia de la modernidad capitalista. La superación del pasado por la actualidad se denota en la frase que utiliza Horkheimer al advertir el grosero pragmatismo y materialismo social: “Las noches de San Bartolomé del imperialismo, así como el heroísmo del individuo que las contradice, constituyen lo cotidiano, de lo que la prensa habla en las “misceláneas”. Hay tantos Sócrates, Tomas Münzer y Giordano Brunos, que sus nombres están en los últimos lugares del periódico social” (Horkheimer, 1986, pág. 22).

En otro de los aforismos que denotan esta capacidad dañina de la sociedad capitalista, como su tránsito a los regímenes totalitarios, se exalta el daño y se extiende su aceptación. Lo irracional se sobrepone a lo racional, o de un modo que muestra Horkheimer, el sufrimiento es tan generalizado, próximo y cercano, que en su rutina se vuelve lejano y alejado, de su aforismo “Posibilidades ilimitadas”:

“Todo el sufrimiento de la tierra sucede ante los ojos de los habitantes de las ciudades. Cabría pensar que ahora se exigiría su reparación; pero al mismo tiempo, la cercanía se ha convertido en lejanía, pues ahora el horror de los propios conciudadanos se sumerge en el sufrimiento general, y se está ocupado en las relaciones matrimoniales de los artistas de cine. El pasado es superado en todos los aspectos por el presente” (Horkheimer, 1986, pág. 23).

Auscultadas sin ambigüedades por Horkheimer, las teorías absolutistas son ya expresión del irracionalismo de la sociedad que comparte el “destino ciego” como el carácter mismo en las que se ahincarán los regímenes totalitarios. El uso y abuso del poder, que como exterioridad impenetrable se apodera de la experiencia y de la existencia de la modernidad, constituyen el signo trágico de la impostación de la injusticia y de la falsa libertad en las sociedades europeas del siglo XX, valga una vez más reiterarlo en su aforismo inicial del libro “Ocaso”:

“Cuanto más incierta es la suerte de las ideologías necesarias más terribles son los medios con los que hay que defenderlas. El grado de celo y de terror con que son defendidos los ídolos vacilantes, muestra hasta qué punto ha avanzado ya el ocaso. El entendimiento de las masas en Europa ha aumentado con la gran industria hasta el punto de que los bienes más sagrados tienen que ser defendidos. Quien los defiende bien ya ha hecho su carrera. ¡Ay de quien dice la verdad con palabras sencillas!: además de la estupidez general y sistemáticamente explotada, con la amenaza de la ruina económica, el desprecio social, la cárcel y la muerte se impide que el entendimiento atente contra los supremos instrumentos conceptuales de dominio. El imperialismo de los grandes estados europeos no tienen nada que envidiar al Medievo con sus hogueras; sus símbolos son protegidos con aparatos más sofisticados y con guardias mejor dotados que los santos de la Iglesia medieval. Los enemigos de la Inquisición convirtieron aquel ocaso en el alba de un nuevo día; el ocaso del capitalismo no anuncia necesariamente la noche de la humanidad, que hoy parece amenazarla” (Horkheimer, 1986, pág. 19).

El absolutismo como falsa totalidad no es exclusivo de la interpretación de las concepciones teóricas del momento. Lo es, además, la absolutización de la vida diaria, el sacrificio, la lealtad, el empobrecimiento de las clases sociales, la exaltación del patriotismo, el nacionalismo como igualmente la aceptación consciente de los “valores totalitarios”. Todos ellos fueron los códigos de la decadencia como de la degradación moral de la modernidad del siglo XX, que revelándose en Horkheimer, se pueden apreciar como sus apreciaciones críticas más agudas.

El correlato o la plenitud de estas consecuencias de la crisis de la sociedad europea occidental se manifiestan en las experiencias individuales de la obediencia y el sometimiento, pero con mayor audacia, en el conformismo, la renunciación, la complacencia con la huida y la evasión, la impotencia, los que son valorados como

verdades y necesidades últimas, exaltadas programáticamente y con intencionalidad irracional, se las tiene como lo únicamente útil o socialmente aceptado en la vida colectiva. Quien con razones tiende a renunciar a este estado de sociedad se lo tiene como apátrida o como enemigo de la humanidad, máscara de la totalidad falsa, que son descubiertas y expuestas por Horkheimer en su aforismo “La impotencia de la renuncia” (Horkheimer, 1986, págs. 121-122).

En *Ocaso* se encuentran rasgos que serán continuos de las reflexiones de Horkheimer en los años 50 y 60 ya estando en Alemania; la crítica a la absolutización de la realidad, por la teoría y la acción se encuentra descrita insistentemente por Horkheimer en sus variados pasajes, a los que se deben agregar sus ensayos sociológicos recogidos bajo el título de *Sociológica* (1986), entre las que se destacan primordialmente, “Sociología y filosofía”, “La filosofía como crítica de la cultura”, “Ideología y acción”, “Responsabilidad y estudio”, “Sobre los prejuicios”, entre muchos otros. Lo que identifica a la irracionalidad de la sociedad moderna con los totalitarismos, es su capacidad para hipostasiar, quiere decir, concebir como insuperable la realidad social, intacta, inalterable, además de “naturalizada”, al amparo de los medios masivos de comunicación, la técnica y la sociedad de masas.

Al rozar apenas con algunas reflexiones de Horkheimer, en su pródigo texto, el papel de la ciencia y en especial de la crítica en las ciencias sociales no es el conformismo o la renunciación, la redención o la admiración difusa, por el contrario, ciencia e intelecto, ciencia y experiencia, han de habituarse con mayor destreza y pertinencia, a los ritmos cambiantes de las sociedades actuales, y se debe volver a esa entereza, compromiso y convicciones que solamente puede dar la crítica y la reflexividad, a una inteligencia que en la actualidad es más de imposturas y de ficciones.

En su aforismo titulado “Conversación sobre los ricos” (págs. 132-133), arguye la naturaleza invertida del orden social, el irracionalismo que la compone, como igualmente, los daños que produce y la tolerancia a la injusticia que altera la conciencia como la racionalidad de la sociedad capitalista, factores ellos que se hacen perceptibles en sus reflexiones continuamente, por ello considera que: “la vergüenza de esta sociedad no consiste en que algunos les vaya bien, sino en que a muchos les vaya mal, aunque pudiera ir bien a todos. La condena surge, no de que haya ricos, sino de que, tal como están hoy las capacidades humanas, haya pobres. Esto obliga al envenenamiento de la conciencia general por la mentira y contribuye a la ruina de esta sociedad” (Horkheimer, 1986, pág. 133).

Ante los poderes que se acrisolan y se recomponen mediante la utilización de formas sutiles y eficaces provistas por los medios de comunicación, frente a la dominación que se traslapa bajo la suspicacia de los comentaristas, que se envuelven en su cientificismo a ultranza, o a través de la utilización de la técnica y las tecnologías como

instrumentos del sometimiento y de la obediencia, la teoría crítica es la alternativa, que en su modo de construcción analítica y reflexiva, destruye las idolatrías como los ídolos que sustenta este engranaje de la desgracia, el horror, la atrocidad, el dolor, la tortura, el sufrimiento y la injusticia.

Los dilemas y disyuntivas de la inteligencia en una sociedad en guerra, en una sociedad en crisis y decadencia, en una sociedad fragmentada y que se derrumba, plantean, como hoy, el papel de la coherencia y la crítica, que se expresa con contundencia en el siguiente aforismo: “Una fábula sobre la coherencia”:

“Había una vez dos poetas pobres. Ya en tiempos de abundancia habían pasado hambre, pero ahora, en tiempos de penuria –pues un tirano cruel saqueaba para su casa los campos y las ciudades, reprimiendo muy duramente cualquier oposición–, se encontraban en trance de perecer. Entonces el tirano oyó hablar del talento de ambos y los invitó a su mesa, y, animado por la ingeniosa conversación de los poetas, prometió a los dos una succulenta pensión. Cuando regresaban, uno de ellos pensó en la injusticia del tirano y repitió la conocida acusación del pueblo. “Tú eres incoherente manifestó el otro—. Si piensas así, deberías continuar pasando hambre. Quien se siente unido a los pobres tiene que vivir como ellos”. Su camarada quedó pensativo, le dio la razón y rechazó la pensión del rey. Finalmente acabó muriendo. El otro, después de algunas semanas, fue nombrado poeta de la corte. Ambos fueron coherentes; y ambas coherencias favorecieron al tirano. La universal prescripción moral de la coherencia parece que tiene su propia peculiaridad: que es más favorable a los tiranos que a los poetas pobres” (Horkheimer, 1986, pág. 110).

Por lo anterior la pregunta que queda es cómo construir la coherencia en los momentos en que se tuerce la lógica por la fuerza de las circunstancias, en este mundo de la globalización fragmentado y parcializado. En el día de hoy existen poderes más ciegos, pero eficaces, más influyentes como introyectados, más fuerzas indomables como autoritarismos respaldados por la obediencia de los ciudadanos, la injusticia que se acepta como natural y justa, la crisis como pérdida de sentido, de este modo, Ocaso es entre otros un testimonio de la resistencia intelectual y humana para un mundo que ha perdido su rumbo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- HORKHEIMER, Max y Adorno, Theodor W. (1970). *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires: Sur.
- HORKHEIMER, Max y Adorno, Theodor W. (1994). *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid: Trotta.
- HORKHEIMER, Max (1974). *Teoría Crítica*, Buenos Aires: Amorrortu editores.
- HORKHEIMER, Max (1973). *Teoría Crítica*, Barcelona: Barral.

- HORKHEIMER, Max (1969). *Crítica de la Razón Instrumental*, Buenos Aires: Sur.
- HORKHEIMER, Max (1974). *Eclipse of Reason*, New York: The Seabury Press.
- HORKHEIMER, Max (2002). *Crítica de la Razón Instrumental*, Madrid: Trotta.
- HORKHEIMER, Max (1982). *Historia, metafísica, escepticismo*, Madrid: Alianza, 1982.
- HORKHEIMER, Max (2001). *Autoridad y familia y otros escritos*, Barcelona: Paidós.
- HORKHEIMER, Max (1970). *Sobre el concepto de hombre y otros ensayos*, Sur: Buenos Aires.
- HORKHEIMER, Max (2005). *Sociedad, razón y libertad*, Madrid: Trotta.
- HORKHEIMER, Max (2000). *Anhelos de Justicia*, Madrid: Trotta.
- HORKHEIMER, Max (1986). *Sociedad en transición: Estudios de filosofía social*, Madrid: Planeta-Agostini.
- HORKHEIMER, Max (1986). *Ocaso*, Barcelona: Anthropos.
- HORKHEIMER, Max y Theodor W. Adorno (1986). *Sociológica*. Madrid: Taurus.
- HORKHEIMER, Max (1969). *Apuntes. 1950-1969*, Caracas: Monte Ávila.
- JAY, Martin (1974). *La imaginación dialéctica: Historia de la Escuela de Frankfurt y el Instituto de Investigación social (1923-1950)*, Madrid: Taurus.
- GEYER, Carl F. (1985). *Teoría Crítica: Max Horkheimer y Theodor W. Adorno*. Barcelona: Alfa.
- MARCUSE, Herbert (1970). *Cultura y Sociedad*. Buenos Aires: Sur.
- ANDERSON, Perry (1979). *Consideraciones sobre el marxismo occidental*. Madrid: Siglo XXI.
- SÁNCHEZ, Juan José (2002). “Prólogo”. *Crítica de la Razón Instrumental*. Madrid: Trotta.
- RUSCONI, Gian Enrico (1968). *La Teoría Crítica de la sociedad*. Barcelona: Ediciones Martínez Roca.
- ESTRADA DÍAZ, Juan (1990). *La Teoría Crítica de Max Horkheimer. Del socialismo ético a la resignación*. Granada: Universidad de Granada. .
- MARCUSE, Herbert (1970) *La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado (1934)*, en *Cultura y Sociedad*. Buenos Aires: Sur.
- BENJAMIN, Walter (2010). *Tesis de Filosofía de la Historia (1955)*, en *Tesis de Filosofía de la Historia y otros fragmentos*. Desde Abajo: Bogotá.
- SPENGLER, Oswald (1918). *La decadencia de Occidente (1918)*. Madrid: Planeta-Agostini.
- DURKHEIM, Émile (2006). *Lecciones de Sociología: física de las costumbres y del derecho*. Granada: Comares.
- SIMMEL, Georg (1927). *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*. Madrid: Revista de Occidente.
- MAZZOLA, Ignacio (2009). *Max Horkheimer y la Filosofía*, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*.
- MANNHEIM, Karl (2004). *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*. Fondo de Cultura Económica: México.



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre madera
Dimensión: 65 x 61 cm

***EL ACCESO
A UNA JUSTICIA DIFERENCIAL
LA SITUACIÓN DE POBLACIÓN
EN VULNERABILIDAD
SOCIOECONÓMICA EN CALI***

Fecha de recepción: septiembre 18
Fecha de aprobación: noviembre 17

EL ACCESO A UNA JUSTICIA DIFERENCIAL
LA SITUACIÓN DE POBLACIÓN EN VULNERABILIDAD SOCIOECONÓMICA
EN CALI

*Diana Patricia Quintero M.**

*Gabriela Recalde C.***

*Juan Fernando Urriago G.****

RESUMEN

La Jurisprudencia constitucional nacional e internacional ha precisado los aspectos que integran el derecho de acceso a la justicia en el contexto de un Estado constitucional como el colombiano. Estos aspectos se refieren al acceso a un juez o tribunal independiente, en condiciones de igualdad y sin obstáculos desproporcionados que dificulten la resolución del caso en un plazo razonable. En la ciudad de Santiago de Cali el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi (GAPI) trabajó el caso de los usuarios de la justicia local que durante el trámite de sus asuntos a través de los consultorios jurídicos experimentaron obstáculos en el acceso o tratos discriminatorios en los despachos judiciales de la ciudad. Estas prácticas se abordaron en un contexto macro de dificultades objetivas derivadas de la precariedad de la infraestructura de la justicia local. Dado que el trabajo del Grupo incluye la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, se decidió constituir una veeduría judicial, reconocida por la Personería Municipal, y organizar a partir de ella una investigación exploratoria sobre las interacciones entre usuarios y funcionarios que podrían identificarse como barreras al acceso a la justicia. Este artículo expone los resultados de este trabajo, mediante la descripción de prácticas concretas que dificultan el acceso a la justicia de los usuarios de los consultorios jurídicos de la ciudad y que afectan la confianza ciudadana en la administración de justicia. A partir de estos hallazgos se formulan recomendaciones realizables, que tienen como fin la corrección de los problemas identificados.

Palabras Clave: Acceso a la justicia, administración de justicia, enfoque diferencial, veeduría judicial, grupos vulnerables, consultorios jurídicos.

* Abogada de la Universidad Libre de Cali. Magister en Filosofía de la Universidad del Valle. Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, sobresaliente Cum laude. Autora del libro *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*, Siglo del hombre Editores y Universidad Icesi, Bogotá D.C., 2011. Directora del Grupo de Acciones Públicas de Icesi (GAPI) entre el 2008 y el 2012 y del proyecto de veeduría. Actual becaria Hubert H. Humphrey en la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota, Estados Unidos, en el marco del programa de becas Fulbright Colombia. E-mail: quint100@umn.edu

** Abogada de la Universidad Icesi. Especialista en Cultura de Paz y Derecho Internacional Humanitario de la Pontificia Universidad Javeriana — Cali. Actualmente, coordina el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi. Asistente de investigación en el proyecto. E-mail: gabriela.recalde@correo.icesi.edu.co

*** Abogado de la Universidad Icesi. Investigador asociado y profesor hora catedra de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la misma Universidad. Coordinador del proyecto. E-mail: juanurriago@gmail.com

THE ACCESS TO DIFFERENTIAL JUSTICE

THE SITUATION OF THE POPULATION IN A VULNERABLE SITUATION AT CALI.

ABSTRACT¹

International and Colombian case law have set the content of the right to access to judicial systems in a constitutional state of law such as Colombia. This content includes the due process of law and the guarantee of equal access to an independent tribunal or court without obstacles based on discriminatory practices that might extend the legal process beyond a reasonable term. As part of its task of defending the rights of vulnerable populations, the Human Rights Clinic of the Universidad Icesi, GAPI, worked on a case of a group of legal practitioners representing a poor population that faced discrimination against in their access to local judicial authorities. The GAPI established vigilance on the local judicial system in order to determine both structural and subjective causes of the discriminatory practices. This vigilance was undertaken in accordance with the provisions of the Law 850 of 2003. In doing so the clinic designed the instruments for collecting information, which allowed us to undertake exploratory research about the way that cultural factors—including practices, beliefs and values—become barriers to the proper functioning of the judicial system. This article shows the results of this case and describes the cultural factors that make access to judiciary system difficult for clients, making it slower and untrustworthy. Based on these findings, the authors make recommendations intended to rectify the identified problem.

Key words: justice access, justice administration, differential approach, judicial oversight, vulnerable groups, legal practitioners representing.

1 Los autores agradecen la participación comprometida en el proyecto de las Directoras de los Consultorios Jurídicos de la Ciudad de Cali, Doctoras, Luz Mariela Sánchez de la Universidad Icesi, Juliana Rojas de la Universidad Javeriana, Damaris Blandón de la Universidad Libre, Claudia Mendoza de la Universidad San Buenaventura, Heidy Guzmán de la Universidad Cooperativa de Colombia y Ana María Ramos de la Universidad Santiago de Cali. También queremos reconocer el trabajo de los estudiantes del GAPI Stephany Bravo, Vanessa Bedoya y Alejandro Zúñiga como miembros del equipo de investigación y a los asesores y estudiantes de todos los consultorios, quienes durante el año 2010 apoyaron la realización de la veeduría judicial, brindándonos sus valiosos comentarios y acceso a los expedientes objeto de estudio. Igualmente a los jueces que abrieron las puertas de sus despachos a los investigadores. Finalmente agradecemos a los Magistrados del Consejo Seccional de la Judicatura con quienes socializamos los resultados de este trabajo.

EL ACCESO A UNA JUSTICIA DIFERENCIAL

LA SITUACIÓN DE POBLACIÓN EN VULNERABILIDAD SOCIOECONÓMICA EN CALI

INTRODUCCIÓN

A finales de 2009 el GAPI tuvo conocimiento de una serie de circunstancias que limitaban el acceso a la justicia de la población en vulnerabilidad socioeconómica atendida por los estudiantes de Derecho vinculados a los consultorios jurídicos de la ciudad de Cali, específicamente aquellas circunstancias relacionadas con prácticas cotidianas de los jueces que eran percibidas por los usuarios como violatorias de su derecho de acceso a la justicia.

En respuesta a esta inquietud se decidió crear una veeduría ciudadana integrada por estudiantes y profesores vinculados a esta clínica jurídica, cuyo trabajo consistió en examinar las condiciones para la realización del derecho de acceso a la justicia en los casos de los procesos tramitados mediante los consultorios jurídicos de 6 Facultades de Derecho de Cali. Las veedurías desarrollan lo previsto en el artículo 270 de la Constitución en tanto permiten el control del poder político por parte de los ciudadanos, y el cumplimiento del principio de publicidad de la función administrativa (Sentencia T-596, 2002 M.P. Manuel José Cepeda E.). Se optó por esta figura por tratarse de una herramienta a través de la cual es posible investigar con fines de control ciudadano circunstancias de relevancia jurídica, que al mismo tiempo resultan valiosas para el estudio académico, en el marco de una investigación exploratoria. En el desarrollo de la veeduría se entrevistaron a 31 asesores de los consultorios jurídicos de las Universidades Javeriana, Cooperativa de Colombia, Santiago de Cali, San Buenaventura, Libre y la Universidad Icesi. A partir de esta información se identificaron aquellos procesos de Derecho de Familia, Civil y Laboral en los que los usuarios experimentaron la presencia de barreras para su acceso a la justicia; y se revisaron los expedientes internos de los consultorios, lo que permitió identificar 21 juzgados de las 3 especialidades, en los que se presentaban las dificultades mencionadas en las 31 entrevistas. Se diseñó posteriormente una encuesta, cuyo propósito fue conocer las apreciaciones de estos jueces con respecto a los problemas observados en el funcionamiento de sus despachos y sus posibles causas. De los 21 juzgados identificados, 16 accedieron a diligenciar la encuesta: 6 de Familia, 6 Civiles Municipales y 4 Laborales del Circuito. Tanto a jueces como a abogados asesores se les preguntó acerca del impacto de las dificultades sobre las garantías del debido proceso; también fueron indagados acerca de

su percepción sobre la prestación del servicio de justicia después del atentado al palacio de justicia, ocurrido en septiembre de 2008.

Con la información obtenida se hizo un estudio comparativo de resultados, y los problemas hallados fueron clasificados en dos grupos: subjetivos y objetivos o estructurales. También se identificaron posibles acciones para el mejoramiento del servicio de justicia prestado a uno de los grupos poblacionales más vulnerables de la ciudad. Los datos recolectados nos permitieron conocer diversas descripciones y explicaciones de los problemas que dificultan el acceso a la justicia y la atención integral y eficaz de los usuarios de consultorios jurídicos. A partir de este acercamiento se identificaron aquellas prácticas del quehacer cotidiano de los jueces y las situaciones estructurales de la justicia local que a juicio de los asesores entrevistados, y desde el resultado de la encuesta a los jueces, constituyen vulneraciones o amenazas del derecho a la tutela judicial efectiva de la población de escasos recursos económicos, específicamente, de quienes tramitan sus asuntos a través de los consultorios jurídicos universitarios. Como prácticas cotidianas se clasificaron aquellas relacionadas con los modos de atención a los usuarios del servicio y los procedimientos de los funcionarios de los despachos frente al trámite de los procesos (Manzanos, 2003). Los factores objetivos o estructurales se refieren a las condiciones de infraestructura y organización en que funcionan los despachos judiciales de la ciudad.

Este artículo consta de cuatro secciones; en la primera se describe el contexto nacional y local del caso que dio origen a la veeduría ciudadana, incluyendo las principales condiciones o factores objetivos en que opera la justicia en Cali. En la segunda sección se presenta el marco jurisprudencial definitorio del derecho de acceso a la justicia y en la tercera se describen y analizan los resultados de la investigación exploratoria, cuyos datos reflejan la existencia de problemas subjetivos en la justicia local, para los que se proponen algunas conclusiones y recomendaciones en la cuarta y última sección. El propósito de estas es contribuir a la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia de la población socioeconómicamente vulnerable de la ciudad de Cali. A pesar de su alcance local, estas reflexiones pueden resultar igualmente ilustrativas para el análisis de los problemas de la administración de justicia de todo el país.

1. CONTEXTO NACIONAL Y LOCAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La denuncia sobre la crisis de la justicia en Colombia es un lugar común cada vez más visible en los medios de comunicación y en las discusiones académicas realizadas en torno al Derecho y a la vida institucional colombiana desde comienzos de la década de los 80. Es cierto que durante el gobierno liberal de César Gaviria

se realizaron ajustes estructurales a la rama judicial, en respuesta a las demandas de mayor eficiencia formuladas en las orillas teóricas de desarrollo económico en auge en ese momento (Quintero, 2005). A lo largo de los ochos años del gobierno de Álvaro Uribe se intentó en reiteradas ocasiones, sin éxito, la realización de una reforma estructural a la justicia,¹ y desde el primer año de mandato de Juan Manuel Santos se revivió el debate sobre la crisis estructural y del funcionamiento de la justicia colombiana y la necesidad de su reforma. El 4 de agosto de 2011, su Ministro del Interior y Justicia, Germán Vargas Lleras, presentó ante el legislativo un proyecto de reforma con el propósito de *fortalecer la seguridad jurídica, ampliar el acceso y superar la descongestión del aparato judicial, optimizar la gerencia y el manejo de la rama, y reformar algunos aspectos institucionales* (Vargas Ll. G., 2012), que se archivó a mediados del 2012 por objeción del Presidente, a pesar de haber cursado los ocho debates requeridos en el Congreso para la aprobación de una reforma constitucional.²

Una característica común a los estos proyectos de reforma fracasados ha sido su pretensión de ofrecer una mirada estructural de la rama judicial y de concentrarse por tanto en los aspectos objetivos de su funcionamiento, más que en las prácticas cotidianas de los funcionarios judiciales encargados de la administración de justicia. Esto se entiende por el impacto negativo que los factores objetivos pro-

-
- 1 En el año 2003 el Gobierno presentó al Congreso un borrador de proyecto de reforma a la justicia que buscaba la supresión del Consejo Nacional de la Judicatura y un recorte de las facultades de la Corte Constitucional para interpretar los derechos fundamentales de conformidad con el texto constitucional, limitando *el control que la Corte ejerce sobre las decisiones emanadas del poder político y, en particular, del gobierno*. Esta reforma buscaba la neutralización de la Corte Constitucional, y sus consecuencias más evidentes habrían sido *una mayor concentración del poder en cabeza del ejecutivo y una reinstalación de ciertos enclaves de poder conservador dentro de la judicatura cuyas decisiones no podrían ser controladas, ni siquiera cuando violen los derechos fundamentales* (García, M. 2004). La Corte eventualmente rechazó el proyecto en su totalidad. En el año 2004 el ministro del Interior y de Justicia, Sabas Pretelt, anunció que el gobierno pretendía dar trámite a una reforma similar a la del año 2003, pero esta fue rechazada tanto por el Congreso como por la rama judicial. Poco tiempo después de declarada la inexequibilidad del Proyecto del Estatuto antiterrorista -2004-, el gobierno anunció un proyecto de reforma para regular la procedibilidad de la tutela contra sentencias, que también buscaba recortar las facultades de la Corte Constitucional en este tema, en el control material de las disposiciones jurídicas creadas en virtud de los estados de excepción; y en la cuestión de la protección de derechos sociales vía tutela. El proyecto fue debatido con las Altas Cortes pero fue rechazado y archivado (Rubiano G. S., 2009).
 - 2 El texto definitivo objetado fue resultado de una controvertida conciliación de los textos aprobados por el Senado y la Cámara de Representantes. Este proceso produjo un malestar general entre la ciudadanía, los medios de información y la academia; en particular frente a situaciones como la inclusión inesperada en el tercer debate, de varios privilegios a los parlamentarios, lo que ocasionó que las altas cortes se levantaran de la mesa de discusión; la tensión por preservar el fuero militar; y la insistencia de los congresistas en protegerse en las investigaciones en su contra, proponiendo el derecho a la doble instancia. Esta propuesta provocó el descontento de las altas cortes, las que sin embargo se apaciguaron posteriormente con la ampliación del periodo de magistratura de ocho a doce años (Urrego R., 2012).

blemáticos ejercen en el funcionamiento de la justicia y por su mayor visibilidad. Las prácticas por su parte, no necesariamente coinciden o están coordinadas con las transformaciones de las instituciones o con las disposiciones regulatorias, ya que en buena medida reflejan las capacidades, las perspectivas o las creencias de los funcionarios sobre cómo deben realizar o desarrollar su quehacer cotidiano. Las prácticas que se ven envueltas en la rutina o inercia del trabajo cotidiano evidencian al mismo tiempo formas de ver al usuario, de reconocerlo como igual o como diferente. Por lo tanto, para comprender desde una visión más compleja y global la administración de justicia, es necesario indagar sobre estas prácticas rutinarias, y las creencias de los funcionarios judiciales que éstas dejan entrever o ponen de manifiesto. También sería importante indagar hasta dónde, en ciertos casos, de lo que se trata es de problemas administrativos o de gestión; lo que requeriría un tipo de enfoque más propio de administradores públicos que de abogados.

A pesar de no tratarse de un panorama novedoso en el debate público, la visibilidad dada a las condiciones objetivas o estructurales contribuye a minimizar los problemas ligados a las concepciones y visiones de los operadores de la justicia sobre su trabajo y sobre los usuarios a los que estos sirven. En ocasiones estas percepciones se materializan como barreras para aquellos que requieren el servicio público, que se hacen más gravosas para un usuario perteneciente a un estrato socioeconómico bajo, representado por un estudiante de consultorio jurídico, para quien las dilaciones representan una inversión en transporte, tiempo y esfuerzo altamente significativo.

La veeduría judicial se realizó en el Municipio de Santiago de Cali, una de las principales ciudades del país y de su zona suroccidental. En el año 2010, el Departamento Administrativo de Planeación calculó la población de la ciudad en 2.244.536 habitantes,³ de los cuales 2.208.086 corresponden a habitantes de las 22 comunas de la zona urbana y 36.450 a población rural ubicada en 15 corregimientos. Esta estimación podría ser mayor, si se considera su condición de capital del departamento del Valle y de punto de referencia para los pobladores provenientes de otros municipios y corregimientos; en especial en condición de desplazados por la violencia (CODHES, 2010). Este aumento demográfico ha provocado un incremento considerable de la demanda de servicios públicos, entre los que se destaca la justicia, sin que el Municipio cuente con una infraestructura y una planeación general que le permita responder adecuadamente a la misma (Cesar, Cifuentes y Solano, 2003). La insuficiencia de los juzgados disponibles se resaltó en los datos recolectados por la veeduría. El 41,2% de

3 Estos cálculos fueron elaborados con base en los Censos de población y vivienda 1985, 1993 y 2005 del DANE, e incluidos en el informe de gestión municipal denominado “Proyecciones municipales de población 2006 – 2011”.

los jueces encuestados consideró al excesivo volumen de trabajo como la principal causa para el incumplimiento de los términos procesales y la falta de dedicación de un tiempo prudente a la resolución de cada caso. Esta percepción tiene soportes verificables; según las estadísticas del Consejo Seccional de la Judicatura incluidas en el informe del Departamento Administrativo de Planeación de Cali (Escobar, 2012), en los últimos años se habría presentado en la ciudad un incremento en el número de demandas interpuestas ante los juzgados de conocimiento en primera instancia. En este sector se concentra un buen porcentaje de las solicitudes de la población que acude a los servicios de los consultorios jurídicos. En especial aumentó significativamente el número de procesos tramitados en los juzgados civiles municipales en primera instancia: en el año 2008 se reportó un total de 28.156 ingresos, en el 2009 el número de casos aumentó a 60.127, y en el 2010 los ingresos reportados fueron 38.640. Estos casos son atendidos entre los 35 juzgados existentes en la ciudad. De acuerdo a este panorama, durante los últimos tres años cada juez estaría conociendo en promedio 1.208 nuevos procesos por año. En el área laboral se presentó un incremento de 16.219 ingresos en 2008, de 27.183 nuevos procesos en el año 2009 y durante el 2010 se reportaron 25.074. Esta disminución con relación al año anterior podría explicarse por la apertura en este año de cuatro juzgados del circuito de oralidad, que reforzaron la tarea de los 12 juzgados laborales existentes; a pesar de esto se produjo un incremento significativo con relación a 2008. Solamente los procesos de familia se mantuvieron estables: en 2008 con 8.508 ingresos, en 2009 con 8.787 y en 2010 con 8.358 nuevos casos.

La ciudad también padeció actos de terrorismo perpetrados por grupos al margen de la ley en diversos momentos de los últimos años. En abril 9 de 2007 explotó un carro-bomba en la sede del Comando de la Policía Metropolitana de Cali, destruyendo parcialmente el edificio y dejando una persona muerta y treinta y cuatro más heridas. Al año siguiente, durante la madrugada del primero de septiembre, un carro-bomba explotó en las inmediaciones del Palacio de Justicia de Cali "*Pedro Elías Serrano*". Cuatro personas murieron; 200 despachos judiciales de las distintas especialidades que funcionaban en este lugar fueron afectados, debiendo ser posteriormente reubicados en distintos edificios del centro y norte de la ciudad (Murcia, 2008). Estos lugares no cuentan con la estructura adecuada para servir como despachos judiciales, no tienen sitios de archivo ni espacios para escritorios o salas de audiencia. Muchos de estos edificios fueron inicialmente diseñados como apartamentos familiares y posteriormente divididos con paredes de panel yeso y algunas puertas. Es común encontrar juzgados ubicados en lo que sería la cocina del apartamento, con espacios de atención y archivo en condiciones altamente inadecuadas.

2. REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

La Corte Constitucional colombiana ha interpretado el derecho de acceso a la justicia del artículo 229 de la Constitución Política en términos de *tutela judicial efectiva* (Cifuentes, 1999); es decir, como *la posibilidad de acceder a un juez o tribunal independiente e imparcial, en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, frente a quien se pueda defender libremente la plena defensa los derechos o intereses propios, a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado* (Sentencia C-318, 1998 M.P. Carlos Gaviria D.)⁴. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el acceso a la justicia, como derecho subjetivo constitucional y como función pública, tiene las siguientes características:

- Es de carácter prestacional, en tanto es deber del Estado suministrar los recursos materiales y humanos adecuados para impartir justicia. (Sentencia C-318 de 1998, M.P. C. Gaviria).
- Tiene una dimensión social: el acceso a la justicia es un pilar para el mantenimiento del orden social, y por tanto está sujeto a la regulación que el legislador disponga, respetando en todo caso el contenido esencial del derecho y los parámetros definidos en la Constitución (Sentencia C-377 de 2002, M.P. Clara I. Vargas H.).
- Requiere para su ejercicio condiciones de igualdad, que se traducen en un acceso real y efectivo para las personas naturales o jurídicas (Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar G.).
- Es un derecho de contenido complejo o múltiple, en la medida en que exige el acceso a un juez independiente e imparcial. La existencia de mecanismos y procedimientos idóneos, adecuados y efectivos; una respuesta ajustada a las normas vigentes y en un plazo razonable; al igual que la aplicación de las normas en materia de debido proceso (Sentencia C-207 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar G.).
- Es una función pública, en la que debe primar el derecho sustancial sobre las formalidades, y cuyo funcionamiento responde a parámetros de autonomía y desconcentración (Sentencia T-134 de 2004, M.P. Jaime Córdoba T.).

4 Este precedente ha sido reiterado por este Tribunal en Sentencia C-426 de 2002 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Los tribunales internacionales, por su parte, han identificado unos mínimos que deben considerarse para satisfacer plenamente el derecho de acceso a la justicia:

a) *El derecho del libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas*. Para el Tribunal Constitucional Español (TCE) este derecho implica que cualquier situación jurídicamente relevante debe ser reclamable ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia (Picó, 1997).

b) *Libre acceso a la jurisdicción*. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las garantías judiciales deben cumplirse en todos los casos que se lleven a un “tribunal”⁵ independiente e imparcial y donde estén involucrados derechos de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier tipo (Casos Palamara Iribarne Vs Chile, 2005 e Ivcher Bronstein vs Perú, 2001).

c) *Derecho a un recurso adecuado, idóneo y efectivo*. Según la CIDH, el recurso judicial que se acciona para acceder a la administración de justicia debe ser adecuado, idóneo y efectivo (Faundez, 2004). La *adecuación* se refiere a la aplicabilidad del recurso a una circunstancia específica, fijada en la Constitución o en la ley (*Caso Castañeda Gutman Vs. México, 2008*). La idoneidad significa que su trámite debe proveer certeza sobre si existió una violación a los derechos humanos y los mecanismos de reparación (Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú, 2009). Finalmente, la *efectividad* es la existencia de medios legales para lograr su cumplimiento (Caso Radilla Pacheco Vs. México, 2009).

d) *La prohibición constitucional de indefensión*. Para el TCE la indefensión es una *limitación de los medios de defensa, producida por una indebida actuación de los órganos judiciales* (TCE, Sentencia STC 98 de 1987) y que causa una lesión efectiva a los intereses y derechos de aquel que acude a la justicia. El ejercicio de este derecho implica la contradicción de las pruebas, el acceso al expediente judicial y el carácter público del proceso, la asistencia jurídica, y la estructuración del proceso con un enfoque diferencial (Acosta, 2007). En el caso en que el derecho de asistencia legal se vea frustrado por factores socioeconómicos, es deber del Estado proveer asistencia jurídica gratuita; por ejemplo, cuando el acusado se encuentra en situación de pobreza extrema, tal como se establece en la Opinión Consultiva No. 11 de la CIDH.

5 De acuerdo al precedente de la CIDH en el término “tribunal” se refiere a las instancias judiciales y a todas aquellas instituciones que tienen la potestad de incidir en la determinación de los derechos de las personas.

e) *El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.* De acuerdo a lo establecido por la CIDH⁶, la falta de tutela judicial efectiva puede ser causada por la ausencia de contestación por parte de los órganos jurisdiccionales sobre una solicitud específica.

f) *Derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable.* Las dilaciones indebidas se refieren al incumplimiento y la inejecución, sin justa causa o razón cierta, de una actuación que por sus características corresponde al Juez adelantarla de oficio. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDDHH, la CIDH y el TCE, estas situaciones constituyen una violación a los presupuestos esenciales del debido proceso. Adicionalmente se ha establecido que el plazo de una resolución deberá contabilizarse *desde el momento en que el tribunal tiene conocimiento de la demanda hasta que se dicta sentencia definitiva* (CIDH, *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 2008*).

Todas las garantías descritas conforman el catálogo que un Estado Democrático debe poner a disposición de sus ciudadanos, a fin de que ellos puedan acceder a una tutela judicial efectiva que les permita dirimir sus conflictos bajo marcos legales preexistentes, accesibles y operativos (Birgin, H. y Kohen, B., 2006). La violación o desconocimiento de cualquiera de estas garantías pone en cuestión la legitimidad del sistema de justicia de un Estado, arriesgando los cimientos mismos de la democracia sobre la que descansa (Gamboa, 2005). Es por esto que las condiciones subjetivas encontradas en la veeduría deben interpretarse en el marco de estas garantías jurisprudenciales que han dotado de contenido el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

3. PRÁCTICAS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS QUE ACTÚAN COMO BARRERAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

De acuerdo a las entrevistas de los asesores de las tres áreas objeto de estudio –laboral, civil y familia– se detectaron 3 tipos de prácticas de los jueces y de sus funcionarios, que se expondrán en lo que sigue, que impactan negativamente el trámite procesal, al tiempo que constituyen violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los usuarios de sus despachos, en los términos jurisprudencialmente definidos. Los jueces por su parte mencionaron otros cuatro tipos de prácticas que habrían identificado entre los funcionarios que integran sus despachos y que tendrían el mismo impacto negativo reconocido por los primeros.

6 Al respecto, ver casos Acevedo Jaramillo y otros vs Perú y Cinco pensionistas vs Perú.

3.1 Desconocimiento de la normatividad y dilaciones excesivas

El desconocimiento de una disposición legal o constitucional por parte del funcionario judicial entorpece el trámite de un proceso, generando dilaciones injustificadas, como se observó durante la revisión de expedientes en los que se identificaron prácticas como:

- Tardanza de 6 meses de un Juzgado Civil Municipal para reconocer la personería a una estudiante para actuar como apoderado, en un proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual.
- Ausencia de respuesta durante 9 meses al recurso de reposición en un proceso ejecutivo de alimentos, presentado al Juzgado de Familia.
- Dilación de casi 2 años para dar trámite a la contestación de la demanda, argumentando cambios en los apoderados, en un proceso ejecutivo laboral.
- Ausencia de respuesta por un término de 4 meses a un recurso de reposición contra el auto que inadmite la demanda, en un proceso ejecutivo singular de mínima cuantía.
- Tardanza de 5 meses para dictar el auto admisorio de la demanda en un proceso de restitución.⁷
- En los trámites de audiencias se programa la audiencia varios meses después de admitida la demanda y de estar surtidos los trámites previos de notificación.

De acuerdo a los entrevistados, los funcionarios de algunos despachos incurrieron en la negación de un trámite clave para la ejecución plena del proceso. Se inadmitieron las demandas con fundamento en requisitos no contemplados expresamente en la ley o en interpretaciones no razonables de la misma. En un proceso ejecutivo de alimentos, por ejemplo, se inadmitió la demanda argumentando que en esta clase de procesos “no hay lugar al cobro de intereses de mora por el no pago de cuotas alimentarias”.⁸ La mayoría de asesores entrevistados coinciden en que estas prácticas son recurrentes en los procesos de restitución del inmueble arrendado,

7 El artículo 124 del Código de Procedimiento civil Colombiano dispone: *los jueces deberán dictar los autos de sustanciación en el término de tres (3) días, los interlocutorios en el de diez (10) y las sentencias en el de cuarenta (40), contados todos desde que el expediente pase al despacho para tal fin.* La doctrina colombiana considera al auto admisorio de la demanda como un auto interlocutorio, por tener una parte motiva y una resolutive; además, porque resuelve un aspecto sustancial dentro del proceso.

8 De acuerdo al artículo 1617 del Código Civil Colombiano, si la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, es procedente una indemnización de perjuicios por la mora generada. La tasación de ese interés moratorio está sujeta a las reglas dispuestas en la misma disposición.

en los de reivindicación de títulos valores y en los procesos de alimentos. A fin de agilizar el proceso, los estudiantes presentan memoriales en los que exigen una respuesta al juzgado. En algunos casos este tipo de actuación genera problemas con los funcionarios del despacho⁹ porque, tal como lo relata un asesor, *“creen que los están haciendo quedar mal con el juez o su jefe inmediato”*.

3.2 Rigidez excesiva en la formulación de requisitos

Para algunos el problema no es el desconocimiento de las disposiciones sino la rigidez excesiva en la formulación de requisitos; lo que se observa en algunos de los siguientes hallazgos de la veeduría:

- La solicitud escrita de copias en un proceso de única instancia en materia laboral.
- La solicitud de créditos¹⁰ para la práctica de audiencias de conciliación, cuando estos ya han sido aportados por el estudiante junto con el poder de la demanda.
- El rechazo a la participación de un estudiante, con personería reconocida, en la audiencia por la no presentación del carné del Consultorio Jurídico.

Con relación a estas prácticas, los asesores señalan que: *“cada juzgado maneja su propio Código, maneja su tiempo”* y *“algunos funcionarios le hacen muy difícil la situación al estudiante, se inventan excusas, le solicitan acreditación a veces por poner requisitos muy estrictos”*.

3.3 Falta de capacitación de los funcionarios para labores especiales

A juicio de algunos asesores, los funcionarios deberían tener capacitación en atención al cliente, manejo de público heterogéneo y técnicas de archivo. La falta de estas herramientas se refleja en la inadecuada atención que reciben los usuarios de la justicia y los estudiantes, a quienes, en palabras de un asesor, *“les dan un trato discriminatorio, no los toman con la seriedad necesaria”*. Este trato es evidente en la manera como el funcionario del despacho trata al estudiante de Derecho en comparación a la manera en que se dirige a un abogado titulado. Un asesor plantea

9 Los jueces tienen potestad para regular la dirección administrativa de sus despachos. Por lo general los juzgados tienen una planta propia de empleados constituida por un secretario, un sustanciador, un oficial mayor, dos escribientes y un notificador o citador, subordinados al juez (Silva, 2001, pág. 116).

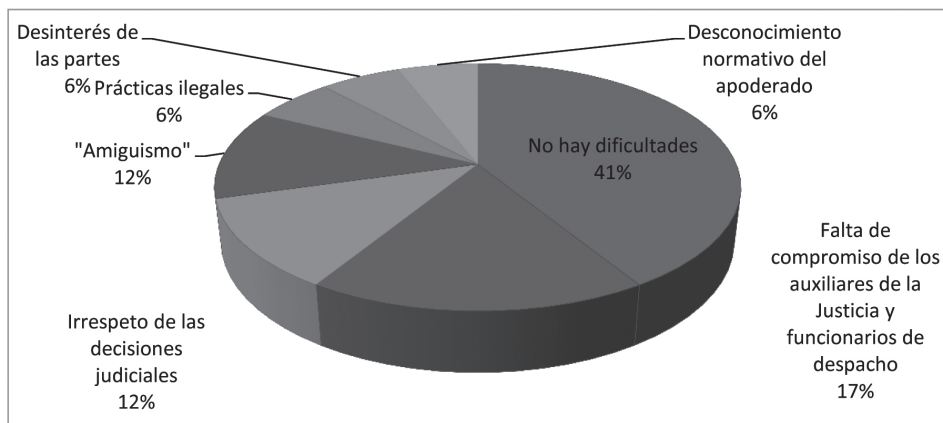
10 Los créditos hacen referencia a las cartas de presentación que elabora el director del Consultorio Jurídico y el decano de la Facultad de Derecho en las que se acredita que el estudiante que obra como apoderado del proceso está vinculado a la respectiva Universidad y que está en capacidad de representar a un usuario en un proceso definido.

que esto se debe a que *“los funcionarios no se encuentran lo suficientemente capacitados para las labores especiales que se requieren”*, y a que en el ejercicio del litigio es común acudir a los afectos personales con los funcionarios para agilizar un trámite. Un estudiante no posee la misma red de contactos ni ha aprendido estas prácticas. Sobre los temas de archivo inadecuado un asesor comentó que en uno de los procesos bajo su revisión *“se había extraviado el proceso, se encontraba despapelado; muchas veces es falta de formación y capacitación”*. Dentro de la revisión de expedientes fueron varios los casos donde el estudiante apoderado reportó el extravío de los escritos presentados para el impulso del proceso; por ejemplo:

- Pérdida de un expediente completo por un periodo cercano a los 2 meses. Durante este tiempo el estudiante nunca obtuvo una respuesta satisfactoria sobre la ubicación del mismo por parte de los funcionarios del juzgado.
- Extravío del poder en el despacho judicial, paralizando el proceso y obligando al usuario a otorgar un nuevo poder al estudiante designado.
- Extravío del memorial de solicitud de inicio del trámite ejecutivo de una sentencia dictada en proceso ordinario laboral.
- Extravío del memorial que contenía la solicitud de una medida cautelar para un proceso ejecutivo de alimentos.
- Imposibilidad de una estudiante para acceder al expediente, por error en la identificación de su nombre dentro del auto admisorio de la demanda. Se dejó constancia de que la estudiante no recibió la atención adecuada por parte de los funcionarios del juzgado.

Sobre estas conductas los entrevistados manifestaron lo siguiente: *“la dilación ocasiona la vulneración de los derechos, y esto da como consecuencia la inconformidad del usuario ante el consultorio jurídico”*. Un entrevistado estableció que este tipo de prácticas afectan la confianza en la justicia: *“los usuarios pierden confianza en la administración de justicia y en el estudiante, por eso la gente se cansa y prefiere muchas veces desistir del proceso”*. Un asesor de las áreas de familia y civil señaló: *“la falta de celeridad afecta al usuario, pues en muchos casos son personas de escasos recursos económicos que derivan su subsistencia de unos dineros provenientes de los procesos que llevan a su nombre, como los de restitución o los de alimentos”*; otro asesor de familia coincidió en que *“en los procesos de alimentos es donde se ve la angustia de las personas; son de escasos recursos y necesitan el dinero, los menores necesitan el dinero para su manutención”*, siendo evidente en estos casos la amenaza del derecho al mínimo vital y a los derechos de los niños.

Con base en estas conductas identificadas por los asesores se realizó una encuesta a los jueces en la que se les preguntó si habían observado problemas en los trámites de los procesos que adelantan los practicantes de los consultorios jurídicos ante su despacho. Las respuestas obtenidas se resumen en el siguiente gráfico:



En lo que sigue se expondrán las respuestas de los jueces respecto a lo que a su juicio, constituyen barreras para el acceso a la Justicia.

3.4 Falta de compromiso de los auxiliares de la justicia y funcionarios de despacho

El 17% de los jueces afirmó que los auxiliares de la justicia, como los peritos, partidores, liquidadores, curadores *ad litem*, entre otros,¹¹ no tienen un compromiso con las causas de las poblaciones más vulnerables. Muchos de estos procesos son tramitados bajo la figura del amparo de pobreza, lo que los hace poco atractivos en términos económicos para el auxiliar. Otra manifestación de esta falta de compromiso y sensibilidad hacia la situación de la población vulnerable es el trato discriminatorio que ciertos funcionarios del despacho tienen hacia el estudiante y su poderdante. Sobre esto un juez afirmó: *“hay actitudes que no corresponden al decoro o buen trato que se debe dar en los estrados judiciales a personas que recién empiezan a dar sus primeros pasos en el litigio. Hay actitudes de desprecio, burla o de ignorar a los jóvenes apoderados y sus clientes”*.

11 Según el Art. 8° del Código de procedimiento Civil Colombiano los auxiliares de la Justicia son oficios públicos desempeñados por personas idóneas, intachables e imparciales.

3.5 Prácticas ilegales y amiguismos

Uno de los jueces sostuvo que sospechaba de la realización de prácticas ilegales por parte de funcionarios de su despacho que *“recibían dineros para acelerar o detener procesos, así como para modificar fechas de entrega y reparto de oficio”*. A diferencia de las prácticas ilegales, el llamado amiguismo constituye un tipo de actuaciones que parecen proliferar en el ámbito judicial y gozar de cierta aceptación en la sociedad colombiana. Se manifiestan en el recurso a una “cadena de favores” para garantizar la producción de actuaciones en un proceso determinado. Según los jueces entrevistados estas prácticas explicarían la ineficacia de la justicia y se concretan en el favorecimiento por parte de los funcionarios de los despachos a allegados, familiares o amigos, y/o a quienes les entregan obsequios en retribución.

Un tercer grupo de dificultades subjetivas encontradas en la veeduría se refieren a la labor de los estudiantes mismos o apoderados de los usuarios. Sobre estas se manifestaron por igual los asesores y los jueces, pero en distintos términos; los primeros expresan que en algunos casos los estudiantes no son lo suficientemente insistentes al solicitar la información en los juzgados, y en ocasiones, por desconocimiento de las disposiciones no exigen al funcionario el cumplimiento adecuado de sus responsabilidades. Algunos incluso les recomiendan a los estudiantes el retiro de la demanda y su presentación por segunda vez, aunque reconocen que: *“lo correcto sería reponer los autos o elevar quejas al Consejo Superior de la Judicatura, pero se opta por la primera opción porque es más práctica”*. Los jueces consideran que la no realización de la tutela judicial efectiva se debe en primer lugar al desconocimiento de las normas procedimentales y sustanciales por parte del apoderado. Según ellos, los estudiantes de consultorio jurídico que obran como apoderados tienen graves falencias en los conocimientos generales del Derecho y en procesal probatorio. Algunos afirmaron incluso que el estancamiento de los procesos se debe a la negligencia de los estudiantes durante el periodo de vacaciones universitarias de verano (junio-julio); y que las partes demuestran desinterés en el proceso, lo que se expresaría en la falta de impulso procesal para ciertos actos que les competen de manera exclusiva. Se citó como ilustración el envío de notificaciones o la asistencia a las audiencias.

Es significativo que a pesar de los hallazgos de la veeduría, en especial de los encontrados en la revisión de expedientes, casi la mitad de los jueces haya negado la existencia de prácticas discriminatorias en sus respectivos despachos, sustentando su respuesta en la afirmación de la idoneidad ética y profesional de los funcionarios a su cargo, y en la atención adecuada a los usuarios provenientes de los consultorios jurídicos.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La jurisprudencia de la Corte Constitucional mencionada en este artículo permite distinguir un marco de aspectos mínimos que el operador judicial debe tener en cuenta al momento de tramitar una causa litigiosa y fallar sobre la misma. Estos mínimos garantizan el respeto al derecho fundamental de acceso a la justicia, y se refieren al libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas; al derecho a un recurso adecuado, efectivo e idóneo; a la prohibición constitucional de indefensión, al derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso; y al derecho a obtener una respuesta en un plazo razonable. El ejercicio de la veeduría arrojó como resultado la identificación de casos en los que se evidencia el desconocimiento de estos mínimos, lo que constituye un escenario de vulneraciones al derecho al acceso a la justicia, con la consiguiente pérdida de confianza en el sistema judicial; en especial por parte de quienes enfrentan barreras en el acceso en virtud de su condición socioeconómica. Las vulneraciones de estos mínimos se resumen en los siguientes aspectos, derivados del análisis de los factores subjetivos y objetivos identificados y expuestos en este escrito.

Legitimación de prácticas dilatorias

Acudir a los “amiguismos” es una práctica identificada en el accionar de los consultorios jurídicos frente a los despachos judiciales. Algunos de los asesores reconocen la utilización de las “buenas relaciones” que sostienen con los funcionarios de algún despacho para sortear una barrera enfrentada por sus estudiantes. En ocasiones el asesor le solicita al estudiante retirar la demanda del juzgado donde el proceso está siendo dilatado, para presentarla de nuevo y lograr su adjudicación a un “juzgado amigo”. El usuario ve truncada su expectativa de celeridad, mientras se sortean las barreras de esta forma poco institucional. Los consultorios jurídicos son espacios de solidaridad con el acceso a la justicia, en los que se persigue una finalidad doble, de tipo social y académica. Pero la actitud permisiva y/o legitimadora de estas prácticas de amiguismo desvirtúa su objetivo social, y contribuye a perpetuar una cultura discriminatoria y de incumplimiento de las reglas, sobre la que ya se ha pronunciado la doctrina (García M., 2009). Esta cultura tiende a arraigarse en el estudiante desde los inicios de su formación práctica, lo que condiciona la existencia de una actitud colectiva permisiva frente a algunas prácticas social y jurídicamente reprochables, como la no aplicación del principio de inmediación por parte del juez y la vulneración del derecho a obtener una resolución judicial en un término razonable.

Violación del principio de igualdad

Las personas en situación de desventaja socioeconómica que acuden a los consultorios se enfrentan con mayores barreras en el acceso a la justicia, debido a las condiciones desfavorables de tipo subjetivo y objetivo identificadas en la veeduría. Esto se observa en el poco interés que los auxiliares de la justicia muestran por los procesos tramitados bajo la figura del amparo de pobreza. De igual manera, las estructuras culturales *amiguistas* excluyen de un trato igualitario a los usuarios sin “amigos” en los despachos o cuyos poderdantes no pertenecen a una red de contactos en el ámbito judicial. Para una persona en situación de desventaja socioeconómica o de pobreza extrema es más difícil asumir los costos de un reclamo ante la justicia, debido a la gran importancia que tienen los incentivos económicos y sociales en el funcionamiento de la justicia local (Garro, 2005). Este hecho ha sido ampliamente descrito por la doctrina nacional (Uprimny et al, 2006) e internacional (Fucito, 2002) en el sentido de reconocer que el acceso a la justicia, tal y como funciona en las sociedades latinoamericanas, exige a sus usuarios el disfrute de condiciones económicas y sociales altamente favorables. Tal como ha reconocido un estudio nacional sobre el particular, *estos obstáculos van desde el desconocimiento de sus derechos hasta el costo que implica iniciar litigios donde los costos de transacción asociados a un resultado efectivo no pueden ser sufragados por ellos* (Corporación Excelencia a la Justicia, 2009).

Prevalencia de las formalidades sobre el derecho sustancial

Las situaciones como la exigencia rigurosa de requisitos extralegales, encontradas en la veeduría, constituyen un desconocimiento por parte de los operadores de la justicia de las garantías que deben rodear el debido proceso. La garantía más afectada es la obtención de una resolución en un término razonable y de su ejecución efectiva.¹² Pero se afecta asimismo la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, al supeditar la realización de un derecho, en ocasiones fundamental, al cumplimiento de requisitos injustificados o poco razonables. Este hecho, que formaría parte de una cultura más general de incumplimiento de las normas, (García, 2009) es especialmente grave en los procesos que involucran el mínimo vital de los usuarios.

12 El Tribunal Constitucional Español sostiene que el acceso a la justicia se satisface, en esencia, “con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses” (Sentencia STC 324/1994).

Pérdida de confianza en el sistema judicial

El artículo 228 de la Constitución Política impone al juez el deber de observar con diligencia los términos procesales y de sancionar su incumplimiento. Las dilaciones sólo se justifican en presencia de un evento de fuerza mayor, caso fortuito, por culpa de un tercero u otra circunstancia objetiva y razonable.¹³ Este carácter razonable es dado en ocasiones por la presencia de factores objetivos, como la ausencia de espacios físicos adecuados para el funcionamiento de los despachos; mientras que los factores subjetivos generan la pérdida de legitimidad de los operadores de la justicia, y como corolario, la pérdida de confianza en la institución misma. La doctrina nacional ha caracterizado este fenómeno, (García, 2008) que de igual manera encontramos en los procesos objeto de la veeduría, en los cuales los estudiantes operan como intermediarios entre el usuario y el aparato judicial. El primero siente que sus necesidades de justicia son subvaloradas por éste cuando se enfrenta a la dilación de su proceso, y a la falta de diligencia de los funcionarios del juzgado o de los estudiantes para la resolución de las circunstancias dilatorias. Respecto a estas, un estudio realizado en algunos países latinoamericanos (Bustamante y Cabezón, 2009) muestra que los niveles promedio de confianza y satisfacción en la justicia son bastante inferiores con relación a los que se observan para otras instituciones del orden nacional (36% y 38%, respectivamente). En el caso de Colombia este mismo estudio reveló, para el periodo 2008-2009, un nivel de confianza en la justicia apenas aceptable del 40%. En el escenario local, según un estudio realizado en el año 2006 por la Corporación Visionarios, sólo el 17% de los encuestados de Cali manifestó confiar en la justicia. Esto refleja una percepción negativa de su funcionamiento: el usuario piensa que ésta tiene su propio ritmo de trabajo, que no corresponde al carácter apremiante de su caso, muchas veces relacionado con la satisfacción de necesidades básicas como la alimentación, el vestuario o la vivienda.

Cobertura insuficiente para atender los problemas estructurales de la administración de justicia

Los factores objetivos como la congestión judicial, la desproporción entre casos tramitados y el número de funcionarios, la poca inversión en el sector justicia, el atentado contra el Palacio de Justicia y las carencias económicas de los usuarios más vulnerables, inciden de manera directa y restrictiva en su derecho a obtener una resolución en un término razonable. Estos fenómenos no son exclusivos del ámbito local, tal como algunos estudios en Colombia

13 Colombia, Corte Constitucional Sentencia T-1154 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

ya han puesto de manifiesto (Uprimny et al, 2006). En efecto, en los casos en que hay diligencia del juez y de los funcionarios a cargo del proceso, el sistema judicial no dispone de la capacidad para atender y resolver las demandas en un plazo razonable. El incremento en la demanda de servicios de justicia en la ciudad no parece haber redundado en el diseño de una política de creación o designación de nuevos juzgados, en áreas sensibles como el derecho de familia, el laboral, el civil e incluso el penal. En el mismo sentido, la falta de asignación presupuestal para proveer una infraestructura adecuada, el nombramiento de funcionarios y la dotación tecnológica que se requieren, constituyen un desconocimiento al derecho al acceso a la justicia, como servicio público cuya garantía compete al Estado.

A partir de estas conclusiones es posible formular las siguientes sugerencias:

Implementar mecanismos de seguimiento para la atención integral

Los consultorios jurídicos juegan un papel importante dentro de la oferta de atención integral a población vulnerable, por lo que sería importante que implementaran un sistema de información de casos problemáticos y de seguimiento efectivo a los estudiantes. Esto permitiría conocer la opinión de sus poderdantes sobre la gestión realizada y algunos detalles sobre el trámite dado por el despacho respectivo. En los consultorios normalmente existen hojas de reporte para cada proceso, sin embargo, muy pocos cuentan con un formato específico para develar las irregularidades en las actuaciones judiciales; falencia que fue identificada en la veeduría al momento de entrevistar a los asesores. Los casos suministrados fueron aquellos en los que recordaban que el estudiante había tenido algún tipo de inconveniente, lo que implicó una reducción de los casos, por la necesidad de contar en cada uno con un soporte documental. Un sistema más preciso de información, utilizando base de datos electrónicas (Cerrillo, 2007), permitiría una detección más eficiente de las circunstancias que obstaculizan el acceso a la justicia y las garantías del debido proceso de sus usuarios. Los juzgados por su parte podrían implementar un mecanismo similar, donde los usuarios puedan expresar su nivel de satisfacción con la atención y la posibilidad de que estos resultados sean conocidos por el juez, sin temor a represalias que afecten el trámite ágil de su proceso.

Capacitar a los funcionarios en enfoques diferenciales de atención

El Consejo Seccional de la Judicatura podría promover capacitaciones especiales para los funcionarios judiciales en técnicas de atención al usuario, y especialmente a los más vulnerables, que consulten sus especiales circunstancias de vulnerabilidad. Esto iría en consonancia con la adopción actual de políticas legislativas que expresan

claramente los enfoques diferenciales requeridos por cada tipo de víctimas o sujetos de especial protección, V.gr la ley 1448 de 2011. Un referente para introducir estas reformas lo constituyen las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, propuestas y adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en el año 2008. En ellas se establece un marco de reflexión sobre los problemas enfrentados por esta población y se propone la adopción por parte de la administración de justicia de herramientas, instrumentos y modelos de gestión para hacer efectivo el acceso a la justicia. La falta de capacitación con enfoque diferencial constituye una vulneración del derecho a la igualdad de las poblaciones que por su condición socioeconómica y cultural requieren de un trato diferente y preferente, para garantizar la realización de otros derechos amenazados o vulnerados (Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo M.).

Promover la utilización del derecho disciplinario y un acercamiento académico al Consejo Seccional de la Judicatura

En el ejercicio de la veeduría se evidenció la falta de una cultura de denuncia frente a vulneraciones graves al derecho de acceso a la justicia. Pocos asesores manifestaron recomendar a sus estudiantes la interposición de quejas ante el Consejo Superior de la Judicatura, con base en el procedimiento establecido en sus propias disposiciones disciplinarias. Esta renuencia a la utilización de los canales institucionales disponibles para sortear las circunstancias vulneradoras del derecho podría explicar, en cierta medida, la proliferación y aceptación de los denominados “amiguismos” y de otras prácticas asociadas menos benignas. Una forma más adecuada de enfrentar aquellos problemas en los que razonablemente no se justifiquen las dilaciones sería el recurso a las disposiciones jurídicas regulatorias de la actividad judicial. Su utilización contribuye a la erradicación de prácticas contrarias al principio de igualdad, al tiempo que asegura la eficacia de las disposiciones jurídicas disciplinarias.

Otra forma de contribuir al mejoramiento del sistema local de justicia podría ser la promoción del diálogo entre los consultorios y la rama judicial, a fin de discutir las dificultades encontradas en materia de atención pronta y digna a los usuarios económicamente vulnerables, y en materia de formación de los futuros profesionales del Derecho. Esto último redundaría en la cualificación del servicio que se presta a los usuarios de los consultorios jurídicos. Al mismo tiempo, los jueces podrían tener otra perspectiva sobre el funcionamiento de los despachos a su cargo, lo que les daría elementos de juicio para la organización del trabajo. En el marco de la discusión nacional sobre una reforma a la Justicia será necesario abordar la promoción de buenas prácticas de atención en los juzgados, y la adopción de modelos efectivos de gestión.

Finalmente, es necesario reconocer que en Cali, al igual que en muchas otras ciudades del país, se requiere con urgencia el funcionamiento de una justicia con enfoque diferencial de tipo socioeconómico, sensible y efectiva frente a las necesidades de sus usuarios más vulnerables, que aporte a la construcción de un proyecto de cultura ciudadana pacífico y respetuoso de la institucionalidad. Una justicia de este tipo puede ser un factor determinante para la disminución de la violencia, y una contribución a la reducción de la exclusión social que enfrentan amplios sectores de la población en el ámbito local. La justicia como elemento central del Estado Social de Derecho, en su dimensión de institución social, juega un papel preponderante en la consolidación de una verdadera democracia; sólo en la medida en que funciona con celeridad y efectividad sus usuarios pueden encontrar en ella una opción válida para la resolución de sus conflictos y la protección efectiva de sus derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA Alvarado, P.A. (2007). *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Colección Temas de derecho Público No. 77., pp. 43
- ARGEMIRO, A. (2009). *Herramientas para la formulación y negociación del presupuesto público en el sector justicia colombiano 1993 – 2008*. Bogotá.
- CESAR, J., CIFUENTES, A. y SOLANO, J.A. (2003). Nuevas evidencias de la crisis caleña. *Revista Estudios Gerenciales*, Universidad Icesi, 089, 43-55.
- BIRGIN, H. y KOHEN, B. (2006). El Acceso a la Justicia como derecho. En *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. (15 y ss) Buenos Aires: Biblos.
- BUENDÍA García, P. (2010). Presupuesto de inversión en Colombia: Sector Justicia. En *IV Seminario de Gestión Judicial. La inversión en justicia*. (151 y ss). Chile: CEJA.
- BUSTAMANTE, A. y Cabezón, A. (2009). *Reporte de la Justicia, Cuarta edición 2008-2009*. Chile: CEJA. Disponible en: www.ceja.cl/
- CÁCERES Tovar, V.M., Chacón Triana, N.M., Gómez Carmona, W. y Huertas Díaz, O. (2005). *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia. 1980 – 2005*. Bogotá: Grupo Editorial IBAÑEZ.
- CERRILLO, A. (2007). Las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI. *E-Justicia (monográfico en línea)*, IPD, *Revista de Internet, Derecho y Política*. Universitat de Oberta de Catalunya.
- CHAMORRO, B.F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Casa editorial.
- CIFUENTES Muñoz, E. (1999). Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (síntesis de la doctrina constitucional). En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Vol.3)*.

- Consultoría para los Derechos Humanos (CODHES). (2010) ¿Salto estratégico o salto al vacío?: resumen del informe de 2009. *Boletín informativo*, N° 76. Bogotá.
- Corporación Excelencia a la Justicia. (2009). *Vulnerabilidad y acceso a la justicia: Un vínculo por desarrollar a partir del enfoque de las necesidades jurídicas insatisfechas*. Colombia. Disponible en www.cej.org.co.
- ESCOBAR Morales, G. Comp. (2012). *Cali en cifras 2011*. Santiago de Cali: Departamento Administrativo de Planeación.
- FAÚDEZ Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (3° Ed). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- FUCITO, F. (2002) ¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina? Buenos Aires: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- GAMBOA Bernate, J.F. (2005) ¿Qué tan fundamental es en Colombia el derecho de acceso a la justicia? *Revista Universitas*, 10, 511-518.
- GARCÍA, M. (2004, septiembre). La reforma a la Justicia. Recuperado el 7 de febrero de 2012 del sitio web DeJusticia: <http://www.dejusticia.org/>
- (2008). Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, DeJusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- (2009). Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- GARRO, A. (2002). Acceso de los pobres a la justicia en América latina. En *La (in) efectividad de la ley y la exclusión en América latina*. Buenos Aires: Paidós Latinoamericana.
- LÓPEZ Blanco, H.F. (2005). *Instituciones del derecho procesal civil Colombiano* (Vol.1). Bogotá: Dupre.
- MANZANOS, C. (2003). Factores sociales que inciden en las decisiones judiciales. Investigar sobre los jueces para democratizar la justicia. En A. C. (Comp.), *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho* (págs. 103-145). México D.F.: UNAM, y Ediciones Coyoacán S.A.
- PICÓ, J. (1997). *Las Garantías constitucionales del proceso*. España: Bosh.
- Programa de Fortalecimiento y modernización de la Justicia (PFMJ) de USAID. (2007). *Justicia Para todas y todos. Guía práctica para ejercer veeduría en justicia*. Embajada de los Estados Unidos de América.
- QUINTERO, D.P. (2005). “El papel del derecho en el desarrollo económico colombiano”, *Revista de Derecho del Estado*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- RUBIANO G. S. (2009). *La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*. En García M. & Revelo J. E. (Codirectores), *Mayorías sin De-*

mocracia. *Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009* (84-145). Bogotá:Dejusticia

SILVA G. (2001). *Práctica profesional y recompensas*, en *El mundo real de los abogados y de la justicia. La profesión jurídica*, (Pág. 109-151). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

UPRIMNY R. et al. (2006) ¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá D.C.: Norma.

Informes

República de Colombia. Ministerio de Hacienda (2006). *Marco de Gasto de Mediano Plazo 2007-2010*. Colombia

Secretaría Corte Interamericana Derechos Humanos. (2010). *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. San José de Costa Rica: Editorial Corte Interamericana Derechos Humanos.

Notas de prensa

Murcia, L. (2008). “Atentado al Palacio de Justicia de Cali”. *Revista Semana* .

Urrego R., (2012, Junio 22). “Reforma a la Justicia: el paso a paso de una irresponsabilidad”. *Revista Semana*.

Vargas Ll. G. (2012, Junio 26)”. La reforma que no fue”, *El Tiempo*.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-180 de 1994. Colombia.

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-037 de 1996. Colombia.

Corte Constitucional (1998). Sentencia C-318 de 1998. Colombia.

Corte Constitucional (2002). Sentencia C-426 de 2002. Colombia.

Corte Constitucional (2002). Sentencia T-596 de 2002. Colombia.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T-1154 de 2004. Colombia.

Corte Constitucional (2007). Sentencia T-690 de 2007. Colombia.

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). En *Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Párr.190.

Tribunal Constitucional Español (1983). Sentencia STC 47/1983, de 31 de mayo y STC 101/1984, de 8 de noviembre.

Tribunal Constitucional Español (1987). Sentencia STC 98/1987

Leyes

Congreso de la República (2000). Ley 583 de 2000. Colombia

Congreso de la República (2003). Ley 850 de 2003. Colombia



Título: Sin Título

Técnica: Tiza pastel sobre madera

Dimensión: 40 x 64 cm

EL PAPEL DE LOS CENTROS E INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN EN LA ACTIVIDAD PATENTARIA EN ANTIOQUIA*

* El presente escrito es producto de la investigación “Estado de las patentes de invención y de modelo de utilidad en el departamento de Antioquia entre 1988-2010”, en que las autoras participaron como investigadoras, financiada por la Universidad de Medellín y adscrita a la línea de derecho contractual del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. El estudio completo puede ser consultado en Londoño y Restrepo (2013).

Fecha de recepción: septiembre 11

Fecha de aprobación: noviembre 23

EL PAPEL DE LOS CENTROS E INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN EN LA ACTIVIDAD PATENTARIA EN ANTIOQUIA

*Luz María Restrepo Mejía**
*Mabel Londoño Jaramillo***

RESUMEN

En este artículo identificamos las patentes de invención y las patentes de modelo de utilidad solicitadas y concedidas a personas naturales y jurídicas en el departamento de Antioquia en el período 1988 a 2010, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, y de algunas oficinas de patentes internacionales, como la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos, USPTO, y la Oficina de Patentes Europea, EPO. Al final concluimos, de un lado, que en Antioquia, como reflejo de la realidad colombiana, nos encontramos con una escasa actividad patentaria debido a que no estamos utilizando el sistema de propiedad intelectual como se debería. Sin embargo ello no es indicativo de un precario nivel de invención o innovación, toda vez que hay otros mecanismos que pueden ser utilizados para la protección de las nuevas creaciones. De otro lado, logramos identificar que el protagonismo en esta actividad corre hoy por cuenta de los centros e institutos de investigación públicos y privados que han logrado desplazar a las empresas que jalonaron el desarrollo y la innovación otrora.

Palabras clave: Actividad patentaria, patentes, innovación, centros e institutos de investigación, empresas.

THE ROLE OF THE RESEARCH INSTITUTES AND CENTERS IN THE PATENT ACTIVITY AT ANTIOQUIA

ABSTRACT

In this paper we identified the invention and utility model patents, solicited and granted to the persons and the legal entities at Antioquia, in the period 1998 to 2010, by the Superintendencia de Industria y Comercio (Superintendence of Industry and Trade), SIT, and some international patents offices, like the United States Patent and Trademark Office, USPTO, and the European Patent Office EPO. At last we concluded, by one side that at Antioquia, like a reflection of the Colombian reality, we found a poor patent activity because we aren't making an appropriated use of the patent system. But that doesn't shows a low invention levels or innovation, whenever does exist another mechanisms that can be used to defend new creations. On the other hand, we have identify that the principals in the patent activity runs by count of the research institutes and centers public and private, that has been displaced the corporations that pulls the development and innovation, before.

Key words: Patent activity, patents, innovation, investigation centers and institutes, corporations.

* Abogada de la Universidad de Antioquia de Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia de Bogotá. Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: luzmariarestrepo@gmail.com.

** Abogada de la Universidad de Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, y en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: mlondono@udem.edu.co.

EL PAPEL DE LOS CENTROS E INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN EN LA ACTIVIDAD PATENTARIA EN ANTIOQUIA

INTRODUCCIÓN

Las investigadoras teníamos en mente que la importancia socio-económica de la propiedad intelectual es un tópico que ningún país del mundo hoy en día desconoce; dado que un tratamiento acertado de la misma incentiva la investigación y la producción de nuevas creaciones y genera un clima de seguridad para la inversión y, en particular, de aquella destinada a la innovación. Pero, antes de reflexionar sobre el manejo estratégico de la propiedad intelectual era menester empezar por conocer la situación de nuestro departamento en este campo.

Así, el objetivo general propuesto en la investigación se circunscribió a la identificación del estado de las patentes de invención y de las patentes de modelo de utilidad, solicitadas y concedidas a personas naturales y jurídicas en el departamento de Antioquia en el período 1988 a 2010. Por esta razón nos concentramos en el análisis de los datos estadísticos hallados en la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, y en algunas oficinas de patentes internacionales, como la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos, USPTO, y la Oficina de Patentes Europea, EPO.

Para iniciar el proceso de identificación de las patentes el grupo de trabajo contó con la colaboración de la Corporación Tecnova que realizó una búsqueda especializada en Internet y en la SIC, de los títulos otorgados a personas naturales y empresas antioqueñas en el período comprendido entre 1988 y 2009, derivando el *Informe de patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009* (Tecnova, 2010). Esta información fue ampliándose y adicionándose poco a poco con las entrevistas y encuestas aplicadas, en especial a los funcionarios de los centros e institutos de investigación del departamento, la información recaudada en una visita efectuada a la SIC y las permanentes consultas realizadas en la sección de propiedad industrial de la página Web de dicha institución; además, con la información encontrada en el texto *Inventos y Patentes en Colombia* de Alberto Mayor Mora (2005), en el que se incluye en las páginas finales un reporte de las “Invenciones y patentes colombianas 1930-2000”, de donde se filtró la información correspondiente a la

región antioqueña. También se realizaron búsquedas especializadas en las bases de datos de las oficinas de patentes europea (www.epo.org), española (www.oepm.es), estadounidense (www.uspto.gov), y en las páginas Web de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI, (www.OMPI.org o www.wipo.int), del programa LATIPAT que utiliza la plataforma de esp@cenet (<http://lp.espacenet.com/>)¹ y en <http://www.patentesonline.com.co/>.

De lo anterior, se derivaron elementos que podían servir para la comprensión del fenómeno y para la realización de una reflexión, que utilizando la ciencia jurídica y las herramientas que esta nos proporciona, pueda ser útil para la toma de decisiones administrativas y legales tendientes a insertar la región y el país en el camino del desarrollo económico y social.

Consideramos que el estudio adelantado aporta al debate sobre el papel protagónico que ocupan la invención y la innovación en nuestros tiempos, en donde las patentes representan, por sí solas, un acicate para la investigación de frontera en la medida en que garantizan al inventor o innovador la exclusividad, durante un término determinado, en la fabricación, venta y/o utilización comercial de la nueva solución técnica a un problema o la nueva manera de hacer algo (patente de invención) o la nueva forma, configuración o disposición de elementos (patente de modelo de utilidad). Igualmente, la información contenida en las patentes constituye un factor esencial en el desarrollo, porque incentiva la creatividad de los investigadores al dar cuenta de soluciones materiales a diferentes problemas, lo que posibilita mejorar prácticas y descubrir nuevas experiencias y adelantos técnicos y tecnológicos. Todo ello, aunado al papel que representan los ingresos derivados de la explotación de los inventos patentados, que comienzan a ser visibles en el PIB de los países.

Actividad patentaria en Antioquia entre 1988 a 2010

En Antioquia ha sobresalido históricamente el inventor empresarial y, con ello, la patente colectiva, para utilizar la terminología adoptada por el profesor Alberto Mayor Mora en su texto *Inventos y patentes* (2005). La investigación adelantada permitió la identificación del *inventor solitario*, como figura típica de los inventores del siglo XIX, XX y XXI; el *inventor especializado de laboratorio industrial*, que en nuestro criterio abarca a la mayoría de los inventores antioqueños y, finalmente, el *inventor de laboratorio industrial a gran escala*, que aunque escaso, también

1 En el año 2003 la OMPI, la EPO, la OEPM, además de varias oficinas nacionales de países latinoamericanos, implantaron el programa LATIPAT para poner a disposición del público información tecnológica en español y portugués, contenida en los documentos de patentes publicadas por todas ellas. Este programa utiliza la plataforma de esp@cenet que permite la consulta de diferentes bases de datos relacionadas con las patentes: AP Database, WIPO Database y WorldwideDatabase.

se evidencia en el comportamiento actual de algunos investigadores, centros e institutos de investigación.

Concentrándonos en la actividad patentaria en Antioquia en el período 1988 a 2010, encontramos que la SIC ha concedido 35 patentes de invención, 2 de las cuales son PCT², y 63 patentes de modelo de utilidad. Como bien puede observarse, nos estamos enfrentando con una cifra muy baja teniendo en cuenta que se trata de un período que supera los veinte años, pero, hay que aclarar, que esto es coherente con el comportamiento del país en este campo. En el cuadro 1 presentamos la distribución de las patentes otorgadas, diferenciando entre patentes individuales que alcanzan un porcentaje de 40% y patentes colectivas con 60%.

CUADRO 1. DISTRIBUCIÓN DE 35 PATENTES DE INVENCIÓN (PI) INDIVIDUALES Y COLECTIVAS OBTENIDAS EN ANTIOQUIA EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC

Ciudad	Pat. indiv.	%	Pat. colect.	%	Totales
Medellín, Antioquia	12 (1 PCT)		20		32
Envigado, Antioquia	1				1
Bello, Antioquia	1				1
Barbosa, Antioquia			1 (PCT)		1
Total	14	40	21	60	35

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras³.

En las patentes colectivas incluimos las obtenidas por empresas y por instituciones educativas y/o de investigación, para un total de 21, de las cuales 14 corresponden a las tramitadas por empresas antioqueñas en este período, en donde se destaca el sector de ingeniería mecánica con 9, seguido del de ingeniería química con 3. En el cuadro 2 se hace un detalle de los títulos obtenidos, de su estado y de las empresas que aparecen como propietarias.

2 Según el informe *Gestión de procesos de protección de propiedad intelectual. Seguimiento a patentes* de la Universidad de Antioquia, se da cuenta de cinco solicitudes de patente PCT tramitadas por diferentes grupos de investigación de la institución, aún no concedidas.

3 Si bien es cierto la información base se extrajo de la vigilancia tecnológica realizada por Tecnova, la misma fue ampliándose con las entrevistas aplicadas y con la información recaudada en la SIC en la visita realizada por las investigadoras el 20 de junio de 2011, por lo cual el período examinado se extendió de 1988 a 2010.

CUADRO 2. DISTRIBUCIÓN DE 14 PI OTORGADAS A EMPRESAS ANTIOQUEÑAS EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC

Nombre de la empresa	PI	Sector ¹	Estado
ISA	1	IM	Vigente
Prever S.A.	1	ST	Vigente
Aceros y Platinas Ltda.	1	IM	Caducada
Bemor Internacional Ltda.	1	ST	Vencida
Gameco S.A.	1	IM	Caducada
Eduardoño	1	IM	Vencida
Simesa S.A.	3	IM	Vencidas
	1	IQ	Vencida
Andercol S.A.	1	IQ	Vencida
Berfex Ltda.	1	IM	Vencida
Precon S.A.	1	IM	Vencida
Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (PI PCT)	1	IQ	Requerimiento
Total	14		

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

Ante la SIC las universidades e institutos de investigación antioqueños alcanzaron un total de 7 patentes de invención (ver cuadro 3). Obsérvese como una de las patentes obtenidas en el sector de ingeniería química es fruto del trabajo conjunto entre universidades e institutos de investigación.

CUADRO 3. DISTRIBUCIÓN DE 7 PI OBTENIDAS POR UNIVERSIDADES E INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN ANTIOQUEÑOS EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC

Nombre de la empresa	PI	Sector	Estado
Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho - ICIPC	2	IM	Vigentes
Universidad EAFIT	3	IM	Vigentes
Universidad de Antioquia	1	IQ	Vigente

Nombre de la empresa	PI	Sector	Estado
Corporación para Investigaciones Biológicas Universidad de Antioquia Fundación Instituto de Inmunología de Colombia Universidad Nacional	1	IQ	Vigente
Total	7		

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

En este período la Universidad de Antioquia es la que más actividad patentaria reporta, si se tienen en cuenta las patentes que han sido concedidas por la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos, USPTO, y la Oficina de Patentes Europea, EPO, además de las solicitudes que en la actualidad se encuentran en trámite. Sobre el tema volveremos más adelante.

En la categoría de los inventores individuales encontramos un total de 14 patentes de invención, de las cuales una es PCT, en donde se destaca el género masculino en la actividad patentaria con un porcentaje del 72% en relación con el femenino con un porcentaje del 21% (ver cuadro 4).

CUADRO 4. DISTRIBUCIÓN DE 14 PI OBTENIDAS POR INVENTORES INDIVIDUALES ANTIOQUEÑOS EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC, CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Inventor individual	PI	Sector ²	Estado
Género femenino	1	IM	Vencida
	1	IQ	Vencida
	1	ST	Vigente
Género masculino	3	IM	Vigentes
	2	IM	Caducadas
	3	IM	Vencidas
	1	ST	Vigente
	1 (PCT)	IM	Abandonada
Ambos	1	ST	Caducada
Total	14		

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

En cuanto a las 63 patentes de modelo de utilidad otorgadas por la SIC a inventores antioqueños entre 1988 y 2010, presentamos en el cuadro 5 una relación de los títulos diferenciando entre patentes individuales que participan con un porcentaje de 47,6% y patentes colectivas con un 52,3%, cerrándose cada vez más la brecha que separa ambos trámites.

CUADRO 5. DISTRIBUCIÓN DE 63 PATENTES DE MODELO DE UTILIDAD (PMU) INDIVIDUALES Y COLECTIVAS OBTENIDAS EN ANTIOQUIA EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC

Ciudad	Pat. indiv.	%	Pat. colect.	%	Totales
Medellín, Antioquia	25		26		51
Itagüí, Antioquia	1		6		7
Bello, Antioquia			1		1
Envigado, Antioquia	1				1
Sabaneta, Antioquia	1				1
La Ceja, Antioquia	1				1
Sin identificación de ciudad	1				1
Total	30	47,6	33	52,3	63

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

En la cifra de patentes de modelo de utilidad colectivas, sobresalen empresas de variados campos de acción con un total de 27 títulos, tal como se observa en el cuadro 6. Industrias de Acero S.A. es la única que cuenta con 2 patentes de modelo de utilidad hoy vigentes.

CUADRO 6. DISTRIBUCIÓN DE 27 PMU OBTENIDAS POR EMPRESAS ANTIOQUEÑAS EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC

Nombre de la empresa	PMU	Sector	Estado
Industrias de Acero S.A.	2	IM	Vigentes
	1	IM	Abandonada
Productos Familia S.A.	2	IM	Caducadas

Nombre de la empresa	PMU	Sector	Estado
Hardys Maquinaria S.A.	1	IM	Caducada
Colanta	1	IM	Caducada
Lenticon Ltda.	1	ST	Vencida
Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santa María	1	IM	Vencida
Landers y Cia. S.A.	2	IM	Vencidas
Industrias Químicas AsociadasLtda.	1	IM	Caducada
Helados La Fuente S.A.	1	ST	Caducada
Fábrica Crystal S.A.	1	ST	Caducada
Industrias Metálicas Suramericanas S.A.	1	IM	Caducada
Fabricasas Ltda.	1	IM	Vencida
Industrias Plásticas M.M. S.A.	1	ST	Vencida
Cordehilos S.A.	1	ST	Vencida
Industrias Estra S.A.	2	ST	Vencidas
Compañía de Galletas Noel S.A.	1	ST	Vencida
Plásticos desechables de Colombia S.A. Plasdecol	1	IM	Vencida
Internacional de Plásticos Ltda.	1	IM	Vencida
Uniban S.A.	1 1	IM ST	Vencida Vencida
Industrial de Gaseosas S.A.	1	IM	Vencida
Pequeña Moda Ltda.	1	ST	Vencida
Total	27		

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

En cuanto a las universidades e institutos de investigación antioqueños no hay una gran alteración de la cifra en relación con las patentes de invención, toda vez que en este período también alcanzaron un total de 6 patentes de modelo de utilidad, de las cuales 5 están vigentes, en donde sobresale la Universidad Eafit con 4 títulos en el

sector de ingeniería mecánica, uno obtenido en compañía del Instituto de Ciencias de la Salud, CES (ver cuadro 7). También se observa un trabajo conjunto entre las universidades de Antioquia, Nacional sede Medellín y Pontificia Bolivariana con una empresa privada, Ladrillera San Cristóbal S.A., que dio lugar a una patente de modelo de utilidad hoy vigente, denominada *Planta generadora de gases calientes de uso en procesos industriales*, y que en la actualidad está siendo explotada comercialmente y ha producido regalías⁴.

CUADRO 7. DISTRIBUCIÓN DE 6 PMU OBTENIDAS POR UNIVERSIDADES E INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN ANTIOQUEÑOS EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC

Nombre de la empresa	PMU	Sector	Estado
Universidad EAFIT Instituto de Ciencias de la Salud - Ces	1	IM	Vigente
Universidad de Antioquia Universidad Nacional, sede Medellín Universidad Pontificia Bolivariana Ladrillera San Cristóbal S.A.	1	IM	Vigente
Universidad EAFIT	3	IM	Vigentes
Politécnico Marco Fidel Suárez	1	IM	Caducada
Total	6		

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

En perspectiva de género, en la categoría de los inventores individuales encontramos un total de 30 patentes de modelo de utilidad, presentándose una diferencia que nada tiene de exigua entre los títulos otorgados en el período a hombres, 27 en total (90%), en comparación con los otorgados a mujeres, 3 en total (10%), según se logra identificar en el cuadro 8.

4 Información suministrada por Adrián Santamaría, Director de Transferencia de Tecnología de la Dirección de Extensión de la Universidad Nacional en entrevista realizada el 2 de marzo de 2011.

CUADRO 8. DISTRIBUCIÓN DE 30 PMU OBTENIDAS POR INVENTORES INDIVIDUALES ANTIOQUEÑOS EN EL PERÍODO 1988-2010 Y OTORGADAS POR LA SIC, CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Inventor individual	PMU	Sector	Estado
Género femenino	1	ST	Vigente
	1	ST	Caducada
	1	IM	Caducada
Género masculino	5	IM	Vigentes
	3	IM	Caducadas
	10	IM	Vencidas
	1	IM	Abandonada
	2	ST	Vigente
	5	ST	Vencidas
	1	IQ	Vigente
Total	30		

Fuente: Cuadro de elaboración propia con información tomada del Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009 (Tecnova, 2010), y actualizado por las investigadoras.

2. Centros de investigación especializados y de innovación en Antioquia

Desde hace varios años Colciencias ha orientado acciones en pro de una real cultura del conocimiento⁵ y la aplicación de los métodos de protección propios de la propiedad intelectual al medio colombiano. En este último caso, con el proyecto *“Redes de manejo de la propiedad intelectual para el fortalecimiento de la capacidad de investigación”*⁶, que busca conformar la Red Colombiana de Instituciones que Desarrollan Investigación con un servicio compartido de propiedad intelectual

5 Como una herramienta para el desarrollo, estímulo y fortalecimiento de la comunidad de investigadores, periódicamente Colciencias realiza la Convocatoria Nacional para Medición de Grupos de Investigación, Tecnológica o de Innovación, con la finalidad de actualizar la información y ubicar capacidades nacionales en el campo de la investigación científica y tecnológica.

6 Información tomada de SECOPI Salud, Sección: ¿Qué es SECOPI? Recuperado de http://www.secopisalud.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=28 (agosto de 2011).

denominado SECOPI⁷, encargando su coordinación en el área de industria y energía, al Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho, ICIPC; en el área de la salud, al Centro Internacional de Entrenamiento e Investigaciones Médicas, CIDEIM; en el área agropecuaria, a la Corporación Red Especializada de Centros de Investigación y Desarrollo Tecnológico del sector agropecuario, CENIRE, y en el área de defensa, a la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial COTECMAR⁸.

En Antioquia identificamos unos centros de investigación y de innovación especializados, entre ellos: el Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho, ICIPC; el Centro de la Ciencia y la Investigación Farmacéutica, CECIF; el Instituto Cardio-Neuro-Vascular, Corbic; la Corporación para Investigaciones Biológicas, CIB, y el Centro de Investigación e Innovación en Energía, CIEN.

2.1 Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho

El Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho, ICIPC, es una fundación sin ánimo de lucro creada el 21 de abril de 1987 con el fin de “contribuir efectivamente al incremento de la competitividad y productividad de las empresas del sector”. Los socios fundadores del ICIPC son Formacol, la Universidad Eafit y Acoplásticos. El instituto ha contado con el apoyo financiero de la Sociedad Alemana de Cooperación Técnica GTZ, quien en 1988 y por un período de 10 años, donó fondos para la adquisición de los equipos de laboratorio y otros procesos, así como para la capacitación de un grupo de investigadores en las más importantes instituciones alemanas. El ICIPC inicia oficialmente sus operaciones el 22 de febrero de 1993 y desde 1996 cuenta con el apoyo del gobierno colombiano a través de Colciencias, para sus proyectos de innovación y desarrollo tecnológico⁹. El Instituto tiene las siguientes líneas de trabajo: investigación, desarrollo y diseño;

7 Ibidem.

8 Cfr. sitios Web: www.secopisalud.org/; www.icipc.org/secopind/; <http://www.cideim.org.co/cideim/es/servicios-cientificos-y-tecnologicos/propiedadintelectual.html>; <http://www.cenired.org.co/?q=redpi1>, y www.secopidefensa.com/secopidefensa/index.html (agosto de 2011). Según Sandra del Castillo (2012, 25 de agosto), Cotecmar se ubica entre las 500 empresas más grandes del país y está dedicada, principalmente, a la fabricación de naves, entre ellas, patrullas pesadas y lanchas patrulleras rápidas conocidas como LPR, las que le han abierto el mercado con Brasil; cómo última innovación, diseñó y construyó el primer remolcador oceánico para la operación de la industria minero-energética, y trabaja en la elaboración de diseños para buques hospitales y aulas flotantes.

9 Información tomada de la página Web del Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho, ICIPC. Sección: Historia. Recuperado de http://www.icipc.org/icipc_new_2/ (junio 2011).

asesoría y consultoría; capacitación, y servicios de laboratorio, y ha obtenido 6 patentes de invención, 3 de ellas concedidas por la SIC¹⁰. Veamos:

- Patente No. 7.104.681 otorgada por la USPTO el 12 de septiembre de 2006. Título: Method and device to determine the thermal diffusivity of materials, such as thermoplastic polymers, during non-stationary heat transfer processes. Inventor: Alberto Naranjo Carvajal (solicitud de patente No. 10/775,822 radicada en Estados Unidos el 10/02/2004).
- Patente No. 7.314.363 otorgada por la USPTO el 1 de enero 1 de 2008. Título: Device to visualize in-line and quantify the polymer melting in plasticating screw machines without significantly affecting its thermal regime. Inventores: María del Pilar Noriega Escobar, Alberto Naranjo Carvajal, Tim Andreas Osswald y Nicola Ferrier (solicitud de patente No. 10/780,290 radicada en Estados Unidos el 14/02/2004).
- Patente otorgada por la SIC mediante resolución No. 15348 del 31 de marzo de 2009 (radicada en 2003). Certificado No. 29034. Expediente 03-12620. Título: Dispositivo para visualizar en línea y método para cuantificar la fusión de polímeros en máquinas de plastificación con tornillo sin afectar significativamente su régimen térmico. Inventores: María del Pilar Noriega Escobar, Alberto Naranjo Carvajal, Tim Andreas Osswald y Nicola Ferrier.
- Patente otorgada por la SIC mediante resolución No. 39453 del 31 de julio de 2009 (radicada en 2003). Certificado No. 29032. Expediente 03-10433. Título: Método y celda de medición para la determinación de la difusividad térmica de materiales durante los procesos de transferencia de calor por conducción con rápidos cambios de temperatura que pueden incluir cambio de fase. Inventor: Alberto Naranjo Carvajal.
- Patente otorgada por la SIC mediante resolución No. 49983 del 30 de septiembre de 2009 (radicada en 2005). Certificado No. 29027. Expediente 05-88703. Título: Dispositivo de sujeción de cables o alambres aéreos que ayuda a desviar el vuelo de las aves. Solicitante: ISA, 2005. Inventores ICIPC: Mauricio Ramírez, Alberto Naranjo y María del Pilar Noriega Escobar; inventores ISA: Miguel Ángel Luna, Luis Fernando Cadena y Apolinar Alzate¹¹.

10 Información suministrada por la Directora Técnica del Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho, Ph. D. María del Pilar Noriega, en entrevista realizada el 9 de junio de 2011.

11 Esta patente está solicitada fuera de Colombia en los siguientes 11 países: Argentina, Bolivia, Perú, Chile, Uruguay, Paraguay, Venezuela, Panamá, Honduras, Guatemala y El Salvador. También obtuvo el concepto positivo de patentabilidad en el PCT.

- Patente No. 7.770.533 otorgada por la USPTO el 10 de agosto de 2010. Título: Bird flight diversion device and system for fixing same to overhead wires and cables. Inventores ICIPC: Mauricio Ramírez, Alberto Naranjo y María del Pilar Noriega Escobar; Inventores ISA: Miguel Ángel Luna, Luis Fernando Cadena y Apolinar Alzate (solicitada con expediente No. 20090016689 de enero 15 de 2009).

Además, el ICIPC tiene en trámite 2 solicitudes de patente de invención ante la SIC. Los datos se describen a continuación:

- Solicitud de patente de invención con expediente No. 09-063236, radicada ante la SIC el 18 de junio de 2009. Título: Dispositivo compostable para la hidratación de flores frescas cortadas. Sector IM. Inventores: Juan Diego Sierra Muñetón, Alberto Naranjo Carvajal, María del Pilar Noriega Escobar, Jorge Iván Villegas Cardona, Elkin David Cardona Jiménez y Silvio Alberto Ospina Salgado¹².
- Solicitud de patente de invención con expediente No. 09-063237, radicada ante la SIC el 18 de junio de 2009. Título: Compuesto absolvedor de oxígeno y método para producirlo. Sector IQ. Inventores: Juan Diego Sierra Muñetón, Elkin David Cardona Jiménez y María del Pilar Noriega Escobar¹³.

El ICIPC hace parte de una Red colombiana de instituciones que desarrollan investigación en el área de la industria y la energía, a la que también pertenecen el Centro de Investigación y Desarrollo del Sector Eléctrico Colombiano, CIDET, el Centro de la Ciencia y la Investigación Farmacéutica, CECIF, la Universidad de Antioquia, la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad EAFIT, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad del Valle¹⁴, la Fundación Universidad del Norte¹⁵ y la Corporación CDT de Gas¹⁶. Esta red participa del mismo

12 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 617 del 18/06/2010, número de publicación 70.

13 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 617 del 18/06/2010, número de publicación 63.

14 Cuenta con una solicitud de patente de cementos inorgánicos no pórtland basados en sistemas binarios y/o ternarios obtenidos a partir de desechos y subproductos industriales para usos estructurales y no estructurales. Institución solicitante Universidad del Valle. No. de radicación 10-013707 del 09/02/2010. Información suministrada por la Directora Técnica del ICIPC, Ph. D. María del Pilar Noriega, en entrevista realizada el 9 de junio de 2011.

15 Cuenta con una solicitud de patente PCT de un dispositivo compacto para controlar y modificar la presión de un gas o una mezcla de ellos. Institución solicitante Fundación Universidad del Norte. No. de radicación PCT/IB2010/001642 del 02/07/2010. Información suministrada por la Directora Técnica del ICIPC.

16 En entrevista realizada el 9 de junio de 2011, la Directora Técnica del ICIPC, Ph. D. María del Pilar Noriega, señala: "Nosotros como instituto estamos jalonando una Red de Propiedad Intelectual integrada por varias universidades del país y otras entidades, respetando la autonomía de cada institución. Por el tema de la medición de los grupos y

servicio compartido de propiedad intelectual, SECOPI, ya mencionado, y suman en la actualidad 13 solicitudes de patente.

2.2 Centro de la Ciencia y la Investigación Farmacéutica, CECIF

La Corporación CECIF es un Centro de Investigación y Desarrollo Tecnológico fundado en 1997 y regido por Colciencias, que trabaja desde la investigación para el sector productivo de la industria farmacéutica, cosmética, veterinaria, nutracéutica, fitoterapéutica, suplementos dietarios, alimentos funcionales, aseo y hogar. La corporación pertenece a la Red de Industria en Propiedad Intelectual y tiene tres métodos en proceso de patentamiento¹⁷; a continuación suministramos los datos hallados en el proceso de recolección de información:

- Método para la extracción de metformina desde un fluido biológico. Sector IM. Institución solicitante CECIF. Inventora: Ángela Piedad Medina Arango. Expediente No. 09-087489 del 20/08/2009¹⁸.
- Método para cuantificar la cetrimina en un producto terminado por titulación en medio no acuoso. Sector QF. Institución solicitante CECIF. Inventores: Paula Alejandra Cañas Vallejo, Carlos Humberto Arias Londoño y Luz Elena Castrillón Aldana. Expediente No. 09-087487 del 20/08/2009¹⁹.

El CECIF fue creado hace catorce años según los lineamientos del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, gracias a la iniciativa de varias instituciones del sector académico, productivo y gubernamental, entre ellas, la Universidad de Antioquia, la Universidad Católica de Oriente, la Escuela de Ingeniería de Antioquia, el Sena, Colciencias y los laboratorios farmacéuticos más grandes del país (en la actualidad está conformado por veintisiete instituciones, entre universidades, empresas y clínicas), para apoyar a las empresas del sector farmacéutico en la ejecución de los proyectos de diseño y desarrollo de productos farmacéuticos, entre los que se cuentan los fitoterapéuticos y los antiinflamatorios pos-operatorios. Este Centro ha sido catalogado como un caso exitoso de la relación Universidad-

la visibilidad que ha alcanzado el Instituto, Colciencias nos llamó para que creáramos una red con universidades y otras instituciones. La Red se inicia a fines de 2008 y cuenta con el apoyo de Colciencias. [...] Para que un país se vea importante en materia de propiedad intelectual se le tiene que apostar a redes y comunidades jalonando los temas de propiedad intelectual. Este proceso debe hacerse en grupo”.

17 Información tomada de la página Web del Centro de la Ciencia y la Investigación Farmacéutica, CECIF. Sección: Quiénes somos. Recuperado de <http://www.cecifcolombia.org/> (octubre 2011).

18 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 613 del 19/02/2010, número de publicación 6.

19 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 613 del 19/02/2010, número de publicación 5.

Empresa-Estado, y trabaja coordinadamente con un grupo de investigación de la Universidad de Antioquia en el desarrollo de productos antimaláricos, asimismo, con comunidades indígenas del Amazonas, adelantan el desarrollo de productos contra la diarrea a partir de cortezas de árboles fácilmente reproducibles en el mercado²⁰.

2.3 Instituto Cardio-Neuro-Vascular

El Instituto Cardio-Neuro-Vascular, Corbic, es una entidad prestadora de salud de Medellín fundada en los años noventa por el cardiólogo Juan Fernando Granada y su hermano Carlos Ignacio, con especialidades en cuidados intensivos, cardiología clínica y diagnóstica, cirugía cardiovascular, hemodinámica y electrofisiología, además de neurología y neurocirugía. Este instituto es considerado por Santiago Montenegro (2011, p. 29), “uno de los casos paradigmáticos de innovación en Colombia, al tiempo que genera valor y tiene una clara orientación social”. En 2005, según relata Montenegro, logró convocar a un grupo de científicos y empresarios antioqueños para realizar investigación y transferir conocimiento con tecnologías mínimamente invasivas para la prevención, diagnóstico y terapia de las enfermedades cardiovasculares.

El Instituto Corbic ha logrado registrar dos patentes en Estados Unidos y tiene otras cinco para dispositivos biomédicos²¹, además fue pionero en el mundo en realizar en 2010 una angioplastia cardíaca con brazo robótico para incrementar la precisión, reducir el tiempo en la sala de operaciones y minimizar la exposición del paciente y los médicos a la radiación²².

2.4 Corporación para Investigaciones Biológicas

La Corporación para Investigaciones Biológicas, CIB, es una institución clasificada por Colciencias como un centro de excelencia, que trabaja en investigación básica, clínica y desarrollo tecnológico en el área de las ciencias biológicas. En la actualidad participa en la formación de investigadores, la prestación de servicios

20 Para mayor información se recomienda la consulta del artículo Cecif otro caso exitoso de la relación Universidad, Empresa y Estado (2008).

21 Se aclara al lector que no fue posible obtener información acerca de las patentes alcanzadas.

22 Información tomada de la página Web del Instituto Cardio-Neuro-Vascular, Corbic. Sección: Quienes somos. Recuperado de http://www.corbic.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=3 (junio 2011).

especializados y la divulgación académica, y se relaciona con las principales universidades y centros de investigación en el mundo. También busca, con los resultados de sus investigaciones y su capacidad de autogestión, estrechar las relaciones con el sector productivo, con el fin de fortalecer la innovación y la transferencia tecnológica y convertirse en un proyecto sostenible y eficiente. Tiene seis unidades de investigación en los sectores de la salud (Unidad de Bacteriología y Micobacterias, Unidad de Micología Médica y Experimental y Unidad de Biología Celular) y de la biotecnología (Unidad de Biodiversidad, Unidad de Biotecnología Vegetal y Unidad de Fitosanidad y Control Biológico).

La CIB ha patentado en Colombia (con fecha de solicitud del 1° de abril de 2003) y Estados Unidos (con fecha de solicitud del 7 de enero de 2004), conjuntamente con las Universidades de Antioquia y Nacional sede Medellín, y la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia, un péptido sintético que posee una actividad ionofórica y antimicrobiana²³

2.5 Centro de Investigación e Innovación en Energía

La Subdirección de Investigación y Desarrollo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., con la estrategia de crecimiento e internacionalización del Grupo Estratégico de Negocio, gestiona el sistema de I&D+i y el funcionamiento del Centro de Investigación e Innovación en Energía, CIEN, para mejorar sus procesos y productos e incursionar en nuevas líneas de negocios que generen iniciativas para el desarrollo empresarial y de la sociedad en general²⁴.

El CIEN es un proyecto de innovación de largo plazo que se estructura desde una propuesta dinamizadora de conocimiento, innovación tecnológica y crecimiento conjunto. Este centro de investigación, encabezado por la Subdirección de Investigación y Desarrollo de Negocios de Energía de E.P.M., reúne en total 42 grupos, institutos o centros de investigación o estudios reconocidos por Colciencias de la Universidad de Antioquia, la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad Nacional sede Medellín y el Instituto Tecnológico Metropolitano. Tal equipo de trabajo pretende aprovechar las capacidades de E.P.M., las fortalezas académicas de Medellín y Antioquia y la variedad de recursos naturales de Colombia, impul-

23 La información es extractada del Portafolio de patentes Universidad de Antioquia, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad Nacional sede Medellín. Sin fecha.

24 La información es tomada de Centro de Investigación e Innovación En Energía, CIEN. Sección: Presentación. ¿Qué es el CIEN? Recuperado de http://www.ciien.org/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=53 (septiembre de 2011).

sando el desarrollo socioeconómico y científico de la región y el país, mediante la generación de nuevos productos, servicios y líneas de negocio que ofrezcan soluciones técnico-científicas para los mercados energéticos²⁵.

2.6 Algunos centros de investigación universitarios

Por considerar de gran trascendencia la incursión de las universidades antioqueñas en la cultura de la protección de la creación intelectual, a continuación presentamos información detallada de los títulos concedidos por las oficinas de patente y de las solicitudes que están en trámite, además de otros datos de interés. Las referencias de la SIC fueron ampliándose con las entrevistas aplicadas²⁶ y con la indagación que realizamos en la entidad el 20 de junio de 2011.

2.6.1 Universidad de Antioquia

Las entrevistas realizadas a funcionarios de la Universidad de Antioquia fueron bastante fructíferas para la recolección de la información referente a los títulos vigentes y a las solicitudes en curso ante diferentes oficinas de patentes. Encontramos que hay una buena actividad patentaria y un real interés por la explotación de las patentes, sobre todo, las obtenidas en el sector de biotecnología. Una vez finalizada nuestra investigación obtuvimos información de 2 nuevas patentes concedidas por la SIC entre el 2011 y el 2012, a las que haremos referencia más adelante.

25 Cfr. Centro de Investigación e Innovación en Energía, CIEN. Sección: I+E+I. Grupos de investigación participantes. Recuperado de http://www.ciien.org/index.php?option=com_content&view=article&id=61&Itemid=90 (septiembre de 2011).

No aparece información de actividad patentaria.

26 En las universidades fueron realizadas las siguientes entrevistas: Hernán Darío López, Director de Oficina de Gestión Tecnológica de la Universidad de Antioquia (realizada el 30 de marzo de 2011); Lucía Atehortúa Garcés, Coordinadora del Grupo de Biotecnología Vegetal de la Universidad de Antioquia (realizada el 14 de marzo de 2011); Mariana Vélez Molina, ejecutiva de la Unidad de Transferencia de Tecnología, Programa Gestión Tecnológica de la Universidad de Antioquia (realizada el 30 de marzo de 2011); Adrian Santamaría, Director de Transferencia de Tecnología de la Dirección de Extensión de la Universidad Nacional seccional Medellín (realizada el 2 de marzo de 2011); Félix Londoño González, Director de Investigación y Docencia de la Universidad EAFIT (realizada el 2 de junio de 2011); David Betancur Betancur, Coordinador del Programa de Innovación y Transferencia Tecnológica de la Universidad de Medellín (realiza el 1 de junio de 2011); Liliana Rocio Botero Botero, Docente del Programa de Ingeniería Ambiental de la Universidad de Medellín (realizada el 23 de mayo de 2011). Además, fueron entrevistados la Ph. D. María del Pilar Noriega, Directora Técnica del Instituto de Capacitación e Investigación del Plástico y del Caucho (realizada el 9 de junio de 2011), y el ingeniero Luis Antonio Silva Rubio, profesional del Grupo Banco de Patentes Superintendencia de Industria y Comercio, SIC (realizada el 20 de junio de 2011).

A continuación suministramos información de las patentes que han sido concedidas por la SIC a la Universidad de Antioquia, para un total de 4 patentes de invención (PI) y una patente de modelo de utilidad (MU):

- Expediente 03-27159, fecha de solicitud 01/04/2003. PI Péptido sintético que posee una actividad ionofórica y antimicrobiana. Propietarios: Universidad de Antioquia (10%), Corporación para Investigaciones Biológicas (30%), Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (30%) y Universidad Nacional sede Medellín (30%). Inventores: Sergio Orduz, Manuel Elkin Patarroyo, Viktor Lemeshko, César Segura y Fanny Guzmán. Sector IQ. Resolución 32741 del 30 de noviembre del 2006, Patente # CO 28642. Vigencia hasta 01/04/2023.
- Expediente 04-49939, fecha de solicitud 28/05/2004. MU Planta generadora de gases calientes de uso en procesos industriales. Propietarios: Universidad de Antioquia (25%), Universidad Nacional sede Medellín (25%), Universidad Pontificia Bolivariana (25%) y Ladrillera San Cristóbal S.A. (25%). Inventores: Wilson A. Ruiz Machado y otros. Sector IM. Resolución 22615 del 27 de junio de 2008, Patente # CO 541. Vigencia hasta 28/05/2024.
- Expediente 6-073148, fecha de solicitud 26/07/2006. PI Proceso de microencapsulación de sustancias volátiles. Propietario: Universidad de Antioquia (100%). Inventores: Herley Casanova y Sara Cardona Tabares. Sector IQ. Resolución 29 de diciembre de 2009, Patente # CO 29030. Vigencia hasta 28/05/2024.
- Expediente 09-009848, fecha de solicitud 03/02/2009. PI Horno autoregenerativo para fusión de materiales no ferrosos y tratamiento térmico. Propietarios: Universidad de Antioquia (47%) y Empresas Públicas de Medellín (53%). Inventores: Andrés Amell Arrieta, Francisco Cadavid Sierra, Mario Sánchez Posada, Andrés Colorado Granda, Juan González Palencia, Hugo Burbano Martínez, Henry Copete López, Jhon Pareja Restrepo, Luis Cardona Sepúlveda, Julián Uribe Botero, Daniel López Eusse y Bernardo Herrera Múnera. Resolución 61727 del 31 de octubre de 2011. Vigencia hasta 03/02/2029²⁷.

27 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 619 del 2010-08-19, número de publicación 92. Relata Eliana Echeverri (2012), del Programa de Gestión Tecnológica de la Universidad de Antioquia, que dicha institución en asocio con Empresas Públicas de Medellín, entregó el “Horno de Crisol” a la empresa Indisa S.A. para su fabricación y comercialización, luego de superar la fase experimental, constituyendo un caso exitoso de innovación que contribuirá a favorecer la competitividad de “distintos sectores de la economía, entre ellos, los de autopartes, la construcción y la fabricación de equipos agrícolas”, de acuerdo al señalamiento del investigador Andrés Amell Arrieta, coordinador del Grupo de ciencia y tecnología del gas y uso eficiente y racional de la energía, Gasure. El horno, indica Echeverri, constituye “un equipo de combustión y calentamiento que utiliza combustibles gaseosos –en especial el gas natural– que liberan el calor necesario en los procesos de fusión de materiales no ferrosos como el aluminio y el bronce”. Resalta que “[más] que

- Expediente 07-43416, fecha de solicitud 02/05/2007. PI Quemador atmosférico con factor de aireación mayor de 0.8 de reducido volumen por unidad. Propietarios: Universidad de Antioquia (33.3%), Industrias Haceb (33.3%) y Colciencias (33.4%). Inventores: Andrés Amell Arrieta, Miguel Ángel Núñez Rangel, Jaime Alberto Hernández Vélez y Duván Euclides Arboleda. Resolución 31925 del 25 de mayo de 2012. Vigencia hasta 02/05/2027²⁸.

De otro lado, las patentes que le han sido concedidas a la Universidad de Antioquia por la USPTO y que en la actualidad se encuentran vigentes, suman en total 3. Veamos:

- Fecha de solicitud 07/01/2004. PI Synthetic peptide having an ionophoric and antimicrobial activity. Propietarios: Universidad de Antioquia (10%), Corporación para Investigaciones Biológicas (30%), Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (30%) y Universidad Nacional sede Medellín (30%). Inventores: Sergio Orduz, Manuel Elkin Patarroyo, Viktor Lemeshko, Fanny Guzmán y César Segura. Patente # US 7041647, con fecha de concesión 09/05/2006.
- Fecha de solicitud 20/12/2006. PI Tissue culture mediumformacadamia and theobroma cacao²⁹. Propietario: Universidad de Antioquia (100%). Inventoras: Lucía Atehortúa, Esther Julia Naranjo, Andrea Lorena Herrera y Adriana María Gallego. Patente # US 7521238, con fecha de concesión 21/04/2009.
- Fecha de solicitud 17/01/2010. PI Methodforcellulartissuemultiplicationfrom-jatropha curcas³⁰. Propietarios: Universidad de Antioquia y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Inventoras: Lucía Atehortúa y Sandra M. Correa. Patente # US 7772002, con fecha de concesión 10/08/2010.

un beneficio comercial, la comercialización del Horno de Crisol tendrá un impacto social pues con éste se desarrolló y adaptó una tecnología de última generación, para reivindicar y mejorar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas del país, que en muchas ocasiones tienen barreras económicas y tecnológicas.”

- 28 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 624 del 20/01/2011, número de publicación 168. David Calle (2012), citando información obtenida del programa de Gestión Tecnológica de la UdeA, manifiesta que la “innovación [...] atenúa los efectos de la altitud, incrementa la eficiencia energética en procesos de calentamiento y garantiza una combustión higiénica.” El investigador Andrés Amell Arrieta explica que “[fue] un trabajo arduo, pero logramos concebir una idea, ponerla en unos planos esquemáticos, luego en diseños de ingeniería y hacer la construcción de un primer prototipo que fue sometido a evaluaciones en distintas condiciones de niveles del mar entre los 0 a 2.600 metros” (Ibíd.).
- 29 El trámite de patente puede ser consultada en la página Web de la USPTO bajo el radicado 7,521,238.
- 30 Informa Lucía Atehortúa Garcés que esta patente de conversión a biodiesel la concedieron en tiempo récord y hoy goza de protección en 153 países. El trámite de protección adelantado en la SIC aún está pendiente (entrevista realizada el 14 de marzo de 2011). La patente de invención No. US 7772002 puede ser consultada en la página Web de la USPTO bajo el radicado 7,968,338.

Además, informa Lucía Atehortúa, Coordinadora del Grupo de Biotecnología Vegetal, en entrevista realizada el 14 de marzo de 2011, que su grupo cuenta con 6 solicitudes en la USPTO³¹. Ellas son:

- Solicitud de patente US. No. 12/135,340³².
- Solicitud de patente US. No. 11/635,986.
- Solicitud de patente US. No. 11/613,865.
- Solicitud de patente US. No. 11/625,817³³.
- Solicitud de patente US. No. 12/135,175³⁴.
- Solicitud de patente US. No.12/688,905.

Según el informe *Gestión de procesos de protección de propiedad intelectual. Seguimiento a patentes*, suministrado por funcionarios del Programa de Gestión Tecnológica de la Vicerrectoría de Extensión, también aparecen con solicitudes en la USPTO, los Grupos de Investigación en Sustancias Bioactivas, GISB, y en Química Orgánica de Productos Naturales, CEN.

- Solicitud de patente US. No. 61/159565³⁵.
- Solicitud de patente US. No. 12/776511³⁶.

31 La información fue ampliada por la investigadora Lucía Atehortúa a través de correo electrónico enviado el 19 de agosto de 2011 a la profesora Luz María Restrepo. En el boletín Alma Mater de la Universidad de Antioquia de noviembre de 2012, se informa que “Lucía y su grupo ostentan cuatro patentes aprobadas en los Estados Unidos, dos de ellas en 153 países; tienen seis más en proceso, y están elaborando otra con la Asociación de Bananeros de Colombia, Augura, para un bioactivo contra la sigatoka negra” (Castaño, 2012: 4). Esta información está pendiente de corroboración.

32 La aplicación fue presentada por la Universidad de Antioquia el 9 de junio de 2008 con el título *Wave length light optimizer for human driven biological processes*, y la inventora es Lucía Atehortúa.

33 La aplicación fue presentada por la Universidad de Antioquia el 22 de enero de 2007 con el título *Apparatus for temporal immersion culture of cells*, y los inventores son: Lucía Atehortúa, David Vallejo, Esther Julia Naranjo y Sandra Milena Ceballos. Radicado 7,935,523.

34 La aplicación fue presentada por la Universidad de Antioquia el 7 de junio de 2008 con el título *Method using infrared light for ethanol production*, y las inventoras son: Lucía Atehortúa y Mabel Beatriz Esquivia Mercado.

35 La aplicación fue presentada por la Universidad de Antioquia el 12 de abril de 2009 con el título *New method for detecting antimalarial drugs*, y los inventores son: Katalina Muñoz Durango, Gabriel Jaime Arango Acosta, Julián Londoño, Bruno Figadere y Alexandre Remy Maciuk.

36 La aplicación fue presentada por la Universidad de Antioquia el 10 de mayo de 2010 con el título *Method for extraction of material from a sapindaceae family fruit*, y los inventores son: Jaime Toro Restrepo, James Alberto Jiménez Martínez, Luis Fernando Echeverri López y Sandra Patricia Zapata Porras.

La Universidad de Antioquia también tiene una patente concedida por la EPO, hoy vigente, cuyos datos son:

- Fecha de solicitud 02/07/2007. PI Process for producing hydrogen gas and carbon nanotubes from catalytic decomposition of ethanol. Propietarios: Universidad de Antioquia (30%), University of Poitiers (35%), Centro Nacional de Investigaciones Científicas, Francia (35%). Inventores: Fanor Mondragón Pérez, Germán Alberto Sierra Gallego, Jaime Andrés Gallego Marín, Catherine Batiot-Dupeyrat, Joel Barrault, Jean-Michel Tatibouet. Patente # EP 2011907, con fecha de concesión 27/01/2010³⁷.

En relación con las solicitudes en curso, encontramos un total de 10 solicitudes de patente en trámite ante la SIC, 2 de las cuales, presentadas entre diciembre de 2010 y abril de 2011, aún no han sido publicadas y, en razón de ello, omitimos dar la información. Las 8 restantes son:

- Expediente 07-134713. Fecha de solicitud 20/12/2007. Un método para la producción de biomasa a partir de tejido diferenciado de plantas. Sector BT. Solicitante: Universidad de Antioquia (100%). Inventoras: Lucía Atehortúa, Esther Julia Naranjo, Andrea Lorena Herrera y Adriana María Gallego³⁸.
- Expediente 07-137241. Fecha de solicitud 28/12/2007. Mezcla orgánica para recuperación de suelos de naturaleza no húmica, con alta y baja mineralización. Sector IQ. Solicitantes: Universidad de Antioquia (30%), Bio-orgánicos S.A. (30%) y Colciencias (40%). Inventores: Fanor Mondragón Pérez, Carlos Peláez, Vanegas Differnando, María Eugenia Moreno y Liliana Acevedo³⁹.
- Expediente 08-103666. Fecha de solicitud 30/09/2008. Método para obtener catalizadores ni-ce/mg-al a partir de hidrotalcitas. Sector IQ. Solicitantes: Universidad de Antioquia (50%) y Universidad Nacional de Colombia (50%). Inventores: Fanor Mondragón Pérez, Jaime Andrés Gallego Marín, Jorge Andrés Moreno Lopera, Carlos Enrique Daza Velásquez, Sonia Moreno Guaqueta y Rafael Molina Gallego⁴⁰.
- Expediente 09-038116. Fecha de solicitud 15/04/2009. Eliminación y transformación de residuos derivados de producción de biodiesel a elementos de alto valor energético. Sector IQ. Solicitante: Universidad de Antioquia (100%). In-

37 Información suministrada por la Vicerrectoría de Extensión, Programa de Gestión Tecnológica, de la Universidad de Antioquia.

38 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 595 del 29/08/2008, número de publicación 110.

39 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 593 del 27/06/2008, número de publicación 76.

40 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 602 del 31/03/2009, número de publicación 19.

- ventores: Fanor Mondragón Pérez, Jaime Andrés Gallego Marín, Wilson Alonso Ruiz Machado, Jhon Jairo Fernández Hincapié y Diana Patricia López López⁴¹.
- Expediente 09-40167. Fecha de solicitud 21/04/2009. Método para multiplicar tejido celular de *jatropha curcas*. Sector BT. Solicitante: Universidad de Antioquia (100%). Inventores: Lucía Atehortúa Garcés y Sandra Marcela Correa Córdoba.⁴²
 - Expediente 10-26485. Fecha de solicitud 05/03/2010. Horno de combustión sin llama con quemador autorregenerativo para recuperación de calor. Sector IM. Solicitante: Universidad de Antioquia (100%). Inventores: Andrés Amell Arrieta, Francisco Cadavid Sierra, Bernardo Herrera Múnera, Carolina Sepúlveda Ospina, Mario Alejandro Sánchez Posada, Andrés Felipe Colorado Granda, Fanor Mondragón Pérez, Wilson A. Ruíz Machado y Pedro Alvarado⁴³.
 - Expediente 10-75731. Fecha de solicitud 23/06/2010. Método para la preparación de un biomaterial cerámico poroso reabsorbible y biomaterial producido por el mismo. Sector IQ. Solicitante: Universidad de Antioquia (100%). Inventores: Carlos David Jaramillo Gómez, Alejandro Echavarría Velásquez, Carlos Riaño Benavides y Jairo Rivera Posada⁴⁴.
 - Expediente 10-153589. Fecha de solicitud 06/12/2010. Proceso para la modificación de zeolita por incorporación de fósforo en la estructura cristalina y catalizadores para oligomerización de olefinas. Sector IQ. Solicitante: Universidad de Antioquia y Ecopetrol S.A. Inventores: Alexander Guzmán Monsalve, Adriana Echavarría Isaza y Juan Camilo Arroyabe Manco⁴⁵.

Aparte de las anteriores solicitudes, en el informe *Gestión de procesos de protección de propiedad intelectual. Seguimiento a patentes*, anteriormente referido, aparecen 5 solicitudes de patente PCT:

- PCT/IB2007/003794. Fecha de solicitud 06/12/2007. A method to generate fungal biomass from a culture of differentiated mycelium. Sector BT. Solicitantes: Universidad de Antioquia (95%) y Escuela de Ingeniería de Antioquia (5%). Inventores: Lucía Atehortúa, Paola Andrea Zapata, Diego Fernando Rojas, Da-

41 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 621 del 20/10/2010, número de publicación 123.

42 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 621 del 20/10/2010, número de publicación 117.

43 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 620 del 20/09/2010, número de publicación 106.

44 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 635 del 20/12/2011, número de publicación 196.

45 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 646 del 15/06/2012, número de publicación 77.

vid Alexander Ramírez y Carlos Fernández. Publicación WO/2008/068602 del 06/12/2008.

- PCT/IB2007/004033. Fecha de solicitud 19/12/2007. A method for the production of biomass from plant differentiated tissue. Sector BT. Solicitantes: Universidad de Antioquia (100%). Inventoras: Lucía Atehortúa, Esther Julia Naranjo, Andrea Lorena Herrera y Adriana María Gallego. Publicación WO/2008/081275 del 07/10/2008.
- PCT/IB2008/000126. Fecha de solicitud 21/01/2008. Apparatus for temporal immersion culture of cells. Sector BT. Solicitante: Universidad de Antioquia (100%). Inventores: Lucía Atehortúa, David Vallejo Mejía, Esther Julia Naranjo y Sandra Milena Ceballos. Publicación WO/2008/090435 del 31/07/2008.
- PCT/IB2008/001733. Fecha de solicitud 02/07/2008. Process for producing hydrogen gas and carbon nanotubes from catalytic decomposition of ethanol. Sector IQ. Solicitantes: Universidad de Antioquia (30%), University of Poitiers (35%) y Centro Nacional de Investigaciones Científicas, Francia (35%). Inventores: Fanor Mondragón Pérez, Germán Alberto Sierra Gallego, Jaime Andrés Gallego Marín, Catherine Batiot-Dupeyrat, Joel Barrault y Jean-Michel Tatibouet. Publicación WO/2009/004462 del 08/01/2009.
- PCT/EP2010/053007. Fecha de solicitud 10/03/2010. New method for detecting antimalarial drugs. Sector IQ. Solicitantes: Universidad de Antioquia (40%), Université Paris Sud XI (30%) y Centre National de la Recherche Scientifique (30%). Inventores: Katalina Muñoz Durango, Gabriel Jaime Arango Acosta, Julián Londoño, Bruno Figadere y Alexandre Remy Maciuk. Publicación PCT/EP2010/053007.

Finalmente, en la consulta realizada en los archivos virtuales de la SIC aparecen como abandonados 2 trámites, el expediente 99-72594 con fecha de solicitud 18/11/1999 (PI Generador compacto e hidráulico de electricidad) y el expediente 99-72595 con fecha de solicitud 18/11/1999 (PI Procedimiento para la preparación de enmiendas húmicas a partir de carbón de bajo rango).

2.6.2 Universidad Nacional sede Medellín

Informa Adrián Santamaría, Director de Transferencia de Tecnología de la Dirección de Extensión de la Universidad Nacional seccional Medellín, en entrevista realizada el 2 de marzo de 2011, que en la actualidad la institución cuenta con 2 títulos vigentes expedidos por la SIC: la PI de un Péptido sintético que posee una

actividad ionofórica y antimicrobiana, ya mencionada (expediente 03-27159), y el MU de la Planta generadora de gases calientes de uso en procesos industriales, también ampliamente referenciado (expediente 04-49939). Igualmente, que hay una patente de invención que es de dominio público de un proceso para la obtención de carbón activado en vía seca, en continuo en dos lechos fluidizados, expediente 92-288393, con fecha de concesión del 21 de agosto de 1992 y fecha de caducidad del 25 de febrero de 2003.

De otro lado, la USPTO le concedió a la institución una patente en co-titularidad con la Universidad de Antioquia, la Corporación para Investigaciones Biológicas y la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia, de un Syntheticpeptidehavingan ionophoric and antimicrobialactivity. Los datos se presentan en forma detallada en el acápite dedicado a la Universidad de Antioquia.

En cuanto a las solicitudes en trámite ante la SIC encontramos 2 en total. Veamos:

- Expediente 08-55808. Fecha de solicitud 28/04/2010. PI Procedimiento para la producción de jarabe azucarado por degradación de materiales amiláceos y lignocelulósicos de la planta de banano. SectorBT. Solicitante: Universidad Nacional sede Medellín⁴⁶.
- Expediente 10-051893.Fecha de solicitud 03/05/2010. PI Medidor de transmitancia de radiación ultravioleta en lentes. Sector IM. Solicitante: Universidad Nacional sede Medellín⁴⁷.

Asimismo, el entrevistado señala que la solicitud de patente de modelo de utilidad de Sistema bi-cuerpo para el pago anticipado de servicios públicos y dispositivo incluido en dicho sistema, realizada el 1 de marzo de 2007, expediente radicado 7-20764, que consistía en una obra por encargo de Empresas Públicas de Medellín con inventores de la Universidad Nacional, fue declarada caducada debido a que no se respondió un requerimiento de la SIC⁴⁸.

Finalmente, en la consulta realizada en los archivos virtuales de la SIC aparece como abandonado una PI Procedimiento para la producción de películas de nitruro de oro mediante la técnica de deposición física de vapores asistida por plasta de arco pulsado (expediente4-201053, con fecha de solicitud 10/11/2004).

46 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 610 del 30/11/2009, número de publicación 124.

47 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 634 del 21/11/2011, número de publicación 184.

48 Datos suministrados el Director de Transferencia de Tecnología de la Dirección de Extensión de la Universidad Nacional, en entrevista realizada el 2 de marzo de 2011.

2.6.3 Universidad EAFIT

Félix Londoño González, Director de Investigación y Docencia de la Universidad EAFIT, en entrevista realizada el 2 de junio de 2011, señala que la institución tiene en proceso de patentamiento 6 solicitudes, 5 patentes de invención, 2 de ellas PCT, y un modelo de utilidad⁴⁹. Además, cuenta con 7 títulos vigentes entre patentes de invención y de modelo de utilidad, cuyos datos aparecen descritos a continuación. Una vez preguntado por la explotación de las patentes vigentes, respondió que aunque en el momento no se están aprovechando si hay interés en hacerlo, para lo que se han adelantado gestiones sin alcanzar todavía resultados.

- Expediente 5-131851, fecha de solicitud 30/12/2005. PI Sistema normalizado para el registro radiográfico. Propietario: Universidad EAFIT. Inventores: Abraham Uriel Zapata Múnera, Samuel Ignacio Roldan Restrepo y Ana María Cardona Velásquez. Sector IM. No se cuenta con información del número de la resolución. Vigencia hasta 30/12/2025.
- Expediente 03-90293, fecha de solicitud 09/10/2003. PI Aparato para la medición de las fuerzas de oclusión oral. Gnatodinómetro. Propietarios: Universidad EAFIT e Instituto de Ciencias de la Salud, CES. Inventor: Jaime Alberto Bermúdez Ángel. Sector IM. Resolución 28875 del 30 de abril del 2008. Vigencia hasta 09/11/2023.
- Expediente 03-090295, fecha de solicitud 09/10/2003. PI Aparato para la medición de la elasticidad del labio leporino. Lipsómetro. Propietarios: Universidad EAFIT e Instituto de Ciencias de la Salud, CES. Inventor: Jaime Alberto Bermúdez Ángel. Sector IM. Resolución 11585 del 21 de abril de 2008. Vigencia hasta 09/11/2023.
- Expediente 6-48764, fecha de solicitud 22/05/2006. MUGnatodinómetro para medir la fuerza oclusal. Propietarios: Universidad EAFIT e Instituto de Ciencias de la Salud, CES. Inventores: Juan Felipe Isaza Saldarriaga, Abraham Uriel Zapata Múnera y Samuel Ignacio Roldan Restrepo. Sector IM. No se cuenta con información del número de la resolución. Vigencia hasta 22/05/2026.
- Expediente 04-40384, fecha de solicitud 03/05/2004. MU Cortadora automática de tendidos de telas. Propietario: Universidad EAFIT. Inventor: Iván Darío Arango. Sector IM. Resolución 13321 del 29 de abril de 2008. Vigencia hasta 03/05/2014.

49 Confrontada la información suministrada por el doctor Félix Londoño encontramos inconsistencias con la información reportada por Tecnova y la obtenida en las visitas realizadas a la SIC, tanto física como virtual. En este escrito se reportan los datos hallados en la SIC.

- Expediente 03-90291, fecha de solicitud 09/10/2003. MU Prensa hidráulica. Propietario: Universidad EAFIT. Inventor: Jaime Alberto Bermúdez Ángel. Sector IM. Resolución 13320 del 29 de abril del 2008. Vigencia hasta 19/10/2013.
- Expediente 01-202877, fecha de solicitud 21/12/2001. MUTornillo de troncos giratorios. Propietario: Universidad EAFIT. Inventor: Iván Darío Arango López. Sector IM. Resolución 27445 del 29 de octubre de 2004. Vigencia hasta 21/12/2011.

En cuanto a las solicitudes en trámite, y luego de consultados los registros virtuales de la SIC, encontramos 2 solicitudes de patentes de invención y una solicitud internacional PCT. Veamos:

- Expediente 10-026481. Fecha de solicitud 05/03/2010. PI Buje para suspensión de vehículos ferroviarios y método de obtención. Sector IM. Solicitantes: Universidad EAFIT y Empresa de Transporte Masivo del Valle del Aburrá - Metro de Medellín Ltda. Inventores: Leonel Francisco Castañeda, Nataly Deossa Pineda, Ronald Mauricio Martinod, Arnold Rafael Martínez, German Rene Betancur, Jorge Luis Restrepo, Jaime Leonardo Barbosa y Gabriel Paramo⁵⁰.
- Expediente 10-106222. Fecha de solicitud 30/08/2010. PI Distractor intraoral para transporte óseo en sínfisis mandibular. Sector IM. Solicitantes: Universidad EAFIT e Instituto de Ciencias de la Salud, CES. Inventores: Santiago Alberto Correa y Juan Felipe Isaza⁵¹.
- Sin dato de la fecha. Invocación de prioridad por trámite SIC. Patente de invención PCT Buje con propiedades mecánicas óptimas para el comportamiento dinámico de la suspensión de vehículos ferroviarios y método de obtención. Sector IM. Solicitante: Universidad Eafit. Estado: en trámite.

2.6.4 Universidad Pontificia Bolivariana

Los datos que suministramos a continuación fueron extractados del Informe de Tecnova, de las búsquedas en la página institucional de la SIC y de la información dada por el ingeniero Silva Rubio, funcionario de esta última entidad, y por la Ph.

50 Informa la Ph. D. María del Pilar Noriega E., Directora Técnica del ICIPC, en entrevista realizada el 9 de junio de 2011, que la invención objeto de patentamiento se encuentra licenciada con el Metro de Medellín. Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 625 del 21/02/2011, número de publicación 2.

51 Esta solicitud de patente de invención se radicó en compañía con la Universidad CES, según aparece en el informe suministrado por la Directora Técnica del ICIPC. Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 626 del 22/03/2011, número de publicación 11.

D. María del Pilar Noriega, Directora Técnica del ICIPC. Se aclara al lector que no fue posible la confirmación de esta información con las autoridades universitarias, pese a que se gestionaron entrevistas con el personal de la Unidad de Propiedad Intelectual.

Encontramos que la institución cuenta con una patente de modelo de utilidad de una Planta generadora de gases calientes de uso en procesos industriales, a la que ya hemos hecho referencia, cuya titularidad comparte con las Universidades de Antioquia y Nacional sede Medellín, y La Ladrillera San Cristóbal.

Igualmente, se identificaron 3 solicitudes de patente de invención en proceso ante la SIC. Veamos:

- Expediente 09-53620. Fecha de solicitud 26/05/2009. PI Chaleco para terapia respiratoria que emplea oscilaciones de alta frecuencia sobre la pared torácica usando como elemento activo un músculo neumático. Sector IM. Solicitantes: UPB. Inventores: Lina María Zuleta y Diego José Cuartas⁵².
- Expediente 09-096291. Fecha de solicitud 09/09/2009. PI Equipo de adsorción para la deshidratación de etanol y su procedimiento de operación. Sector IQ. Solicitantes: UPB. Inventores: Margarita Enid Ramírez, Luis Fernando Ceballos, Jhonattan Gil Giraldo, Juan David Manzur y Carlos Ocampo López⁵³.
- Expediente 09-105000. Fecha de solicitud 25/09/2009. PI Piezas abrasivas a partir de cenizas de cascarilla de arroz para el proceso de desgaste de textiles y su método de obtención. Sector IQ. Solicitantes: UPB. Inventores: Tatiana Gisset Pineda, Juan Daniel Martínez, Juan Sebastián Gómez, Paola Ramírez Quintero y Mariluz Betancourt Vélez⁵⁴.

Finalmente, en la consulta realizada en los archivos virtuales de la SIC aparece negada la solicitud de PI Dispositivo de monitoreo de eventos cardiacos utilizando un asistente digital personal (expediente 5-108395, con fecha de solicitud 25/10/2005).

2.6.5 Universidad CES

La información que aparece a continuación fue extractada de la página Web de la SIC y del informe de Tecnova. Llama la atención que la actividad patentaria deriva de un trabajo conjunto con la Universidad Eafit. El Instituto de Ciencias de la Salud,

52 Ver portafolio de patentes Universidad de Antioquia, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad Nacional, sede Medellín. p. 11. Gaceta de Propiedad Industrial No. 622 del 19/11/2010, número de publicación 143.

53 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 614 del 19/03/2010, número de publicación 17.

54 Ver Gaceta de Propiedad Industrial No. 614 del 19/03/2010, número de publicación 18.

CES, cuenta con 2 patentes de invención y una patente de modelo de utilidad en el sector de la ingeniería mecánica, cuyos datos apenas se enuncian pues ya fueron descritos en el apartado correspondiente a las patentes vigentes de la Universidad Eafit, con la cual comparte titularidad: PI Aparato para la medición de las fuerzas de oclusión oral. Gnatodinómetro; PI Aparato para la medición de la elasticidad del labio leporino. Lipsómetro, y MUGnatodinómetro para medir la fuerza oclusal.

Además, ante la SIC se encuentra en trámite la solicitud de PI Distractor intraoral para transporte óseo en sínfisis mandibular (expediente 10-106222, con fecha de solicitud 30/08/2010). Sector IM. Estado: pasó revisión de forma⁵⁵.

2.6.6 Universidad de Medellín

La Universidad de Medellín aún no ha obtenido títulos de patente. De acuerdo con David Betancur Betancur, Coordinador del Programa de Innovación y Transferencia Tecnológica de la Vicerrectoría de Investigaciones, en entrevista realizada el 1º de junio de 2011, la institución ha adelantado cuatro proyectos de investigación con miras a la solicitud de patentes, ejecutados dos por el Grupo de Investigaciones en Ingeniería Civil, GICI, y los otros por el Grupo de Investigaciones y Mediciones Ambientales, GEMA, y el grupo ARKADIUS, de la Facultad de Ingenierías. Indica el funcionario Betancur que el grupo GICI está próximo a radicar una solicitud de patente de invención ante la oficina de patentes nacional, en el sector de ingeniería mecánica, y que los otros tres procesos se suspendieron luego de la búsqueda del estado de la técnica.

A principios del año 2012, tuvimos conocimiento de que la Universidad de Medellín, en asocio con Pórticos S.A., Área Ingenieros Consultores S.A.S. y Juan Pablo Arbeláez Saldarriaga, el 9 de diciembre de 2011 elevó solicitud de patente de invención ante la SIC de un “Sistema de losas bidireccionales de mampostería postensada”, radicada bajo el número 11-169666⁵⁶.

2.6.7 Otras instituciones

En el Informe de Tecnova Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009, presentado en marzo de 2010, aparece el Politécnico Marco Fidel Suárez con una

55 Esta solicitud de patente de invención se radicó en compañía de la Universidad EAFIT, según aparece en el informe suministrado por la Ph. D. María del Pilar Noriega E., Directora Técnica del ICIPC.

56 La información fue corroborada en la página Web de la SIC (www.sic.gov.co) en donde aparece que el día 7 de febrero de 2012 la solicitud entró a estudio de forma (consulta realizada el 8 de febrero de 2012). Según datos obtenidos de dicha página Web, los inventores son Ricardo León Bonett Díaz y Héctor Guillermo Urrego Giraldo.

patente de modelo de utilidad caducada. Además, en la página Web de la SIC se reportan como solicitudes de patente de invención negadas, una tramitada por la institución anteriormente referida y 2 por la Institución Universitaria de Envigado. Veamos la información:

- Expediente99-69547. Fecha de solicitud 04/11/1999. MU Banco Herramientero. Sector IM. Solicitante: Politécnico Marco Fidel Suárez. Inventor: Julián Darío Castaño Restrepo. Resolución 4961 del 21 de febrero del 2008. Estado: caducidad.
- Expediente98-50501. Fecha de solicitud 03/09/1998. PIA sensor de brea. Sector IM. Solicitante: Politécnico Marco Fidel Suárez. Estado: negación 20/06/2005.
- Expediente2-109653. Fecha de solicitud 03/12/2002. PIA sensor operado con tornillo sin fin y casa de máquinas en la parte baja. Sector IM. Solicitante: Institución Universitaria de Envigado. Estado: negación 13/03/2008.
- Expediente2-109659. Fecha de solicitud 03/12/2002. PII interface de potencia para brazo robótico y sistema generador de mensajes. Sector IE. Solicitante: Institución Universitaria de Envigado. Estado: negación 31/01/2006.

CONCLUSIONES

Pese a la importancia de proteger las invenciones e innovaciones a través del sistema de patentes, se logró evidenciar que en Antioquia no se está utilizando, como se debería, dicho mecanismo, es decir, nuestra región cuenta con una actividad patentaria muy baja, pues alcanzamos a identificar que en el período 1988 a 2010, la SIC concedió a inventores antioqueños 35 patentes de invención, de las cuales 2 son PCT, y 63 patentes de modelo de utilidad.

Sin embargo, lo anterior no significa necesariamente que el nivel de innovación sea coincidente con el índice de patentes en trámite o concedidas y que, además, la misma refleje el dinamismo inventivo de la región, debido a que las invenciones e innovaciones no sólo se salvaguardan por medio de las patentes, toda vez que hay otros mecanismos que pueden ser utilizados. Es así como en este marco podemos encontrar: invenciones producidas al margen del sistema de propiedad industrial y que, por lo mismo, no aparecen en las estadísticas oficiales; trámites de patentamiento abandonados o negados pese a la efectiva realización y utilización de la invención e, incluso, explotación; transferencias de tecnologías extranjeras o nacionales; inventos protegidos a través del secreto, y mejoras y adaptaciones que se mantienen en la clandestinidad no obstante su uso, debido a las políticas de algunas

empresas de utilizar en su favor la inventiva de sus trabajadores a cambio, en el mejor de los casos, de una compensación o reconocimiento; y, en el otro extremo, invenciones patentadas que no son explotadas y comercializadas.

Logramos identificar que en los últimos años los centros e institutos de investigación públicos y privados, algunos de la mano de Colciencias, han alcanzado un protagonismo en la actividad patentaria desplazando a las empresas que en los siglos pasados jalonaron el desarrollo y la innovación de la región. ¿Qué pasó con la inventiva en las empresas?

BIBLIOGRAFÍA

- CALLE, David (2012, 31 de julio). Nueva patente para la UdeA. *UdeA Noticias*. Recuperado de http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bActualidad/Principal_UdeA/UdeA-Noticias/udeaenmedios/Nueva%20patente%20para%20la%20UdeA (julio de 2012).
- CASTAÑO, Giovanni (2012, noviembre). Como de ciencia ficción. En *Alma Mater*, N°. 615, pp. 4-5. Universidad de Antioquia. Recuperado de http://issuu.com/periodicoalmamater/docs/am_615_noviembre_2012 (noviembre de 2012).
- DEL CASTILLO, Sandra (2012, 25 de agosto). Despega la industria astillera. El remolcador Doña Clary es el primer buque diseñado y construido por talento colombiano para el sector petrolero. *El Espectador*, p. 20.
- ECHEVERRI, Eliana (2012, 30 de julio). El Horno de Crisol es una realidad industrial. *UdeA Noticias*. Recuperado de http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bActualidad/Principal_UdeA/UdeANoticias/Ciencia1/El%20Horno%20de%20Crisol%20es%20una%20realidad%20industrial (julio de 2012).
- LONDOÑO, Mabel; Restrepo, Luz María (2013). *Patentes: herramientas de innovación*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- MAYOR, Alberto (2005). *Inventos y patentes en Colombia 1930-2000: de los límites de las herramientas a las fronteras del conocimiento*. Medellín: Fondo Editorial ITM.
- MONTENEGRO, Santiago (2011, 13 de junio). De Medellín para el mundo. *El Espectador*, p. 29.
- Sin autor (2008, 22 de diciembre). Cecif otro caso exitoso de la relación Universidad, Empresa y Estado. *Universia*. Noticias Colombia. Recuperado de <http://noticias.universia.net.co/movilidad-academica/noticia/2008/12/22/239390/cecif-otro-caso-exitoso-relacion-universidad-empresa-estado.html> (octubre de 2011).

Otros documentos:

Universidad de Antioquia, Universidad Pontificia Bolivariana y Universidad Nacional, sede Medellín (s. f.). Portafolio de patentes. Medellín.

Universidad de Antioquia(2011). Gestión de procesos de protección de propiedad intelectual. Seguimiento a patentes de la Universidad de Antioquia.

Tecnova (2010). Informe de Patentes antioqueñas desde 1989 hasta el 2009.

Páginas Web consultadas:

<http://www.uspto.gov/>

<http://www.epo.org/>

<http://www.oepm.es/>

<http://www.wipo.int/portal/index.html.es>

<http://lp.espacenet.com/>

<http://www.patentesonline.com.co/>

<http://www.secopisalud.org/>

<http://www.icipc.org/>

<http://www.cideim.org.co/>

<http://www.cenired.org.co/>

<http://www.secopidefensa.com/>

<http://www.cecifcolombia.org/>

<http://www.corbic.org/>

<http://www.ciiien.org/>



Título: Sin Título

Técnica: Tiza pastel sobre madera

Dimensión: 37 x 65,5 cm

DERECHO LABORAL Y JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: UNA REFLEXIÓN DESDE LA IDONEIDAD JUDICIAL*

* El artículo es resultado del avance de la investigación doctoral que desarrolla el autor sobre Relaciones Laborales Estatales y Estado Constitucional de Derecho.

Fecha de recepción: septiembre 5

Fecha de aprobación: noviembre 23

DERECHO LABORAL Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: UNA REFLEXIÓN DESDE LA IDONEIDAD JUDICIAL

*Hernán Darío Vergara Mesa**

RESUMEN.

El texto aborda críticamente el sistema de juzgamiento establecido para las relaciones de trabajo de carácter público en Colombia, partiendo fundamentalmente de la descripción de su marco regulatorio y de casos específicos de la práctica judicial. Allí se muestran considerables diferencias en el acceso efectivo a la justicia laboral por parte de los empleados públicos, que no sólo se traducen en exigencias pre-procesales especiales, sino también en la falta de procedimientos adecuados para juzgar los asuntos de trabajo y en la misma idoneidad de los jueces la jurisdicción contencioso administrativa para discernirlos.

Palabras clave: Relación de trabajo, jurisdicción contencioso administrativa, derechos humanos, idoneidad judicial.

WORK LAW AND THE JURISDICTION OF THE ADMINISTRATIVE COURTS: A REFLECTION SINCE THE LEGAL SUITABILITY

ABSTRACT

This paper makes a critic to the judgment system established to the work relationship, with public character at Colombia, fundamentally beginning of the regulation mark and the practical legal cases. Since here shows a sensible differences in the access to the justice by the public workers, that doesn't implies pre-procedural exigencies, if not the absence of appropriated procedures to judge the work's subjects and the same suitability to discern it.

Key words: Work relationship, jurisdiction of the administrative courts, Human Rights, legal suitability.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; Abogado y Magister de la Universidad de Antioquia y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Actualmente es estudiante regular del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

DERECHO LABORAL Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: UNA REFLEXIÓN DESDE LA IDONEIDAD JUDICIAL

1. INTRODUCCIÓN

A partir de una amplia facultad de libre configuración que la Constitución Nacional le ha otorgado, el legislador colombiano ha dispuesto una distribución dual de las competencias de juzgamiento de la materia laboral, que depende esencialmente del carácter contractual o estatutario en que se sustente la relación laboral, así: una jurisdicción ordinaria, cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia, con jueces especializados en el ámbito laboral a quienes se les asigna competencia para resolver los conflictos laborales de todos los trabajadores privados y de los trabajadores oficiales, que regularmente están respaldados en un contrato laboral. Y una jurisdicción contencioso administrativa que tiene asignada la competencia para dirimir los conflictos laborales que están soportados en una relación legal y reglamentaria, como es la propia de los empleados públicos, sujeta para estos efectos a los procedimientos y formalidades propias del control de legalidad de los actos de la administración pública.

Por lo que sucede en Colombia, dos son los problemas jurídicos que se advierten cuando el legislador adopta esta forma de distribución judicial de los conflictos que tienen tal naturaleza: el primero, que las relaciones laborales van a tener un juzgamiento distinto y completamente dependiente de una contingencia no esencial, como es el tipo de vinculación laboral que respalda la relación laboral, esto es, si es contractual o es reglamentaria; esta diferencia puede afectar el derecho fundamental y humano a ser tratado en igualdad de condiciones por la administración de justicia. El segundo problema consiste en que una de las jurisdicciones, propiamente la ordinaria, satisface el principio de especialidad e idoneidad en la materia laboral, en la cual se tendrá la garantía de que los asuntos serán discernidos por funcionarios judiciales que tienen como centro de atención las reglas y principios del derecho laboral; mientras que en la jurisdicción contencioso administrativa el principio de especialidad opera en función de la Administración Pública y del complejo conjunto de asuntos que ésta debe atender de conformidad con las competencias que le han sido asignadas por la Constitución y la ley.

2. LA DUALIDAD DEL JUZGAMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN COLOMBIA

El Estado actualmente asume roles de las más complejas y diversas índoles, entre los cuales se destaca el de ser empleador de un grupo muy significativo y amplio de personas, llegándose a convertir incluso en uno de los mayores empleadores dentro de un territorio determinado. Ello sugeriría que los principios y leyes laborales le son aplicables tanto como a cualquier otro empleador. La diferencia que puede hallarse es que la relación laboral, que en la generalidad de los casos se configura a partir de vinculaciones contractuales de trabajo, puede en el caso del Estado admitir otras modalidades, en atención a las actividades de interés general y de ejercicio de poder público que normalmente llevan envueltas sus actuaciones. Las tareas que partir de allí se desarrollan se gestionan desde la figura del empleo público, que es la herramienta administrativa constitucionalmente prevista para prefigurar todas las condiciones laborales que serán asignadas a las personas que lo ocupen¹, como ocurre con los requisitos de ingreso, funciones, asignación salarial y responsabilidad, y que resume a la llamada relación estatutaria, conocida entre nosotros como “relación legal y reglamentaria”.

Ahora bien, no obstante mediar en el caso del empleo público una modalidad de vinculación diferente, por la índole de la actividad que está allí inmersa (por desenvolverse en el plano de interés público y social), lo cierto es que en ese escenario, tanto como en las relaciones contractuales de trabajo, se configuran verdaderas relaciones de naturaleza laboral, en tanto se pueden verificar los elementos que la tradición *ius-laboralista* y la positividad de los diferentes países reconocen como los propios de una relación laboral, cuales son²: i) la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, y iii) un salario como retribución del servicio. Siendo así, no sería objeto de mayores discusiones la vigencia en la relación estatutaria de los principios generales del derecho del trabajo que, tanto en el plano nacional como internacional, consagran garantías para asegurar su protección.

1 Artículo 122 de la Carta Política colombiana (en adelante C.P).

2 Se hace referencia al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, que es considerado como una norma general en la materia, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva la relación del trabajo. Esta disposición agrega en este sentido que “Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Sin embargo, tales garantías parecen no producir los mismos efectos cuando estamos ante la dualidad regulatoria y de juzgamiento anotada que, valga decirlo, es una realidad jurídica e histórica verificable, que no es proveniente de una simple apuesta legislativa reciente, sino que responde a tradiciones jurídico-administrativas heredadas de la Europa continental, que posibilitaron el posicionamiento de un modelo de función pública que concibe claras diferencias dentro del personal que presta sus servicios al Estado. El monopolio que durante el siglo XIX logró el derecho administrativo en relación con todas las esferas de la actuación estatal –entre ellas la laboral– fue determinante para que esta tradición se mantuviera y persistiera a pesar de los profundos cambios políticos y sociales que han acaecido hasta el día de hoy³, para lo cual sólo basta con observar el marco general de la función pública que adopta la Carta Política de 1991⁴, que hace evidente que Colombia sigue transitado por un sistema de función pública de raigambre francés, en la medida en que hace distinciones entre los servidores públicos y determina para ellos regímenes laborales diferentes; que al hacerlo, privilegia las relaciones legales y estatutarias, las cuales se caracterizan por una marcada regulación a partir de normas administrativas y no las laborales comunes; y que para conservar la pureza de este régimen, el legislador directamente asigna la competencia jurisdiccional de los conflictos laborales que en ellas se generan, al juez natural de la administración, el contencioso administrativo

Si se quiere precisar mejor este marco normativo, habría que señalar que la citada dualidad se apoya colateralmente en la clasificación que la Constitución Nacional hace de los servidores públicos, entre aquellos que tienen la calidad de empleados públicos y aquellos que tienen la calidad de trabajadores oficiales⁵. De los primeros se predica una vinculación legal y reglamentaria, mientras que de los segundos una estrictamente contractual, y a partir de allí se destaca todo un conjunto de consecuencias que hacen diferentes estas categorías de servidores, entre las que cabe mencionar las relativas a la manera como se ingresa al servicio, el régimen jurídico laboral aplicable, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y a la huelga y la jurisdicción que es competente para conocer de los conflictos, aspecto éste último que es el que nos interesa profundizar.

A propósito de la última diferencia, ya se adelantó que en Colombia se han dispuesto dos jurisdicciones para el juzgamiento de los asuntos laborales. En la jurisdicción

3 Por las limitaciones propias del texto no es posible abordar aquí, con la profundidad debida, este aspecto. Puede confrontarse para este efecto, los estudios de PARADA, R. (2007, p. 11 y ss); BALBÍN TORRES, E. (2005, pp. 19-39) y RINCÓN CÓRDOBA, J. (2009, pp. 39 y ss).

4 Especialmente los artículos 122, 123 y 125.

5 Artículo 123 de la C.P.

ordinaria están concentrados todos aquellos eventos en los cuales el conflicto laboral se desprende de una vinculación contractual (la cual puede hallarse tanto en el ámbito privado como en el público), o sea que es la jurisdicción propia de los servidores públicos que tienen la calidad de trabajadores oficiales. En la jurisdicción contencioso administrativa se ventilan, con algunas excepciones, todos aquellos casos en los que el conflicto laboral se soporta en una vinculación legal y reglamentaria, esto es, cuando se trata de empleados y funcionarios públicos.

Hay que decir sin embargo, que esta distribución dual de las competencias en materia laboral no se fundamenta propiamente de una expresa disposición constitucional, sino en la facultad general que la Carta le atribuye al legislador de expedir códigos en todos los ramos de la legislación (artículo 150-2) y para definir las reglas que regirán el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la justicia ordinaria⁶, del Consejo de Estado como máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa⁷ y del resto de los órganos que integran una u otra jurisdicción. De suerte entonces que *no existe una apuesta constitucional acerca del juez natural de los asuntos laborales*, sino que ha sido el legislador, a partir de su amplia libertad de configuración, quien ha dispuesto una dualidad de jurisdicciones competentes en ese campo.

De manera particular, son las normas legales expedidas con base en los artículos constitucionales ya referidos las que definen el asunto. En primer lugar, el Código Sustantivo del Trabajo, que en sus artículos 3° y 4° establece que sus regulaciones sólo cobijan las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular; el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que dispone que los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo son de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y, finalmente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸ que expresamente señala que los jueces contenciosos conocen de los procesos “relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”.⁹

6 Artículo 234 de la CP.

7 Artículos 237 y 238 de la C.P.

8 Adoptado mediante la Ley 1437 de 2011.

9 Artículo 134-B.

De lo anterior se colige que, con excepción de las cuestiones relativas al derecho colectivo de trabajo¹⁰ y los de la seguridad social¹¹, todos los demás aspectos de la relación laboral, como los salariales, prestacionales, las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, las causales de retiro del servicio, la carrera administrativa, los estímulos e incentivos laborales, entre otros muchos que tenga implicados a servidores estatales con calidad de empleados públicos, quedan en Colombia bajo la competencia y juzgamiento de jueces administrativos y no de jueces laborales ordinarios especializados en esa materia.

3. LOS DERECHOS LABORALES Y SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.

Este es un aspecto que se quiere resaltar, al menos brevemente, porque podría incidir significativamente en la valoración de la relación de trabajo como objeto de especial protección por parte del Estado, pues establecer esa conexión debería conducir a los Estados a disponer mayores y mejores garantías para su realización, porque se entiende que en los derechos humanos están comprometidos los valores universales que orientan a la humanidad en el camino de asegurar la dignidad de la persona humana, como lo expresa el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹².

A ese respecto, cabe indicar que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se comprenden los laborales, son de reciente aparición si se los compara con los Derechos Civiles y Políticos. Han sido catalogados, por esta razón, como derechos de segunda generación y se les asigna unas características diferentes, propiamente la de ser derechos de contenido prestacional que dependen de una actividad legislativa previa para su exigibilidad. No obstante, esa clasificación y carácter de los derechos obedece más bien al momento histórico en el que fueron desarrollados, que en el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales corresponde al surgimiento de las reivindicaciones propias de los movimientos socialistas dadas en el período comprendido entre las dos guerras mundiales (1914-1945), y que en relación con el derecho del trabajo logra su

10 El artículo 3° del Código Sustantivo del Trabajo.

11 Artículo 2° de la Ley 712 de 2003; aunque es preciso advertir que a partir de las nuevas reglas competenciales de la Ley 1437 de 2011, los asuntos que conciernen con la seguridad social enfrentarán una amplia discusión teórica y práctica.

12 Idea que también se halla en la consideración inicial de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, en el año 1948.

mayor manifestación con la creación de la Organización Internacional del Trabajo por parte de la Sociedad de las Naciones mediante el Tratado de Paz de Versalles, adoptado el 28 de junio de 1919¹³.

En la misma Declaración Universal de 1948, se hace mención expresa de derechos de carácter laboral como reconocibles para cualquier persona humana (arts. 22, 23 y 24), así como también lo hace la Declaración Americana del mismo año (arts. XIV, XV y XVI)¹⁴. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y con vigencia a partir del 3 de enero de 1976, dedicó su parte III (arts. 6, 7 y 8) a la reiteración de los derechos laborales mínimos que los Estados partes deben asegurar a todos sus nacionales. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador” de 1988, pone de presente “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”, y por ello establece la obligación a cargo de los diferentes Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos que se reconocen en dicho Protocolo, dentro de los cuales se destacan los de contenido laboral (Arts. 6, 7, 8 y 9)¹⁵.

Estos instrumentos y las propias normas nacionales que más adelante se destacan no dejan duda alguna en cuanto a la exigibilidad que se predica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, a pesar de su más reciente aparición y de su evidente carácter prestacional, razón que les hace ser plenamente justiciables ante las diferentes autoridades públicas¹⁶. En concreto, el derecho del trabajo es el que

13 LÓPEZ MURCIA, J. y otros. (2009, pp. 36-37).

14 Ya antes, se había elaborado un documento muy importante con el mismo carácter para los países americanos, denominado Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, que fue adoptada en Río de Janeiro, Brasil, en 1947; en él se recogen prácticamente todas garantías laborales mínimas que actualmente consagran y desarrollan los derechos nacionales.

15 En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), existe también un marco muy completo para la protección de los derechos humanos de contenido laboral. Una exposición en tal sentido se encuentra en LÓPEZ-PATRÓN, J. (2008, pp. 183-216).

16 Esta conclusión fue ratificada en los DIÁLOGOS CON EL MUNDO EN LOS 20 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, octubre 10-12 de 2011, Primera sesión, Mesa 2: El derecho comparado y

dentro de tal categoría de derechos ha ganado un mayor protagonismo desde los mismos inicios de su consagración internacional, como lo demuestra la mención reiterada que de ellos se hace en los diferentes documentos sobre derechos humanos, y que la efectividad que se exige de éstos es plenamente aplicable a aquéllos. Y así lo ha reconocido la doctrina especializada¹⁷ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana¹⁸, que los ha tutelado con base en la consideración de que muchos de esos derechos se incorporan al bloque de constitucionalidad, y por tanto son referentes jurídicos de superior jerarquía en el orden interno colombiano para orientar la labor legislativa e interpretativa de los temas laborales y precisar su debida aplicación judicial¹⁹.

Por supuesto que la catalogación de los derechos laborales como derechos humanos no ha estado ajena al debate doctrinal, mucho más cuando desde hace más de una década la OIT ha intentado decantar los derechos que deberían considerarse como fundamentales dentro del derecho del trabajo, para lo cual en su Declaración de 1998, ha señalado que existen cuatro derechos fundamentales: la libertad

los DESC, ponentes: Mark Tushnet, Vicki C. Jackson, Jean-Louis Debré y Nilson Pinilla. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

- 17 “...Hay que decir que esta característica cobija a todos los tratados o convenios internacionales del trabajo, pues los derechos laborales son, ante todo, derechos humanos”. Cfr. MOLINA M, C. (2005, p. 195). En igual sentido, pero más contundentemente, GÓMEZ ZULUAGA, A. (2006, pp. 102 y 119): “Para no dar lugar a dudas ni a discusiones estériles, se afirma de una vez que los derechos laborales consagrados en instrumentos internacionales son derechos humanos. Así está reconocido en la doctrina y puede deducirse con facilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Constitucional colombiana, lo ha dicho de manera expresa. En la terminología oficial de la Organización Internacional del Trabajo y de la Oficina Internacional del Trabajo, se ha definido un grupo de convenios como de “**derechos humanos fundamentales**”...” (Negrillas del texto). Se puede confrontar también FLORES, M. (2009, pp. 321 y ss).
- 18 La Corte ha expresado sobre el particular que “Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos –entre ellas, la OIT–; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio”. En igual sentido las sentencias C-617 del 25 de junio de 2008, C-065 del 25 de enero de 2005 y T-171 del 14 de marzo de 2011.
- 19 No se puede perder de vista que a partir de la Carta Política de 1991, las normas internacionales del trabajo (NIT) se orientan bajo la doctrina monista del derecho internacional, y desde esa perspectiva ingresan al ordenamiento colombiano integrando distintos bloques: i) el de legalidad laboral, al que ingresan la mayoría de los convenios, y es al que alude el artículo 53 inc. 4 de la Carta, y ii) al de constitucionalidad, que son aquellos que prevalecen en el orden interno, y son a los que se refiere el artículo 93 de la Constitución. Cfr. MOLINA MONSALVE, C. (2007, p. 51). Para ampliar las discusiones en torno a la manera como las NIT ingresan al ordenamiento jurídico colombiano, puede ser útil la lectura de las sentencias C-401 de 2005 y C-280 de 2007 de la Corte Constitucional.

de asociación y la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil; y, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Sin embargo, al margen de esta polémica, como lo señala CANESSA MONTEJO (sf.) “la inclusión de los derechos laborales en los instrumentos internacionales de los derechos humanos supuso colocar a este selecto grupo de derechos en la cúspide del ordenamiento internacional, con obligaciones vinculantes para los Estados y sometidos a procedimientos de control internacional” (p.144), con lo cual resulta claro que las discusiones en torno a este punto continuarán su curso, pero no le restará obligatoriedad a los múltiples y variados instrumentos que los Estados han ratificado en torno al trabajo humano, como es el caso de Colombia.

Es a partir de estos elementos, y de los que concretamente puedan aportar los derechos a la igualdad y al debido proceso, que puede hacerse una lectura especial del particular diseño de acceso a la justicia que el legislador colombiano ha consagrado para hacer efectivos los derechos laborales de los empleados públicos, y en lo cual se concentrarán las siguientes líneas.

4. LA DUALIDAD DE JUZGAMIENTO Y EL COMPROMISO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Ya se ha dejado esbozado que el derecho colombiano ha recogido una tradición centenaria en materia de función pública, de la que se derivan diferencias en la regulación y en el juzgamiento de la relación laboral. En este apartado nos concentraremos exclusivamente en las últimas por ser la función judicial la manifestación más evidente de la operatividad del sistema de garantías que establece un ordenamiento jurídico determinado.

En principio, no parece que una distribución del juzgamiento de la relación laboral como la que se ha descrito sea inapropiada y, menos aún, violatoria de derechos humanos protegidos por los sistemas internacionales en esa materia pues, finalmente, se cumple con el deber de asignar a jueces independientes y competentes –y no a cualquier otra autoridad– la solución de los conflictos que se generen en la relación laboral²⁰. Sin embargo, ese diseño dual del juzgamiento, por sí mismo, puede tener serias implicaciones en relación con el derecho a la igualdad de trato que se le ha de dispensar a todas las personas que acuden ante los jueces en procura de una tutela

20 Esta es la posición que asume, por ejemplo, RINCÓN CÓRDOBA, J. (2009, pp. 307 a 311).

efectiva de sus derechos laborales, y también lo podría tener desde la perspectiva del derecho al debido proceso en las actuaciones que se surtan con tal finalidad.

En efecto, el ejercicio de uno de los derechos reconocidos en todos los sistemas de derechos humanos, como el de acceso a la administración de justicia²¹ tiene, en Colombia, serias diferencias cuando se hace ante la jurisdicción ordinaria laboral y cuando se hace ante la jurisdicción contencioso administrativa, tanto desde el punto de vista sustancial como procedimental.

En el plano sustancial, si se tiene en cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa se centra en aquellas actividades que se generan alrededor de la función administrativa del Estado y particularmente de la que realiza la administración pública, será recurrente que los jueces de esa jurisdicción apelen prioritariamente a la aplicación e interpretación de los fenómenos administrativos –incluidos laborales– desde la perspectiva de los principios que los rigen, como son los de interés general, necesidades del servicio, legalidad, moralidad, eficiencia, eficacia, presunción de legalidad de los actos administrativos y presupuestación, entre otros; en el caso particular de los asuntos laborales, ello generará una indudable tensión con principios que son propios de este ámbito, entre los que cabe destacar los de protección especial al trabajo, favorabilidad, *in dubio pro operario*, dignidad, salario mínimo, vital y móvil, no menoscabo de las condiciones laborales, y otros más que entre nosotros están contemplados en el artículo 53 de la Carta Política.

Según lo dicho, una consecuencia que puede advertirse de la dualidad del juzgamiento de la relación laboral, es que los parámetros normativos, las fuentes del derecho que deben ser aplicables al caso, los ejes orientadores de interpretación fáctica, jurídica y decisonal en el proceso respectivo tienen alto riesgo de ser diferentes, lo que pone a todos aquellos que se encuentran en la relación laboral y que requieren plantear un conflicto ante los jueces, en una situación de trato jurisdiccional diferente, no porque su relación desde lo objetivamente laboral sea distinta, sino por la simple razón de que su empleador es el Estado y su vinculación es estatutaria o reglamentaria. Entre otras cosas, al tener esa desigualdad en el juzgamiento, los derechos mínimos laborales que deben ser reconocidos a todos los nacionales por virtud de los compromisos internacionales sobre de derechos humanos que ha asumido el Estado colombiano, tendrían así mismo una aplicación diferente, lo que desdice del carácter imperativo que tienen tales instrumentos.

Desde la perspectiva formal las diferencias son enormes. Para acceder a la tutela judicial, los empleados públicos deben satisfacer una serie de trámites y proce-

21 Cfr. Artículos 8° de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos.

dimientos previos a la presentación de su causa ante los jueces contencioso administrativos, como quiera que deben, de acuerdo con la ley colombiana, agotar previamente la denominada *vía gubernativa*²², lo cual significa que tienen la carga de entablar la discusión de sus derechos inicialmente ante la misma administración (que posiblemente los conculca), para que a partir de allí se determine si las inconformidades ha sido superadas o si se mantienen y pueden ser presentadas ante los jueces; además, cabe agregar, sólo por el agotamiento de esa vía se pueden provocar las decisiones administrativas necesarias para instaurar la demanda de los derechos laborales en cuestión, pues una particularidad de la sede contencioso administrativa, para todos los asuntos de que conoce –incluidos los laborales– es que los derechos se hacen efectivos a partir del cuestionamiento exitoso de la legalidad del acto administrativo, mediante las acciones y causales típica y expresamente establecidas en la ley²³. En términos mucho más concretos, esto implica que la exigibilidad del derecho laboral respectivo impone la carga de instaurar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁴, invocando como causales de nulidad algunos de los vicios del acto administrativo que aparecen descritos en la ley²⁵. De no poderse desvirtuar por este medio la legalidad del acto de la administración que niega el derecho laboral correspondiente, tampoco se puede obtener el restablecimiento del derecho que traduciría las condenas precisas sobre indemnizaciones, pagos de salarios, prestaciones y cualquier otra declaración de índole laboral pretendida en la demanda.

Si esto mismo se pusiera en el plano de la jurisdicción ordinaria laboral, bastaría con la simple reclamación administrativa para tener el acceso a la administración de justicia²⁶, y ya en ésta, la demanda se regiría por unos requerimientos que no exigen propiamente la adecuación de las pretensiones a través de acciones o causales tipificadas en la ley, sino el cumplimiento de las cargas que cualquier actor tiene en relación con la presentación de los hechos, la aportación de las pruebas pertinentes y la exposición de los argumentos necesarios para el convencimiento del juez, todo ello facilitado por el juego de las presunciones que se fundamentan en principios del derecho laboral, que sí operan en este proceso ordinario y no parecen hacerlo en el contencioso administrativo, en el cual están repletos de dificultades que los

22 Ley 1437 de 2011, artículos 76 y 161-2.

23 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de marzo de dos mil cuatro 2004.

24 Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

25 Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

26 Código Procesal del Trabajo, artículo 6°.

relegan a un segundo renglón dentro de las fuentes del derecho que deben regir la decisión judicial en asuntos relacionados con el trabajo.

Lo descrito pone en evidencia que los sujetos que pretenden la definición de un conflicto laboral, por el sólo hecho de tener vinculaciones diferentes con la administración pública, son tratados de manera diferente para ejercer su derecho a una tutela jurisdiccional, tanto en el plano sustancial como en el formal. No es este el lugar para generar una discusión en torno a la justificación y legitimación constitucional de esta diferencia, pero sí llama la atención de que el principio universal de la protección especial al trabajo se atenúe en función del sujeto empleador que está de por medio (en este caso el Estado), y lo que es aún mucho más controvertible, que las relaciones laborales que dicho sujeto estatal genera, tengan diferencias tan marcadas a la hora de su juzgamiento. Se olvida el legislador colombiano que la existencia del derecho del trabajo como rama autónoma y disciplina especial, obedeció a la necesidad de proteger al trabajador frente a la superioridad del empleador (DEVEALI, 1983, pp. 7 y ss)²⁷. Si en las relaciones laborales, empleadores y trabajadores no son iguales, la desigualdad puede tornarse aún mucho más evidente cuando se está en el escenario del proceso judicial, y es por eso que la tutela especial del trabajador o empleado debe extenderse al mismo.

¿Acaso no existe el derecho humano a la igualdad de trato, de protección y de oportunidades por parte de las autoridades públicas? Lo que se observa es que quienes tienen la calidad de trabajadores oficiales, aseguran un juzgamiento de sus conflictos laborales con una mayor informalidad y brevedad y por una jurisdicción –la ordinaria laboral– que tiene como referentes jurídicos principales, los principios y normas laborales de distinto nivel, sin reparar en tensiones con principios y normas pertenecientes a otros ámbitos que no sean los del derecho laboral. Entre tanto, los empleados públicos, depositarios de una relación laboral con el mismo tipo de empleador, deben soportar la carga de procedimientos prejudiciales y judiciales mucho más lentos y formales y sujetos a un juzgamiento por jueces que tienen como prioridad la administración pública, sus principios y reglas, y que, con alguna suerte, intentan realizar el trabajo de armonizar tales principios con los referentes jurídicos del derecho laboral, pero siempre bajo la prevalencia de los primeros. (BETANCUR, C., 1996, p.104)

27 En el mismo sentido, RICCARDO DEL PUNTA, R. (2011) anota que el derecho laboral ha tenido siempre una identidad muy precisa consistente en la vocación protectora de los trabajadores, quienes se reputan económica, social y jurídicamente débiles. (p. 27).

Si hay en todo esto algún nivel de igualdad, él se encuentra justamente en que los temas laborales tienen asegurado el mismo trato en materia procesal y sustancial que los restantes asuntos *administrativos*²⁸.

En el escenario judicial encontramos múltiples evidencias de que el derecho laboral no es una fuente de derecho de usual aplicación en las relaciones de trabajo que tienen como parte trabajadora a los empleados públicos, bien porque se entienda que allí no es aplicable, bien porque se considere que están subordinados a los principios e instituciones del derecho público administrativo (ORJUELA, C, 2006, p. 124)²⁹.

Un ejemplo demostrativo de la prevalencia de los referentes jurídicos del derecho público administrativo sobre los del derecho laboral, lo ha dado la jurisprudencia colombiana, incluso en la misma sede constitucional, cuando ha tenido que abordar demandas en contra de normas que afectan el principio del *salario mínimo, vital y móvil*, que se traduce -entre otras cosas- en el derecho que tienen los trabajadores a un ajuste periódico de las asignaciones salariales de acuerdo con el incremento del costo de vida³⁰. Nada distinta es la situación que se presenta en los procesos de reestructuración de las entidades estatales, en los que el principio constitucional de la estabilidad laboral cede permanentemente ante los principios de eficiencia, eficacia y economía que se invocan para desarrollar las llamadas modernizaciones administrativas, tan comunes en nuestros países desde la década de los ochenta³¹.

Otro componente significativo de la citada prevalencia y diferencia se puede hallar en muchos asuntos definidos por la jurisdicción contencioso administrativa en los que se le impetra la aplicación del principio constitucional de la primacía

28 Valga añadir en todo caso que es notoria la poca importancia que la materia laboral tiene para el derecho procesal administrativo -que es el que rige los juicios laborales de los empleados públicos-; no sólo la ley no reserva un capítulo especial para ella, como si lo hace frente a otros asuntos, sino que llega al punto de no mencionarla para nada distinto que no sea la asignación de competencia (artículo 152-2 Ley 1437 de 2011). La doctrina procesal administrativa usual, ni siquiera se ocupa del tema. Para el efecto, Cfr. Obras citadas de BETANCUR (1996) y de SANTOFIMIO (2004).

29 En el artículo de ORJUELA (2006) se hace una interesante reflexión sobre esta prevalencia, que es relevante, entre otras cosas, porque proviene de un exconsejero de Estado.

30 Para el efecto, Cfr. las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia No. C-1017 de 2003 y C-931 de 2004.

31 Una sentencia, dentro de las múltiples que existen, con ese sentido fue la proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010, radicación número: 05001-23-31-000-2000-02783-01(0283-08). También, puede consultarse la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 15 de septiembre 1998, radicación número: IJ-003.

de la realidad sobre la formas, cuando se trata de los contratos administrativos de prestación de servicios personales³².

En tratándose de actos de ingreso al servicio y la posibilidad de su revocatoria directa sin contar con el consentimiento del empleado, ha sido evidente la consideración que el máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa ha tenido del trabajo como una relación simplemente de servicio y no de carácter estrictamente laboral³³. Ni qué decir de lo que ha sucedido con el tratamiento que el mismo Tribunal ha dado a la provisionalidad como modalidad de vinculación *precaria* a la administración pública, que actualmente recae sobre un número significativo de empleados públicos en nuestro país y que le ha llevado a fuertes enfrentamientos con la Corte Constitucional³⁴.

Finalmente, uno de los casos representativos de los últimos 15 años, tiene que ver con la reiterada prevalencia que el Consejo de Estado le dio al principio de legalidad sobre el principio del no menoscabo de las condiciones laborales, en el caso de la prima especial, sin carácter salarial, reconocida a los funcionarios judiciales, posición sólo rectificadas en el año 2010³⁵.

Los casos ilustrativos presentados, que provienen de las decisiones de jueces de la república de la más alta jerarquía dentro de la administración de justicia colombiana, y que ponen en evidencia la prelación que tiene el derecho administrativo sobre el derecho laboral en la resolución de los conflictos de naturaleza laboral dentro del Estado, es una muestra clara del problema que históricamente ha venido recorriendo este tipo de relaciones de trabajo, consistente en la resistencia sistemática a que en éstas se dé aplicación plena y efectiva a las instituciones del derecho laboral, en especial de los principios que son de su más cara estirpe. Ese problema es real y delicado, porque si ocurre con frecuencia en las instancias judiciales, que son las que deben satisfacer finalmente los derechos de acuerdo con las fuentes del derecho que los deben regir, entonces qué podría decirse de lo que sucede cotidianamente en la administración pública que, como empleadora, debe permanentemente realizar

32 Cfr. entre otras, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de noviembre de 2003 y la sentencia de la Sección Segunda de Febrero de 2004. En estos mismos asuntos se observa una mayor sensibilidad hacia las normas laborales en la Jurisdicción ordinaria laboral; Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de enero de 2007

33 Cfr. Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2007. En esto, este alto tribunal ha tenido notorias diferencias con la Corte Constitucional (vg. Sentencia T-052 de 2002).

34 Es realmente abundante el número de decisiones sobre este punto, pero pueden contrastarse las Sentencia del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con la Sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010 de la Corte Constitucional.

35 Con la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 19 de mayo de 2010.

actuaciones de aplicación concreta de normas jurídicas que se relacionan con el trabajo de sus servidores, como los permisos laborales, la concesión de vacaciones anuales, los traslados de lugar de trabajo, el reconocimiento del trabajo suplementario o nocturno, la liquidación de prestaciones sociales, la evaluación del desempeño, y las siempre controvertidas causales de retiro del servicio, con especial referencia a aquellas que incorporan grandes dosis de discrecionalidad administrativa, entre otros muchos supuestos. Para entender la magnitud de lo dicho, no está de más recordar la infinidad de casos conflictivos que son resueltos directamente por las autoridades públicas, sin que todos ellos –sólo una muy pequeña parte- terminen en la vía jurisdiccional.

La manera como se ha diseñado el acceso a la justicia laboral tiene mucho que ver con esto, pues la realidad muestra, con notables excepciones por supuesto³⁶, que quedan mejor tratados aquellos trabajadores que están habilitados por la ley para acudir en demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, que aquellos que lo tienen que hacer ante la jurisdicción contencioso administrativa. En definitiva, parece representar una ventaja para el acceso a la administración de justicia tener la calidad de trabajador oficial y una gran desventaja para esos mismos efectos tener la de empleado público, si bien su relación con el Estado es igualmente laboral.

La doctrina a este respecto ha señalado que *“El acceso a la administración de justicia necesariamente debe realizarse mediante un procedimiento; sin embargo, de ello no se exige que el acceso sólo pueda realizarse mediante un procedimiento único, sino que cualquier tipo de procedimiento, siempre y cuando sea idóneo para llegar a una decisión judicial válida, veraz, correcta y útil, puede servir para que el acceso a la administración de justicia sea efectivo”*. (MORENO, L, 2000, p. 117, cursiva del texto, negrillas fuera de él). Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha destacado que:

La garantía consagrada en el artículo 29 de la Carta implica que las partes e intervinientes en los procesos judiciales y administrativos, deben recibir un tratamiento igual y equitativo, pues no de otra manera podrían hacerse realidad los fines señalados al Estado en el artículo 2º de la Constitución Política. Al mismo tiempo, la garantía consagrada en el artículo 13 de la Carta significa la posibilidad de que todas las personas puedan acceder a la Administración de Justicia en igualdad de condiciones, recibiendo idéntico trato cuando se hallan en la misma situación, como lo ha dicho la Corte (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993).

36 El tema de los contratos de prestación de servicios, a partir de lo que sucede con la labor docente oficial, ha llevado a la Sección Segunda del Consejo de Estado en los últimos años, a replantear parte del precedente que se ha destacado.

Este principio se rompe cuando una persona es sometida a trámites y exigencias que no se imponen a las demás o cuando se le niegan las oportunidades procesales que se conceden a otras en iguales circunstancias”. (T-399 de 1993)³⁷

Si se confrontara la realidad que vive el juzgamiento de la relación laboral en las dos jurisdicciones mencionadas, se plantearía un problema constitucional relevante en términos de la afectación de derechos fundamentales relativos al acceso a la administración de justicia, que debería conducir a medidas legislativas urgentes y correctivas de la desigualdad que en este campo históricamente se ha venido presentando en nuestro país.

Se puede notar cómo países que han adoptado modelos de función pública con los mismos elementos del colombiano, han empezado desde hace algunos años a devolver al juez ordinario, completa o parcialmente, las competencias relativas al juzgamiento de la materia laboral, ante todo, procurando deslindar los roles específicos que el Estado cumple como autoridad y como empleador, que en nuestro país han sido frecuentemente confundidos.

Así por ejemplo en Italia, desde los inicios de la década de los noventa, dentro de un proceso que ellos mismos han denominado de privatización o contractualización de la de las relaciones laborales de la administración pública, se hace una importante distinción conceptual y normativa entre Administración en cuanto depositaria del poder público y la Administración como titular de la dirección de relación de trabajo, que se sujeta para ese efecto a las normas del derecho privado (BIAGI, 2007, p. 254). Esta distinción deriva procesalmente en la devolución de todas las controversias de esa naturaleza a la jurisdicción del juez ordinario, mientras que se le asignan al juez administrativo las controversias concernientes a los actos organizativos de macro -organización adoptados por la Administración Pública en ejercicio del poder que le ha sido conferido con la idea de alcanzar los fines públicos (LAPERUTA, 2010, pp. 199-200).

Por su parte, España, que mantiene -como Colombia- un sistema de función pública con predominancia de las relaciones legales y estatutarias, procesalmente también toma en cuenta la calidad o el rol con el que actúa el Estado en función de las relaciones laborales que se traban con el mismo para repartir las competencias jurisdiccionales entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción que ellos denominan social (SOSPEDRA, 2007, pp. 68-89). No obstante, SÁNCHEZ MORÓN (2008) anota que la dualidad jurisdiccional que de allí surge puede ge-

37 Cfr. también la sentencia C-407 del 28 de agosto de 1997.

nerar el riesgo de que unos mismos principios se interpreten de manera diferente por el orden contencioso administrativo y por el orden social, por lo cual propone la creación órganos judiciales especializados en materia de empleo público, tal cual se hizo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la creación de un Tribunal de la Función Pública -Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004- (p. 52).

5. LA IDONEIDAD Y ESPECIALIDAD DEL JUEZ COMO GARANTÍA DEL DERECHOS HUMANO A LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS LABORALES.

A la afectación de la igualdad que causa la dualidad de juzgamiento de la relación laboral prevista por el derecho colombiano, hay que sumar la afectación del debido proceso, en tanto también se comprometen las oportunidades de acceder a un funcionario judicial que no sólo sea competente e independiente, sino también idóneo para resolver los conflictos laborales que se ponen a su consideración.

Ya se ha dicho que los jueces laborales ordinarios tienen como centro de atención la materia laboral, y que su responsabilidad gravita exclusivamente en la tramitación y decisión de conflictos que, teniendo ese carácter, están bajo su competencia, para lo cual echan mano de las fuentes del derecho que son reconocidas y aceptadas para esta disciplina. Por eso se dice que son jueces especializados en lo laboral, que han sido previamente seleccionados, bien por concurso, bien por cualquier otro sistema meritocrático, atendiendo al cumplimiento de unas competencias para el desempeño de esa labor, sustentadas en los conocimientos, aptitudes, experiencia, habilidades y destrezas para entender y analizar los conflictos laborales; para valorarlos de acuerdo con la lógica que le imprimen los principios de ese campo y para decidirlos con la justicia que les es debida conforme lo dispone el ordenamiento jurídico, integralmente considerado. La evaluación permanente de su desempeño está también en función de estas competencias, con lo cual puede afirmarse la plena garantía de la idoneidad de la jurisdicción que ha sido dispuesta para atender a todos aquellos que acuden ante ella para la efectividad de sus derechos laborales. Esta nota de idoneidad es palpable en todos los niveles de la jurisdicción ordinaria laboral, desde el juez del circuito, pasando por los magistrados de los tribunales superiores de distrito y terminando en la Corte Suprema de Justicia, pues en estos dos últimos casos existen salas laborales. Esa es pues una jurisdicción integrada por especialistas formados en y para el derecho laboral.

Cuando se analiza este aspecto en la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentra que la especialidad e idoneidad es planteada en otros términos y con otros

objetivos. El derecho público administrativo es regularmente la especialidad³⁸ de los jueces y magistrados que pertenecen a esta jurisdicción, esto significa que las competencias a las que antes aludimos están referidas a la comprensión, entendimiento, evaluación y juzgamiento de los fenómenos administrativos, de acuerdo con unos principios que son específicamente operables en ese ámbito, como los de legalidad e interés general³⁹. Es por eso que arriba señalábamos que lo laboral *es uno más* de los asuntos de que conoce esta jurisdicción, y que con excepción de lo que ocurre en el Consejo de Estado, que cuenta con una sección especializada en lo laboral⁴⁰ (la Sección Segunda), los demás jueces y magistrados de la misma, en cualquiera de los niveles y territorios, tiene la formación requerida para operar el derecho administrativo. De ahí que la persona que plantee un asunto laboral ante esta jurisdicción no tiene la garantía de que quienes deben juzgarlo tengan la idoneidad para operar el derecho laboral; por el contrario, entra en un escenario en el que esas presunciones que el derecho laboral exige aplicar a favor del trabajador, obran en beneficio de la administración, pues recuérdese para estos efectos que en la jurisdicción contencioso se debaten los asuntos laborales a partir de decisiones o actos administrativos que cuentan con la presunción de legalidad, la cual le plantea al demandante la carga de desvirtuarla, alegando, argumentando y probando los motivos de la ilegalidad, para poder así lograr los objetivos del restablecimiento del derecho de carácter laboral⁴¹.

A lo anterior puede sumarse un argumento adicional, consistente en la discutible imparcialidad que puede ofrecer el juez contencioso administrativo en la resolución de los conflictos que se le encargan y en los que es parte necesaria el Estado. Este es un asunto que siempre ha dejado dudas por razón del origen que tuvo la institución en el derecho francés, si bien la práctica judicial se ha encargado de desestimar mayoritariamente, pues ha mostrado en muchos de los países en los que opera, un denodado garantismo en lo que tiene que ver con el control de la arbitrariedad administrativa y con la deducción de la responsabilidad estatal. Y en ese punto puede decirse que Colombia no es la excepción. No obstante, institucionalmente el juez de la administración (el contencioso administrativo entre nosotros) se encuentra

38 Independientemente de que esa especialidad sea referida a términos académicos, o de interés y experiencia del funcionario judicial en dicho campo. Es bueno resaltar que la especialidad no asegura necesariamente la idoneidad, pero es un buen indicio o presupuesto para lograrla.

39 Artículos 6°, 121 y 209 de la C.P. colombiana.

40 También ello se dice del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

41 Cfr. Artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. Ello sin entrar en los detalles del laberinto de la caducidad administrativa y de la potencial reducción de los términos para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con pretensiones laborales, cfr. artículo 164-d, de la misma ley.

situado en un contexto normativo que lo condiciona y le hace tener una lectura específica de la legalidad que debe operar, al punto que podría afirmarse que, inevitablemente, se vuelve parte dentro de la controversia que está llamado a resolver, tal como lo ha planteado y evidenciado la corriente garantista en relación con el juez penal (IBAÑEZ, 2005, p. 64-65), aunque aquí los presupuestos sean diferentes.

No es este el lugar para profundizar sobre este tópico, pero es de advertir que, en Colombia, el contencioso administrativo se inscribe en una jurisdicción independiente (MONTAÑA PLATA, 2005, p. 63), y que, con excepción de los magistrados pertenecientes a su máxima instancia (el Consejo de Estado) y a algunos cargos de libre nombramiento y remoción, que son la excepción, todos los demás jueces y empleados que la integran son seleccionados y administrados bajo un sistema técnico de carrera, por lo cual podría afirmarse que allí se verifican los elementos esenciales para lograr su independencia e imparcialidad. Pero, aún así, hay un ordenamiento que condiciona a los jueces administrativos y los conduce por una senda de privilegios a favor de la administración, que no pueden resistir. La presunción de la legalidad de las actuaciones de la administración ya comentada, es una muestra evidente de ese privilegio, pues hace recaer en el ciudadano demandante la carga de probar la irregularidad del accionar administrativo para derivar alguna consecuencia con respecto a la legalidad o a la responsabilidad estatal. Como ya se dijo, la controversia laboral, que en otras jurisdicciones -la laboral ordinaria propiamente- tendría justamente el sentido contrario, aquí tiene el mismo tratamiento. Y a esto se agrega que las acciones no tienen previsto términos de prescripción sino de caducidad, lo que obliga al juez a declararla oficiosamente, sin que requiera alegación previa de la administración; esos términos de caducidad en algunos casos -el laboral entre ellos- han sido tradicionalmente más amplios cuando el demandante es la misma administración⁴². Y qué decir, como ya también se indicó, de la falta de procedimientos especiales para tramitar lo laboral y de un conjunto de principios que resuelvan el problema de la desigualdad en ese campo y que garanticen la efectiva protección del trabajador público.

Llegados a este punto, ¿podría decirse que la idoneidad es un componente esencial del elemento del debido proceso que se denomina juez natural?

En Colombia, el debido proceso se encuentra consagrado como un derecho fundamental en diferentes disposiciones constitucionales, pero especialmente en el artículo 29, que establece en uno de sus apartes que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

42 Así lo disponía el artículo 136 No. 2 y 7 del Código Contencioso Administrativo anterior (Decreto 01 de 1984).

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, *ante juez o tribunal competente* y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”. (Cursivas fuera del texto)

A esta fórmula constitucional se suman las normas del sistema internacional de derechos humanos, entre ellas la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 8 sobre garantías judiciales dispone que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”⁴³. (Cursivas fuera del texto)

La Corte Constitucional de Colombia, respaldada en las anteriores disposiciones ha dicho que “...el desconocimiento del juez natural constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la ausencia de juez competente no es una simple irregularidad sino de un error que afecta la legalidad del proceso”. (T-386 de 2002).

En nuestro país, ni la doctrina ni la jurisprudencia parecen aludir a la idoneidad o especialidad de los jueces como componentes necesarios del debido proceso, pues básicamente, en el punto relativo al juez natural, hacen mención a la autonomía, imparcialidad e independencia de los mismos para conocer y resolver los asuntos que le han sido asignados de acuerdo con las normas legales⁴⁴. Ello, sin embargo, no puede conducir a desestimar que tales características son elementos centrales para garantizar el valor de la justicia y el debido proceso, más cuando se trata de resolver temas que están directamente vinculados con los derechos humanos, como es el caso de los laborales.

En el derecho comparado encontramos alguna referencia sobre este particular. El artículo 26 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela consagra expresamente que “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

43 En igual sentido la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en sus artículo 8° y 10°.

44 Cfr. Sentencia C-1064 del 3 de diciembre de 2002.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, *idónea*, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.” (Cursiva fue del texto).

Sobre esta cláusula constitucional, se ha dicho que el funcionario debe ante todo “ser un juez idóneo, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar...”⁴⁵. En igual sentido se expresa VALENTÍN (2007), cuando señala que “Con fundamento en los artículos 26 y 49 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostiene una concepción amplia de la noción de Juez Natural que no se limita a la exigencia de que se trate de un juez predeterminado por la ley, sino que se requiere que ese juez sea (i) independiente (ii) imparcial (iii) una persona identificada e identificable (lo que excluye a los jueces sin rostro) (iv) **idóneo**, en el sentido de que sea especialista en la materia que va a analizar y decidir y (v) competente por la materia (pp. 214-215, negrilla fuera del texto)⁴⁶.

En términos muy similares la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (1999), refiriéndose a los diferentes aspectos que comprende la garantía que las distintas convenciones sobre derechos humanos involucran cuando hablan de “tribunales independientes”, expresa que “Quienes sean seleccionados para ocupar cargos judiciales deben ser personas íntegras e idóneas y tener la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas (principio 10).” (p. 112)

Si bien en Colombia el tema de la especialidad e idoneidad de los jueces no ha sido suficientemente debatido, al menos para el ámbito laboral⁴⁷, lo cierto es que la consagración de ciertos principios y valores constitucionales conduce a pensar en la necesidad de incorporarlo como un componente indispensable del debido proceso, al menos en el ámbito laboral.

En primer lugar, la Carta Política colombiana se inspira en el fortalecimiento de la unidad de la Nación y para “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, *el*

45 Cfr. Sentencia del Juzgado Noveno en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, decisión interlocutoria bajo el No. 033-08. Ponencia del Magistrado Doctor JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO, Sentencia N° 1737.

46 También se puede confrontar, PUPPIO (2008, p. 72).

47 La afirmación se refiere básicamente al debate político, pues no se puede desconocer que en los concursos públicos de méritos para proveer los cargos de jueces y magistrados de tribunal, el tema es técnicamente planeado, de acuerdo con la jurisdicción a la que pertenezcan los cargos judiciales vacantes.

*trabajo, la justicia*⁴⁸, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un *orden político, económico y social justo*"; entre tanto, el artículo 1° dispone que "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, *fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*. Y el artículo 2° establece como "fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*", y por ello las "autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para *asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*. Mientras que en el artículo 5° determina que "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona".

Todos estos valores y principios constitucionales hacen relación a la debida y efectiva justicia para garantizar el orden jurídico proyectado por el Constituyente, y ello no puede ser posible sino a partir del compromiso de las autoridades pertenecientes a los diferentes poderes públicos, y en particular de los funcionarios judiciales en quienes recae la efectividad final de los derechos y libertades públicas, los cuales deben tener no sólo el interés y la competencia para ello, sino también la idoneidad suficiente para llevarlo a cabo. Pero es de relieves la protección especial que desde estas normas superiores se dispone ya para el trabajo, que se reconoce como fundamento y como finalidad social del Estado, en razón de ser un escenario en el que se dignifica la persona humana. La Corte Constitucional, trayendo a colación lo que había indicado mediante sentencia T-097 de 2006, resume esa apuesta constitucional de la siguiente manera:

"La consagración del trabajo como uno de los elementos esenciales en los cuales se funda el Estado social de derecho, y el señalamiento de unos principios mínimos que deben ser observados, no están establecidos en la Constitución Política como meros postulados sino que exigen de todas las ramas del poder público su observancia. En tal virtud, ante la existencia de controversias o conflictos laborales la Constitución debe ser interpretada y aplicada de suerte que los valores y principios que protegen y garantizan los derechos de los trabajadores tengan plena realización en procura de la dignidad de las personas (...)"

48 Las cursivas que se incorporen de aquí en adelante están al margen del texto original de la Carta.

Vistas así las cosas, es evidente que los principios que inspiran el Estado Social de Derecho informan el ordenamiento positivo, para venir a interpretar y a integrar sus contenidos, fundamentalmente las regulaciones positivas que disciplinan los derechos fundamentales (SU-484 de 2008, cursivas del texto).

El tratamiento preferencial al trabajo no puede resultar extraño en nuestro ordenamiento, si se tiene en cuenta que la Carta le otorga la triple condición de valor, principio y derecho fundamental, además de ser una obligación social que impone limitaciones a la libertad económica y de empresa⁴⁹. De esta manera entonces, resulta mucho más exigente para el legislador disponer de los medios adecuados para hacer efectiva esta protección especial al trabajo, independientemente dónde él se desenvuelva, lo cual no puede reducirse a la *consagración simple* de los derechos, que de por sí ya tienen un plus de reconocimiento constitucional e internacional suficiente, sino que debe trascender a la disposición de los *medios* políticos, administrativos y *jurisdiccionales* que los harán efectivos. En este propósito, el diseño integral de una adecuada administración de justicia que garantice la tutela efectiva de los derechos laborales, es una de las consecuencias ineludibles de esa protección, y el perfil de los jueces que la cristalizan, una de las claves centrales para ese fin.

Pero si se repara bien, otras consagraciones de la Carta apuntan a esa misma finalidad. El artículo 25, que establece que el “trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Lo cual sugiere que al legislador le estaría vedado -o mínimamente sería sospechoso- incorporar diferencias de tratamiento, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, entre las diversas formas que reviste el trabajo, que es justamente una de las razones que antes se ha expuesto como justificativa para que existan en el ámbito del Estado colombiano, regulaciones y jurisdicciones distintas que atienden la relación laboral: una que se sustenta en el contrato de trabajo y otra que se sustenta en una vinculación legal y reglamentaria⁵⁰.

Algo parecido se concluye de lo dispuesto en el artículo 53, que quizás es la normativa constitucional cardinal para el derecho laboral de nuestro país, pues allí se consagran sus principios y derechos fundamentales mínimos, y se da entrada -al orden interno- a los convenios internacionales del trabajo, proscribiendo a continuación cualquier tipo de menoscabo de los derechos y de la dignidad del trabajador. Llama la atención en este artículo el énfasis que la Carta da al principio de **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de**

49 Cfr. Sentencia C-100 de 2005.

50 Para el efecto, resulta ilustrativa la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional colombiana.

las relaciones laborales, pues a partir de allí se advierten razones importantes para desvirtuar la justificación de una dualidad de juzgamiento de las materias laborales por razón de la modalidad de vinculación que se tenga con el empleador, en este caso, con el Estado. Es posible entender de esta disposición superior, que la relación laboral, independientemente de su modalidad –contractual o estatutaria– debe ser el centro de protección del derecho, a pesar de que las circunstancias, naturaleza y finalidad de las funciones que están inmersas en la misma ameriten regulaciones específicas o mayores controles, los que, sin embargo, no pueden conducir a un tratamiento diverso que tenga implicaciones en la efectividad de los derechos laborales ante la administración de justicia. Eso permitiría afirmar que, en presencia de una discusión alrededor de la relación laboral, *no es posible desplazar la atención hacia otros aspectos diferentes que los que conciernen a sus principios, reglas y derechos*. Como se ha explicado arriba, ello no sucede en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, en donde las prioridades se concentran en la administración pública y en sus particulares fuentes del derecho que, mínimamente, generan una tensión riesgosa para la vigencia de las que son propias del derecho del trabajo.

Es de resaltar, en todo caso, que ello no obedece en realidad a la existencia misma de esta jurisdicción como juzgadora de la materia laboral, sino a la manera como ésta se ve exigida a enfrentar ordenamientos jurídicos contrapuestos, en los que las normas que opera no sólo *no* hacen diferencias entre los roles de la administración pública como empleador y como autoridad, sino que también entregan al mismo procedimiento la definición de asuntos claramente diferentes por su origen, finalidad y medios.

Otra clave importante nos la ofrece el artículo 125 de la Carta, cuando establece el principio de mérito para el acceso y la permanencia en los cargos públicos y el artículo 256-1, que lo concreta para los funcionarios judiciales. Esto supone una idea subyacente en el texto constitucional relativa a la especialización de los jueces, a partir de la evaluación de ciertas características que conduzcan a verificar su idoneidad técnica, comportamental y actitudinal para el ejercicio de tal dignidad en cada uno de los ámbitos del derecho. Este proyecto de la especialización judicial fue notorio en la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991, por ejemplo cuando se discutió la pertinencia la creación de una Corte Constitucional que no se adscribiera a la jurisdicción ordinaria. En el Acta No. 22 del 18 de marzo de 1991 de esa Corporación, pero especialmente en el Acta No. 85 del 29 de mayo del mismo año, se lee siguiente: “Se propone la creación de la Corte Constitucional por la necesidad que se ha visto en todos los campos del derecho de lograr cada vez más una mayor especialización de los organismos que ejerzan la tarea jurisdiccional. Así como la labor de Casación que cumplen las Salas Civil, Penal y Laboral

*requieren ser ejercidas por expertos en la materia, cada día el derecho público adquiere mayor especificidad*⁵¹. (Cursivas fuera del texto)

La misma independencia judicial, que sí es un factor reconocido del debido proceso tanto en la norma constitucional colombiana como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es un principio que se compromete seriamente en el punto relativo a la calidad de la justicia que se imparta, lo que a su vez depende de la manera como se seleccione a jueces con la mayor calificación posible, con aptitudes suficientes para interpretar los fenómenos y cambios sociales, de los cuales no se pueden marginar porque los procesos judiciales que deben atender no son más que reflejos particulares de los mismos, y eso hace especialmente exigente la selección de jueces idóneos que posean los conocimientos y las capacidades necesarias para utilizar las diversas técnicas de interpretación de las normas y de los hechos, de la argumentación y de la aplicación de las fuentes de derecho que son debidas para la solución de la relación sustancial concreta.

Una razón adicional para tener a la idoneidad judicial como un componente necesario del debido proceso laboral, nos la ofrece magistralmente el profesor DEVEALI (1983) haciendo la siguiente reflexión:

En verdad, son indudables las ventajas de un juez especializado, aún cuando la especialización sea sólo el resultado de una experiencia judicial. Sólo el juez especializado profundiza con pasión las cuestiones nuevas que sabe que se le presentarán mañana. A través de los millares de casos que está llamado a examinar, él se forma una noción propia de las exigencias efectivas de la relación del trabajo. En la práctica continua con la controversia del trabajo, él se forma una mentalidad ágil y pronta, que lo habilita para intuir la verdad aún cuando las pruebas sean insuficientes; de oponerse a los expedientes dilatorio, de desatender las especulaciones curialescas o sindicales, de distinguir los casos aparentemente semejantes, y de modificar la propia jurisprudencia cuando destaque los inconvenientes a que da lugar la aplicación de una solución precedentemente aceptada. La jurisprudencia no será absolutamente constante, sino que tendrá aquel poco de elasticidad que es necesaria para permitir una oportuna evolución. Solamente con el juez especializado, el procedimiento especial encuentra su rápida e integral aplicación. (pp. 6-7)

51 La misma doctrina procesal ha indicado este respecto: “No obstante, las complejas actividades modernas han determinado una especialización total en las diversas Ramas del Derecho; de ahí que en estricto sentido, puede afirmarse que no existe jurisdicción ordinaria ni jurisdicción especial, sino sólo jurisdicción especializada...”. LÓPEZ BLANCO (1993, p. 71). En el mismo sentido se expresa REDENTI (1957), cuando señala que dentro de las calidades del juez es “necesaria una preparación técnica-especial.”. (p. 36). En la Sentencia C-457 de 2002, la Corte Constitucional también hace referencia de algún modo a la idoneidad judicial para quienes imparten justicia, en el caso concreto de la justicia penal militar.

Por lo pronto, para hacer realidad este componente del debido proceso, es urgente que el legislador, en cumplimiento de los compromisos internacionales ratificados por el Estado colombiano⁵², pero ante todo, por el mandato de protección de los derechos que se desprende del Estado Constitucional en el que nos inscribimos actualmente, introduzca reformas en la administración de justicia que garanticen la tutela efectiva de los derechos laborales de los empleados públicos, con iguales oportunidades procesales y de juzgamiento sustancial que se reconoce a los trabajadores oficiales y privados. Ello puede hacerse posible, fundamentalmente, organizando un sistema de justicia laboral al interior de la jurisdicción contencioso administrativa –que no es ni mucho menos una novedad por tener su referente en el mismo Consejo de Estado- superando así la actual promiscuidad funcional de la mayoría de los jueces integrados a esta jurisdicción especial; eso implica la existencia de jueces exclusivamente laborales dentro de la misma, pero con la capacidad suficiente para comprender las dinámicas de la administración pública. Para ello, sería indispensable también dotar a éstos nuevos organismos de un procedimiento especial que atienda a las necesidades del juzgamiento de los conflictos laborales, ante todo procurando la simplificación de trámites, imprimiéndole mayor celeridad e informalidad al proceso y autorizando un mayor protagonismo del juez para compensar e igualar la posición jurídica de las partes, tal cual ocurre hoy con el procedimiento laboral ordinario.

6. REFERENCIAS.

- ABREGÚ, M., COURTIS, Ch. (1997). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires. CELS.
- BALBÍN TORRES, E. (2005). Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública Lima. Fondo Editorial Universidad Católica del Perú.
- BARBAGELATA, H. (1985). El derecho del trabajo en América Latina. Madrid. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.
- BIAGI, M. (2007). *Instituzioni di diritto del lavoro*. Guiffre editore.
- CANESSA MONTEJO, M. (sf) Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el *ius cogens* laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.

52 Uno de ellos es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, de 1947, que consagra en el artículo 24 el derecho que tiene el empleado (público) "...a ser amparado por una jurisdicción especial contencioso-administrativa", lo que sugeriría la necesidad de que al interior de esta jurisdicción se estableciera una especialidad laboral.

- CARBONELL, M., SALAZAR, P. (2005). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid. Trotta.
- CASAL, JM., ARISMENDI, A., CARRILLO, C. (2007). *Tendencias actuales del derecho constitucional, homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. (1999). *Protección de los derechos humanos*. Santafé de Bogotá. Centro Editorial Universidad del Rosario.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2011). *Diálogos con el mundo en los 20 años de la constitución política de 1991*.
- DE LA CUEVA, M. (1990). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 12ª ed. México D.F. Editorial Porrúa S.A.
- DEL PUNTA, Riccardo. (2011). *Diritto del Lavoro*, 4ª ed. Milano. Giuffrè.
- DEVEALI, M. (1983) *El derecho del trabajo - En su aplicación y sus tendencias*. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- FLORES, M. (Ed). (2009). *Diccionario básico de derechos humanos: cultura de los derechos en la era de la globalización.*, México D.F. Flacso.
- GÓMEZ ZULUAGA, A. (2006). *La Aplicación judicial de los tratados internacionales*. Bogotá, ILSA.
- HERRERA VERGARA, J.R. (ed. (2007). *Globalización laboral y de la seguridad social*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.
- LAPERUTA, L. (2010). *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*. San Marino., Maggioli Ed.
- LÓPEZ BLANCO, H.F. (1993). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Vol I. Bogotá. Editorial ABC.
- LÓPEZ MURCIA, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá. Universidad Javeriana.
- LÓPEZ-PATRÓN, J.M. (2008). *Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 12, enero-junio.
- MOLINA, C. (2005). *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá. Temis.
- MONTAÑA PLATA, A. (2005). *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- MORENO ORTIZ, L. (2000). *Acceso a la justicia*. Santafé de Bogotá. Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- NETO, L.C. (2005). *A Contratualização da função pública*. Belo Horizonte. Livraria del Rey Editora Ltda.

- PARADA, R. (2007) Derecho del empleo público. Madrid. Marcial Pons.
- PUPPIO, V. (2008). Teoría general del proceso. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.
- REDENTI, E. (1957). Derecho procesal civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- RODRÍGUEZ, L. (1999). Derecho administrativo – General y colombiano. Bogotá. Temis.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2008). Comentarios a la ley de estatuto básico del empleado público, 2a ed. Valladolid, Editorial Lex Nova S.A.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2004). Tratado de derecho administrativo – Contencioso administrativo. Vol. I – III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- SILVA ROMERO, M. (Ed.). (2006). Derribando obstáculos al derecho laboral. Bogotá. Editorial Buena Semilla.
- SOSPEDRA NAVAS, F. (2007) El régimen jurídico del personal laboral en la administración local. QDL.
- VIDAL PERDOMO, J. (2004). Derecho administrativo. Bogotá. Legis.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, J. (2005). Derecho administrativo laboral. Vol. I-II. Bogotá. Legis.
- YOUNES MORENO, D. (1994). Derecho administrativo laboral. Santafé de Bogotá. Temis.
- ZAGREBELKY, G. (2003). El Derecho dúctil. 5ª ed. Madrid. Editorial Trotta S.A..



Título: De la serio mujeres de revista, no. 4

Técnica: Óleo sobre madera

Dimensión: 35 x 62 cm

GOBERNANZA EN INSTANCIAS DE INTERACCIÓN REGIONAL: LOS CASOS DEL PLAN ESTRATÉGICO DE ANTIOQUIA Y LA COMISIÓN TRIPARTITA*

* Artículo de investigación terminada, producto del proyecto *Gobernanza en las instancias de interacción y articulación entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia, 2004-2011*, inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: agosto 31

Fecha de aprobación: octubre 26

GOBERNANZA EN INSTANCIAS DE INTERACCIÓN REGIONAL: LOS CASOS DEL PLAN ESTRATÉGICO DE ANTIOQUIA Y LA COMISIÓN TRIPARTITA

*Olga Lucía Zapata Cortés**

*Ana Victoria Vásquez Cárdenas***

RESUMEN:

La gobernanza no se limita a la consideración de una mayor participación de la sociedad civil y al establecimiento de formas organizativas horizontales y en red, sino que implica, además, nuevos roles derivados de las transformaciones de los gobiernos. Este artículo analiza las interacciones que se han venido implementando en las instancias de discusión de políticas y de acciones gubernamentales que requieren de la articulación entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia en Colombia. Identificar y analizar las formas de coordinación entre Medellín y Antioquia es considerar puntos de encuentro, de desencuentro, de fragmentación, cambios en el papel del gobernador y del alcalde, incursiones de actores institucionales, sectoriales, privados e individuales que se reconocen como válidos y participantes directos en la toma de decisiones.

El contraste entre las nuevas tendencias y las tradicionales formas de gobierno ha creado tensiones entre los diferentes niveles gubernamentales, ya que implica una presión por el ejercicio autónomo de los entes territoriales y por la incorporación de nuevos actores en el escenario político. Ahora bien, estas nuevas formas de gobierno desde la gobernanza no significan siempre o exclusivamente que sean formas horizontales, colaborativas o de trabajo en red, sino que permiten un abanico de posibilidades asociadas a formas jerárquicas, mixtas, de co-gestión, entre otras.

Palabras claves: Gobernanza, gobernanza multinivel, políticas públicas, instancias de interacción, alianza público-privada.

GOVERNANCE IN REGIONAL INSTANCES: THE STRATEGIC PLAN CHASES OF ANTIOQUIA AND TRIPARTITE COMMISSION.

ABSTRACT:

Governance is not limited to the consideration of a greater involvement of civil society and the establishment of horizontal organizational forms and networks, but it also implies new roles arising from changes of governments. This paper analyzes the interactions that have been implemented in instances of policy discussions and government actions which require coordination between the municipality of Medellín and the department of Antioquia in Colombia. Identifying and analyzing the forms of coordination between Medellín and Antioquia is considering agreement or disagreement points, fragmentation, changes in the role of the governor and the mayor, incursions of institutional, sectorial, individual and private actors, who are recognized as valid and direct participants in decision making.

The contrast between new trends and traditional forms of government has created tensions between different levels of government, as it implies a pressure for the independent exercise of local authorities and the incorporation of new actors on the political scene. Now well, these new forms of government from governance does not mean they are always or exclusively horizontal forms, collaborative or networking, but that allow a range of possibilities associated with hierarchical forms, mixed, co-management, among others.

Key words: Governance, multilevel governance, public policies, instances of interaction, public-private partnership.

* Economista, Magister en Ciencia Política. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante del Grupo de Investigación Centro Interacción. Correo electrónico: olga.zapata@gmail.com

** Abogada, Magister en Ciencia Política, Candidata a Doctora en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante de los Grupos de Investigación Gobierno y Asuntos Públicos y Centro Interacción. Correo electrónico: anavictoriavasquez@gmail.com.

GOBERNANZA EN INSTANCIAS DE INTERACCIÓN REGIONAL: LOS CASOS DEL PLAN ESTRATÉGICO DE ANTIOQUIA Y LA COMISIÓN TRIPARTITA

1. INTRODUCCIÓN: DE LA FORMA TRADICIONAL A UNA NUEVA FORMA DE RELACIONAMIENTO ENTRE NIVELES DE GOBIERNO

Desde 1986 las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno en Colombia han venido sufriendo grandes transformaciones debido a cambios institucionales derivados de la reforma estatal en el marco de la descentralización. Esto ha permitido la diferenciación de los niveles gubernamentales en cuanto a sus funciones, responsabilidades y competencias. Dentro de las reformas descentralizadoras, la elección popular de alcaldes y, más tarde, la elección popular de gobernadores fueron los hitos más sobresalientes, ya que rompieron con la tradición centralista del nombramiento de las autoridades político-administrativas de los niveles subnacionales por parte del gobierno nacional, lo que a su vez produjo tensiones en las prácticas jerárquicas y clientelistas de relacionamiento.

La descentralización también fomentó el relacionamiento directo entre el municipio y la nación, reduciendo a los departamentos a una mínima gestión de intermediación. Esto generó reacciones, a favor y en contra, sobre el papel de intermediación de los departamentos en Colombia, inclusive se presentaron propuestas ante el Congreso de la República, tratando de eliminar esta figura. También generó un cambio sustancial en la percepción que tenía el municipio de sí mismo, ya que con la descentralización, al entregársele nuevas funciones y recursos para su gestión, estaba llamado a administrar y gobernar su territorio, relegando al departamento a un segundo plano. Sin embargo, los departamentos en vez de desaparecer, se adaptaron y buscaron nuevas estrategias de relacionamiento con los municipios: capacitaron a los funcionarios municipales, otorgaron recursos para la construcción de obras de infraestructura y servicios públicos, fueron garantes de la obtención de créditos ante la nación y organismos internacionales y prestaron el apoyo técnico y de coordinación requerida, entre otros.

En este sentido, un reto importante para el departamento de Antioquia fue buscar formas de coordinación y articulación con el municipio de Medellín, cuya ciudad concentra la mayor parte de la población del territorio así como de la oferta de

servicios públicos. Adicionalmente, la relación centro-periferia y el centralismo que desde la ciudad se ejercía en relación a las subregiones generaron descontento y obligó la búsqueda de acciones coordinadas entre la Alcaldía y la Gobernación para equilibrar el desarrollo en todo el territorio antioqueño. Entonces, debido al desequilibrio económico y social entre Medellín y su área metropolitana con respecto a las demás subregiones, la Gobernación ha venido formulando desde hace varios años acciones para promover el desarrollo de la periferia.

Particularmente, para el período 2004-2011 se evidencian cambios de la gestión administrativa del municipio de Medellín que marcan una tendencia de publicitación de las acciones gubernamentales y derivan en una nueva propuesta política que incentiva la participación ciudadana en la gestión¹. Asimismo para el caso departamental, se evidencia la ruptura del predominio de gobiernos del partido liberal, con excepción del gobierno de Builes Ortega, y de una tendencia administrativa que se incorporaba inicialmente dentro de los lineamientos estipulados por el Plan Estratégico de Antioquia (Planea), pero que luego se aleja de este.

La metodología de la investigación de la cual es producto este artículo se planteó desde un enfoque cualitativo de tipo descriptivo y exploratorio. La estrategia metodológica empleada fue el estudio de casos, ya que permitía hacer los énfasis necesarios en las instancias de gobernanza en las que interactuaban el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín a lo largo del período analizado.

El presente artículo está dividido en tres secciones: en la primera, se plantean los elementos teóricos derivados del enfoque de la Gobernanza para leer y analizar las instancias de articulación e interacción entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia. En la segunda parte, se describen y analizan los casos del Plan Estratégico de Antioquia y la Comisión Tripartita como instancias de articulación entre estos dos niveles territoriales. Finalmente se presentan las conclusiones.

2. EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA PARA UNA LECTURA DE LAS INSTANCIAS DE ARTICULACIÓN E INTERACCIÓN

El enfoque de la gobernanza permite analizar la transformación contemporánea de la política, las políticas públicas y del gobierno en términos de diversos aspectos:

1 También publicita su gestión mediante la visibilización de acciones y el *marketing* de ciudad, incrementa la inversión pública en procura de aumentar la oferta de servicios a través de nuevos equipamientos y realiza un gran proceso de transformación física de la ciudad, que implica el aumento de espacios públicos y una mayor inclusión de los sectores desfavorecidos.

el incremento de la complejidad; la participación en la solución de los problemas colectivos de diversos actores, tanto públicos como privados; la confluencia de distintos niveles institucionales y áreas de administración en el abordaje de problemas territoriales concretos; y, el desarrollo de nuevos roles para los poderes públicos (Blanco y Gomá, 2006).

La gobernanza² está constituida por las normas y reglas que pautan la interacción en el marco de redes de actores públicos, privados y sociales interdependientes en la definición del interés general en entornos complejos y dinámicos. La gobernanza se asocia a una mayor implicación de actores no gubernamentales en el diseño e implementación de las políticas públicas, y al fin al cabo, en la definición del interés general (Cerrillo I Martínez, 2005: 9).

La importancia de la gobernanza radica en que es producto de la presión que ejercen en la forma de gobernar, los cambios sociales a nivel mundial así como las reformas nacionales enfocadas al mercado, la reestructuración pública generada por la Nueva Gestión Pública, la descentralización de competencias que fragmenta al gobierno y a los actores políticamente independientes, entre otros. Se trata de una nueva forma de interacción entre diferentes tipos de actores interdependientes, de una nueva forma de gobernar en la que la negociación y la cooperación³ –y coordinación entre instituciones y actores públicos y privados- son claves en la formulación e implementación de la política y políticas públicas (Cf. Mayntz, 2005), modificando de esta manera la relación entre Estado y sociedad (Cf. Cerrillo I Martínez, 2005).

Entre las razones del surgimiento de la gobernanza y de su evolución se encuentran: i) la necesidad de introducir actores privados y organizaciones representativas de intereses en la prestación de servicios; ii) el fomento de la participación en tanto la gobernanza implica la inclusión de actores privados y sociales en la gestión del sector público; iii) la crisis de legitimidad del Estado de los años ochenta y noventa del siglo XX (Pierre y Peters, 2000: 54 citado por Cerrillo I Martínez, 2005: 13); iv) la asunción por parte de los gobiernos locales de mayores responsabilidades y

-
- 2 Señala Agustí Cerrillo I Martínez en el prólogo que hace al libro *La Gobernanza Hoy: 10 textos de referencia* (2005), que la proliferación del uso y significado del término gobernanza, la cual a pesar de estar aún en formación, ha permitido aplicarlo a diferentes ámbitos sectoriales y territoriales que van desde la gobernanza global a la gobernanza local, pasando por la gobernanza europea y la gobernanza multinivel, no sin antes introducir dificultades para su análisis.
 - 3 A pesar de la reiteración en la asociación de la gobernanza con la cooperación y coordinación, este autor, así como otros que trabajan este tema –a excepción de Bob Jessop-, no exponen la corresponsabilidad como elemento constituyente o intrínseco a la gobernanza. Ahora bien, aunque el modelo de gobernanza y sus diferentes aristas se está ampliando, no ha significado la superación del modelo tradicional sino más bien una modulación o reequilibrio (Cf. Prats Catalá, 2005).

competencias (John 2001, Denters y Rose, 2005); v) la redefinición de las relaciones entre las entidades locales y el Estado, determinada por la repolitización local (Brugué y Gomá, 1998); y, vi) el desarrollo de nuevas formas de articulación de los territorios, como la metropolización, configuraciones territoriales en red, creación de redes de ciudades (Subirats, 2002). Así mismo, Peters y Pierre (2005) afirman que el auge de la gobernanza tiene entre sus causas la pérdida por parte del Estado del monopolio de recursos financieros así como de la experiencia y de instituciones para gobernar, aunque mantenga su capacidad de búsqueda del interés colectivo.

Ahora, entre las razones que pueden justificar la aparición de la gobernanza en el contexto latinoamericano están: i) la crisis de los Estados sociales que se produjo entre 1980 y 1990 y exhibió al gobierno como capaz de generar costos sociales e incapaz de impulsar el desarrollo, ii) la percepción social negativa en la prestación de servicios públicos, que incluía la obstaculización de iniciativas sociales, la implementación de políticas públicas desarticuladas e ineficaces, en resumen, por ser una organización administrativa no “costoeficiente”, iii) los gobiernos democráticos no estaban acreditando suficiente capacidad directiva, particularmente en lo que concernía a la cuestión de la seguridad pública y la cuestión social de la pobreza y la desigualdad, iv) la globalización, con su desterritorialización de la economía, ha provocado que las actividades de sectores económicos nacionales clave se hayan independizado de los sistemas de regulación estatal, v) la sociedad convertida en un sistema de subsistemas altamente diferenciados (economía, política, ciencia/tecnología, derecho, familia y vida privada, arte, entre otros), vi) la creciente independencia, autonomía y hasta autosuficiencia que personas, familias, grupos sociales organizados y socialmente relevantes han alcanzado en la atención de sus problemas privados o asociados, de modo que han dejado de recurrir al poder público para atenderlos o recurren sólo para prestaciones particulares y más bien en asuntos de la seguridad pública (Cf. Aguilar, 2007: 2-3).

La gobernanza es una “nueva manera de pensar sobre las capacidades estatales y las relaciones entre el Estado y la sociedad” (Peters y Pierre, 2005: 37), caracterizada por: i) implicar actores privados y redes en la prestación de servicios públicos, ii) ampliar la participación de actores públicos y privados en la gestión de lo público y, iii) incorporación del pensamiento de la gestión privada (Cf. Peters y Pierre, 2005). Esto ha generado una redefinición del papel del Estado⁴, que le ha impregnado una función más de coordinación.

4 Esta redefinición de funciones se observa en reformas de tipo institucional y administrativas.

En este nuevo contexto, aspectos como el cuestionamiento de los sistemas tradicionales de gobierno –basados en la jerarquía y estadocéntricos-, la globalización y la emergencia de la nueva gestión pública, entre muchos otros, han evidenciado efectos en la legitimidad, la credibilidad y la representación del gobierno, así como en la formulación de objetivos sociales y han implicado el reconocimiento tanto de fallos del Estado, como del mercado. De ahí que la gobernanza se asocia con el equilibrio en el relacionamiento horizontal entre el Estado y la sociedad civil (Cf. Natera, 2005), es una nueva reflexión sobre las decisiones públicas.

Dentro de los usos más importantes de gobernanza están los planteados por Kooiman (2005), entre ellos la solución de problemas y creación de alternativas para el desarrollo social. La solución de problemas se lleva a cabo según este modelo por medio de la ampliación de la participación de diversos actores en la gestión pública. Se supone que esto impacta positivamente las relaciones Estado-sociedad en tanto los individuos tienen mayores posibilidades de participar en la solución de problemas públicos y sociales.

Sin embargo, hay aspectos negativos que podrían derivarse de tal situación –por lo menos para el contexto colombiano-, uno es la posible cooptación del Estado, ya sea por actores legales (organizaciones no gubernamentales, redes organizativas, empresas privadas, grupos de interés representativos) o ilegales (paramilitares, guerrilla, delincuencia común, grupos de narcotráfico, bandas criminales). Otro problema deviene de la debilidad institucional, en parte determinado por el hecho de que

los actores de gobierno que intentan maximizar la consecución de ciertos objetivos pueden ser influidos por instituciones que pueden tanto ayudarles como perjudicarles... los aspectos normativos de las instituciones de gobierno, son sumamente importantes en la frontera entre lo social y lo político y entre lo público y lo privado en cualquier capacidad (Kooiman, 2005: 74).

Para los propósitos de la investigación de la que es producto el presente artículo, la gobernanza no se limitó a la consideración de una mayor participación de la sociedad civil y al establecimiento de formas organizativas horizontales y en red en las funciones del gobierno, sino que incluyó el análisis de nuevas relaciones y roles que las transformaciones mencionadas implican para los gobiernos subnacionales, de manera más específica la atención se puso en los roles asumidos en materia de desarrollo económico y ordenamiento territorial y en las articulaciones e interacciones generadas para atender los cometidos relacionados con ellos.

3. INSTANCIAS DE GOBERNANZA. LOS CASOS DEL PLAN ESTRATÉGICO DE ANTIOQUIA Y LA COMISIÓN TRIPARTITA

En Antioquia se han configurado espacios en los que lo local y lo departamental han interactuado, ya fuera por necesidad o por imposición administrativa y normativa. Estas interacciones han generado aprendizajes que han fortalecido dichos espacios. A continuación, se presentan los casos del Plan Estratégico de Antioquia (Planea) y la Comisión Tripartita, los cuales se han consolidado como espacios de articulación e interacción entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia, cada uno de ellos con una dinámica diferenciada.

3.1 El Plan Estratégico de Antioquia

El Plan Estratégico de Antioquia (Planea) fue creado mediante la Ordenanza No. 12 del 19 de agosto de 1998, como una nueva idea de planear, coordinar y ejecutar acciones para el desarrollo del departamento. Esta nueva idea política, fue generada desde el sector privado y acogida por el gobierno antioqueño como mecanismo para superar las limitaciones funcionales y políticas producidas constantemente por el cambio de gobierno, y con ello, el cambio de cursos de acción desde la Gobernación. Así mismo, intentó redireccionar el papel del Departamento⁵ desde la planeación del desarrollo, generando una visión de largo plazo y la convergencia de todas las fuerzas vivas del departamento hacia esta meta. En este sentido, se proponía “orientar decisiones y acciones de actores y sectores interesados en su desarrollo, de forma ordenada para el logro de objetivos comunes. También se propone generar nuevas formas de pensamiento, cambio de actitudes y transformaciones culturales, que sienten las bases de un mejor futuro para todos” (Planea, 2008: 22). Esto justificado desde la crítica al modelo de desarrollo local, del tipo macrocefálico, que venía siendo implementado desde las agencias gubernamentales en Antioquia, el cual era centralizado, concentrado, incapaz de llevar los beneficios por fuera del Valle de Aburrá e incapaz de reducir los niveles de pobreza, exclusión y marginalidad de las demás subregiones antioqueñas.

También, y como propuesta para salir de la crisis fiscal que atravesaba el departamento en ese momento, replanteó la vocación económica y la potenciación económica de las subregiones del departamento y sus municipios proponiendo la transformación del modelo de desarrollo implementado hasta entonces.

5 Se refiere a la administración departamental.

El Planea adelantó sus reflexiones sobre Antioquia desde 1997 y logró una participación de 650 instituciones para la construcción de la visión de Antioquia para el siglo 21 (Cf. Visión, s.a.: 10). Dicha visión expone que “en el 2020 Antioquia será la mejor esquina de América, justa, pacífica, educada, pujante y en armonía con la naturaleza” (Planea, 2001: 44). Su antecedente inmediato fue el proyecto Visión Antioquia Siglo 21, el cual se denominó así mismo como “un gran proceso de concertación entre todos los sectores de Antioquia para evaluar sus potencialidades como sociedad; definir sus oportunidades frente al mundo globalizado, pero sobre todo crear una fuerza indeclinable y unida como región hacia *un solo norte como meta*” (Visión Antioquia Siglo 21, s.a.: 10). Finalmente, en la formulación del Planea participaron los sectores gubernamentales y privados mediante la conformación de un equipo de expertos en prospectiva y planeación estratégica.

El Planea es un ejemplo de alianza público-privada y de trabajo en red, por lo menos en su inicio, de una pluralidad de actores interesados en cambiar la forma de pensar y ejecutar acciones para el desarrollo de Antioquia. Su planteamiento inicial fue la reflexión acerca de la configuración del territorio y el impacto en el desarrollo del departamento, lo que se centraba en buena medida en reflexionar sobre para qué era buena Antioquia. En este sentido, ha sido considerado por sus funcionarios, más que una propuesta, un cambio de paradigma en lo referente al desarrollo local y regional para Antioquia; que con el tiempo se esperaba que produjera un cambio político estructural en el gobierno antioqueño y en su relación con los municipios, es decir, con el tiempo se esperaba que constituyera en un instrumento para influenciar y direccionar a los municipios desde la Gobernación. Esta idea, nacida de la sociedad civil, más precisamente del sector empresarial, tuvo gran acogida por el sector político, quienes la formalizaron argumentado su necesidad de legitimación y sostenibilidad financiera.

Sin embargo, uno de los inconvenientes con que se encontró el Planea fue el escaso reconocimiento del sector gubernamental, especialmente los funcionarios de carrera del Departamento Administrativo de Planeación (DAP) quienes no consideraban la planeación de largo plazo debido a que estaban acostumbrados a los cambios de acción del gobierno de turno. Esta situación con el tiempo generó críticas acerca del funcionamiento del Planea, particularmente de su relación con otras secretarías y agencias gubernamentales (Zapata, 2011).

Además, la permanencia en el tiempo del Planea no ha garantizado la ejecución de proyectos estratégicos concretos en dirección de implementar un nuevo modelo de desarrollo para Antioquia. Más allá de las tareas específicas que les fue encomendado llevar a cabo, no se estableció un marco general de orientación para su gestión, y no se ha sistematizado, ni documentado suficientemente lo que habrá de ser su

actuación a futuro. Sin embargo, es necesario reconocer que incidió en un proceso de reforma de la administración departamental que dio origen a la Secretaría de Productividad y Competitividad, como una instancia de apoyo para institucionalizar la preocupación por estos asuntos a nivel regional desde la perspectiva de las políticas públicas. También Rave enuncia entre los resultados del Planea:

Apuntaron a formular orientaciones de largo plazo, e intentaron ser de carácter estructural; convocaron la participación de la ciudadanía con pretensiones de pedagogía social, e implicaron decisiones colectivas. También se apoyaron en la cooperación público–privada–comunitaria, e intentaron romper el aislamiento entre el sector académico y productivo. Se podría anticipar que han tenido, con respecto al conjunto de proyectos realizados en los últimos tres lustros, una mayor incidencia en la planeación regional, y su puesta en escena deja valiosas lecciones en relación con la construcción de una visión colectiva y la definición de proyectos que la viabilicen (Rave, 2008: 70).

El PLANEA como meta-instancia de planeación en el Departamento

Como instrumento de planeación, el Planea tiene como objetivo convocar “a todos los actores públicos y privados e instituciones sociales y económicas, a nivel regional y local y propiciar la coordinación y concertación de acciones conjuntas en el territorio” (ADA, 1998b: s.p.), incluyendo al municipio de Medellín. Este elemento sería la piedra angular de una nueva forma de gobernar en Antioquia con tendencia al trabajo en red y con la inclusión de un número plural de actores y sectores; es decir, una forma de gobernar desde la gobernanza. Todas las acciones a favor del desarrollo del Departamento están delimitadas por la visión de futuro, las cuatro líneas estratégicas y los diversos proyectos y acciones estratégicas que conforman el Plan, entre estas últimas se encuentran las cadenas productivas, mediante las cuales se establecen relaciones con la nación (Cf. Planea, 2008). La llegada del Planea supuso la entrada en escena de una nueva agencia para complementar la dupla Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA)⁶ y el Departamento Adminis-

6 El IDEA es un establecimiento financiero de fomento, un ente público de carácter departamental descentralizado dedicado principalmente al préstamo de recursos económicos para la ejecución de proyectos para el fomento de los municipios antioqueños. Se dedica a financiar buena parte de los proyectos y macroproyectos del Plan Departamental de Desarrollo, financiar por medio de préstamos proyectos municipales, financiar diferentes proyectos de las entidades descentralizadas del Departamento, a invertir en varias actividades económicas, así como a apoyar –cofinanciándolos o donando recursos– proyectos sociales, como los relacionados con la complementación alimentaria, los culturales, publicaciones de obras relacionadas con el contexto antioqueño, investigación, entre otros.

trativo de Planeación (DAP)⁷, los cuales, hasta el momento, eran los protagonistas del desarrollo del departamento y de las relaciones intergubernamentales.

La reacción del Departamento y de los municipios antioqueños a esta nueva forma de pensar y priorizar acciones para el desarrollo fue favorable. A la Gobernación le permitía mejorar sus mecanismos de coordinación y concertación en las relaciones multinivel; fortalecer la organización social y económica del territorio; administrar eficientemente los recursos; promover el trabajo en red de las distintas organizaciones vinculadas a los procesos derivados del Plan, entre otros (Cf. Planea, 2008). A los municipios les permitía participar en procesos de planeación subregional y departamental así como promover la participación de los actores locales; fomentar la estructuración de su territorio; incidir en la toma de decisiones en la formulación e implementación de estrategias de desarrollo local; atraer inversión y conformar alianzas con el sector productivo en los procesos de desarrollo local, entre otros. La sociedad civil también se beneficiaba en tanto esta nueva propuesta permitía la participación de nuevos actores en la toma de decisiones en el departamento.

Particularmente, la participación del municipio de Medellín en el Planea permitió trabajar en red con los demás municipios del departamento y posibilitar acciones para una mejor distribución del desarrollo y la riqueza por fuera de la capital y del área metropolitana. En este sentido, el Planea pretendía convertirse en el mecanismo para avanzar en acciones de desconcentración de Medellín y para el fortalecimiento de los municipios denominados polos de desarrollo en los cuales se ampliaría la oferta de servicios públicos y se incrementaría la oferta laboral para disminuir la migración de su población y generar emprendimientos locales.

Como parte constitutiva de la planeación del desarrollo, el Planea adelanta esfuerzos orientados a la estructuración de agendas para el desarrollo del departamento, pero aún no logra posicionarse ni posicionar sus agendas debido a su incapacidad de convocar el interés y el compromiso de los actores públicos y privados, especialmente en los años recientes. Una de sus principales iniciativas, su propuesta de una Agenda Común de Desarrollo, no ha sido acogida por otras agencias gubernamentales ni por el sector privado, a pesar de que esta Agenda propone integrar proyectos o actividades en favor de la competitividad con aquellos que favorecen otras dimensiones del desarrollo provenientes de las siguientes áreas estratégicas: Agua, Recursos Naturales, Salud, Nutrición y Dotación de Infraestructuras en el

7 El DAP es la dependencia de la Gobernación que se encarga del diseño, planeación, financiación y ejecución de programas, planes y proyectos en todo el territorio antioqueño para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes mediante la dotación de infraestructura física, vial, de servicios públicos, entre otros.

Territorio, Educación, Ciencia y Tecnología e Institucionalidad y promoción de emprendimientos.

Durante el período 1998-2007, el Planea es considerado como un espacio de participación amplia que, a su vez, genera otros múltiples espacios de participación y toma de decisiones en los cuales diversos sectores inclusive conforman redes y alianzas. Un ejemplo de ello, es el Consejo Rector, en el cual participan actores como: alcaldes de varios municipios de las nueve subregiones, asociaciones como la Asociación colombiana de ingenieros y la Nacional de Industriales, cajas de compensación familiar, la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Caracol (Cadena Radial de Colombia), la Central Unitaria de Trabajadores, consejerías, Corantioquia, Proantioquia, varias universidades, entre otras entidades más.

Adicionalmente, en este mismo período, el Planea recibió el apoyo de los diferentes gobernadores de turno, quienes además de proporcionarle recursos para su desarrollo y fortalecimiento, inscribieron sus planes de desarrollo dentro de las líneas estratégicas que aquel propuso y se comprometieron con la planeación de largo plazo del departamento. Adicionalmente, ayudaron a fomentar alianzas entre el Planea y los sectores gubernamental, privado y comunitario. Como resultado de esta articulación, el Planea lideró la elaboración conceptual y metodológica de planear e intervenir el territorio, la formulación de los planes subregionales y de varios proyectos estratégicos, la creación de la Agencia de Desarrollo Regional para Antioquia (ADRA), entre otros.

Ahora bien, para el período 2008 y 2011 las interacciones entre la Gobernación de Antioquia y el Planea se tornaron tensas. Algunos de los factores que influyeron en esto, se relacionaron, principalmente, con diferencias políticas, afectando las relaciones entre éstas. Pero fue sin duda, la presión que el Departamento ejerció sobre el Planea en materia de alineación de proyectos estratégicos y apoyo incondicional a la administración de turno lo que generó descontento de este último y su posterior pérdida del protagonismo y liderazgo como agencia coordinadora y articuladora de actores e intereses. Esto se evidenció en la poca agilidad para cumplir sus funciones y la falta de acciones coordinadas. Asimismo, los celos entre funcionarios, la falta de entendimiento y delimitación de funciones profundizaron las diferencias entre agencias, lo que hizo que funcionarios del DAP sintieran que el Planea se había quedado en la fase de pensar el desarrollo y que nunca pasó a la actuación.

Por estas razones, en 2011 el Planea inició consultas y acciones con la pretensión de constituirse como agencia autónoma y con personería jurídica (Zapata, 2011), debido a la necesidad de desligarse de las limitaciones que la administración de Luis Alfredo Ramos le imprimió en el período 2008-2011. Dichas limitaciones no existieron en el pasado, ya que los gobernadores anteriores veían al Planea como

una agencia coordinadora de los intereses de todos los sectores antioqueños y sus planes de desarrollo se inscribieron en las líneas priorizadas por éste.

3.2 La Comisión Tripartita

La Comisión Tripartita⁸ fue creada en 2004, y reafirmada en septiembre de 2008, como un acuerdo de voluntades entre la Gobernación de Antioquia, la Alcaldía de Medellín y el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, que busca aunar esfuerzos en la promoción del desarrollo, el ordenamiento territorial y la competitividad regional. La Comisión está conformada por los directores de planeación de la Gobernación, la Alcaldía y el director del Área metropolitana, y se encarga de coordinar y articular el trabajo de las instituciones públicas regionales. Entre sus objetivos están la construcción de instancias de concertación y toma de decisiones conjunta sobre el desarrollo regional, lo que a su vez requiere la unificación de criterios y lineamientos de planeación y ordenamiento del territorio, así como de la conformación de una agenda público-privada conjunta (Comisión Tripartita, 2004).

Dentro de los criterios de gestión definidos por la Comisión Tripartita está la no duplicación de esfuerzos, sean estos provenientes de otras instancias o sectores o de entidades gubernamentales, mejorando la eficiencia y la coordinación de acciones. Asimismo, la Comisión hace parte de una nueva generación de instrumentos de gestión, no burocratizados, de estructura horizontal en directa referencia a las entidades que la componen, que busca mejorar la capacidad de alinear las instituciones públicas y a partir de allí, convocar el interés del sector privado, las organizaciones sociales, académicas y la sociedad en su conjunto.

Actualmente la Comisión enfoca sus esfuerzos hacia el tema de la competitividad regional, manteniendo un liderazgo importante en la definición de lineamientos de políticas y políticas departamentales para el mejoramiento de la competitividad y productividad de la región, así como para la internacionalización de Medellín y el Valle de Aburrá. De esta manera, cumple con funciones de agente y articulador de la Política Nacional de Productividad y Competitividad –Documento CONPES 3527 del año 2008- en el territorio antioqueño al diseñar e implementar el Plan Regional de Competitividad en Antioquia.

En cuanto a la promoción del desarrollo y ordenamiento del territorio, la Comisión es la encargada de los Lineamientos de Ordenamiento Territorial para Antioquia (LOTA) que buscan estructurar de manera concertada y participativa, una política

8 En adelante también aparecerá como Comisión.

pública departamental que garantice la relación e integración territorial entre las subregiones. En este sentido, enfatiza en la integración económica y territorial del Valle de Aburrá con el Occidente cercano y el Valle de San Nicolás, así mismo formula el Plan Estratégico Subregional de Urabá-Darién que busca la consolidación de áreas competitivas, equilibradas, sustentables ambientalmente y con altos niveles de desarrollo socioeconómico para la población de esta subregión. Es necesario destacar que la planeación del territorio que hace la Comisión está basada en el análisis de capacidades de las subregiones para generar nuevas áreas y actividades productivas en los próximos 20 años, así como la evaluación de capacidades geográficas de ocupación de esos nuevos desarrollos productivos.

Con respecto al Plan Estratégico para la Subregión de Urabá (PESU), la Comisión Tripartita, diseñó una ruta de desarrollo de esta subregión. El resultado, una propuesta con enfoque prospectivo y territorial con participación del sector gubernamental, privado y social que contiene la *carta de navegación para el decenio 2011–2020*. Adicionalmente, en la propuesta se manifestaron 20 temas estratégicos priorizados para el futuro desarrollo de la subregión, y tres escenarios de actuación: el actual (a 2010), el tendencial y el deseable (a 2020). Finalmente, según el escenario deseable, los sectores priorizados y a fomentar para alcanzar los niveles de productividad de la subregión a 2020 son:

- Clúster del moderno sistema de puertos.
- Cadena productiva de servicios logísticos y de comercio nacional e internacional.
- Cadena productiva del cultivo y la agroindustria del banano.
- Explotación sostenible de la riqueza marina.
- Fortalecimiento del sector agropecuario de acuerdo a su potencial: maíz, cacao, caucho, yuca, productos cárnicos, entre otros.
- Minería del carbón / calizas.
- Clúster de servicios turísticos.
- Apuesta productiva del agua.
- Apuesta productiva de la biodiversidad.

También, desde la implementación de la LOTA se pretende establecer para el territorio departamental las líneas de actuación para revertir las tendencias negativas originadas de las anteriores organizaciones del territorio (LOTA, s.a.). Así mismo, se pretende potenciar la diversidad geográfica y social del departamento de manera que se distribuya más equitativamente el territorio, así como se oferten la infraestructura y servicios públicos que estén acordes con los proyectos económicos

que se fomenten en las subregiones. En este sentido, los grandes proyectos de infraestructura que se proponen desde la LOTA, segunda fase, son: Pescadero-Ituango, Túnel de Oriente, Puerto Urabá, Autopistas de la Montaña, Microcentrales.

Uno de los avances más notorios de la Comisión fue la formulación del Plan Regional de Competitividad para Antioquia de 2009. Este Plan, fue formulado y rediseñado constantemente por los actores que participan en la Comisión. Sus líneas de trabajo se enfocaron al desarrollo empresarial, la ciencia, tecnología e innovación, infraestructura y conectividad, desarrollo del talento humano, desarrollo institucional y la internacionalización. Asimismo, dicho Plan recogió los aprendizajes de experiencias previas y asociadas a este tema, especialmente de:

- Ventaja Competitiva de Medellín (Estudio Monitor, 1995).
- Visión Antioquia Siglo 21 (1996–1997).
- Plan Estratégico de Antioquia (1998–2007).
- Escalafón de la competitividad de los departamentos en Colombia (Oficina CEPAL en Colombia, Confecámaras y Cámaras de Comercio, 2002).
- Creación de la Secretaría de Productividad y Competitividad en la Gobernación de Antioquia (2003).
- Tanques de Pensamiento (2005–2007).
- Banco de Iniciativa de Desarrollo para Antioquia –BIRD- (2006–2007).
- Agenda Interna: Estrategia para la competitividad de Medellín, el Valle de Aburrá y Antioquia (2007).

Particularmente de la Agenda Interna, se retomaron varios elementos que se constituyeron en las bases para la discusión y concertación de la estrategia de competitividad para Antioquia desde el año 2003. La Agenda Interna fue concebida como un acuerdo de voluntades y decisiones entre la Nación, las entidades territoriales, el sector privado, los actores políticos y la sociedad civil. Por ello, el gobierno nacional convocó a los actores interesados a que presentaran sus propuestas, las cuales fueron evaluadas y jerarquizadas por el Departamento Nacional de Planeación (DNP, 2006). Desde el gobierno nacional se propusieron cuatro dimensiones a trabajar:

la sectorial, que considera las diversas actividades productivas; la transversal, que involucra proyectos o iniciativas que afectan a todas las actividades productivas (desarrollo institucional, ciencia y tecnología, formación de capital humano, información, infraestructura, medio ambiente, entre otros); la regional, que involucra la opinión y las propuestas de desarrollo de los territorios

subnacionales; la temporal, que indica que éste es un proceso dinámico en el cual se involucran acciones a ejecutar en el corto, mediano y largo plazo (Comisión Tripartita, 2009: 12).

La Agenda Interna para Antioquia estuvo a cargo de la Comisión Tripartita y de la Cámara de Comercio de Medellín, siguiendo los parámetros estipulados por el gobierno nacional, pero teniendo en cuenta las especificidades propias del territorio. Además, tuvieron en cuenta todos los ejercicios previos que se habían realizado en el territorio antioqueño, así como los aprendizajes derivados de éstos, especialmente los derivados de la formulación de la Estrategia Regional de Competitividad. La Agenda se constituyó desde ocho ejes temáticos: Innovación, Desarrollo Tecnológico, Formación de Talento Humano, Infraestructura, Medio Ambiente, Desarrollo Institucional, Mipymes y Productividad.

La formulación del Plan Regional de Competitividad requirió la evaluación de la dotación de factores existentes en el territorio y definición de las potencialidades y ventajas de los mismos en relación a la atracción de inversión. Adicionalmente, fue necesario identificar las capacidades técnicas institucionales y de liderazgo del gobierno regional y los gobiernos locales para enfrentar los retos del proceso de globalización. También fue necesario identificar los instrumentos de fomento productivo y de desarrollo empresarial con que cuenta el departamento y su capacidad de articulación con las políticas nacionales de fomento productivo, de impulso a los procesos de innovación tecnológica y de desarrollo territorial.

Los objetivos pilares que soportan el Plan Regional de Competitividad de Antioquia son: desarrollo empresarial, internacionalización de Antioquia, ciencia, tecnología e innovación.

El plan evidencia avances en el ámbito de Medellín: para el período 2004-2007 se avanzó en materia de políticas de desarrollo empresarial, particularmente desde programas y proyectos como Cultura E, los Centros de Desarrollo Zonal (CEDEZOS) desde la línea 4 del Plan de Desarrollo, denominada *Medellín Productiva, Competitiva y Solidaria*. También desde la línea 5, *Medellín integrada con la región y el mundo*, se avanzó en la articulación de procesos económicos, sociales, políticos y culturales que facilitaron la inserción de la economía antioqueña en el ámbito internacional. Por su parte, la Administración para el período 2008-2011 mantiene varios de los programas y proyectos del gobierno anterior, lo que facilita la consolidación de éstos y fortalece el desarrollo empresarial del Plan.

Desde el ámbito departamental, la Administración del período 2004-2007 fortaleció la alianza entre el Departamento, el municipio de Medellín y el Área Metropolitana para la internacionalización y posicionamiento estratégico de Antioquia, con lo que

se logra articular las agendas territoriales y las voluntades políticas de estas tres instancias. También inicia una serie de acciones que buscan desconcentrar a Medellín: los clúster, municipios polos de desarrollo en los cuales se busca ampliar la oferta de servicios públicos, tener sedes universitarias, incrementar la oferta laboral para disminuir la emigración de personas de los municipios hacia la ciudad y generar emprendimientos locales que tengan como objetivos principales: i) aportar al desarrollo económico de las regiones y del departamento y ii) absorber las oportunidades económicas provenientes de los tratados de libre comercio, la apertura económica y la integración económica regional en América Latina.

Asimismo, la Administración del departamento para el período 2008-2011 implementó acciones que favorecieron los objetivos del Plan Regional de Competitividad de Antioquia. Ejemplo de ello, fue el Programa *Articulación institucional público-privada para la Internacionalización de Antioquia*, busca encontrar y mejorar espacios de encuentro entre estos sectores y en coordinación con el nivel nacional y articulación con la comunidad internacional para la generación de sinergias en torno a la competitividad del territorio antioqueños. Uno de los actores gubernamentales clave en esta coordinación fue la Comisión Tripartita, quien unirá esfuerzos con la Comisión Regional de Competitividad para abrir espacios de concertación y promover una mayor participación de otros actores públicos y privados (Cf. DAP, 2008: 157). Otro programa para destacar fue del *Promoción de alianzas estratégicas público privadas (asociaciones, agencias de desarrollo local y otras) para el desarrollo económico y mejora de la gestión territorial*. Desde este programa se propuso la creación de la Agencia de Desarrollo Regional de Antioquia (ADRA), desde la cual se promocionarán los proyectos estratégicos de Antioquia en complementariedad con la Secretaría de Productividad y Competitividad de la Gobernación. También se consolidarán las Agencias de Desarrollo Local (ADEL), para que desde éstas se fortalezca la participación del sector privado. Dos aspectos claves que resaltan con este último programa son: en primer lugar, compite con el PLANEA en cuanto a los proyectos estratégicos del Departamento y en segundo lugar, se plantea como un proceso de descentralización de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, a través de los Centros Zonales.

Otros programas del orden departamental en los que participó activamente la Comisión para el período 2008-2011 fueron: el Programa *Implementación de redes de actores subregionales que gestionen la productividad y competitividad* busca la coordinación de actores y entidades públicas y privadas que trabajan el tema de productividad y competitividad, mediante la estimulación a la conformación de redes subregionales.

El Programa *Impulso a la infraestructura para la productividad y competitividad en las subregiones*, buscaba la conectividad del departamento de modo que permita la

comercialización de productos y establecimiento de empresas en las subregiones. El Programa *Cadenas productivas y fomento a la producción, transformación y comercialización agropecuaria y piscícola, en áreas agroecológicamente aptas*, buscaba el cumplimiento del Acuerdo de Competitividad para las cadenas productivas del cacao, caña-agroindustria panelera, carne bovina, caucho, forestal-madera, frutales, guadua, hortícola, leche, papa, piscicultura firmado a nivel nacional. También se propuso la firma de acuerdos al interior del departamento para el aguacate, mora, cítricos, fique, apicultura, frijol, plátano, biocombustibles, aromáticas y medicinales.

El Programa *Mejoramiento de la competitividad de la minería para la Internacionalización*, apoyaría la creación del Instituto Nacional del Oro en el Nordeste, de modo que esta actividad se desarrolle con tecnologías limpias, cualificación del personal y dentro de la normatividad. También el Programa *Mejoramiento de la infraestructura física y del medio ambiente en las regiones mineras* buscaba el mejoramiento de la infraestructura física para la explotación minera, protección del medio ambiente en las zonas mineras y la capacitación del personal en tecnologías limpias y reducción del uso de mercurio. El Programa *Vías para la competitividad en Antioquia*, en el que se recogían los proyectos viales estratégicos para los principales corredores viales a nivel nacional y departamental, como por ejemplo, las dobles calzadas.

Finalmente, otras actividades que implicaron cooperación y trabajo en red en las que la Comisión participa en la gestión de información relacionada fueron la Encuesta de Calidad de Vida de Medellín y la cartografía de Antioquia, desde los cuales se busca actualizar información sobre variables socioeconómicas y poblaciones, así como geográficas del departamento.

El cuadro 1 permite comparar las instancias estudiadas. De esta manera, se pueden observar aspectos como sus marcos de actuación, objetivos y funciones. Llama particularmente la atención, que la Comisión Tripartita en la práctica podría estar duplicando esfuerzos, en tanto los temas de planeación del desarrollo, el ordenamiento territorial y la competitividad regional hacen parte de los objetivos y procesos de agencias como el Planea, el DAP, el IDEA, y los organismos dedicados a la competitividad en Medellín y Antioquia, entre otros. Otro asunto importante es la dependencia que el Planea tiene del Gobernador de turno del departamento, quien además de elegir al Secretario, decide sobre los recursos y el grado de apoyo y fortalecimiento que se dará al Plan durante su gobierno. Este asunto es importante porque, lo acontecido durante la administración 2008-2011 demostró que a pesar de estos condicionantes, el Gobernador implementó varias medidas que terminaron minando el liderazgo y visibilidad que había logrado el Planea en administraciones anteriores.

CUADRO 1. COMPARACIÓN ENTRE LOS ASPECTOS CONSTITUTIVOS DEL PLAN ESTRATÉGICO DE ANTIOQUIA Y LA COMISIÓN TRIPARTITA

Criterios de contraste	Plan Estratégico de Antioquia	Comisión Tripartita
Origen	Sector privado	Sector gubernamental
Formalización	Por medio de Ordenanza, sin personería jurídica	Por medio de la Firma de Acuerdo de Voluntades, sin personería jurídica
Marco de actuación general	Convocar a todos los actores y propiciar concertación y coordinación	Concertar y coordinar ámbitos de actuación y acciones de planificación regional integrada y la competitividad regional y local
Líneas de actuación	<ul style="list-style-type: none"> -Integrar y articular territorialmente a Antioquia -Promover el cambio para un desarrollo humano equitativo y sostenible -Revitalización de la economía antioqueña -Reconstruir el tejido social 	<p>A partir del 2008 se definieron:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Competitividad e internacionalización -Planificación Regional y Ordenamiento Territorial -Gestión de la información
Objetivos	<p>Los objetivos de la visión del Plan son:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Evaluar nuestras potencialidades como región -Definir nuestras oportunidades frente al mundo globalizado -Crear una fuerza indeclinable y unida como región hacia un mismo norte -Desatar un proceso de formación y participación ciudadana orientado a la construcción colectiva de futuro 	<ul style="list-style-type: none"> -Construir una instancia de concertación de voluntades y escenario de convergencia para la toma de decisiones relacionadas con la planificación y gestión regional -construir capacidad técnica e institucional para la gestión integrada de la región, acorde con las nuevas demandas -Unificar criterios y lineamientos generales de planeación y ordenamiento del territorio que enmarquen las actuaciones planificadoras de cada una de las entidades -Definir una agenda conjunta público/privada de proyectos y acciones fundamentales para el desarrollo regional -Promover ante el gobierno nacional y organismos internacionales acuerdos de gestión para la realización de los proyectos de interés regional

Criterios de contraste	Plan Estratégico de Antioquia	Comisión Tripartita
Actores que participan directamente	Sector público y sector privado (empresarios, academia, organizaciones no gubernamentales, sociedad civil organizada). Se trata de una instancia amplia	Primordialmente sector público. Es una instancia más cerrada, aunque pretende convocar la participación del sector privado, las organizaciones sociales, académicas y la sociedad en su conjunto
Narrativas y estrategias	Predomina lo discursivo Visión de futuro desde la planeación prospectiva	Alineación institucional Planeación estratégica
Marco conceptual y metodológico	Propone una comprensión “holística” del desarrollo, destacando la integralidad de ventajas competitivas desde lo físico-territorial, lo económico, político, administrativo, social y cultural. Aplica análisis prospectivo y modelación de escenarios futuros posibles. No hay agenda única de desarrollo	Identificación de temas de interés y agrupación en áreas temáticas de trabajo, lo que luego evolucionó hacia la conformación de comisiones Temáticas (Planificación regional y ordenamiento territorial, agenda para la internacionalización, sistema de información geográfica) Identificación de proyectos Presentación de propuestas a desarrollar Estrategia Tripartita para la gestión territorial integrada
Liderazgo	Pérdida de capacidad para convocar interés en años recientes Es afectado por intereses políticos que se desprenden de los gobernadores de turno Es afectado por la duplicidad de funciones desde agencias como el IDEA, el DAP y la misma Comisión Tripartita	Mayor capacidad para convocar interés Papel relevante de directores de planeación de las tres instancias que lo dirigen Existe un fuerte compromiso técnico interno El tema de la competitividad es central para la alineación de actores
Área de influencia	El departamento de Antioquia	El departamento de Antioquia

Criterios de contraste	Plan Estratégico de Antioquia	Comisión Tripartita
Interactúa con	Los 125 municipios del departamento de Antioquia, sector empresarial, sociedad civil, sector académico, organizaciones no gubernamentales, actores internacionales	Municipio de Medellín, Área Metropolitana, Departamento de Antioquia, Gobierno Nacional, gremios empresariales, agencias gubernamentales y privadas internacionales
Resultados	Acta social para el desarrollo de Antioquia Creación de Secretaría de Productividad Planes Estratégicos Subregionales Agenda Común de Desarrollo Agendas de Desarrollo Local Centro de Pensamiento Estratégico y Prospectiva Tanques de Pensamiento temáticos Pretende tener personalidad jurídica	-Plan Regional de Competitividad -Agenda interna (con compromiso del gobierno nacional) -Documentos institucionales: Estrategia para la internacionalización de Medellín, Área Metropolitana del Valle de Aburrá y Antioquia -Indicadores de impacto ambiental y socioeconómicos del departamento de Antioquia Gestión y promoción del desarrollo regional de Antioquia Oportunidades comerciales de Antioquia con diferentes bloques económicos Historia, Dinámica y Futuro de la Comisión Tripartita -Lineamientos de Ordenamiento Territorial para Antioquia (LOTA) -Plan Estratégico Urabá Darién -Encuesta Calidad de Vida 2007
Depende de	Relaciones con el Gobernador Liderazgo del Gobernador	Tienden a primar las relaciones entre el sector gubernamental y los gremios empresariales Por ser una instancia más técnica puede tener mayor independencia

Fuente: elaboración propia.

4. CONCLUSIONES

Antioquia es pionera y protagonista en el nivel nacional y subnacional en la conformación de alianzas público-privadas y de trabajo coordinado en el marco de las relaciones Departamento-municipios, claro está que con una caracterización importante: el liderazgo gubernamental. Esto trae consigo dos configuraciones importantes, pero que pueden contradecirse en la práctica: por un lado, las alianzas se desarrollan oportunamente y con participación de diferentes instancias y sectores, debido al liderazgo político de sus representantes; por otro lado, hace que dichas alianzas se vean influenciadas por la personalidad y la filiación política, así como de convenios previos entre la clase dirigente y los demás actores.

El Planea es la alianza público-privada de mayor envergadura y duración que ha tenido el departamento de Antioquia, y en la cual participa activamente la ciudad de Medellín. Esta instancia es la encargada de pensar el futuro de las subregiones y del departamento a través de proyectos estratégicos orientados por un nuevo modelo de desarrollo desconcentrado y más equitativo con las subregiones tradicionalmente olvidadas por el gobierno regional. El Planea se ha mantenido como un ente técnico-pensante, formulando propuestas consignadas en valiosos documentos, algunas de ellas aún no se llevan a la práctica.

El Planea aún pretende convertirse en un mecanismo de articulación y coordinación de las acciones de un conjunto de entidades e instituciones que vienen actuando de modo disperso desde diversos ámbitos, y desatar con ello un proceso de pedagogía social, que permita la participación de la ciudadanía en la definición de las líneas y proyectos estratégicos, que posibiliten –a su vez- la materialización de una visión. Sin embargo, en años recientes ha visto debilitado su liderazgo debido a las concepciones y la voluntad política del Gobernador. Asimismo, funcionarios de agencias gubernamentales como el IDEA y el DAP han planteado su “pesadez” y “lentitud” para llevar a la acción los pensamientos y estrategias que propone para el desarrollo del departamento. En este sentido, los tiempos, por un lado la planeación de largo plazo y la inmediatez del período de gobierno, en que se desenvuelve el Planea y la Gobernación no coinciden, lo que hace que esta última posiblemente vea a la primera como un obstáculo más que como un aliado para la ejecución de sus metas.

Por su parte, la Comisión Tripartita, aunque con menos tiempo de ejecución y retomando y duplicando algunas de las funciones del Planea, viene consolidándose como la instancia encargada de liderar la política regional de competitividad y productividad del departamento, así como la internacionalización de la región antioqueña. Con pocos proyectos, pero con un gran liderazgo, propone lineamientos y políticas que son implementadas en el territorio con el consenso de

los sectores gubernamentales, empresariales y privados. Esto debido a la participación activa que en esta instancia encuentran los empresarios antioqueños y el sector privado representados por organizaciones como la Cámara de Comercio y Proantioquia. Esto de alguna manera ha permitido que se introduzca en acciones que venía adelantando el Planea como la formulación de planes subregionales y planes estratégicos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Luis F. (2006). *Gobernanza y Gestión Pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- AGUILAR, Luis F. (2007). El aporte de la política pública y la Nueva Gestión Pública a la gobernanza. En: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo. Domingo, República Dominicana, 30 oct. - 2 nov.
- BLANCO, Ismael y GOMÁ, Ricard (2003). La crisis del modelo de gobierno tradicional. Reflexiones en torno a la *governance* participativa y de proximidad. En: *Gestión y política pública*, vol XII, no 1, I Semestre de 2003. México D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas –CIDE-.
- BLANCO, Ismael y Gomà, Ricard (2006). Del gobierno a la gobernanza: retos y oportunidades de un nuevo paradigma. *Politika: Revista de Ciencias Sociales*, 2, 11-27.
- BRUGUÉ, Quim y Gomà Ricard (Coords.) (1998). *Gobierno Local y Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2005). La gobernanza hoy: introducción. En: *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública
- COMISIÓN TRIPARTITA (2006). *Historia, Dinámica y Futuro de la Comisión Tripartita*. Medellín: Comisión Tripartita, Gobernación de Antioquia, Alcaldía de Medellín y Área Metropolitana del Valle de Aburrá.
- (2009). *Plan Regional de Competitividad para Antioquia*. Medellín: Comisión Tripartita y Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- (s.a.). *Lineamientos de Ordenación Territorial para Antioquia*. Propuesta pública para discusión. Medellín: Gobernación de Antioquia, Alcaldía de Medellín, Área Metropolitana del Valle de Aburrá.
- CORNEJO, Enrique. (2005). *Hacia una transformación del Estado en América Latina*. *Nueva Sociedad*, 199, 104-119
- CUERVO, Jorge. (2003). *La reforma del Estado del ajuste estructural en América Latina*. En *Reformas y Políticas en Colombia y América Latina*. OPERA Observatorio de políticas, ejecución y resultados de la administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- DENTERS, Bas, y Rose, Lawrence (Eds.) (2005). *Comparing Local Governance. Trends and developments*. New York: Palgrave Macmillan
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN (2004). Plan de Desarrollo “Antioquia nueva, un hogar para la vida”, 2004–2007.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN (2008). Plan de Desarrollo “Antioquia para todos, manos a la obra”, 2008-2011.
- DEVLIN, R. y Moguillansky, G. (2009). Alianzas público-privadas como estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo. *Revista CEPAL*, 97, 97-116.
- HIRST, P. (2000). Democracy and Governance. En Pierre, J., *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy* (pp. 13-35). Oxford: Oxford University Press.
- JESSOP, B. (2003). Governance and Metagovernance: On Reflexivity, Requisite Variety, and Requisite Irony. Disponible en: <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Governance-and-Metagovernance.pdf>
- JESSOP, Bob (1998). El ascenso del “buen gobierno” y los riesgos de fracaso: el caso del desarrollo económico. En: *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 155, marzo de 1998. Documento electrónico. Consultado en octubre de 2008 en <http://www.unesco.org/issj/rics155/titlepage155.html>.
- JOHN, Peter (2001). *Local Governance in Western Europe*. Londres: Sage.
- KICKERT, W., Klijn, E.-H. y Koppenjan, J. (Eds.) (1997). *Managing Complex Newtorks. Strategies for the Public Sector*. Londres: Sage
- KOOIMAN, Jan (2005). Gobernar en gobernanza. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública
- MARINETTO, Mike. (2003). Governing beyond the Centre: A Critique of the Anglo-Governance School. *Political Studies*, 51, 592–608.
- MAYNTZ, Renate (2005). Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- MAYNTZ, Renate. (2001). El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna”, *Reforma y Democracia, revista del CLAD*, 21. Disponible en <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0041004>
- MONTECINOS, E. (2005) Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática. *Eure*, 31 (93), 77-88.
- MULLER, Pierre (2010). Las políticas públicas. Octava edición. En traducción. Proporcionado por Jean Francois Jolly mediante archivo electrónico (marzo de 2010).
- NAÍM, Moisés (1994). Latin America: The Second Stage of Reform. *Journal of Democracy* 5 (4), 32-48.

- NATERA PERAL, Antonio (2005). La gobernanza como modo emergente de gobierno y gestión pública. En: *Revista Gestión y análisis de políticas públicas*, N° 33-34, mayo-diciembre. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- PETERS, Guy y PIERRE, Jon (2005). ¿Por qué ahora el interés por la gobernanza?. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública
- PLAN ESTRATÉGICO DE ANTIOQUIA (PLANEA) (2001). *Hacia un nuevo modelo de desarrollo para Antioquia. Bases para la discusión*. Medellín: Imprenta Departamental
- PLANEA (2008). *La Antioquia Soñada. Plan Estratégico de Antioquia PLANEA, 10 años*. Documento electrónico proporcionado por funcionarios del PLANEA en marzo de 2010.
- PLANEA (s.a.). *El desarrollo local y regional para Antioquia. Propuesta estratégica*. Medellín: Asamblea Constituyente de Antioquia.
- PRATS CATALÁ, Joan (2005). Modos de gobernación de las sociedades globales. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública
- RAVE HERRERA, Beatriz Elena (2008). *La ciudad siguiente indicios de futuro. Bases para la Participación de la Ciudadanía en la Construcción de un Proyecto Colectivo de Desarrollo Futuro para Medellín*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2008.
- RHODES, R. (2007). Understanding Governance. Ten years on. *Organization Studies*, 28, 1243.
- RHODES, R. A. (2005). La nueva gobernanza: gobernar sin gobierno. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública
- STOKER, Gerry (1998). El “buen gobierno como teoría”: cinco propuestas. En: *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 155, marzo de 1998. Artículo electrónico. Consultado en octubre de 2008 en <http://www.unesco.org/issj/rics155/titlepage155.html>.
- SUBIRATS, J (Coord.) (2002). *Redes, territorios y gobierno: nuevas respuestas locales a los retos de la globalización*. Barcelona: Diputación de Barcelona.
- SUBIRATS, Joan (Coord.) (2002). *Redes, territorios y gobierno: nuevas respuestas locales a los retos de la globalización*. Barcelona: Diputación de Barcelona.
- VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria (2010). El enfoque de la gobernanza en el estudio de las transformaciones de las políticas públicas: limitaciones, retos y oportunidades. En: *Revista Estudios de Derecho*, año 62, No 149. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, páginas 243-260.
- VISIÓN ANTIOQUIA SIGLO 21 (s.a.). “En el año 2020 Antioquia será la mejor esquina de América, justa, pacífica, educada, pujante y en armonía con la naturaleza”. Segunda edición. Medellín: Visión Antioquia Siglo 21.

- WHITTINGHAM, Victoria (2005) “Aportes de la teoría y la praxis para la nueva gobernanza”. *Revista Reforma y Democracia*, 33. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD.
- ZAPATA CORTÉS, Olga Lucía (2011). *Gobernanza multinivel e Intergubernamentalismo en las relaciones departamento-municipios en Antioquia, 1995-2009. Una mirada desde el cambio institucional*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.



Título: De la serio mujeres de revista, no. 5

Técnica: Óleo sobre madera

Dimensión: 35 x 63 cm

ÁREAS PRIORITARIAS DE INVESTIGACIÓN –APIS- EN EL SABER JURÍDICO, UN APORTE PARA LA DISCUSIÓN SOBRE INNOVACIÓN JURÍDICA*

* Este artículo es producto del grupo Centro Interacción adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigación terminada: “Áreas prioritarias de investigación –APIS- en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia: discusiones sobre la innovación jurídica”. Inscrita ante el CODI, Universidad de Antioquia. Acta 628 de abril de 2012.

Fecha de recepción: agosto 24

Fecha de aprobación: octubre 26

ÁREAS PRIORITARIAS DE INVESTIGACIÓN –APIS- EN EL SABER JURÍDICO, UN APOORTE PARA LA DISCUSIÓN SOBRE INNOVACIÓN JURÍDICA

*Patricia González Sánchez**

*Erika Franco Gómez***

RESUMEN

Este artículo de investigación se ocupa del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia -SNCTeI-, creado con la Ley 1286 de 2009, cuyo análisis se aborda en el marco de la investigación sobre las áreas prioritarias de investigación –APIs– en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia. Con base en esta relación se propone una discusión sobre la innovación jurídica, a partir de los elementos que conforman el SNCTeI, y su articulación con las políticas, las normas y los discursos en esta materia. Se parte de analizar los documentos institucionales expedidos por el Gobierno Nacional producidos con el fin de orientar el proceso investigativo colombiano, especialmente en el caso de las universidades, toda vez que éstas han sido el centro de la producción investigativa durante los últimos años en el país.

Palabras clave: Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación; Áreas prioritarias de Investigación; innovación jurídica.

PRIORITIES AREAS OF INVESTIGATION-PAIS- IN THE LAW KNOWLEDGE, TO THE LEGAL DISCUSSION INPUT ABOUT THE LAW INNOVATION

ABSTRACT

This research article is based primarily on The National System of Science, Technology, and Innovation -SNCTeI- create by Act 1286 de 2009. In line with of research about priorities of research areas –APIs– in Program Law of The University of Antioquia. Based on this relation proposes a discussion about legal innovation, from the elements that compose el SNCTeI, and its articulation with the policies, rules and discourses in this subject. From institutional documents of National Government in relation to its interest in the System and it were analyzed to orient the research process Colombian considering the case of universities since these have been the center of production research in recent years in the country.

Keywords: National of Science, Technology, and Innovation System: Priorities; priorities areas Investigation; law innovation.

* Doctora y Magíster en Historia, Abogada. Profesora asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. derpgs@derecho.udea.edu.co.

** Estudiante en formación investigativa, pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ÁREAS PRIORITARIAS DE INVESTIGACIÓN –APIS- EN EL SABER JURÍDICO, UN APOORTE PARA LA DISCUSIÓN SOBRE INNOVACIÓN JURÍDICA

INTRODUCCIÓN

La Ley 1286 de 2009 tiene como norte reorganizar y fortalecer el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación –SNCTeI- en Colombia. Es posible que la regulación en esta materia permita acceder a recursos importantes que deben dirigirse no sólo hacia una relación bidireccional universidad-empresa, sino hacia la posibilidad de generar vínculos con la sociedad por medio de la articulación con proyectos regionales que consoliden alianzas estratégicas entre las universidades, las entidades territoriales y el sector productivo.

Esta Ley plantea la investigación en tres ámbitos: como fundamento de la docencia; medio de avance de la sociedad; y soporte de la transferencia social del conocimiento. Y propone líneas temáticas estratégicas en cuatro bloques: 1. medioambiente, biodiversidad y protección del agua; 2. Biotecnología y biodiversidad; 3. Minería y energía; y 4. Desarrollo de las ciencias sociales y humanas. Entre los cometidos de la Ley se encuentran el fortalecimiento del recurso humano para la investigación y la innovación, y la promoción de la apropiación social del conocimiento como estrategia para que la resolución de problemas científicos y empresariales se concentre en brindar soluciones a las problemáticas sociales.

El concepto de innovación y su articulación con el Sistema Nacional se ha concentrado en el discurso que implica directamente el ingreso al mercado de un producto nuevo o mejorado, sea un bien o un servicio; e inclusive, soporta la posibilidad de introducir un proceso o una nueva forma de comercializar o un nuevo método organizativo. Y aunque en el ámbito universitario es natural hablar de investigación, es particular ver que el proceso de innovación, se puede concebir como producto o no de una investigación. En todo caso, la propuesta actual es que las universidades deben llevar invenciones al mercado, y su trabajo debe ser comunicado y protegido de forma legal.

La relación entre investigación y desarrollo experimental (I+D) muestra que el trabajo creativo debe ser sistematizado con el fin de producir nuevas aplicaciones para la ciencia y la tecnología. La discusión se ha centrado en que las universida-

des son centros de pensamiento y conocimiento que deben fortalecerse desde la investigación básica, lo que se tensiona con la solicitud de avanzar en investigación aplicada. Esto muestra una diferenciación investigativa y de innovación palpable en las diferentes unidades académicas que componen una universidad, llámense escuelas, institutos o facultades; esto es motivo de análisis desde los siguientes aspectos: 1. el hoy; 2. los riesgos que se pueden generar; y 3. la baja capacidad del país para identificar, producir, usar e integrar el conocimiento.

Con base en los insumos aportados por el análisis documental, se describe el proceso y el contexto en el cual surgió el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación por medio de los antecedentes que se obtienen de los documentos institucionales y su énfasis en las Áreas prioritarias de investigación – API’s-.

Posterior a esto, se problematiza la caracterización de la API’s resaltando la importancia de la regionalización y la necesidad de nuevas formas asociativas en el ámbito investigativo, para finalizar con la discusión en torno a la innovación jurídica como uno de los componentes del Sistema.

El interaccionismo simbólico, como enfoque metodológico de la investigación, permitió abordar el objeto de estudio, y proporcionó el rigor para el análisis de los datos, la denominación de categorías y la formulación de preguntas; obteniendo la integración de los datos obtenidos de las entrevistas y del análisis de los documentos institucionales. Lo que permite ver como resultado que la innovación jurídica, como expresión del conocimiento sobre el derecho y en el ámbito del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación –SNCTel-, es constante en materia de procesos de formación y creación legal-jurisprudencial.

1. CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN COLOMBIA

El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología colombiano se creó en 1968 y operó bajo el direccionamiento del Ministerio de Educación Nacional, concretamente, se encargó de la financiación, la coordinación, la difusión y la ejecución de programas y proyectos de desarrollo científico y tecnológico.

Para mostrar el avance en materia de ciencia y tecnología se conformó en 1988 una Misión en Ciencia y Tecnología, cuyo objetivo se enmarcó en la construcción de un estado del arte que permitiera elaborar una política pública propia para Colombia. El informe precisó que el gasto en investigación y desarrollo era muy bajo, sus objetivos no eran claros y faltaba continuidad y solidez en el sistema. Además, problematizó en qué medida el Estado había asumido la financiación de la investigación básica por medio de las universidades, y cuestionó el argumento sobre la

rentabilidad esgrimido por el sector privado para participar económicamente en la actividad investigativa.

Uno de los productos derivados de la Misión fue la promulgación de la Ley 29 de 1990, cuyo objetivo fue fomentar la investigación científica y el desarrollo tecnológico por medio de la incorporación de la investigación en los planes y programas económicos y sociales del país.

Para 1993, se conformó otra misión, esta vez fue denominada Misión en Ciencia, Educación y Desarrollo, más reconocida como *Misión de Sabios*. Esta Misión, arrojó un diagnóstico para Colombia en materia de educación, ciencia y desarrollo tecnológico, en el que las recomendaciones principales fueron: 1. Planear un aumento masivo de recursos para la investigación científica y el avance tecnológico; 2. Aumentar el número de personas dedicadas a la investigación; 3. Fomentar las redes de investigadores y centros de investigación; y, 4. Propiciar la apropiación social de la ciencia y la tecnología.

En 1994 se expidió el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES- 2739 que contenía la Política Nacional de Ciencia y Tecnología para el período 1994-1998. Este documento enfatizó en algunas de las dificultades del país para avanzar en materia de ciencia y tecnología: el poco nivel de inversión, el insuficiente número de investigadores, la baja capacidad de innovación y la limitada interacción entre oferta-demanda y entre conocimiento-tecnología. Para robustecer el sistema de investigación, propuso avanzar en las siguientes directrices: 1. Fortalecer el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología –SNCT-; 2. Contar con recursos para la investigación y el desarrollo tecnológico; 3. Crear y consolidar centros de investigación y grupos de investigación de excelencia.

2. DOCUMENTOS INSTITUCIONALES PARA CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

El documento Conpes 3080 de 2000 sobre Política de Ciencia y Tecnología, tuvo la pretensión de que Colombia avanzara en el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología –SNCT- por medio de: 1. El fortalecimiento de la institucionalidad del SNCT; 2. La regionalización de la ciencia y la tecnología; 3. La internacionalización de la ciencia y la tecnología; y 4. La consolidación de la asociatividad de la comunidad científica. Además, para 1995 ya se había creado el Sistema Nacional de Innovación –SNI-. El Conpes 3080 recogió sus lineamientos en el sentido de dar importancia a las estrategias de desarrollo empresarial y facilitar la entrada de nuevos actores al sistema, como el SENA, las incubadoras de empresas, los centros regionales de productividad, entre otros.

En 2005 se promulgó el documento Conpes Social 91, denominado *Metas y Estrategias de Colombia para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio –2015*, en desarrollo del compromiso adquirido por Colombia en la Cumbre del Milenio de 2000, efectuada en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta Cumbre se definieron ocho objetivos para ser alcanzados por los países miembros y firmantes en el año 2015: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre. 2. Lograr la educación primaria universal. 3. Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de las mujeres. 4. Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años. 5. Mejorar la salud materna. 6. Combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades. 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente. 8. Fomentar la alianza mundial para el desarrollo.

El documento Conpes Social 91 establece las metas y estrategias para Colombia con el fin de alcanzar estos objetivos. Presenta un diagnóstico que se remonta a 1990, en donde muestra avances en tres campos: producto interno bruto, esperanza de vida y educación. Partiendo de este diagnóstico se analizaron cada uno de los Objetivos del Milenio (ODM), y se determinó enfatizar el trabajo en las siguientes áreas y estrategias: la seguridad social en salud, la nutrición de calidad, el cuidado integral, la salud básica, la educación, la socialización, el apoyo a la lactancia, la seguridad alimentaria, los hábitos alimentarios, el otorgamiento de subsidios para estudio, la prioridad educativa en las zonas rurales, la participación privada en la educación primaria, la eliminación de la diferencia entre géneros en la educación primaria y secundaria, la violencia de género, el mercado laboral, la participación, los subsidios a mujeres en edad fértil y gestantes, la promoción a la salud y la prevención de la enfermedad, reducir la mortalidad materna, reforestar bosques naturales, consolidar las áreas protegidas del sistema de parques naturales y eliminar el consumo de sustancias agotadoras de la capa de ozono. Además, se propuso el saneamiento básico en cuanto a la reducción del porcentaje de personas que carecen de agua potable. En materia de vivienda se enfatizó en mejorar la vida de las personas que habitaban tugurios y evitar los nuevos asentamientos.

Además del documento Conpes 3080, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) venía haciendo un diagnóstico del estado de las condiciones relativas a los ODM en el nivel regional desde el 2003. Finalmente, en 2006 publica su informe denominado *Hacia una Colombia equitativa e incluyente. Informe de Colombia Objetivos de Desarrollo del Milenio 2005*. Este informe reúne los estudios de cada uno de los ODM para Colombia e identifica las líneas base, estrategias y metas para avanzar en el cumplimiento de lo programado por las Naciones Unidas en el año 2015.

Este propósito nacional enfatizó en aspectos investigativos y áreas prioritarias de investigación para abordar las problemáticas que pretende enfrentar los ODM, desde las regiones, por lo que la investigación se propone como aquella que:

“Permite una delimitación mucho más ajustada de las condiciones de partida con las que cuenta la región, con la singularidad de los agentes locales que desarrollan las actividades de innovación, y el modo en que los responsables políticos programan y gestionan las políticas públicas en el territorio” (González, 2009: 66).

El énfasis de la importancia de la investigación para avanzar en la solución de los problemas que aquejan al país o para incidir en el desarrollo, no constituye un discurso aislado en los documentos institucionales. Esto se evidencia en el documento *Visión Colombia II Centenario 2019* (2005), particularmente en el capítulo denominado diagnóstico se propende por fundamentar el crecimiento y el desarrollo social en ciencia, tecnología e innovación, debido a que se mostró una escasa vocación científica y de investigación en los jóvenes y en las universidades colombianas. Por lo que se argumentó la importancia de requerir políticas educativas que desde temprana edad fomentaran la investigación.

En este sentido, se plantearon como temáticas para discutir, entre otras, las formas de enseñanza tradicional; la falta de publicaciones especializadas; el privilegio de la cátedra sobre la investigación debido a los bajos incentivos; los bajos salarios de los profesores universitarios con título de doctorado que son regulados por el Decreto 1279 de 2002; y el énfasis en los resultados y no en los procesos. Se propuso además, que el conocimiento fuera una fuente de riqueza y motor fundamental del bienestar de una sociedad, y que su finalidad se concentrara en producir un crecimiento económico sostenible, que redundara en mejores empleos.

En 2008, Colciencias publicó el documento “*Colombia construye y siembra futuro*” que contiene la Política Nacional de Fomento a la Investigación y la Innovación para Colombia. La investigación y la innovación fueron consideradas como factores para el crecimiento y el desarrollo social; e inclusive, como elementos centrales de la transformación productiva y social del país.

Con base en las anteriores políticas y los documentos descritos, se propusieron los argumentos y consideraciones para sustentar un cambio en la legislación colombiana en relación con el tema de ciencia, tecnología e innovación. Fue así como se sancionó la Ley 1286 de enero 23 de 2009, que transformó a Colciencias en el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, modificó la Ley 29 de 1990 y creó el Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación –SNCTeI-.

En esta Ley, un punto nodal es el artículo 4, el cual postula los principios y criterios de la actividad de fomento y estímulo de la investigación. Estos principios orientan directamente aspectos como: la evaluación y otorgamiento de recursos; la participación de las comunidades científicas en la toma de decisiones en el sistema; la descentralización en materia de recursos para generar investigación relevante para las regiones; la actualización de las políticas de apoyo al desarrollo científico; la participación de instituciones, programas y proyectos en selecciones transparentes; la garantía de continuidad de las actividades científicas; la protección de la propiedad intelectual y la divulgación efectiva de los resultados.

Con la reorganización de Colciencias como Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se presentaron, a la comunidad investigadora del país, los programas investigativos en: Ciencia, Tecnología e Innovación Agropecuarias; Biotecnología; Ciencia, Tecnología e Innovación en Ambiente, Biodiversidad y Hábitat; Ciencia, Tecnología e Innovación en Educación; Ciencias, Tecnologías e Innovación de las Áreas Sociales y Humanas; Desarrollo Tecnológico e Innovación Industrial; Formación de Investigadores; Ciencias Básicas; Ciencia, Tecnología e Innovación del Mar y de los Recursos Hidrobiológicos; Investigaciones en Energía y Minería; Electrónica, Telecomunicaciones e Informática; Tecnología e Innovación en Salud; Regionalización de la CTI; Apropiación Social del Conocimiento.

Aunque no se desconoce que Colombia contaba con un Sistema Nacional de Innovación –SNI- desde el año 1995, este sistema se articuló con el de Ciencia y Tecnología por medio de la Ley 1286 de 2009 que creó el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. En todo caso, la innovación es un componente de la economía actual del país, lo que hace imperioso para los sistemas investigativos universitarios y para los sujetos investigadores, el participar en el proceso desde la pregunta por el cómo se debe analizar ese proceso, teniendo presente que emergen conceptos que comportan especificidades territoriales en la trayectoria de la innovación, tales como: sistemas regionales de innovación, clústeres, sistemas sectoriales de innovación y sistemas territoriales de innovación (Cancino, Petit-Breuilh, Padilla, Mendoza, García, Gatica & Mellado, 2008)

Posteriormente se promulgó el documento Conpes 3582 del 27 de abril de 2009 sobre la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en el que se proponen seis objetivos estratégicos para orientar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación –SNCTeI-:

- Fomentar la innovación en el aparato productivo colombiano mediante la promoción del emprendimiento innovador, de consultorías tecnológicas, adaptación de tecnología internacional y unidades de investigación aplicada para la solución de problemas en las empresas.

- Consolidar la institucionalidad del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación –SNCTeI- mediante la articulación de los actores del Sistema, en particular potenciar la relación entre las universidades y las empresas.
- Fortalecer el recurso humano para la investigación y la innovación, a través del mejoramiento del sistema educativo para desarrollar competencias científicas, tecnológicas y de innovación.
- Promover la apropiación social del conocimiento buscando soluciones no sólo empresariales sino para la sociedad en su conjunto.
- Focalizar la acción del Estado en el desarrollo de sectores estratégicos en el largo plazo. Esto comporta la producción de bienes y servicios con alto valor agregado y priorizando los programas de energía y recursos naturales; biotecnología; salud; materiales y electrónica; tecnologías de la información y comunicaciones; logística y diseño; construcción de ciudadanía e inclusión social.
- Desarrollar y fortalecer el trabajo científico y tecnológico en las regiones y afianzarlo con recursos del SNCTeI.

Adicionalmente, en 2010 se promulgó el Conpes 3678 sobre la *Política de transformación productiva: un modelo de desarrollo sectorial para Colombia*, que tiene por objetivo la transformación de la economía con la instalación de una estructura de oferta diversificada y con alto valor agregado y sostenible, que le permita insertarse en los mercados globales. La política se concentró en la modernización y transformación del aparato productivo para lograr que las ganancias potenciales de los tratados de libre comercio se materializaran y tuvieran un impacto en el crecimiento económico y en la generación de empleo. Uno de los objetivos específicos de esta Política es la *generación de valor agregado en los sectores seleccionados mediante la producción, uso, apropiación y difusión de conocimiento*. El fomento de la investigación se estima como un factor destacado para la cualificación del talento humano que redunde en una mejora de la productividad.

Como se puede observar, este recorrido por el actual SNCTeI en Colombia, y otros documentos institucionales complementarios, presenta un panorama de propuestas de áreas de investigación que se asumen como prioritarias. Se requiere problematizar los alcances que la normatividad y documentos examinados comportan en la investigación e innovación, particularmente en el ámbito jurídico, teniendo en cuenta además su papel como fundamento para la docencia. Es decir, se hace necesaria la discusión sobre las Áreas Prioritarias de Investigación –APIs- en las universidades, y específicamente en los programas académicos.

3. ÁREAS PRIORITARIAS DE INVESTIGACIÓN

Las universidades, los programas académicos y los investigadores universitarios en el contexto nacional actual, marcado por la normatividad y políticas antes mencionadas, precisan una aproximación a los documentos institucionales y legales que proponen y fomentan las Áreas Prioritarias de Investigación –APIS– para el país.

En particular, para el caso del saber jurídico, es necesario que los investigadores realicen un análisis crítico que contraste entre los problemas de investigación que abordan y las líneas que asumen como importantes con las áreas priorizadas por el Estado. De modo tal que sea posible identificar las convergencias y divergencias que permitan tomar posiciones fundamentadas acerca del rumbo de la investigación en este campo del saber específico. Este análisis podría determinar el reconocimiento de otras áreas que no se sustentan en los documentos institucionales y que son de interés para el saber jurídico y para el programa de Derecho, particularmente el de la Universidad de Antioquia.

En este sentido, también es importante analizar las capacidades de los sujetos investigadores que se encuentran inmersos en el saber jurídico, ya que son los interesados en participar y orientar sus procesos investigativos conforme a los intereses y expectativas investigativas que han sido postulados y trazados en el país y por las comunidades de investigadores. Además, porque son quienes participan de las diferentes formas competitivas y asociativas para contar con recursos robustos en una economía que se basa en el conocimiento.

La investigación en la Universidad de Antioquia, y como parte de ella la investigación que se hace en el campo del Derecho, se ha organizado, tradicionalmente, con base en el modelo de Colciencias en materia de formas asociativas para la investigación, privilegiando el grupo como unidad básica de organización. Es desde allí que se han planeado las actividades de fomento investigativo. Las Áreas Prioritarias de Investigación –APIS– podrían comportar nuevas exigencias para asumir otras formas de asocio que están en el medio, llámense centros de excelencia, unidades de emprendimiento, sistemas de parques, incubadoras de empresas, centros de desarrollos tecnológicos y unidades de investigación y desarrollo.

En el marco de nuevas formas asociativas, que cada vez son más naturales en el Sistema, se ha sustentado en la comunidad de investigadores, la necesidad de asociarse por medio de uniones temporales con otros grupos, centros y empresas para la ejecución de algunas investigaciones financiadas. La particularidad de la asociación temporal es el poder incluir a los actores que se consideren necesarios y pertinentes para desarrollar el programa investigativo, llámense academia, sector productivo o sociedad civil.

La relación de la universidad y el sector productivo debe consultar como principio la responsabilidad social en el entorno investigativo. En este sentido, la responsabilidad social comporta un país con diferentes contrastes entre culturas, razas, capacidades y biodiversidad. Estas particularidades de las regiones deben ser abordadas por medio del fortalecimiento de la educación superior. Además, las preocupaciones en materia de contrastes regionales han sido tenidas en cuenta en el Sistema General de Regalías –SGR- ya que éste permite programar y financiar proyectos regionales con base en criterios como la pobreza, la población y las condiciones de desarrollo. El SGR incluye el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación¹ para financiar los proyectos que prioricen soluciones de las necesidades regionales. En este sentido, se incluyeron las denominadas zonas de consolidación para enfocar el trabajo en temas como: seguridad; justicia; desarrollo económico y social; infraestructura; erradicación de cultivos ilícitos; ordenamiento territorial; y propiedad, posibilitando el seguimiento y la evaluación. El Fondo contempla el fomento de actividades de investigación y desarrollo experimental (I+D), formación de capital humano, servicios científicos y tecnológicos, transferencia tecnológica, propiedad intelectual, infraestructura y actividades de innovación productiva y social.

El propósito de la convergencia regional, en los ámbitos investigativo y de innovación, reconoce capacidades económicas, sociales e institucionales diferenciadas en el territorio colombiano; por tanto, la planificación y la gestión territorial se deberían elaborar con una mirada prospectiva y de largo plazo. Más allá de la división territorial tradicional, el análisis territorial debe considerar las particularidades tanto de municipios como de departamentos, o incluso de territorios que los sobrepasan, más ahora con la posibilidad de conformar regiones y provincias según la nueva Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y el nuevo Régimen Departamental. En este sentido, es necesario tener en cuenta el documento Base para el Plan de Desarrollo Nacional “Prosperidad para todos”, ya que propone conformar las Áreas de Desarrollo Territorial –ADT- que permiten la *“articulación territorial al interior del departamento y entre los departamentos...y posibilitará que las zonas de mayor desarrollo relativo se integren y complementen con las de menor desarrollo”*.

La estrategia propuesta requiere la articulación de los entes territoriales, el sector productivo y las universidades a fin de determinar la orientación de los recursos para alcanzar metas regionales. Dos aspectos se deben estudiar en este contexto: 1. no desconocer que las regiones son diferentes, e inclusive, que algunas pueden participar de forma más activa en materia de talento humano e infraestructura; lo

1 Colciencias posee la Secretaría Técnica del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación -CTeI-.

que permite ver la innovación con un alto contenido de beneficio económico, valor agregado y competitividad; y 2. que el sector productivo prioriza la investigación aplicada por considerarla de corto plazo, desconociendo el proceso de investigación en su conjunto y la importancia de la investigación básica como soporte de aquella. Adicionalmente, el sector productivo exige un alto grado de protección de los datos. Contrario a esto, los científicos prefieren investigaciones de mayor duración en el tiempo y priorizan la investigación básica. Además acostumbran presentar los resultados investigativos a evaluación de pares, y socializarlos mediante diferentes medios de difusión.

Finalmente, es necesario recordar que estas políticas de institucionalización de la investigación y la innovación pueden ser leídas a la luz de la responsabilidad social de las universidades porque podrían considerar en sus intereses investigativos las necesidades propias y cambiantes de las regiones, participando en la solución de los problemas sociales y productivos del país. Ello implica que las invenciones no se queden guardadas en las universidades, sino que vayan al mercado y a la sociedad.

4. DISCUSIONES SOBRE LA INNOVACIÓN JURÍDICA

Suele afirmarse que existe una orientación de la investigación hacia la innovación en términos del mercado, por tanto, la capacidad económica de una región parece supeditada al esfuerzo innovador como característica de su crecimiento. Si se asume que la interacción de los sujetos para este fin es imprescindible, entonces se deben orientar las acciones con base en los objetivos y las potencialidades de la región, y esto implica la relación entre diferentes sectores y políticas.

Según el *Manual de Oslo* (2005), por innovación se entiende: “...la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores” (p. 56).

Esta definición parece centrarse en la expresión “introducción en el mercado”, no se desconoce que esto conlleva el uso efectivo del producto, servicio o metodología en el marco de operaciones de una empresa. Por esto, la innovación requiere que las universidades como centros de formación y creación del conocimiento se vinculen llevando sus invenciones al mercado, y potencializando la investigación con el desarrollo experimental (I+D) que permita derivar nuevas aplicaciones en los campos de la ciencia y la tecnología. Según López (2004) “La idea de un sistema de innovación...se relaciona con las instituciones que intervienen en los

procesos de aprendizaje. Éstas incluyen las universidades, así como organizaciones de investigación especializadas, industrias basadas en la ciencia y otras unidades profesionales involucradas en la producción de bienes” (p. 196). Esto supone una articulación que debe involucrar la investigación básica, la investigación aplicada y el desarrollo experimental, teniendo claro que la innovación no debe implicar sólo la entrada de un nuevo producto al mercado sino también aquellas mejoras permanentes que se realizan a los productos, a los procesos y a las operaciones.

En el *Manual de Oslo* (2005) son caracterizados cuatro tipos de innovaciones: i) **Innovación de producto o servicio**: se enfoca en el uso al que está destinado el producto, e incluye la introducción de nuevos bienes y servicios con las mejoras en sus características funcionales y las modificaciones de sus especificaciones técnicas que propician mejores rendimientos; en materia de servicios se cuenta con la posibilidad de evaluar la innovación con base en parámetros de eficacia y rapidez. ii) **Innovación de proceso**: que implica un cambio en las técnicas materiales y programas informáticos, para reducir costos de producción y distribución, y mejorar la calidad. iii) **Innovación de mercadotecnia**: nuevo método de comercialización para satisfacer a los consumidores, e implica cambios en el diseño, envasado de un producto, posicionamiento, promoción y tarifa. iv) **Innovación de organización**: nuevo método organizativo en las prácticas, el lugar de trabajo o las relaciones con el exterior de las empresas.

Estos tipos de innovación se deben relacionar con base en:

1. Desarrollo económico, amplitud de mercados, intensidad de la competencia, tecnología, demografía.
2. Estrategias, recursos y capacidades, cultura organizacional, gobierno corporativo.
3. Educación, habilidades, identificación de oportunidades, preferencia por el riesgo, recursos psicológicos (Vesga, 2011: 4).

Con base en los postulados tratados anteriormente se debe analizar concretamente la innovación jurídica, y se puede partir de una precisión en el sentido de enunciar que ésta comporta un resultado final. No es sostenible pensar que el saber jurídico no sea innovador, al contrario lo es de manera constante a través de su expresión en procesos legislativos y jurisprudenciales que regulan de nuevas maneras las relaciones sociales o crean instituciones jurídicas, además, lo puede ser en metodologías para la formación y la investigación.

Precisamente un ejemplo de innovación jurídica está representado en los contenidos que conforman o pueden llegar a conformar el SNCTeI, en tanto implica la incur-

sión de nuevos conceptos y figuras jurídicas. Es así como el SNCTeI constituye un espacio propicio para que los abogados participen en su creación y sean convocados para su interpretación, e incluso, puede darse lugar a que teniendo en cuenta los retos que al saber jurídico generan se sugieran posibles cursos en los planes de estudio de pregrado y posgrado. Además, la comunidad científica reclama al saber jurídico la importancia de formar abogados sensibles a las políticas que se trazan desde el nivel central en materia de investigación e innovación, y la posibilidad de que la participación activa de los sujetos investigadores jurídicos en estos sistemas permita la generación de nuevas políticas acorde con las realidades que ellos comportan.

El SNCTeI comporta un conjunto de retos para ser abordados con estudios y análisis que implican nuevas miradas jurídicas y por consiguiente innovación en materia de saber jurídico. Estos retos se podrían examinar en cuatro sentidos: 1. Como fuente directa que articula regímenes comunes y genera comunidades propias del saber; 2. En la relación entre modelos y técnicas jurídicas entre diferentes países; 3. En la generación de relaciones de cooperación en el intercambio y la coproducción; y 4. En el avance en los procesos investigativos que permitan la problematización constante de formas de interpretar y analizar el saber jurídico.

Ha sido tradicional que el saber jurídico se convoque para proponer nuevas regulaciones en distintos ámbitos y procesos sociales, como por ejemplo la protección de los derechos. Es precisamente esta participación la que permite que el derecho cuente con la posibilidad de tener elementos para reconocer casos, problemas y análisis de situaciones particulares que no han sido considerados en el ámbito del SNCTeI.

Si se asume que la innovación se relaciona con la aspiración del desarrollo con mejores condiciones de vida y democracia, entonces podría considerársela como una fuente de acción que se realiza desde la investigación. En otras palabras, se trata de la investigación que tiene unos resultados concretos en la transformación de la vida social.

Esto conduce a que en el saber jurídico se analicen dos momentos que generan un esquema circular. En el primer momento, es necesario conocer las formas jurídicas de innovación en el saber jurídico o sea, la formación, la creación y la aplicación jurídica, las cuales generan prácticas jurídicas que son replicadas y transformadas. En el segundo momento, la aplicación de la innovación en el derecho puede generar cambios en las prácticas jurídicas, transformaciones y nuevas formas de relaciones jurídicas. No se desconoce que la innovación jurídica podría ser espontánea e impactar el saber, o podría estar vinculada con las formas jurídicas que la han requerido desde la formación y la creación-producción legislativa y jurisprudencial.

Lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo. Una de las experiencias de innovación jurídica que podría ser reconocida en el derecho privado, es la protección de la propiedad intelectual. Protección que tradicionalmente se concentró en el inventor que en su sitio de trabajo desarrollaba una idea. En la actualidad, se ha dado un giro, se espera que un colectivo sea el encargado de crear y, que a su vez, el derecho pueda proteger su creación. Es así como el saber jurídico se ha convocado para determinar cuáles son los medios que se requieren para proteger la invención y qué es lo más conveniente a la hora de proteger el esfuerzo inventivo colectivo.

Preguntarse por las innovaciones y su difusión implica considerar la importancia del proceso investigativo de los sujetos investigadores en la búsqueda de respuestas a las necesidades sociales, por medio de un proyecto desde el cual se hagan planteamientos que puedan estimarse como innovadores en el saber jurídico. Los resultados de las investigaciones en términos de ideas y conocimiento aplicable, sea en la formación jurídica, como en la creación legal y jurisprudencial, expresan condiciones propias del saber, así como la intervención de factores externos que en la discusión jurídica muestran prácticas discursivas que son aprobadas por la comunidad del saber. Estos discursos generan resistencias entre los saberes e incluso en el mismo saber, esa interacción entre los sujetos propicia enunciados jurídicos que pueden ser concebidos como innovadores desde la perspectiva de la formación jurídica, como de la creación y aplicación del derecho.

Los sujetos innovadores en el saber jurídico pueden hacer presencia en las facultades y escuelas de derecho, en los órganos colegiados, el Congreso, los tribunales, las altas cortes, entre otros. La participación en el proceso innovador es activa en tanto implica definir un problema y proponer su solución dentro del mismo saber. A su vez, convoca a los sujetos externos al saber en tanto las soluciones pueden provenir de otro saber o ser destinatarios de estas. El proceso innovador permite que se materialicen los elementos de aprendizaje jurídico en distintas formas de intervención social, entre ellas tienen su mayor importancia la creación legal y jurisprudencial. Las distintas formas de intervención social del derecho retornan constantemente a la innovación en tanto el derecho tiene como función la resolución de problemas, los cuales están sujetos a la transformación de la vida social.

CONCLUSIONES

Las Áreas Prioritarias de Investigación –APIs- propuestas en los documentos institucionales están orientando la investigación en el país, por lo que el papel de las universidades, y concretamente, la investigación jurídica es crucial en tanto son los

sujetos investigadores quienes desde el ámbito educativo definen autónomamente sus intereses de investigación. En ese espacio natural deben darse las principales discusiones sobre las políticas y la normatividad en materia del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación –SNCTeI- que concentra su accionar en el espectro regional. Esta situación debe ser aprovechada por la comunidad investigativa del país, especialmente por los investigadores del saber jurídico y por aquellos que hacen presencia investigativa en las regiones.

La innovación jurídica requiere de la asociatividad entre diferentes actores, por lo que uno de los retos es propiciar espacios de discusión y diálogo entre los sujetos del saber jurídico y los actores externos, permitiendo identificar convergencias y divergencias entre las áreas que se estiman como importantes para la comunidad del saber jurídico y para el SNCTeI.

Es necesario reconocer el carácter innovador que se presenta en las instituciones formadoras y en los órganos de creación y aplicación del saber jurídico y que sean los sujetos investigadores jurídicos quienes evalúen la novedad que existe en sus procesos, para poder determinarlos como propios de la innovación jurídica.

Se debe aclarar que los abogados e investigadores del saber jurídico pueden participar en el sistema de otras maneras, como se ha manifestado anteriormente, y esto se materializa desde la formación, la creación y la interpretación de los aspectos que conforman el SNCTeI y desde su relación y articulación con ellos.

La representación social del investigador en materia de innovación jurídica comporta el análisis de los intereses e intencionalidades sobre las problematizaciones que se elaboran durante la ejecución de la investigación, esto propicia una búsqueda por mejorar las condiciones sociales y la consecuente transformación de la vida social.

BIBLIOGRAFÍA

- Bellon, A (2002). Sociedad y evolución tecnológica: ciudadanos excluidos por la ciencia. André. *Le Monde Diplomatique: una voz clara en medio del ruido*, Vol. 01, No. 02, junio, p. 32-33.
- Cancelado, M (2010). Fortalecimiento institucional del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación a un año de la ley 1286 y del documento Conpes 3582. *Revista de la Universidad de la Salle* (Bogotá), Vol. 31, No. 51, enero-abril, p. 143-152.
- Cancino, P; Petit, Breuilh; Padilla, P *et al* (2008). Indicadores de ciencia, tecnología e innovación para la inteligencia competitiva de sistemas regionales de innovación. *Cuadernos de Administración* (Cali), No. 40, julio-diciembre, p. 57-72.

- Cardoza, G y Abreu, M (2002). Cátedra CTS + I: Para innovar hay que correr riesgo. *Alma Mater* (Medellín), No. 504, octubre, p. 23-25.
- Convenio Andrés Bello. (2004). *Políticas, estrategias y consensos de acción en ciencia y tecnología de los países del Convenio Andrés Bello 2003-2010*. Bogotá. 2 v. (563 p. v.1, 654 p. v.2) Serie Ciencia y Tecnología, 128.
- Convenio Andrés Bello. (2010). *Políticas, estrategias y consensos de acción en ciencia y tecnología de los países del Convenio Andrés Bello 2003-2010*. Bogotá: 2 v. 563 p. v.1, 654 p. v.2.
- Delgado, M; Navas, J; Martín de Castro, G *et al* (2008). Propuesta de un modelo teórico sobre el proceso de innovación tecnológica basado en los activos intangibles. *Cuadernos de Estudios Empresariales* (España), Vol. 18.
- Forero, C (2003). Incrementar recursos, paso definitivo para que el nuevo contrato social fructifique. *Alma Mater* (Medellín), No. 511, junio, p. 20.
- González, A y González, T (2009). Los actores de los sistemas de I+D+i de las regiones periféricas. *Papers: Revista de Sociología* (Barcelona), No. 91, p. 65-80.
- Grosso, J (2008). Tácticas e innovaciones sociales en el uso de las redes. Políticas del conocimiento, tecnologías y cultura. José Luis Lorenzo. *Cuadernos de Administración* (Cali). No. 40, julio-diciembre, p. 161-180.
- López, G (2004). Aproximación a las generalidades y debilidades del sistema de innovación colombiano. *Scientia Et Technica* (Pereira), Vol. 10, No. 24, p. 195-200.
- Martínez, C (2010). *Responsabilidad social empresarial: una reflexión desde la gestión, lo social y ambiental*. Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 228 p
- Perdomo, Ch (2009). ¿Por qué, cómo y para qué estudiar los Sistemas Nacionales de Innovación y Estilos de Innovación en Colombia? *Pensamiento y Gestión* (Barranquilla). No. 27, p. 132-161.
- Pérez, R y Rodríguez, J (2006). *La formación jurídica en América Latina: tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, A y Alvarado, H (2008). *Claves de la innovación social en América Latina y el Caribe*. Chile: CEPAL, 227 p. Libros de la CEPAL, 101.
- Pérez, L (2006). Cómo aprender ciencias sociales en la sociedad del conocimiento. *Docencia universitaria*. Vol. 07, noviembre, p. 141-153.
- Ruiz, L y Maya, L (2009). Aproximación a la evolución de la responsabilidad social empresarial y las herramientas para divulgarla. *Revista Criterios: Revista de Investigaciones de la Universidad Mariana* (Pasto), No. 23, enero-junio, p. 43-49.
- Villalobos, C (2002). Nuevas tecnologías y exclusión social. *Revista Educación y Ciencias Humanas* (Caracas), Vol. 10. No. 18, enero-junio, p. 33-45.

DOCUMENTOS PÁGINAS WEB.

- Visión Colombia 2019: II centenario (2006). *Fundamentar el crecimiento y el desarrollo social en la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*. Presidencia, Colciencias y DNP, Colombia, en: <http://www.bicentenarioindependencia.gov.co/Es/Proyectos/Documents/Cartilla-Vision-2019-CTI-pdf>.
- United Nations. *We the people*. (2000) *The role of the United Nations*. Recuperado el 28 de abril de 2011, en: <http://www.un.org/millennium/sg/report/full.htm>.
- COLCIENCIAS (2008) *Colombia construye y siembra futuro*. Colombia. Recuperado el 19 de julio de 2011, en: http://www.bicentenarioindependencia.gov.co/Es/Proyectos/Documents/Pol_Colombia_construye.pdf.
- Departamento de Planeación Nacional (2008). *Hacia una Colombia regionalmente equitativa e incluyente*, en: <http://www.pnud.org.co/sitio.shtml?apc=f-d-1--&x=18653>.
- Presidencia de la República (1996) Misión de sabios. *Colombia: Al filo de la oportunidad*. Santafé de Bogotá. Recuperado el 25 de julio de 2011 en: http://www.umng.edu.co/www/resources/cd_colombia%20al%20filo%20de%20la%20oportunidad.pdf.
- Becerra, Diego y Restrepo, Olga (2011). *Las ciencias en Colombia: 1783-1990. Una perspectiva Histórico-Sociológica*. Recuperado el 25 de julio de 2011, en: <http://www.docentes.unal.edu.co/omrestrepof/docs/Las%20ciencias%20en%20colombia.pdf>.
- Gaviria, César (2011). *Ciencia y Tecnología*. Recuperado el 25 de julio de 2011, en: www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/.../gaviria_Estrategias_del_plan5.pdf.
- Observatorio Colombiano de Ciencia y Tecnología (2006). *Evaluación de las actividades de comunicación pública de la ciencia y la tecnología en el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología Colombiano, 1990- 2004*. Bogotá. Recuperado el 21 de julio de 2011, en: http://www.ocyt.org.co/html/archivosProyectos/Informe_final.pdf.
- Vesga, Rafael (2011). *Emprendimiento e innovación en Colombia: ¿Qué nos está haciendo falta?* P. 4. Recuperado el 20 de agosto de 2011, en: <http://cec.uniandes.edu.co/pdf/rav.pdf>.
- Villaveces, José Luis (2004). *Notas hacia un documento sobre la medición del impacto de la ciencia y tecnología*. Bogotá. Recuperado el 21 de julio de 2011, en: <http://190.41.189.210/oficinas/investigaciones/CTS%20%20Medicion%20del%20Impacto%20de%20CT.pdf>.
- Manual de Oslo. *Guía para la recogida e interpretación de datos sobre innovación*. En: <http://search.conduit.com/Results.aspx?q=MANUAL+DE+OSLO+OCDE+2010&meta=all&hl=es&gl=co&gil=es-CO&SelfSearch=1&SearchType=SearchWeb&SearchSourceOrigin=13&ctid=CT2431232&octid=CT2431232&FollowOn=True>
- Murcia, Carlos; Llanos, Eugenio; Silva, Adriana *et al* (2011). *Evaluación ex - post del programa nacional de desarrollo científico y tecnológico*. Recuperado el 21 de julio de 2011, en: http://udistrital.edu.co/wpmu/rectoria/files/impacto_investigaci%C3%B3n.pdf.

DOCUMENTOS CONPES

Conpes 2540 “*Política de Ciencia y Tecnología*”. Bogotá: DNP, 1991.

Conpes 2703 “*COLCIENCIAS: inversión en ciencia y tecnología*”. Santafé de Bogotá: DNP, 1994.

Conpes 2739 “*Política Nacional de Ciencia y Tecnología, 1994-1998*”. Santafé de Bogotá: DNP, 1994.

Conpes 2848 “*Seguimiento a la Política Nacional de Ciencia y Tecnología*”. Santafé de Bogotá: DNP, 1996.

Conpes 3179 “*Política integral de apoyo a los programas de doctorado nacionales*” Santafé de Bogotá: DNP, 2002.

Conpes 3080 “*Política Nacional de Ciencia y Tecnología 2000-2002*”. Santafé de Bogotá: DNP, 2000.

Conpes social No. 091 “*Metas y estrategias de Colombia para el logro de los Objetivos de desarrollo del milenio 2015*”. Santafé de Bogotá: DNP, 2005.

Conpes 3582 “*Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación*”. Santafé de Bogotá: DNP, 2009.

PLANES DE DESARROLLO DE COLOMBIA

Departamento Nacional de Planeación. Plan nacional de desarrollo 1990-1994 “*La revolución pacífica*” en: <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>.

Departamento Nacional de Planeación. Plan nacional de desarrollo 1994-1998 “*El salto social*” en: <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>.

Departamento Nacional de Planeación. Plan nacional de desarrollo 1998-2002 “*Cambio para construir la paz*” en: <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>.

Departamento Nacional de Planeación. Plan nacional de desarrollo 2002-2006 “*Hacia un Estado Comunitario*” en: <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>.

Departamento Nacional de Planeación. Plan nacional de desarrollo 2006-2010 “*Estado comunitario: desarrollo para todos*” en: <http://www.dnp.gov.co/PND/PND20062010.aspx>.

Departamento Nacional de Planeación. Plan nacional de desarrollo 2010-2014 “*Prosperidad para todos*” en: <http://www.dnp.gov.co/PND/PND20102014.aspx>.



Título: De la serio mujeres de revista, no. 2

Técnica: Óleo sobre madera

Dimensión: 37 x 62 cm

LA UNIVERSIDAD PÚBLICA Y LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991*

* Extracto de ensayo con el mismo título presentado en la convocatoria de ensayos argumentativos sobre “La Universidad Pública y la Constitución Política de Colombia de 1991” realizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Trabajo aprobado como Trabajo de Grado. Este texto fue asesorado por el profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia Oscar Alberto García Arcila.

Fecha de recepción: octubre 7

Fecha de aprobación: diciembre 4

LA UNIVERSIDAD PÚBLICA Y LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

*Edison Norman Benavides B.**

RESUMEN

La universidad ha respondido a la demanda de educación superior de los pueblos indígenas con “programas de admisión especial” enmarcados dentro del enfoque de “inclusión de individuos” que han terminado en la formación de profesionales indígenas con poca pertinencia social y cultural. Los estudiantes provenientes de comunidades indígenas tienen que afrontar múltiples problemáticas en el acceso, permanencia y culminación exitosa de sus estudios profesionales. En una sociedad diversa es necesario reconocer y apoyar los diversos modelos de universidad y de educación. La universidad para que sea pública debe pintarse de “Colombia” y como consecuencia tendríamos una universidad intercultural. Esta es una universidad que gestiona un diálogo entre los diversos saberes, conocimientos, modos de enseñanza y aprendizaje; ejecuta relaciones de colaboración en la producción, apropiación, potenciación y trasmisión de conocimientos; aprovecha los diversos conocimientos y saberes para la solución de problemáticas y la búsqueda de un mejor futuro. Esta Universidad puede contribuir a la transformación social mediante la generación de relaciones interculturales mutuamente respetuosas, equitativas y de valoración recíproca. Es así como se materializa el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y se contribuye a la construcción de una República democrática, participativa y pluralista.

Palabras clave: educación superior, pertinencia, calidad, pueblos indígenas, diversidad étnica y cultural, educación intercultural.

THE PUBLIC UNIVERSITY AND THE CULTURAL AND ETHNIC DIVERSITY UNDER THE LIGHT OF THE 1991 CONSTITUTION

ABSTRACT:

The University has responded to the higher education demand by indigenous people with “special admission programs” by the view of the “individual’s inclusion” that makes an indigenous professionals with low social and cultural relevance. The student who comes from the indigenous guards has a many problems to affront, in the access, the permanence to end their superior formation with success. In a society with diversity is necessary to recognize and support different education and University models. The University has to paint itself of “Colombia” and how a consequence we have an intercultural university. University that manages the dialog between different kinds of knowledge, teaching modes and learning; implements relations of collaboration in the production, appropriation, empowerment, and transmission of knowledge; advantages the different knowledge to solve the problematic and make a better future. University can contribute to the social transformation respectful intercultural relationships, equal and mutual valuation. That’s the way how materializes the recognizing and protection of the ethnic and cultural diversity and contributes to the construction of a democratic, participative and plural Republic.

Key words: Higher education,

* Indígena estudiante de Derecho (U de A) y Ciencia Política (UNAL); Exgobernador del Cabildo Indígena Universitario de Medellín; Consejero estudiantil del Cabildo Indígena Chibcaríwak, integrante del Semillero de Investigación en Derecho y Legislación Indígena.

LA UNIVERSIDAD PÚBLICA Y LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991 fue el resultado de un proceso participativo y pluralista conocido como la Asamblea Nacional Constituyente donde el movimiento indígena participó con tres representantes que dejaron plasmado en la “norma de normas” un amplio articulado a favor de la diversidad étnica y cultural.

Los diversos pueblos y culturas históricamente subvalorados, excluidos, invisibilizados y discriminados, han ido insertándose lentamente dentro de los sistemas social, cultural, político y económico de nuestro país. Sin embargo, los límites de orden legal y cultural de la sociedad mayoritaria han impedido la valoración, aceptación, reconocimiento y protección real y plena de dicha diversidad étnica y cultural, contrariando el postulado constitucional consagrado en el Art. 7° de la Carta Política. La universidad como parte de estos sistemas no es ajena a esta realidad y, por ello, también está incumpliendo con los cometidos de nuestra Constitución.

Las políticas y normatividad que tienen las universidades públicas colombianas para la atención de los grupos étnicos, están relegadas a programas de cada universidad, dentro de su autonomía, bajo la figura de “programas de admisión especial”. Estos programas, en su mayoría, sin una reglamentación clara, existen en cada universidad de distinta forma pero sin mayores acciones tendientes a valorar, reconocer y proteger los diversos saberes, conocimientos (epistemes), metodologías, pensamientos (cosmovisión) e identidades de los pueblos y culturas que hacen parte de la diversa población colombiana. Por el contrario, prevalece una educación etnocentrista, mercantilista y homogeneizante que contradice el principio de la diversidad étnica y cultural consagrado en nuestra Constitución.

Si bien una parte de la bibliografía consultada para este trabajo, como la relativa al concepto de diversidad étnica y cultural, hacen referencia a los pueblos indígenas y también a los grupos afrocolombianos y la comunidad ROM, en este trabajo se hace énfasis en el tema indígena.

2. MARCO CONCEPTUAL

Para mayor claridad sobre el tema a tratar es pertinente hacer una revisión de algunos conceptos centrales como: reconocimiento, diversidad étnica y cultural, principio de la diversidad étnica y cultural, interculturalidad, inclusión, etnoeducación, educación propia y educación intercultural.

Siguiendo al profesor Charles Taylor (1993), “reconocimiento” equivale a “permitir que las culturas se defendieran a sí mismas dentro de unos límites razonables. Pero la otra exigencia, que tratamos aquí, es que todos reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no sólo las dejemos sobrevivir, sino que reconozcamos su valor” (pág. 53). Aquí se encuentran dos elementos importantes: uno es dejar que las culturas sobrevivan, no oponerse ni limitarles su proceso de desarrollo o evolución, para esto hay que permitirles un espacio autónomo donde puedan conservarse. Pero el otro elemento consiste en asignarles una valoración positiva a lo que esas culturas hacen y poseen.

Apesar del sometimiento y exterminio físico y cultural al que han sido sometidos durante varios siglos los pueblos y las culturas de nuestra región, según el DANE (2005), aún perviven en Colombia 102 pueblos indígenas, los grupos afrocolombianos y la comunidad ROM, como grupos poblacionales con culturas diferentes a la mayoritaria.

Hoy nos enfrentamos a un nuevo proceso social, cultural, político y económico homogeneizante conocido como la globalización. Ni la educación ni las culturas y los pueblos son ajenos a dicho proceso. La profesora María del Rosario Guerra (2007) nos dice: “El multiculturalismo es un signo del presente. Si una cara de la realidad es la globalización con su cultura uniformizante, la otra faz está dibujada por las costumbres peculiares de cada grupo, las que reclaman su derecho a existir con autonomía” (pág. 33). Los miembros de los pueblos y culturas tienen derecho a mantener un estilo de vida propio como reflejo de su identidad cultural. Para esto se tiene que exigir a la globalización, tolerancia y respeto a la especificidad o particularidad étnica y cultural, sobre todo en nuestra región que es altamente rica en etnias y culturas, fruto del encuentro “traumático” entre americanos, europeos y africanos. Así “la diversidad étnica y cultural” hace referencia a la multiplicidad de grupos humanos que perviven hasta hoy en nuestra región. Cada grupo humano-pueblo, etnia o comunidad- ha desarrollado milenariamente su propia “cultura”¹.

1 “Conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias” (UNESCO, 2011, pág. 6).

La consagración constitucional del pluralismo², el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural³, le otorgó fuerza jurídica, es decir, la posibilidad de exigirse coercitivamente una nueva concepción de sociedad y de país. Al consagrarse estos postulados en la Constitución se instituye el “principio de diversidad étnica y cultural” con miras a garantizar la pervivencia de las culturas y pueblos que existen y conviven en nuestro país. Al catalogarse como “principio”, se convierte en directriz general para toda la Nación, herramienta de interpretación de las leyes y fuente de Derecho. Al respecto nos dice la Corte Constitucional en la Sentencia C-139 de 1996:

La eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas (...) el reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento si no una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural.

Dicho principio se materializa en el desarrollo y la estipulación de diferentes derechos individuales y colectivos de orden constitucional y legal, como lo señala la misma Corte en la Sentencia T-492 de 1996:

Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos. (...) prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo.

En otras de sus providencias, la Corte Constitucional señala que el principio de diversidad étnica y cultural:

(...) no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, de carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (Sentencia SU-510 de 1998).

2 Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia [C.P.C.] de 1991.

3 Artículo 7 C.P.C. de 1991.

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal (Sentencia T-523 de 1997).

El principio consagrado en el artículo 7º de la Constitución merece un respeto y acatamiento altamente necesario, puesto que supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos, y que quieren mantenerse y fortalecerse, reconociendo que pueden ser hasta contrarios a los valores de una ética universalmente aceptada (Corte Constitucional, 1994, S. T-254).

Por otra parte, la expansión europea ha dado lugar al establecimiento de relaciones entre pueblos, culturas y civilizaciones diversas, relaciones que han tenido y tienen un carácter “intercultural”. La idea de interculturalidad, en principio, no posee un sentido particular unívoco, ni positivo ni negativo, sino meramente descriptivo, en tanto se refiere de manera genérica al campo de las relaciones entre poblaciones culturalmente diferentes (Mato, 2008). Tomamos aquí el concepto de manera pura y simple, sólo como la relación entre culturas; pero históricamente las relaciones entre las culturas no han sido pacíficas. Las relaciones entre la cultura occidental y las culturas indígenas han sido “relaciones interculturales de dominación”. Hoy la idea de interculturalidad apunta o debe apuntar hacia la configuración de “relaciones de colaboración” y esto implica darle una calificación positiva a la idea de interculturalidad inyectándole elementos al concepto, tales como: el reconocimiento, la valoración, la equidad, la dignidad y el respeto mutuos en esas relaciones (Mato, 2008). En este sentido la interculturalidad “se entiende necesariamente asociada a la de búsqueda y construcción de formas de equidad (...) «Construir relaciones interculturales equitativas y de valoración mutua», lo cual suele expresarse sintéticamente con la fórmula «interculturalidad con equidad»” (Mato, 2007, pág. 65).

Otro concepto muy en boga en nuestros días que va a la par y, a veces, en conflicto con el anterior, es el de “inclusión”.

La inclusión se entiende como ‘llevar dentro de sí’ algo que por alguna razón o condición no se ha ‘agregado’; pero también significa la existencia de una dificultad que se requiere afectar para poder que eso que no se ‘agrega’ se haga de una vez por todas, que no se postergue más algo que es evidente y necesario. (...) Entonces la inclusión es para afectar esas condiciones que no permiten que ese ‘algo’ que falta entre (Fayad, 2010, pág. 2).

Más adelante nos dice que hay un giro lingüístico y conceptual importante cuando se habla de “inclusividad”: “porque inclusivo [no incluyente] se refiere a una inclusión en diferentes órdenes, donde diversas formas de incluir logran consolidar y darle forma a la capacidad de que ‘eso que falta’ entre sin el uso de formas hegemónicas o fuerzas que no permiten el desarrollo de lo propio o que nieguen las posibilidades para ese proceso” (Fayad, 2010, pág. 2). Se trata entonces de mirar bajo qué concepción, forma y proceso se pretende “incluir”, teniendo cuidado para que no se discrimine al otro, se le respete su identidad cultural y no se generen mayores inequidades.

Dentro de la teoría del Estado Social de Derecho, modelo de Estado consagrado en nuestra Constitución⁴, la educación se debe concebir como un derecho, no como un servicio ni, mucho menos, como una mercancía. Sin embargo, nuestro constituyente consagró la educación de una manera ambivalente al concebirla, a la vez, como un derecho y como un servicio⁵. Es un derecho en tanto significa una garantía para los ciudadanos y un deber para el Estado; así está catalogado por muchas normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Agregado a esto, “el derecho a la educación funciona como un derecho multiplicador: cuando este derecho está garantizado, abre las puertas a otros derechos; en cambio cuando este derecho es negado, cierra el disfrute de todos los derechos humanos y perpetúa la pobreza” (Centro R.F.K., 2009, pág. 52), generando condiciones de inequidad, injusticia, explotación, discriminación, exclusión, marginación, opresión y violencia. También es conocido que la educación es uno de los pilares fundamentales para la garantía los valores universalmente aceptados, como son: los derechos humanos, la democracia, el desarrollo sostenible, la paz, la justicia, la libertad, la igualdad y la solidaridad (UNESCO, 1998).

De la relación entre el derecho a la educación y la diversidad étnica y cultural, surge el concepto de “etnoeducación”. La ley 115 de 1994, en su artículo 55, define la etnoeducación como la “educación para grupos étnicos”, es decir, la educación “que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones”. En la realidad, esta política somete el proceso educativo de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las formas, contenidos y métodos de la educación convencional occidental, con un leve respeto a su cultura. Se trata de una política

4 Artículo 1, C.P.C. de 1991.

5 Artículo 67, C.P.C. de 1991.

educativa diseñada e implementada por el Gobierno Nacional y destinada a unos grupos poblacionales considerados “etnias”. El profesor Mosquera (1999) nos dice que “la etnoeducación debemos entenderla como la educación en los valores de la etnicidad nacional, teniendo en cuenta que nuestra identidad cultural es el sincretismo o mestizaje de tres grandes raíces: la africanidad, la indigenidad y la hispanidad”. En este sentido, no sólo debe ser destinada para los grupos étnicos sino para toda la población nacional.

Como contrapropuesta a la etnoeducación, los pueblos indígenas han diseñado una política educativa conocida como “educación propia” que se enmarca dentro del Sistema Educativo Indígena Propio [SEIP] y que viene siendo jalonado por la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para Pueblos Indígenas [CONTCEPI] creada mediante Decreto 2406 de junio 26 de 2007. Se trata de una política educativa de la comunidad, con la comunidad y para la comunidad. La educación propia se da en cumplimiento de la Ley de Origen o Derecho Propio de cada pueblo, manteniendo la unidad, la relación con la naturaleza, con el territorio, con otras culturas y con la sociedad mayoritaria, conservando cada una sus propios usos y costumbres. Se desarrolla con base en la sabiduría y conocimiento propio, en forma vivencial, con la participación de sabedores ancestrales, autoridades, mayores, padres de familia y comunidad en general. Con la educación propia se busca la revitalización de las culturas y el mantenimiento de la identidad como indígenas. Se basa en el conocimiento de la naturaleza, la “madre tierra” entendida como un ser vivo, y se accede a ese conocimiento a través de la interpretación que se hace con base en la experiencia (CONTCEPI, 2009, pág. 20). Ya lo decía Quintín Lame hace cerca de un siglo:

No es verdad que sólo los hombres que han estudiado quince o veinte años, son los que han aprendido a pensar para pensar, son los que tienen vocación, porque han subido del valle al monte. Pues yo nací y me crié en el monte y del monte bajé hoy al valle a escribir la presente obra. (...) La naturaleza humana me ha educado como educó a las aves del bosque solitario que ahí entonan sus melodiosos cantos y se preparan para construir sabiamente sus casuchitas sin maestro (Corrales, 2005, pág. 205).

Éste era un sabio originario, su única escuela había sido la vida en su montaña y por eso nos hace referencia a la naturaleza como el origen del conocimiento y a la experiencia como el vehículo para acceder a él. En este pensamiento se sustenta la educación propia.

Hay que anotar que en los pueblos indígenas no se habla de educación superior por cuanto ello implica reconocer una inferior, la cual no existe. La educación es un solo proceso que empieza con la concepción y termina con la muerte;

proceso que se desarrolla en el SEIP (Bolaños y otros, 2009). Para efectos de este trabajo se hace referencia al concepto de educación superior porque se tiene como tema central “la universidad”. La “educación superior” según la Conferencia Regional de Educación Superior en América Latina y el Caribe [CRES] (2008), es:

(...) un derecho humano y un bien social. Los Estados tienen el deber fundamental de garantizar este derecho. Los Estados, las sociedades nacionales y las comunidades académicas deben ser quienes definan los principios básicos en los cuales se fundamenta la formación de los ciudadanos y velar porque ella sea pertinente y de calidad. El carácter de bien público social (...) se reafirma en la medida que el acceso a ella sea un derecho real de todos los ciudadanos. (pág. 5).

Si retomamos el concepto de interculturalidad y lo reunimos con el de educación superior, conformamos uno nuevo: educación superior intercultural. Este nuevo concepto reclama de la educación superior -la universidad- valoración, respeto y reconocimiento de la diversidad cultural y étnica. Esto es la interculturalización de todos sus espacios para que se conviertan en escenarios donde fluyan las relaciones de respeto, equidad y valoración mutua de los saberes, conocimientos y métodos de todas las culturas y pueblos (Mato, 2009). Sólo así se contribuiría, por un lado, a la protección de dicha riqueza y diversidad y, por otro lado, a responder con pertinencia social y cultural a las problemáticas de nuestra región, teniendo presente que es altamente diversa; pero también, es una oportunidad para aprender de esos otros saberes y conocimientos subvalorados e invisibilizados. Aquí le hemos asignado una valoración positiva al concepto de interculturalidad, por ello, la educación superior intercultural es aquella que nos

(...) remite al reconocimiento profundo de la diversidad propia de la especie humana en términos de culturas o visiones de mundo, a las cuales corresponden no sólo diversas comidas, danzas y vestuarios, sino también diferentes sistemas de valores, diversas acumulaciones de saber, distintos modos de producción de conocimiento y diferentes modalidades de aprendizaje (Mato, 2008, pág. 54).

Cuando se hace referencia a una institución con el carácter de intercultural, pero en especial de una institución universitaria, no nos estamos refiriendo simplemente a la diversidad cultural y étnica que representa su estudiantado o su planta docente sino, también y en primer lugar, a su currículum, a sus contenidos, a sus programas. Todo lo que la institución encierra debe ser diseñado y ejecutado a partir de concepciones e intereses explícitos de aprender tanto de los saberes indígenas y otros grupos humanos, como de lo que en ellas se suele nombrar como “ciencia occidental” (Mato, 2008).

3. RESEÑA JURÍDICA DE LA EDUCACIÓN PARA PUEBLOS INDÍGENAS

Continuando con esta contextualización se hace necesario hacer un recorrido histórico del tratamiento jurídico que se le ha dado a la educación para los pueblos y comunidades indígenas en nuestro país. Sin ir muy lejos, recordemos que durante el periodo comprendido entre 1900 y 1960 la educación se llevaba a cabo bajo la tutela de la iglesia católica, la cual desconocía la riqueza cultural de los pueblos. Esta educación impedía que se hablara en lengua indígena y proyectaba valores y principios ajenos a los intereses y expectativas de las comunidades, desligando a los niños de sus prácticas comunitarias y culturales (CONTCEPI, 2009, pág. 10). Posterior al exterminio físico al que fue sometida gran parte de la población indígena durante la conquista y la colonia; la educación y la iglesia católica constituyeron los principales instrumentos de exterminio y alienación cultural.

Para la década de 1970, los pueblos indígenas habían comprendido la amenaza que significaba para la estabilidad de sus culturas este tipo de educación, además, se era consciente de que “la educación es el principal medio por el que [sic] lograr el desarrollo individual y colectivo de los pueblos indígenas; es una condición previa para que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho a la libre determinación, incluido el derecho a procurar su propio desarrollo económico, social y cultural” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009, pág. 28). Por lo anterior, se generó un gran movimiento nacional que buscaba transformar la estructura y contenido del sistema educativo. Fruto de ese movimiento, en el año de 1978, mediante Decreto 1142, se reglamentó el artículo 11 del Decreto Ley 088 de 1976, el cual, hasta la promulgación de la Constitución de 1991, constituyó el documento rector de los principios de educación indígena para el país. Entre los principios más sobresalientes encontramos: “la educación debe estar de acuerdo con las necesidades y características culturales de los grupos; las comunidades deben participar en el diseño de sus programas educativos; la alfabetización debe hacerse en lengua materna; se tendrán en cuenta horarios y calendarios de acuerdo a las características de las comunidades”⁶. Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, estos principios se reafirman y se avanza jurídicamente porque adquieren rango constitucional los siguientes postulados: “principio de la diversidad étnica y cultural; el pluralismo, la igualdad, la democracia, la participación y la dignidad humana; la obligación del Estado y las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación; el derecho de los grupos étnicos a una educación que respete y

6 Decreto 1142 de 1978.

desarrolle su identidad cultural y la consagración de que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”⁷.

A la par de la “Carta Magna” encontramos la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de 1989 de la OIT; donde se reconoce el derecho de los pueblos indígenas para crear sus propias instituciones y medios para una educación que respete la integridad de los valores, prácticas e instituciones; pero sobre todo el derecho a la consulta previa cuando se tome una decisión que los afecte. Esto incluye las decisiones sobre la educación.

El marco normativo referente a la educación superior en Colombia se desarrolla en la Ley 30 de 1992, dentro de la cual el trato diferencial a los pueblos indígenas como el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no se plantea claramente. Se habla de la “libertad de aprendizaje, enseñanza y cátedra dentro del marco de la libertad de pensamiento y pluralismo ideológico que tenga en cuenta la universalidad de los saberes y la particularidad de las formas culturales existentes en el país”⁸; pero en la práctica, como se verá más adelante, no se está cumpliendo.

La Ley 375 de 1997, ley de la juventud, al referirse a la educación, parece tocar el tema con mayor claridad, al decir: “El Estado colombiano reconoce y garantiza a la juventud de las comunidades indígenas, el derecho a un proceso educativo, a la promoción e integración laboral y a un desarrollo sociocultural acorde con sus aspiraciones y realidades étnico-culturales”⁹. Pero esto también se ha quedado sólo en el papel.

Finalmente encontramos la Ley 1381 de 2010¹⁰ que “aunque limitada en la protección real de las minoría étnicas, abre una posibilidad que esperamos sea llevada a cabo por el Estado colombiano y sus ciudadanos, sin reparos, sin temores” (Vivas, 2011b, pág. 5). Aquí la Universidad puede y debe jugar un papel fundamental. Esta Ley exige que las instituciones públicas y las que prestan servicios de salud y justicia tengan personas con conocimientos de los idiomas indígenas para una mejor comunicación con los miembros de estos grupos humanos. La universidad debe ser el espacio para la enseñanza y el aprendizaje de estas lenguas en igualdad de condiciones, sin discriminación, como se enseñan y se aprenden las llamadas lenguas extranjeras.

7 Artículos 1, 7, 8, 67, 68 y 70, C.P.C. de 1991.

8 Artículo 4 de la Ley 30 de 1992.

9 Artículo 8, Ley 375 de 1997 por la cual se crea la ley de la juventud y se dictan otras disposiciones.

10 Ley sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes.

4. EL ACCESO, PERMANENCIA Y GRADUACIÓN DE INDÍGENAS

La universidad pública requiere grandes transformaciones para hacer que responda de manera pertinente a las problemáticas de nuestra sociedad, en especial, a las de los pueblos indígenas. “Asumimos la pertinencia como la capacidad de los sistemas de educación superior y sus instituciones de dar respuesta a las necesidades culturales, sociales y políticas del entorno del que forman parte” (Bolaños y otros, 2009, pág. 159). Las transformaciones van desde la docencia con la inclusión de docentes, cátedras, programas y políticas que apunten a formar profesionales idóneos y comprometidos con la realidad de los pueblos indígenas, además de la inclusión de bachilleres indígenas. En la investigación, se debe ampliar la oferta para las investigaciones en, con y para estos pueblos, considerándolos sujetos en la investigación y no simplemente como objetos de la misma. En la extensión se debe plantear una intervención o acompañamiento a los pueblos indígenas con mayor participación de éstos, teniendo en cuenta la consulta previa y la concertación como derecho fundamental (Sierra, 2004; Pancho, 2005).

En este trabajo nos referiremos particularmente a la formación de profesionales indígenas. En este campo, la impertinencia se muestra en las múltiples problemáticas que tienen que afrontar los indígenas para el acceso, permanencia y culminación exitosa de los estudios profesionales en una universidad y, por ende, la incorporación y adaptación a la ciudad, un contexto adverso y distinto al acostumbrado en sus comunidades.

En las comunidades hay un gran desconocimiento de los diferentes programas académicos que ofrecen las universidades, esto hace que los aspirantes se presenten únicamente a las carreras más comunes, limitándose la posibilidad de acceder a la universidad. El desconocimiento de los programas académicos y de bienestar universitario que ofrecen las universidades, hace que haya baja participación en las convocatorias por parte de los indígenas (Sierra, 2004; Mayorga, 2009).

El examen de admisión, como el examen del ICFES, que son los requisitos para ingresar a cualquier universidad pública, son completamente impertinentes debido a que los bachilleres indígenas no están preparados lo suficiente, dicho en palabras más realistas “entrenados”, para ello. Los conocimientos sólidos de la naturaleza, las plantas, los animales, las enfermedades, sus habilidades artesanales, sus talentos y su inusitada capacidad filológica, no sirven para afrontar un examen de selección múltiple en donde prima más la trampa retórica que la pertinencia de los saberes (Vivas, 2011c). Las dificultades para entender e interpretar los exámenes son enormes, sobre todo aquellos indígenas para quienes el español es su segunda lengua y no la dominan bien.

Lo anterior tiene varias razones que tienden a profundizar el problema si no se le pone mayor y urgente atención. Por una parte, el problema tiene que ver con la

calidad de la educación básica. El informe sobre el “Derecho a la Educación de los Afro-Descendientes y Pueblos Indígenas en las Américas” dice:

En la mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe, el fracaso en proporcionar educación de calidad a los afro-descendientes y a los pueblos indígenas es un gran problema. A pesar de que las Constituciones de sus países y la membresía en la OEA, les garantiza el derecho a la educación, la mayoría de los afrodescendientes y pueblos indígenas tienen muy poca o inadecuada educación primaria o secundaria. Más aún, dada la discriminación estructural tan fuertemente enraizada, muy pocos disfrutaban del acceso a la educación superior (Centro R. F. K., 2009, pág. 52).

Acá la calidad se entiende como el entrenamiento adecuado para presentar el examen y soportar el ritmo académico de cualquier universidad convencional.

Por otra parte, un asunto muy polémico. La dificultad para el acceso y permanencia de indígenas en la universidad radica también en el auge de la educación propia donde se privilegian los conocimientos propios sobre los llamados occidentales en la formación básica. No se desconoce el valor que tiene este enfoque en la preservación de la cultura y los saberes propios. Pero cuando un bachiller indígena, fruto de este proceso educativo, quiere ingresar a una universidad convencional y permanecer en ella, no obtendrá el mejor éxito porque no está bien preparado para enfrentarse al examen del ICFES o examen de admisión que son totalmente ajenos.

Otro asunto que limita el ingreso a la universidad es el reducido número de cupos por vía de excepción, mecanismo por el cual los bachilleres indígenas han accedido a la educación superior. La admisión a la universidad con un puntaje menor al regular está justificada por deficiente preparación para los exámenes de ingreso. En virtud de todo lo anterior, muy pocos indígenas acceden a la universidad.

Los que tienen el privilegio de ingresar a una universidad, ahora se enfrentan a otro gran problema que es la difícil permanencia. Por la baja calidad de la educación básica, si un indígena tiene la suerte de ingresar a una universidad, fácilmente será expulsado por bajo rendimiento académico sobre todo en las carreras más exigentes académicamente (Sierra, 2004; Mayorga, 2009). Otra causa que conlleva a la poca permanencia y por ende al fracaso académico de los indígenas estudiantes son los problemas de tipo económico. La mayoría de indígenas estudiantes proviene de familias que no tienen ingresos económicos fijos y suficientes, porque la economía de las comunidades indígenas es de subsistencia. Esta situación se ve agravada por la “concentración en las principales ciudades capitales de las instituciones públicas y privadas más reputadas (...) Privatización de la universidad pública” (Rodríguez, 2001, pág. 79). Como lo

señala el informe sobre el “Derecho a la Educación de los Afro-Descendientes y Pueblos Indígenas en las Américas”:

Luego de un estudio intensivo sobre las causas de esta falta de la retención, la Universidad descubrió una serie de razones que explican su inhabilidad de retener a las minorías. Muchos estudiantes tienen que trabajar para poder pagar sus estudios, viajan distancias largas para asistir a clases, tienen que trabajar duro para nivelar sus deficiencias provenientes de la secundaria, y tienen que ambientarse a la nueva cultura y nuevas formas de vida (Centro R.F.K. 2009, pág. 52).

Lo anterior, también muestra que otro gran problema para la permanencia es el choque cultural que soportan los indígenas al llegar la universidad y, por ende, a la ciudad que es un mundo totalmente diferente mirado desde el componente cultural, social, familiar y ambiental. Las nuevas relaciones sociales que tienen que empezar a crear con personas culturalmente distintas no son fáciles; la ausencia de la familia, las diferencias lingüísticas y la contaminación visual, auditiva y ambiental perturban emocionalmente y esto repercute en el rendimiento académico.

Al mismo tiempo, se encuentran casos de discriminación, con poca presencia en la universidad pero que aún pervive en nuestra sociedad.

Los y las estudiantes indígenas se enfrentan a una población estudiantil y profesoral mayoritaria (...) sin una formación intercultural que les permita reconocer los estereotipos socialmente heredados hacia otras culturas, ser capaces de ver el mundo desde otros puntos de vista y desarrollar una sensibilidad y solidaridad hacia grupos que históricamente han sido invisibilizados y que todavía están en situación de vulnerabilidad por las condiciones de opresión cultural, económica y social (Sierra, 2005, pág. 189).

A pesar de los esfuerzos que hacen algunas universidades para retener a los indígenas a través de programas de bienestar universitario, no ha sido fácil la retención de estos estudiantes. Los índices de deserción voluntaria y de expulsión por bajo rendimiento son superiores a los de la demás población estudiantil (Mayorga, 2009). En conclusión:

(...) las posibilidades efectivas de individuos indígenas y afrodescendientes de acceder y culminar estudios en IES [Instituciones de Educación Superior] «convencionales» continúan resultando alarmantemente inequitativas, debido a que los cupos por sí mismos no aseguran que los estudiantes y/o sus familias puedan solventar los gastos de vivienda, alimentación y estudio, ya que las becas en general no son suficientes para ello (Mato, 2009, pág. 21).

5. POLÍTICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR INCLUSIVA: RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO

Las universidades públicas y algunas privadas han respondido a la demanda de educación superior de los pueblos indígenas con “programas de admisión especial” enmarcados dentro del enfoque de inclusión, no el de inclusivo, mucho menos el de interculturalidad. El Ministerio de Educación Nacional [MEN] ha diseñado la “política de educación superior inclusiva” para atender la demanda de educación superior de los pueblos étnicos y otras poblaciones con necesidades educativas especiales. Dice, el Ministerio de Educación, al referirse a dicha política: “El enfoque de inclusión, que articula todas aquellas medidas como el otorgamiento de becas, la reserva de cupos y las condiciones especiales para el acceso y la atención educativa que ponen en práctica universidades y entidades gubernamentales” (MEN, 2008). Estos programas son pensados desde las universidades sin tener en cuenta lo que piensan los destinatarios de dichos programas, generando así desconocimiento del “otro”, lo cual traerá graves consecuencias tanto para el individuo como para el pueblo al cual pertenece.

Estos programas de admisión especial son programas que consideran a los indígenas como individuos que hacen parte de una gran sociedad, desconociendo el carácter de sus pueblos y comunidades como sujetos colectivos de derechos y obligaciones, con una integridad que requiere de atención y protección diferenciada. Estos programas son

(...) experiencias dirigidas exclusivamente a mejorar las posibilidades de ingreso, permanencia y graduación de individuos indígenas y afrodescendientes en instituciones «convencionales» de educación superior. Estos tipos de políticas y programas, a los que (...) denominamos «de inclusión de individuos», frecuentemente están centrados en el otorgamiento de becas y/o en la reserva de cupos para individuos indígenas o afrodescendientes (...) Las iniciativas de estos tipos son escasas para la magnitud del problema, como también que resultan insuficientes para resolver los problemas de acceso, permanencia y graduación de esos individuos (Mato, 2009, pág. 20).

Este tipo de políticas ha generado efectos de distinta índole, tanto individuales como colectivos, positivos y negativos, que van desde la aculturación y fuga de cerebros a la generación de conflictos al interior de las comunidades. Existen muchas perspectivas que

(...) critican a los programas de becas y/o cupos por tener efectos de aculturación sobre los individuos así incorporados a la educación superior. En conexión con esto, también se ha sostenido que favorecen la «fuga de cere-

bros» desde las comunidades indígenas y afrodescendientes, particularmente rurales, hacia las grandes ciudades, donde esos profesionales acaban siendo incorporados al mercado laboral en situaciones desventajosas, a la vez que sus comunidades de origen se pierden su potencial contribución. Mientras que, desde otras posiciones, se ha argumentado que ellos hacen posible la formación de profesionales indígenas y afrodescendientes facilitando no sólo la movilidad social de individuos, sino también mejoras en la calidad de vida (Mato 2009, pág. 20).

El profesor de la Universidad del Valle, Javier Fayad (2010), criticando los programas denominados de “inclusión”, nos dice que tratar de

(...) resolver unas negaciones históricas en forma individual, como derecho individual, que es el ejemplo de brindar unos pocos cupos de acceso (...) puede ampliar las inequidades; porque este modelo de ingreso de ‘pocos cupos de excepción’ se materializa desde modelos de adaptación e integración a sistemas de conocimientos y saberes que epistemológicamente niegan los conocimientos y saberes de las comunidades de origen (pág. 2).

También el profesor de la Universidad de Antioquia Selnich Vivas (2011a), para quien el resultado en la mayoría de indígenas que estudian en la universidad convencional es la:

(...) colonización de sus mentes y de sus sentimientos. La formación universitaria que reciben los jóvenes indígenas no corresponde ni al universo simbólico ni al sistema cognitivo de su cultura. Todo lo contrario, los obligamos a descreer y a despreciar sus propios conocimientos. (...) Y no hablamos apenas de sus hábitos y costumbres, sino más bien de las nuevas formas de adquirir conocimiento, que debido a la presencia absorbente de la escritura, de los métodos científicos y de los medios masivos en su formación profesional en la universidad occidental, les han hecho creer que los saberes de sus mayores, de sus abuelos, han perdido validez (pág. 4).

En este mismo sentido se manifiesta la profesora de la Universidad Autónoma Indígena Intercultural [UAIIN], Avelina Pancho (2005):

Es claro que la formación universitaria en Colombia conlleva un alto grado de etnocentrismo, que se manifiesta en el desconocimiento, menosprecio y negación de las culturas indígenas. (...) Los profesionales indígenas como cualquier egresado de otra cultura, se enfrentan a múltiples realidades y situaciones problemáticas cuando regresan a sus comunidades. Se encuentran con una realidad no compatible con su nueva manera de pensar y actuar, adquirida en la universidad; porque los programas son diseñados y ejecutados bajo un esquema de pensamiento y no desde las múltiples miradas y cosmovisiones de las culturas (...) De allí que, cada vez, sean más notorias y evidentes las contradicciones, los conflictos y la resistencia, en la relación de los

profesionales indígenas con las autoridades tradicionales y dirigentes. Siendo de una misma cultura se ven enfrentados antagónicamente a dos sistemas de conocimientos aprendidos y adquiridos en espacios y tiempos distintos (págs. 85 y 126).

El profesor de la Universidad de Antioquia, Abadio Green (2006), nos dice que la educación que han recibido los indígenas y otras culturas y pueblos

(...) ha significado un aparato represivo que ha negado sustancialmente la sabiduría de los pueblos, ha sido de negación todo el tiempo, por eso encontramos en los caminos de “**Abya Yala**” pueblos que se avergüenzan de su rostro, de su identidad, de sus tradiciones, de su lengua, porque toda la transmisión desde la escuela ha sido ajena a sus tradiciones (pág. 135).

Dice el profesor Taylor (1993), cuando se refiere al tema: “los estudiantes de los grupos excluidos reciben, sea directamente o por omisión, una visión humillante de sí mismos, como si toda la creatividad y la valía sólo proviniesen de los varones europeos como expresión auténtica de respeto” (pág. 55). Nótese que esta inculcación puede ser consciente o inconsciente por parte de los profesores como de los compañeros de clase. Es así como los estudiantes indígenas terminan descreyendo de los saberes y conocimientos propios de sus pueblos y por ende subvalorándose y subvalorando su pueblo y cultura.

El Gobierno Nacional (ministerios de Educación y de Cultura) cuando hablan de educación superior para las comunidades indígenas, se limitan a la preocupación por la cobertura, es decir, a buscar que más indígenas puedan estudiar en las universidades públicas. Se trata de una inclusión de forma individual a la universidad que, como se dijo, ha tenido más efectos negativos que positivos para los pueblos indígenas, sin negar la movilidad social de individuos, el escalonamiento social y económico beneficioso que genera el culminar exitosamente una carrera universitaria (Mayorga, 2009).

Las autoridades indígenas de los años 70s y 80s del siglo pasado creyeron en la educación como medio de defensa de la cultura, la autonomía y el desarrollo, y por ello no se opusieron a los programas de admisión especial que crearon muchas universidades, sobre todo las universidades públicas. Hoy los tiempos han cambiado y las circunstancias también. Hay que señalar que son muy pocos los profesionales que han vuelto a sus comunidades a re-aprender su cultura y cosmovisión y se han convertido en los líderes y defensores de sus pueblos y comunidades (Mayorga, 2009); pero la gran mayoría se ha quedado en el mundo ciudadano y occidental. Se forma para el mercado laboral, la explotación indiscriminada de los recursos, para la acumulación de riqueza individual, contrario a la visión indígena donde prima la riqueza social

y comunitaria, la conservación de los recursos para conservar la vida de esta y las futuras generaciones (Sierra, 2004; Bolaños y otros, 2009).

No se debe dejar de recalcar que las actuales circunstancias globales, que cobijan a los pueblos indígenas y a sus culturas, hacen necesario e importante la profesionalización de miembros de los pueblos indígenas porque sólo teniendo las herramientas del mundo occidental es posible que las contiendas en política, economía, cultura y academia, sean de igual a igual, o al menos, en similares condiciones, tanto en la actualidad como en el futuro.

Los complejos procesos de desarrollo que vienen afectando las dinámicas de los pueblos indígenas, la necesidad de la construcción de sus planes de vida, la consolidación, defensa y manejo de su territorios, el diseño de programas educativos acordes a su vida social y cosmovisión, la protección de sus legados culturales, la interacción con el mundo no indígena, la implementación de programas de salud, entre otros, exigen una formación amplia y profunda de sus hombres y mujeres, para que atiendan estas necesidades de manera responsable y autónoma (Sierra, 2005, pág. 178).

Por eso en reiteradas ocasiones tanto los pueblos indígenas, como académicos, han venido insistiendo en la necesidad de acciones “que repercutan no sólo en una atención más acorde a sus necesidades y problemas, sino en un enriquecimiento de la vida académica, cultural y cotidiana de la comunidad universitaria en general mediante la apertura de espacios de diálogo y reflexión no ‘sobre el otro’ sino ‘con el otro’” (Sierra, 2005, pág.179).

Interesa entonces resaltar algunas experiencias al respecto.

La Universidad Nacional de Colombia tiene el “programa de admisión especial” [PAES] creado mediante Acuerdo Superior N° 022 de 1986, y fue más allá de la simple admisión, al proporcionar también la oportunidad de residencia estudiantil, préstamo-beca de tipo condonable con trabajo social en la comunidad de origen, y programas de acompañamiento y evaluación, todo esto buscando una mayor permanencia y éxito académico. Desde el programa se ha logrado unir a los indígenas estudiantes y desde ahí plantear propuestas académicas y culturales a la universidad, como la apertura de cátedras y realización de eventos académico-culturales en fechas especiales (Mayorga, 2009). Aunque el programa y la universidad se han quedado cortos en el reconocimiento real y efectivo de la diversidad étnica y cultural al concentrar sus esfuerzos sólo en la adaptación a la vida universitaria y citadina, merece su reconocimiento por haber ayudado al éxito académico de muchos profesionales indígenas. Valga esta oportunidad para denunciar que la universidad viene desmontando el programa, reduciéndolo a la mera admisión, en vez de fortalecerlo.

La Universidad de Antioquia fue la pionera en crear el programa de admisión especial para bachilleres indígenas y lo hizo en el año 1983 mediante el Acuerdo Superior N° 013. Igualmente, mediante Acuerdo Académico N° 334 de 2008, se reconoce la lengua materna indígena para efectos de cumplir con el requisito de competencia lectora en una lengua extranjera, considerando al Español como lengua extranjera. También ha sido la pionera en dar apertura a una carrera universitaria concertada con los pueblos indígenas de Antioquia, se trata de la “Licenciatura en pedagogía de la madre tierra”. Ha sido aprobada por la universidad y certificada por el MEN. Es una propuesta innovadora y que augura muy buenos resultados, esperamos que esto ayude con la construcción de una sociedad más democrática, participativa y pluralista. También, que se puedan seguir abriendo espacios dentro de estas instituciones, hasta hoy cerradas al reconocimiento y valoración de la diversidad étnica y cultural de nuestro país; otra cosa muy distinta es la “folclorización” de la diversidad étnica y cultural, lo cual se ve en todos los espacios de nuestra sociedad.

La universidad indígena es una respuesta a la necesidad de formar profesionales idóneos y comprometidos con sus comunidades desde el enfoque intercultural, exigencia de los pueblos indígenas y que la universidad convencional no ha puesto en práctica. Con base en esto, se ha creado la Universidad Autónoma Indígena Intercultural la cual se preocupa por la producción, potenciación, enseñanza (transmisión y conservación) de los conocimientos y saberes, y en donde poco importa la evaluación. Se interesa por la comprensión de la realidad indígena y nacional y por dar respuesta a sus necesidades. Se compromete con la construcción de una sociedad más justa y equitativa. El respeto por la vida y la naturaleza (madre tierra) es un principio orientador (Bolaños y otros, 2009).

Las propuestas de educación propia o intercultural que se han iniciado en América Latina, en particular en Colombia con la UAIIN, son tildadas de mala calidad. Se toma el concepto de calidad como lo entiende el MEN, que considera la calidad o “excelencia académica como repetición de ciertos modelos establecidos”. Pero también, en el mundo académico e intelectual, es posible encontrar posiciones que visualizan la calidad “a partir de pensar en cómo valorar, aprovechar y responder a las peculiaridades del contexto” (Mato, 2007, pág. 66). Esta última visión responde a lo que se conoce actualmente como “calidad con pertinencia”. La calidad debe estar íntimamente relacionada con la pertinencia y se mide con la capacidad para aprovechar un espacio (social, cultural, económico, político) y tiempo dados, y responder a ellos adecuadamente.

La evaluación de la calidad es indisoluble de consideraciones de pertinencia y relevancia, lo que necesariamente demanda que sea contextualizada. Así, no

puede pensarse en aplicar sistemas rígidos de criterios de validez supuestamente «universal», sino sistemas «flexibles». Las propuestas de «flexibilidad» suelen malinterpretarse como de «baja calidad», ese es un error. La «flexibilidad» debe entenderse asociada a «diferenciación» (Mato, 2009, pág. 40).

La UAIIN ha tenido problemas para su reconocimiento como institución universitaria por parte del MEN, como también para el reconocimiento de sus programas y contenidos, arguyendo que no cumplen con los requisitos de la Ley 30 de 1992. Las razones son de índole más política que jurídica, ya que lo que está en juego es la financiación y el reconocimiento de los saberes indígenas.

6. SABERES, CONOCIMIENTOS, METODOLOGÍAS, PENSAMIENTOS E IDENTIDADES DE LOS PUEBLOS Y CULTURAS AUTÓCTONAS

Los saberes, conocimientos (epistemes), metodologías (modos de producción y formas de aprendizaje), pensamientos (cosmovisión) de esos otros pueblos y culturas suelen caracterizarse como “de otra clase”, “étnicos”, “populares” o “locales”. En cualquier caso, “particulares”, es decir, “no-universales” y se conciben como los únicos universales los conocimientos y metodologías occidentales (Mato, 2007). Por eso “sería una aberración pedirle a la nación colombiana que nuestros hijos aprendieran obligatoriamente lenguas nativas en la escuela, en el colegio, en la universidad” (Vivas, 2011c).

(...) desde el imaginario tradicional del profesorado, del estudiantado y de las directivas universitarias, es inconcebible que se pretenda poner en cuestión el fundamento de las ciencias modernas y más aún que se proponga una pedagogía distinta que no emane de los libros, que no dependa de las lenguas europeas, sino que se sustente en el conocimiento ancestral de pueblos hoy en día todavía no alfabetizados. (...) En nuestro imaginario académico los títulos universitarios determinan el grado de conocimiento y de legitimidad de un docente. Por tanto, una abuela que haya dedicado su vida al estudio de las plantas, de los animales, de las enfermedades y de las artes, pero que no haya visitado una universidad, lamentablemente –para emplear un gesto diplomático– no puede ser considerada ni magíster ni doctora en ninguna disciplina científica y por tanto no puede ser vinculada a ninguna universidad (Vivas, 2011b, págs. 2 y 3).

Esto resulta paradójico cuando encontramos que muchos doctores han logrado sus títulos y reconocimientos gracias a los métodos, conocimientos y saberes que han recibido de los pensadores o intelectuales indígenas.

En contraste con esas resistencias de cierta cultura académica mono-cultural (modelada desde, y a imagen y semejanza, de las llamadas ciencias experi-

mentales, que en cierto modo se ha hecho hegemónica), resulta que algunas corporaciones de la industria farmacéutica, la agroindustria y otras, frecuentemente aprovechan conocimientos étnicos para el desarrollo de sus productos. De otras maneras, investigadores de las ciencias sociales estudian formas de organización social y política, de resolución de conflictos y de producción económica de esos pueblos, de las cuales toman aprendizajes que transfieren al acervo de sus respectivas disciplinas, así como a los respectivos campos de aplicación profesional (Mato, 2009, pág. 35).

Pese a que las visiones etnocéntricas y monoculturales del saber, la ciencia y el quehacer universitario vienen siendo cuestionadas por importantes teóricos e investigadores que ostentan indudables créditos en el mundo de la ciencia y de las IES, persisten creencias y prejuicios sobre “otros saberes y conocimientos”, siendo características de numerosos actores académicos, universidades y agencias gubernamentales con gran capacidad de incidir en las decisiones sobre el tema (Mato, 2009).

7. A MANERA DE INVITACIÓN

Con base en todo lo antes señalado consideramos que la universidad en general, la universidad pública en particular, no está cumpliendo con los mandatos constitucionales que exigen, de las instituciones públicas y privadas de nuestra sociedad, el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; tampoco con el compromiso, que tenemos todos, de hacer de Colombia una república democrática, participativa y pluralista. La universidad pública es la principal institución llamada a contribuir con la transformación de esta sociedad “que se desangra en la inequidad, se muere en la pobreza, en el desempleo, en la violencia y en la guerra” (Medina, 2010, pág. 24), para construir la sociedad soñada y plasmada en nuestra Constitución Política. Para esto tiene que poner en práctica el mandato constitucional que invita a entender “la educación como un derecho de la persona y un servicio público especial que tiene una función social; con ella, buscar el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura” entendiendo “cultura” como “las culturas”, y por lo tanto tiene la educación el deber de ser el vehículo para acceder a los bienes y valores de todas las culturas que conviven en nuestro país. Como hemos visto, la interculturalidad en la educación exige la valoración positiva, el respeto, la aceptación y el reconocimiento de los pensamientos, saberes, conocimientos, metodologías de esos otros pueblos y culturas.

La universidad, para que responda adecuadamente a los postulados constitucionales, tiene que tener en cuenta que “Nuestra región es profundamente multicultural

y plurilingüe. La integración regional y el abordaje de los desafíos que enfrentan nuestros pueblos requiere de enfoques propios que valoren nuestra diversidad humana y natural como nuestra principal riqueza” (CRES, 2008). “No hay gobernanza que valga sin consideración de la diversidad cultural. No hay desarrollo económico y social cuando se desprecia o ignora la especificidad de cada cultura” (UNESCO, 2011, pág. 2).

Las instituciones universitarias, y sobre todo las públicas, no deben buscar únicamente “aprender de un saber mono-cultural, sino [también] de los saberes acumulados, modos de producción de conocimiento y formas de aprendizaje, propios de diversas culturas, poniéndolos en relación” (Mato, 2009, pág. 15).

La CRES (2008) en su declaración final hace la invitación urgente a las instituciones universitarias a promover la diversidad e interculturalidad en la universidad:

Se debe promover la diversidad cultural y la interculturalidad en condiciones equitativas y mutuamente respetuosas. El reto no solo es incluir indígenas, afrodescendientes y otras personas culturalmente diferenciadas en las instituciones tal cual existen en la actualidad, sino transformar a éstas para que sean más pertinentes con la diversidad cultural. Es necesario incorporar el diálogo de saberes y el reconocimiento de la diversidad de valores y modos de aprendizaje como elementos centrales de las políticas, planes y programas del sector” (pág. 6).

Cabe resaltar, aquí, algunas de las recomendaciones que en este mismo sentido hace el profesor Mato (2009), después de un estudio profundo de IES en América Latina:

Es necesario interculturalizar los sistemas educativos en su conjunto, a todos los niveles, desde la escuela inicial hasta la educación superior. La educación intercultural debe ser para todos los ciudadanos, no sólo para aquellos que desde la visión dominante resultan «diferentes». Esto es condición necesaria para democratizar la vida de sociedades cuya diversidad ha sido reconocida incluso en sus constituciones nacionales. No hacerlo así implica dejar tal reconocimiento en un nivel meramente retórico. (...) Interculturalizar la educación superior demanda la revisión curricular de todas las IES. Esto implica lograr que los planes de estudio incluyan y pongan en relación la diversidad de visiones de mundo, valores, saberes acumulados, formas de producción de conocimiento e innovaciones y modos de aprendizaje, que resulten significativos en el marco de los respectivos contextos locales, nacionales e internacionales (págs. 69 y 70).

Una muestra de la buena fe en la actuación histórica sería la reivindicación con estos pueblos y culturas, permitiéndoles pervivir libremente pero también valorándolos positivamente y asignándoles la merecida y acreditada importancia dentro de la vida social, cultural, política y económica nacional. Lo anterior implica aceptar

que existen otras culturas y pueblos que son igualmente valiosos e importantes como el pueblo y cultura occidentales; que son dignos de respeto, reconocimiento y protección; asimismo implica pensar en alternativas de futuro distintas a la lógica de la globalización y homogenización que quiere imponer en el mundo una sola cultura. En este mismo sentido, es una oportunidad para imaginar alternativas al futuro de nuestra educación y al modelo de nuestra universidad, tal vez, revaluando y re-significando estos conceptos. Al habernos negado durante muchos años a reconocer otras culturas, consciente o inconscientemente, hemos negado “la condición pluricultural propia de todas las sociedades latinoamericanas y esto constituye un significativo lastre histórico por lo que implica en términos de nuestra ignorancia acerca de nosotros mismos” (Vivas, 2011c); del mismo modo, quizá nos hayamos negado la posibilidad de encontrar solución a nuestros problemas actuales y perdido “las posibilidades de construir sociedades más justas e incluyentes” por el desaprovechamiento de los saberes, conocimientos, métodos y talentos de la riqueza cultural y étnica (Vivas, 2011c).

Vale la pena preguntarse por la razón de este desconocimiento, subvaloración o invisibilización. ¿Será que creemos en la superioridad occidental? ¿Será que dudamos de las capacidades y potencialidades de nuestros pueblos y culturas originarios? ¿Será que estamos cómodos o conformes con la situación actual? ¿Será que nos asusta o nos preocupa el cambio, la evolución? Lo cierto es que un modelo de educación intercultural, es decir, un nuevo modelo “exigiría de los colombianos un cambio radical en su forma de vivir y de relacionarse con el planeta. Un cambio que tal vez podría ser peligroso para la industria, el comercio, la politiquería, la ciencia, las guerrillas, los narcotraficantes, los paramilitares y los militares” (Vivas, 2011c, pág. 5).

8. CONCLUSIONES INICIALES

Recordemos que existe un gran debate sobre el tema a nivel internacional, nacional, regional y local, por parte de estudiantes, universidades, organizaciones y comunidades indígenas, la sociedad en general y el Estado. Es un debate de largo aliento y aun queda mucho tramo por recorrer, de ahí que hablemos de conclusiones iniciales.

La universidad para que sea pública debe pintarse de todos los colores: de indígena, de afrodescendiente, de blanca, de mestiza, de mulata, de zamba, de obrera, de campesina, es decir, pintarse de “Colombia”; debe tener como eje central de su actuar el reconocimiento y respeto de la diferencia; debe medir su calidad en términos del servicio que presta en la solución de los problemas de la Nación y la sociedad;

debe formar los profesionales que se requieren para servir a sus proyectos de vida y de futuro. La reforma a la Ley 30 es la oportunidad para re-direccionar la universidad pública.

La universidad indígena, creada de acuerdo a la cosmovisión y cultura indígenas, es aquella que responde con pertinencia y calidad a las necesidades y características de los pueblos indígenas. La universidad pública convencional debe reformarse de tal manera que haya inclusión integral y efectiva de la diversidad étnica y cultural: interculturalidad. En una sociedad diversa es necesario reconocer y apoyar los diversos modelos de universidad y de educación.

La universidad pública y la educación superior deben descolonizarse, interculturalizarse, de modo que procuren un diálogo entre las diversas formas de saber y conocimientos, modos de enseñanza y aprendizaje; gestionen relaciones de colaboración en la producción, apropiación, potenciación y transmisión de conocimientos. Sorteando los conflictos u oposiciones entre conocimientos y saberes de una y otra cultura, mediante la observación y análisis profundos, sin desvalorar, discriminar o excluir los de la cultura minoritaria. La interculturalidad nos lleva a aprovechar esos otros conocimientos y saberes, quizá ahí encontremos la solución a las diversas problemáticas que nos aquejan y quizá ahí esté la posibilidad de un mejor futuro para nuestra sociedad. Sólo así, la universidad puede contribuir a la transformación social mediante la generación de relaciones interculturales mutuamente respetuosas, equitativas y de valoración recíproca entre culturas y entre individuos. Es así como se materializa efectivamente el reconocimiento y protección de diversidad étnica y cultural, al interior de la universidad como en la sociedad en general, y se contribuye a la construcción de una república democrática, participativa y pluralista.

La impertinencia social y cultural de la formación profesional y la inadecuada relación entre la universidad y los pueblos étnicos radica en la falta de concertación y colaboración mutua, tanto en su diseño como en la ejecución de políticas, programas y proyectos destinados a los pueblos, comunidades y/o culturas, se trate de docencia, de investigación o de extensión. Los indígenas estudiantes, en su afán de contribuir con el propósito de descolonizar la universidad han constituido “cabildos indígenas universitarios” que pretenden ser el puente para una relación más armónica y de colaboración mutua entre la universidad y las comunidades indígenas.

9. BIBLIOGRAFÍA

Bolaños, G., Tattay, L. y Pancho, A. (2009). Universidad Autónoma, Indígena e Intercultural (UAIIN): En: Mato, D. -coordinador- (2009), *Instituciones Interculturales de Educa-*

- ción Superior en América Latina. Procesos de construcción, logros, innovaciones y desafíos.* Caracas: Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (UNESCO-IESALC), pp. 155-191.
- Corrales C, M. E. (2005, Junio). Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas. En: *Revista Colombiana de Educación*, Bogotá D.C.: Universidad Pedagógica Nacional, Centro de Investigaciones, N° 48, pp. 204-213
- Fayad S, J. (2010). *La educación superior inclusiva, concepciones, tipologías y construcción de comunidades de vida y comunidades de sentido universitario para todas y todos.* Cali, Colombia: Universidad del Valle, 35 p.
- Green, A. (2006). La educación desde la Madre Tierra: un compromiso con la humanidad. En: *Memorias del Congreso Internacional de educación, investigación y formación docente.* Medellín: UdeA, Facultad de Educación, pp.131-141.
- Guerra G, M. (2007, Junio). Multiculturalismo y Derechos Humanos: limitar, tolerar o fomentar lo diferente. En: *Revista Andamios*, Ciudad de México: Universidad Autónoma de Ciudad de México. Vol. 3, N° 6, pp. 33-60.
- Mato, D. (2007, Octubre) *Interculturalidad y educación superior: diversidad de contextos, actores, visiones y propuestas.* En: *Revista Nómadas*, Bogotá D.C.: Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, N° 27, pp. 61-74.
- Mato, D. -Coordinador- (2008). *Diversidad cultural e interculturalidad en educación superior: Experiencias en América Latina.* Caracas: Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (UNESCO-IESALC), 474 p.
- Mato, D. -Coordinador- (2009). *Instituciones Interculturales de Educación Superior en América Latina. Procesos de construcción, logros, innovaciones y desafíos.* Caracas: Instituto Internacional de la UNESCO para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (UNESCO-IESALC), 306 p.
- Mayorga, M. L. y Bautista, M. (2009). *Inclusión y compromiso social de la universidad nacional de Colombia en la educación superior: programa de Admisión Especial (PAES).* Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 225 p.
- Medina G, C. (2010). La universidad y el sabedor moderno. En: *memorias Foro Un día para pensar la Universidad ¿Hay un horizonte ético-político de la Universidad?* Medellín: UdeA y UNAL-Medellín, pp. 21-32.
- Mosquera M, J. (1999). *Qué es la Etnoeducación: La etnoeducación y los estudios afrocolombianos en el sistema escolar.* Santa Fe de Bogotá: Docentes Editores. Extraído el 18 de octubre de 2011 desde [http://www.banrepultural.org/ blaavirtual/sociologia/cimarron/cimarron0.htm](http://www.banrepultural.org/blaavirtual/sociologia/cimarron/cimarron0.htm)
- Pancho Aquite, A. y otros (2005). *Educación Superior Indígena en Colombia: una apuesta de futuro y esperanza.* Cali, Colombia: Departamento de publicaciones, Universidad San Buenaventura. 315 p.

- Sierra R, Z. y otros (2004). *Voces indígenas universitarias: expectativas, vivencias y sueños*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia, Colciencias, IESALC-UNESCO, Diverser, OIA, 575 p.
- Sierra, R, Z. (2005, Junio). Reseña de investigaciones. Estudiantes indígenas en la universidad: ¿qué modelo educativo caracteriza su formación? En: *Revista Colombiana de Educación*, Bogotá D.C.: Universidad Pedagógica Nacional, Centro de Investigaciones, N° 48, pp. 175-205
- Taylor, Ch. (1993) *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 61 p.
- Vivas H, S. (2011a). *Anáneko: Actualidad del pensamiento aborigen en América Latina*. Ponencia presentada en el seminario Cátedra Luis Antonio Restrepo Arango: América Latina: sociedad, política y cultura, Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 16 p.
- Vivas H, S. (2011b, Abril). ¿El pensamiento indígena en la universidad? En: *Agenda Cultural*, Alma Mater, N° 175, pp. 2-7.
- Vivas H, S. (2011c). *Constitución y multiculturalismo: Jikanotikai*. Ponencia presentada en el Simposio: Una Carta Política para reinventar la democracia. Publicado en: *Periódico Desde Abajo* (2011, 21 de Junio).

Institucionales

- Asamblea General de las Naciones Unidas (2009, Junio). *Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación*. Washington D.C.: Extraído el 30 de septiembre de 2011 desde http://servindi.org/pdf/2009_medpi_estudio_educacion.pdf.
- Centro Robert F. Kennedy para la Justicia y los Derechos Humanos y otros (2009). *Derecho a la Educación de los Afro-Descendientes y Pueblos Indígenas en las Américas. Informe preparado para la audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington D.C.: 141 p. Extraído el 15 de septiembre de 2011 desde <http://www.rfkcenter.org/files/R.Education%20Report%20SPANISH%20FINAL%2004.13.09.pdf>
- Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación Para los Pueblos Indígenas (CONTCEPI-2009). *Documento Técnico: perfil del sistema educativo indígena propio*. Bogotá D.C., 96 p. (Documento no publicado).
- Conferencia Regional de Educación Superior en América Latina y el Caribe (CRES-2008). Declaración final. En: *Revista Debates* (2008, Agosto), Medellín: Universidad de Antioquia, Alma Mater, N° 50, pp. 2-13.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE-2005). *Censo del año 2005*. Bogotá D.C.: Extraído el 30 de septiembre de 2011 desde <http://www.dane.gov.co/censo/caracteristicas-demograficas>.

- Ministerio de Educación Nacional de Colombia (MEN-2010). *Lineamientos de Política de Educación Superior Inclusiva. Documento preliminar*. Bogotá D.C.: (Borrador).
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO-2011). *Resonancias. La diversidad cultural: una vía para el desarrollo. Décimo aniversario de la adopción de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*. París, Francia: UNESCO, 2011, 50 p.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO-1998). *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción*. En: Revista Perfiles Educativos (1998, Junio), México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, N° 79/80, pp. 5-26.
- Universidad Nacional de Colombia (UNAL-1986). *Acuerdo 22 de 1986 mediante el cual se crea el programa de admisión especial (PAES)*. Bogotá, Colombia: Extraído el 15 de julio de 2011 desde www.unal.edu.co/normatividad

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia (1994). *Sentencia T-254/94*, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santafé de Bogotá, D.C.: Gaceta oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). *Sentencia C-139/96*, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Santafé de Bogotá, D.C.: Gaceta oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). *Sentencia C-496/96*, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Santafé de Bogotá, D.C.: Gaceta oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (1997). *Sentencia T-523/97*, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Santafé de Bogotá, D.C.: Gaceta oficial.
- Corte Constitucional de Colombia (1998). *Sentencia SU-510/98*, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Santafé de Bogotá, D.C.: Gaceta oficial.



Título: De la serio mujeres de revista, no. 1

Técnica: Óleo sobre madera

Dimensión: 35 x 59 cm

EL FEDERALISMO FISCAL Y EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN FISCAL EN COLOMBIA*

* Este artículo es producto del proyecto de investigación titulado: “Las transformaciones del Estado a nivel del gobierno local. Medellín 2001-2011”, vinculado al grupo de investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, desarrollado durante 2011 y financiado por la misma Universidad.

Fecha de recepción: septiembre 10

Fecha de aprobación: octubre 4

EL FEDERALISMO FISCAL Y EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN FISCAL EN COLOMBIA

*María Helena Franco Vargas**

*Felipe Andrés Cristancho Escobar***

RESUMEN

Mediante este artículo se busca establecer cómo ha influido la teoría económica del Federalismo Fiscal dentro del proceso de descentralización fiscal colombiano. El texto se divide en dos partes: en la primera, se explica en qué consiste el enfoque económico del Federalismo Fiscal, en la segunda, se analizan las normas más importantes relativas a la descentralización fiscal, expedidas desde 1968 hasta el 2011, con el fin de identificar en ellas la presencia de algunos rasgos esenciales del Federalismo Fiscal. Se concluye, que si bien las reformas fiscales de los últimos cuarenta años han estado influenciadas por misiones técnicas que realizaron recomendaciones con fundamento en el Federalismo Fiscal, no es posible afirmar que la configuración de esos cambios legislativos obedezcan estrictamente a los postulados de dicho enfoque económico. Ello por cuanto el énfasis descentralizador colombiano no ha radicado exclusivamente en brindar autonomía fiscal a los distintos entes territoriales con el fin de realizar ajustes en la asignación eficiente de bienes públicos, sino en redistribuir la renta y la riqueza mediante transferencias tendientes a financiar gastos sociales, como educación y salud.

Palabras clave: federalismo fiscal, descentralización fiscal, finanzas públicas territoriales.

THE FISCAL FEDERALISM AND THE DECENTRALIZATION PROCESS AT COLOMBIA

ABSTRACT

This article tries to establish how the economic theory of fiscal federalism has influenced in the process of Colombian fiscal decentralization. The text is divided into two parts: the first part explains the economic approach of fiscal federalism; and the second one, analyzes the most important rules of fiscal decentralization, since 1968 to 2011, in order to identify essential characteristics of fiscal federalism. The article concludes that even if the tax reform of the last forty years have been influenced by technical missions that made recommendations based on fiscal federalism, can't be said that the legislatives changes obeys strictly to this economical approach. This because in the Colombian decentralization the emphasis is not exclusively to give fiscal autonomy to the different territorial authorities, but the redistribution of income and wealth through transfers to finance social costs as health and education.

Key words: fiscal federalism, fiscal decentralization, territorial public finances

* Magister en derecho y economía de la Universidad de Buenos Aires, especialista en economía de la Universidad de los Andes, abogada de la Universidad de Medellín. Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. mafranco@cafit.edu.co

** Egresado del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, profesor de cátedra del Área de Derecho Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma universidad, miembro del semillero de investigación en Derecho y Economía de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. felipe@opcion-legal.com

EL FEDERALISMO FISCAL Y EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN FISCAL EN COLOMBIA

1. INTRODUCCIÓN

A finales de la década del sesenta del siglo XX Colombia inició su camino reciente hacia la descentralización fiscal, el cual tendría su mayor expresión a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y sus posteriores desarrollos legislativos. El País no estuvo solo en este camino, puesto que naciones tan diversas como India, China, Argentina o Sudáfrica experimentaron procesos similares a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

Autores como Bardhan (2002) afirman que en los países en desarrollo los procesos tendientes hacia la descentralización fiscal han tenido como sustento la teoría económica del Federalismo Fiscal. En sentido similar, Montecinos (2005) sostiene que el Federalismo Fiscal fue el fundamento teórico de la descentralización fiscal en América Latina.

Conforme a lo anterior, este trabajo se ocupa de analizar la forma cómo la teoría económica del Federalismo Fiscal ha influido en la configuración de las normas jurídicas que concretaron la descentralización fiscal en Colombia. Lo anterior, en razón a que si bien algunas de las investigaciones sobre el proceso de descentralización fiscal dentro del País han tenido como marco teórico al Federalismo Fiscal¹, hasta el momento no se ha producido ningún trabajo que explique de manera expresa cómo se ha reflejado dicha teoría en la configuración de las normas que regulan las finanzas públicas colombianas. Máxime, si se tiene en cuenta que las condiciones políticas, sociales y económicas de Colombia distan de las de Estados Unidos, país en el cual surgió la teoría económica del Federalismo Fiscal.

Así las cosas, este escrito se compone de dos partes: en la primera, se hace una breve explicación de la teoría del Federalismo Fiscal y sus elementos esenciales; en la segunda, se hace un análisis de las normas más importantes referentes a la descentralización fiscal desde 1968 hasta 2011, y se identifica la presencia de

1 Por ejemplo: (Iregui, Ramos y Saavedra, 2001), o (Fainboim, Acosta y Cadena, 1994).

algunos elementos propios del Federalismo Fiscal dentro de ellas; finalmente, se presentan las conclusiones².

2. TEORÍA ECONÓMICA DEL FEDERALISMO FISCAL

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en la literatura económica se abrieron paso investigaciones y publicaciones respecto a las finanzas públicas según el nivel de decisión de gastos e ingresos públicos, lo cual constituyó una novedad, puesto que antes de aquella época la hacienda pública era estudiada desde un punto de vista unitario, sin consideración a la existencia de tales niveles (Soláns, 1977). El nombre que se le dio a la teoría que trató el tema en cuestión fue el de Federalismo Fiscal.

Respecto al Federalismo Fiscal existen importantes aportes anglosajones, germánicos, escandinavos y franceses; empero, el liderazgo fue asumido, principalmente, por la academia estadounidense, mediante los aportes de Charles Tiebout, James Buchanan, Richard Musgrave, Wallace Oates y Joseph Stiglitz.

Según Oates (1999), la teoría del Federalismo Fiscal tiene por objeto el estudio de las funciones económicas que deben desarrollar los distintos niveles de gobierno y los instrumentos fiscales apropiados para desarrollar dichas tareas, con el objetivo de lograr una provisión y financiación eficiente de bienes públicos. De igual manera, se debe aclarar que el Federalismo Fiscal no está necesariamente vinculado a una determinada forma de Estado y supone diferentes niveles de gobierno, donde lo local no alude sólo al municipio, sino a cualquier división territorial diferente al centro. Entre esos distintos niveles de gobierno se distribuyen las competencias fiscales.

Los principales elementos que dan cuenta de la teoría del Federalismo Fiscal son:

2.1 La definición de las funciones fiscales de los diferentes niveles de gobierno

Dependiendo de los niveles de decisión sobre los ingresos y gastos públicos, el Estado ha definido las funciones que cada nivel de gobierno debe cumplir. En con-

2 La metodología utilizada en el presente trabajo fue teórico- documental de carácter cualitativo, en la cual se utilizaron las técnicas de análisis documental y matrices analíticas. Inicialmente, se seleccionó la bibliografía más representativa del Federalismo Fiscal en diferentes bibliotecas de las universidades de la ciudad de Medellín, así como en algunas bases de datos especializadas. Posteriormente, se identificaron las principales normas que han regulado el proceso de descentralización fiscal en Colombia, entre el período comprendido entre 1968 y 2011, contrastando éstas con la recomendación de las misiones económicas que asesoraron al Estado colombiano. De esta manera se pudieron establecer relaciones sustanciales entre el proceso de descentralización fiscal en Colombia y la teoría económica del Federalismo Fiscal, las cuales se abordan en el presente trabajo.

secuencia, hay funciones que debe cumplir el gobierno del nivel central y otras el local. Así, el gobierno central debe encargarse de las funciones de redistribución de la renta, estabilización de la economía y de asignación de aquellos bienes públicos que benefician a toda la Nación (Musgrave y Musgrave, 1992).

Por otro lado, los gobiernos locales deben encargarse de la función de asignación de los bienes públicos que benefician a los residentes de su jurisdicción³. La razón fundamental por la cual se asigna esta función a nivel local, es porque se supone que estos gobiernos, al tener mayor cercanía con los ciudadanos, pueden conocer mejor sus preferencias, por tanto tomarán decisiones más eficientes que las que podría adoptar el gobierno a nivel central, puesto que éste tendría la tendencia a uniformar los servicios públicos⁴ prestados en todas las jurisdicciones, ocasionando una pérdida del bienestar social (Stiglitz, 1997)⁵.

2.2 La revelación de preferencias por parte de los residentes de los distintos niveles de gobierno

En relación a la revelación de preferencias de los ciudadanos, en cuanto a la provisión de bienes públicos y la carga impositiva en el ámbito local, cabe mencionar el aporte de Charles Tiebout (1956) a través de su importante artículo titulado “*A Pure Theory of Local Expenditures*”. En dicho texto se propone un modelo mediante el cual explica que los ciudadanos revelan sus preferencias trasladándose a la comunidad que más satisfaga su demanda de bienes públicos y su respectiva carga impositiva para financiarlos. Esto es lo que se conoce como “voto con los pies”. Lo anterior supone que los residentes de las jurisdicciones locales tienen mecanismos de participación política que les permite decidir sobre la provisión de bienes públicos⁶.

3 Ciertos términos en presente trabajo no tienen el mismo significado dado por el Derecho, puesto que el enfoque pretendido es el económico. Tal es el caso de la palabra jurisdicción, la cual, para este escrito, debe entenderse como el ámbito de competencia territorial de un nivel de gobierno dado para la prestación de bienes y servicios públicos.

4 En este caso, tanto la literatura económica como la jurídica (en el caso de Colombia, según el artículo 365 de la Constitución) se han entendido por servicios públicos todos aquellos que son inherentes a la finalidad social del Estado y que pueden ser prestados directa o indirectamente por él.

5 Para explicar este asunto, Oates (1977) propuso un teorema de la descentralización fiscal: Para un bien público –cuyo consumo está definido para subconjuntos geográficos del total de la población y cuyos costes de provisión de cada nivel de output del bien en cada jurisdicción son los mismos para el gobierno central o los respectivos gobiernos locales– será siempre más eficiente (o al menos tan eficiente) que los gobiernos locales provean los niveles de output Pareto-eficientes a sus respectivas jurisdicciones que la provisión por el gobierno central de cualquier nivel prefijado y uniforme de output para todas las jurisdicciones (pág. 59).

6 Se debe aclarar que en materia de bienes públicos no es posible revelar las preferencias mediante el sistema de precios, debido a la no rivalidad y no exclusión de dichos bienes.

2.3 El manejo del tamaño óptimo de cada nivel de gobierno

La teoría del Federalismo Fiscal también se ha interesado por el asunto del tamaño óptimo de los gobiernos locales, puesto que no siempre la división política de los entes territoriales será la más eficiente para la provisión de bienes públicos. Con base en el conocido trabajo de Buchanan (1965) “*An Economic Theory of Clubs*”, se ha solucionado este problema, por lo menos de manera teórica, al afirmar que el tamaño óptimo de cada nivel de gobierno se logra cuando el costo marginal de congestión es igual a la utilidad marginal por asociarse para compartir el costo del bien público.

2.4 Los instrumentos fiscales de los gobiernos locales

Para cumplir con las funciones que les corresponden los gobiernos locales tienen tres instrumentos fiscales: los recursos tributarios propios, las transferencias otorgadas por el gobierno central y el endeudamiento público.

2.4.1 Recursos tributarios propios

Los gobiernos locales deben tener la posibilidad de establecer tributos, o por lo menos su tarifa, para de esta manera contar con los recursos necesarios para proveer los bienes públicos que beneficien a su jurisdicción (Oates, 1999). De igual manera, la carga tributaria impuesta por los gobiernos locales debe estar en proporción directa con los servicios que presta a sus residentes, para así evitar dos problemas mencionados por Stiglitz (1997): primero, las ineficiencias locativas de los factores de producción, producto de la competencia tributaria que se pueda generar entre gobiernos locales para atraer a los primeros a su jurisdicción⁷; segundo, la provisión de bienes públicos a niveles subóptimos, en razón a la disminución de ingresos como consecuencia de la competencia tributaria entre los gobiernos locales.

2.4.2 Transferencias provenientes del gobierno central

Según Oates (1999) y Musgrave y Musgrave (1992), las transferencias del gobierno central hacia los de nivel local tienen cuatro objetivos principales: (i) corregir las externalidades positivas producidas en otras jurisdicciones en razón a los bienes

7 Según Oates (1999), la competencia tributaria entre gobiernos locales no sólo tiene efectos negativos, sino también positivos; tal vez el más importante es que permite que los tributos subnacionales sean óptimos en razón a que se eliminan los incentivos de expansión tributaria de los gobiernos locales.

públicos que provee el gobierno local en la propia⁸; (ii) propender por la igualación fiscal de las jurisdicciones⁹; (iii) mejorar el sistema tributario¹⁰; (iv) asegurar la provisión mínima de ciertos bienes públicos en todas las jurisdicciones de la Nación.

Según la teoría del Federalismo Fiscal, las transferencias pueden llevar al gobierno local a un nivel de gasto público superior al que se hubiese esperado si aquél obtuviese los recursos por medios propios. A este fenómeno se le denomina “efecto papel matamoscas”, puesto que pareciese que el dinero transferido se adhiriera al presupuesto del gobierno receptor (Rosen, 2002).

2.4.3 Endeudamiento público

Según la teoría del Federalismo Fiscal, el endeudamiento público debe ser utilizado por los gobiernos locales para proveer bienes que pueden ser consumidos no sólo por los residentes actuales de la comunidad, sino también por los futuros (por ejemplo, obras de infraestructura), así, éstos también estarían pagando por los servicios públicos que reciben (Oates, 1977).

2.5 La provisión de un mínimo de ciertos bienes a toda la Nación

Según Musgrave y Musgrave (1992), el gobierno del nivel central debe asegurar un mínimo de provisión de bienes públicos (puros, como la defensa o sociales, como la salud) a toda la Nación y lo debe hacer con el fin de cumplir con la tarea de redistribución de la renta y la riqueza de la hacienda pública. Lo anterior, porque los bienes objeto de la provisión, generalmente, son los que mayor beneficio traen a las personas con menos ingresos. Además, los autores sostienen que para cumplir dicho fin las transferencias de carácter condicionadas son las más eficaces.

-
- 8 Según Oates (1999), la manera más apropiada para manejar una externalidad positiva es a través de una transferencia condicionada del nivel central hacia el local, puesto que permite que el último internalice en sus decisiones sobre gasto público los beneficios que se esparcen a otras jurisdicciones con la prestación de servicios públicos a los residentes de su propia localidad.
 - 9 Oates (1999) afirmó que para cumplir este objetivo las transferencias de carácter incondicionadas son las adecuadas, puesto que permiten que las jurisdicciones con menor capacidad fiscal puedan proporcionar un nivel eficiente de bienes públicos y así evitar la movilidad de los factores de producción y personas, con su respectiva pérdida de bienestar producto de las ineficiencias locativas.
 - 10 Según Buchanan (1950), las transferencias desde el nivel central hacia el local permiten que no se generen presiones tributarias provenientes de los gobiernos locales hacia las personas con mayores ingresos, lo cual permite que quien tenga igual ingreso reciba un trato igual a lo largo de toda la Nación.

3. EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN FISCAL EN COLOMBIA

En este apartado se analizan las normas más relevantes en materia de descentralización fiscal expedidas desde 1968 hasta 2011 y agrupadas en cuatro períodos en razón de la existencia de normas hito en el proceso descentralizador: (i) 1968-1980, (ii) 1980-1990, (iii) 1991-1999 y (iv) 2000-2011. Ello con el fin de establecer la presencia de elementos propios de la teoría económica del Federalismo Fiscal antes referidos y así poder establecer cuál ha sido la influencia de dicho enfoque dentro del proceso de descentralización fiscal del País.

3.1 Inicio del camino: finales de los años 60s y comienzos de los 70s del siglo XX (período 1968 -1980)

A finales de la década de los años sesenta y principios de la los setenta del siglo XX, durante la presidencia de Alberto Lleras Camargo, Colombia inició importantes reformas en el ámbito fiscal, las cuales otorgaron un mayor protagonismo a los municipios y departamentos.

En esta época el Estado Colombiano conformó un grupo de expertos en finanzas públicas, conocido como la “Misión Musgrave”¹¹, con el objetivo de estudiar el sistema fiscal colombiano y proponer reformas al respecto. El informe final producto del trabajo de la Misión fue presentado en 1968 al gobierno de Alberto Lleras Camargo y en su texto se propuso crear un sistema de transferencias con fines redistributivos y de igualación fiscal de los diferentes departamentos del País, con el objetivo de proveer cantidades mínimas de salud y educación primaria en toda la Nación (Musgrave, 1969). A la postre, el Informe de la Misión influiría en la configuración de los textos normativos que adoptaron las medidas tendientes hacia la descentralización fiscal.

Dentro de los textos normativos destacados en materia de descentralización fiscal de la época se encuentran: la Ley 33 de 1968, el Acto Legislativo 01 del mismo año y su desarrollo legal mediante la Ley 46 de 1971 (Moncayo Jiménez, 2002). En dichos textos se pueden identificar tres elementos de los postulados teóricos del Federalismo Fiscal:

11 La Misión económica fue conocida por el apellido de su director, Richard Musgrave, uno de los teóricos más importantes de la teoría del Federalismo Fiscal.

- **Los instrumentos fiscales de los gobiernos locales**

La Ley 33 de 1968 fortaleció la posibilidad de los municipios y departamentos de obtener ingresos propios no sujetos a limitaciones por parte del Gobierno Nacional a través de dos vías: primera, mediante la posibilidad de generar ingresos tributarios propios; segunda, por medio de transferencias de carácter incondicionado, por parte del Gobierno Nacional, de un porcentaje del recaudo del impuesto a las ventas.

En relación a la primera vía, es decir, la generación de ingresos tributarios propios, la Ley 33 de 1968 cedió a los departamentos y municipios el recaudo de algunos impuestos. En el caso de los departamentos, el impuesto de venta sobre licores destilados de producción nacional, y el impuesto de 2% sobre los premios de lotería entre otros. En el caso de los municipios, los impuestos sobre billetes, tiquetes y boletas de rifas, y el de espectáculos públicos entre otros. Además, se permitió a los municipios la posibilidad de gravar con el impuesto de industria y comercio a establecimientos de crédito y compañías de seguros.

El dinero recaudado producto de los tributos mencionados, podía ser utilizado por los municipios y departamentos según las preferencias de los residentes de sus jurisdicciones, lo cual, según Oates (1977), permitiría maximizar el bienestar de los últimos.

Respecto a la segunda vía, esto es, las transferencias incondicionadas del Gobierno Nacional hacia los municipios y los departamentos de un porcentaje del recaudo del impuesto a las ventas, la Ley 33 de 1968 estableció que se debían transferir los siguientes porcentajes anuales: en 1969, un 10%; en 1970, el 20%; y de 1971 en adelante, el 30%.

En principio los departamentos y municipios eran beneficiarios del porcentaje de cesión del impuesto a las ventas. Sin embargo, la Ley 46 de 1971 determinó que el 100% de estos recursos se repartieran entre los municipios. De igual forma, dichas transferencias adquirieron el carácter de incondicionadas, puesto que sus recursos eran de libre destinación. Empero, las leyes 22 de 1973 y 43 de 1975, modificaron esta situación convirtiendo parte de estas transferencias en condicionadas, puesto que se estableció una destinación específica para unos porcentajes de ellas¹² (Iregui, et al., 2001).

Sobre la finalidad de las transferencias producto del recaudo del impuesto a las ventas, confrontando la forma de distribución de los recursos de las leyes 33 de 1968 y 46 de 1971 con la teoría del Federalismo Fiscal, es válido afirmar que buscaban la igualación

12 La ley 22 de 1973 determinó que parte de los recursos del impuesto a las ventas transferido por la Nación deben destinarse a las cajas seccionales de previsión social.; la Ley 43 de 1975 modificó las leyes 33 de 1968, 46 de 1971 y 22 de 1973 y estableció que parte de los recursos en cuestión se utilicen para el pago de gastos de educación primaria y para las cajas de previsión social.

fiscal entre jurisdicciones. Lo anterior, porque, según las leyes referidas¹³, el criterio de distribución de los recursos obedeció al número de habitantes de los municipios, lo cual trajo implícito que entre mayor fuera la población de una jurisdicción más alta sería su necesidad de provisión de bienes públicos, lo que generaría un aumento en la cantidad de gasto, y por lo tanto una reducción en su capacidad fiscal¹⁴. Así mismo, conforme a la teoría del Federalismo Fiscal, el criterio para distribuir los recursos de las transferencias que buscan la igualación fiscal entre jurisdicciones debe ser el de la capacidad fiscal de los beneficiarios (Oates, 1999) y (Musgrave y Musgrave, 1992).

- **La provisión de un mínimo de ciertos bienes a toda la Nación**

Según Musgrave y Musgrave (1992), el gobierno del nivel central puede buscar asegurar la provisión de niveles mínimos de ciertos bienes en toda la Nación a través de transferencias de carácter condicionado. Lo anterior, generalmente, para cumplir la función de redistribución del ingreso con la provisión de bienes que impacten especialmente en la población con menos recursos.

Conforme a las recomendaciones de la “Misión Musgrave”, mediante la Reforma Constitucional de 1968 y su desarrollo legal, se intentó asegurar la provisión de niveles mínimos de salud y educación primaria. En efecto, el Acto Legislativo 01 de 1968 y la Ley 46 de 1971 crearon un sistema de transferencias del Gobierno Nacional hacia los departamentos, el cual fue denominado por el artículo 1º de la Ley como “situado fiscal”. Con base en lo anterior, el Gobierno Nacional debía transferir entre el 15% y el 25% de los ingresos ordinarios de la Nación a los entes territoriales mencionados para atender los gastos de funcionamiento de educación primaria y salud (Gutiérrez, 2002)¹⁵.

- **El manejo del tamaño óptimo de cada nivel de gobierno**

El Acto Legislativo 01 de 1968 le otorgó a los municipios herramientas jurídicas para obtener tamaños óptimos en la provisión de bienes públicos. Lo anterior, en

13 Se debe aclarar que la Ley 33 de 1968, además del número de habitantes como criterio de distribución, determinó que el 30% del total de los recursos de la cesión del impuesto a las ventas se reparta por partes iguales entre todos los departamentos.

14 El adoptar como criterio de distribución de los recursos el número de habitantes para buscar la igualación fiscal entre jurisdicciones es discutible, porque si bien, una mayor cantidad de población implica un aumento en la necesidad en el gasto para el gobierno local, este hecho no genera indefectiblemente menor capacidad fiscal, puesto que ésta depende más de la cantidad de recaudo y de la eficiencia administrativa. Por ejemplo, Buchanan (1950), sugiere que para alcanzar la igualación fiscal entre jurisdicciones a través de transferencias, el criterio de distribución de los recursos debe ser el ingreso per cápita de cada gobierno local, de esta manera se es más consecuente con la capacidad y la necesidad de gasto de cada jurisdicción.

15 De los recursos transferidos a los departamentos el 74% de los mismos debía ser invertido en gastos de educación primaria y el 26% restante en salud. Además, los recursos transferidos eran administrados por los fondos educativos regionales y por las seccionales de salud de cada departamento.

razón a que se le permitió a los municipios conformar asociaciones y áreas metropolitanas y así poder proveer ciertos bienes públicos de manera conjunta (Matiz Santos, 1969).

Según Oates (1999), las uniones entre municipios podrían permitir la negociación de las externalidades producto de la provisión de bienes públicos en sus jurisdicciones, y así conseguir acciones coordinadas para su tratamiento evitando pérdidas de bienestar. Además, se podrían reducir los costos en la provisión de algunos bienes, debido a la utilidad producto de la asociación por compartir el costo del bien público y a las economías de escala¹⁶. En definitiva, las asociaciones de municipios y las áreas metropolitanas podrían ayudar a que la provisión de bienes públicos fuera más eficiente.

3.2 La apuesta por la descentralización de los años ochenta (período 1980- 1990)

El proceso de descentralización fiscal colombiano de la década de los años ochenta del siglo pasado, debe enmarcarse dentro del contexto latinoamericano, en el cual se empezaron a generar importantes transformaciones en los Estados del continente tendientes a otorgar mayor importancia a los gobiernos subnacionales, a través de reformas hacia a la descentralización política, administrativa y fiscal¹⁷ (Daughters y Harper, 2007).

El proceso de descentralización de la década del ochenta en Colombia tuvo como antecedente importante el Plan de Integración Nacional (PIN) de la administración Turbay, cuyo objetivo primordial era la descentralización económica y autonomía regional (Junguito y Rincón, 2007)¹⁸. Para alcanzar dicho objetivo era esencial el esfuerzo propio de las regiones, en especial, en el ámbito fiscal. Por lo anterior,

16 Matiz Santos (1969), para ilustrar el asunto, pone como ejemplo el caso de la prestación del servicio de telefonía por parte de los municipios de Facatativá, Zipaquirá, entre otros, en los cuales a pesar de ser vecinos tenían cada uno plantas distintas, generando costos mayores a los que se producirían si se prestará mediante una sola.

17 Los procesos de descentralización fiscal latinoamericanos comparten características similares, sin embargo, cada país de la región tiene las propias. En el caso colombiano de la década de los años ochenta se pueden identificar, por lo menos, tres causas que dieron lugar a una serie de reformas estructurales del aparato estatal colombiano: primera, la crisis institucional del Estado originada en un déficit de legitimidad (Velásquez, 2004); segunda, la crisis económica de principios de la década del ochenta (Junguito y Rincón, 2007); tercera, las ineficiencias del sistema fiscal colombiano (Bird, 1981).

18 Se debe mencionar, a manera de antecedente del proceso de descentralización fiscal de la década del ochenta, el intento de reforma constitucional de 1976, mediante el cual se buscó el fortalecimiento de los fiscos regionales y la redefinición de competencias de municipios y departamentos. A la postre la reforma constitucional propuesta no prosperó, pero se dejaron sentadas las bases para las reformas de la década del ochenta (Iregui, et. al, 2001).

la administración Turbay comisionó la realización de un estudio técnico sobre las finanzas intergubernamentales del Estado Colombiano a un grupo de expertos nacionales y extranjeros, dirigido por el economista canadiense Richard Bird¹⁹, el cual fue conocido como la “Misión Bird – Wiesner” (Moncayo, 2002).

La “Misión Bird – Wiesner” presentó su informe final en julio de 1981, y en su texto se plasmaron importantes recomendaciones en relación a las finanzas públicas del Estado, que a la postre tuvieron una influencia notable en las reformas fiscales de los años siguientes.

Sobre las recomendaciones dictadas por la “Misión Bird – Wiesner” es válido afirmar que tienen como base teórica los postulados del Federalismo Fiscal, puesto que parten de reconocer que los municipios y departamentos tienen unas funciones propias dentro del Estado y, que para cumplirlas necesitan instrumentos fiscales. En efecto, el informe presentado por la Misión recomendó realizar algunas modificaciones en el sistema de transferencias nacionales, así como a los tributos de municipios y departamentos para incentivar el esfuerzo fiscal de unos y otros²⁰ (Bird, 1981).

Las decisiones en torno a la descentralización fiscal de la época se concretaron con la expedición de la ley 14 de 1983, las leyes 11 y 12 de 1986, así como del Acto Legislativo 01 del mismo año y la Ley 44 de 1990.

En los textos normativos mencionados se encuentran los siguientes elementos de la teoría del Federalismo Fiscal:

- **Los instrumentos fiscales de los gobiernos locales**

El fortalecimiento de los instrumentos fiscales de municipios y departamentos se buscó a través de dos vías: la primera, mediante el afianzamiento y consolidación de los tributos de los mencionados entes territoriales, por medio de las leyes 14 de 1983 y 44 de 1990; la segunda, a través de un aumento en las transferencias provenientes de la cesión del impuesto a las ventas aprobado por la Ley 12 de 1986.

19 Richard Bird, al igual que Richard Musgrave también es un teórico de respeto en la teoría del federalismo fiscal.

20 Cabe mencionar que la Misión también recomendó la elección popular de alcaldes, para que de esta manera los residentes de los municipios tuvieran la posibilidad de expresar sus preferencias a nivel local y controlar el manejo de las finanzas públicas de la localidad de su residencia. Además, es importante resaltar que en el informe presentado por la Misión se destaca la afirmación de que el sistema de transferencias, tanto del situado fiscal como el de cesión del impuesto a las ventas, generó “pereza fiscal” por parte de los municipios y departamentos. Lo anterior es coherente con lo afirmado por Rosen (2002), puesto que dicho autor sostiene que las transferencias del gobierno del nivel central hacia el local generan el llamado “efecto papel matamoscas”, es decir, una reducción de los impuestos recaudados por parte del último a los residentes de su jurisdicción.

Sobre la primera vía, esto es, el fortalecimiento de los tributos de los entes territoriales, la Ley 14 de 1983 organizó y sistematizó los recursos tributarios de departamentos y municipios: en relación a los tributos departamentales, se modificaron los impuestos a licores y a cigarrillos y, se cedió a los departamentos el impuesto de timbre nacional sobre vehículos; en cuanto a los tributos municipales, la Ley 14 obligó a actualizar la base del impuesto predial, a través del reajuste de los avalúos catastrales²¹ y se modificó la base gravable del impuesto de industria y comercio. Además, se estableció como complemento al anterior tributo, el impuesto de avisos y tableros, y se adoptó el impuesto de circulación y tránsito, entre otros, como impuestos municipales (Fainboim, et al., 1994).

Así mismo, el fortalecimiento de los recursos tributarios de municipios y departamentos, según la teoría del Federalismo Fiscal, permitiría la provisión de bienes públicos de acuerdo con las preferencias de los residentes de su jurisdicción y con la respectiva carga impositiva que éstos deseen pagar (Stiglitz, 1997).

Lo anterior reviste especial importancia en el caso de los impuestos municipales, puesto que la Ley 14 de 1983 permitió a los municipios tener un amplio margen para fijar las tarifas, dentro de los límites impuestos por dicha Ley, de impuestos como el predial o industria y comercio con su complemento de avisos y tableros, lo cual, aplicando el modelo de Tiebout (1956), permitiría a las personas y los factores de producción escoger como municipio de residencia aquel que esté más acorde con sus preferencias en cuanto a la provisión de bienes públicos y su correspondiente carga impositiva para financiarlos.²² Además, conforme a lo afirmado por Oates (1999), el que los municipios tengan la posibilidad de fijar las tarifas de los impuestos que cobran, puede generar que la carga impositiva tenga un nivel óptimo, en razón a la competencia entre las jurisdicciones por atraer a los factores de producción.

En relación a la segunda vía para fortalecer los fiscos municipales y departamentales, a través de un aumento en las transferencias provenientes de la cesión del impuesto a las ventas, la Ley 12 de 1986 modificó el monto cedido por el Gobierno Nacional por este concepto²³. Los porcentajes otorgados a los municipios fueron incrementados de manera progresiva iniciando en 1986 con el 25.8% anual hasta

21 Ley 44 de 1990 modificó la Ley 14 de 1983 elevando la tarifa del impuesto predial, fijándola entre el 1 y el 16 por mil del respectivo avalúo catastral, a diferencia de la tarifa fijada por la primera norma, la cual oscilaba entre el 4 y 12 por mil del avalúo.

22 Esta afirmación sólo es válida aplicando estrictamente los supuestos del modelo de Tiebout (1956), y eliminando cualquier otro factor determinante en la decisión de ubicación de las personas y factores de producción.

23 Si bien los beneficiarios directos de las transferencias por este concepto eran los municipios, los departamentos también se beneficiaron de ellas. Lo anterior, porque el Gobierno Nacional podía retener determinados porcentajes del dinero transferido, los cuales, posteriormente eran girados a los Fondos Educativos Regionales

llegar a un máximo de 28.5% para el año de 1992 y continuando así para los años siguientes²⁴. Igualmente, los porcentajes indicados se debían repartir entre todos los municipios en relación a su población, pero éstos podrían obtener porcentajes adicionales en caso de tener menos de 100.000 habitantes y por el esfuerzo fiscal en el recaudo del impuesto predial.

Los recursos transferidos directamente de la Nación hacia los municipios por la cesión del impuesto a las ventas eran de libre destinación, con excepción del 25.8% del total girado. Sin embargo, dicho porcentaje debía ser invertido para atender gastos de funcionamiento e inversión, lo cual no obstaba para que los municipios tuviesen amplia libertad de decisión sobre la destinación de los recursos en cuestión. Por lo anterior, las transferencias producto de la cesión al impuesto a las ventas reguladas en la Ley 12 de 1986, al igual que las de su anterior regulación en las leyes 33 de 1968 y 46 de 1971, buscaban la igualación fiscal entre municipios en los términos de Oates (1999) y Musgrave y Musgrave (1992).

- **La provisión de un mínimo de ciertos bienes a toda la Nación**

Al igual que la propuesta teórica del Federalismo Fiscal sobre la provisión de un nivel mínimo de ciertos bienes públicos (Musgrave y Musgrave, 1992), el Estado Colombiano en la década del ochenta intentó asegurar en toda la Nación la prestación de los servicios de educación y salud, a través de transferencias de carácter condicionado.

Respecto al servicio educativo, la Ley 12 de 1986 dispuso la obligación para el Gobierno Nacional de retener, del total de los recursos girados a los municipios por el concepto de cesión del recaudo del impuesto a las ventas, entre el 20% y el 50% (dependiendo del número de habitantes), para que dicha cantidad fuera girada directamente a los Fondos Educativos Regionales del departamento al cual pertenecía el municipio beneficiario y así atender los gastos de educación básica.

En relación al servicio de salud, para destinar más recursos a esta materia, la Ley 10 de 1990 modificó la Ley 46 de 1971. En efecto, la Ley 10 dispuso que los recursos para salud deberían ser iguales al 4% de los ingresos ordinarios de la Nación para cada vigencia fiscal, aumentando cada anualidad medio punto, siempre que los

del departamento al cual pertenecía el municipio beneficiado con los recursos. En líneas siguientes se harán consideraciones adicionales sobre el particular.

24 Los nuevos recursos hacia los municipios también implicaron nuevas responsabilidades para éstos. En efecto, el Decreto 077 de 1987 asignó la tarea a los municipios de construir hospitales de primer nivel y centros educativos, entre otras responsabilidades.

ingresos corrientes se incrementaran más que el índice de precios al consumidor, sin sobrepasar el 25% de los ingresos ordinarios (Fainboim, et. al, 1994).

- **La revelación de preferencias por parte de los residentes de los distintos niveles de gobierno**

La teoría del Federalismo Fiscal surge, principalmente, dentro del contexto estadounidense, por lo cual sus supuestos teóricos parten no sólo de la existencia de diferentes niveles de gobierno, sino también del hecho de que los residentes de las jurisdicciones respectivas pueden revelar sus preferencias a través de los mecanismos de participación política. En el caso colombiano antes de las reformas políticas de 1986 y 1991 había dificultades para que los residentes de las jurisdicciones locales revelasen sus preferencias, ya que, si bien existía elección popular de los miembros de los concejos y asambleas, los residentes de municipios y departamentos no podían elegir a las máximas autoridades administrativas de su jurisdicción, puesto que no existía la elección popular de alcaldes ni gobernadores²⁵.

En la década del ochenta se pudo superar buena parte del déficit en los mecanismos de participación política para la revelación de preferencias de los residentes de municipios: por un lado, el Acto Legislativo 01 de 1986 y su desarrollo en la Ley 78 del mismo año permitieron la elección popular de alcaldes, lo cual significó la posibilidad de los residentes de los municipios colombianos de escoger entre las propuestas de provisión de bienes públicos y de carga impositiva que más los benefició según sus preferencias; por el otro, la Ley 11 de 1986 reguló la elección y funciones de las juntas administradoras locales²⁶, otorgando a los residentes de los municipios una institución que potencialmente era capaz de canalizar las preferencias de los habitantes de cada comuna o corregimiento.

En cuanto a la elección popular de gobernadores, ésta sólo fue establecida con la adopción de la Constitución Política de 1991.

3.3 La cúspide de la descentralización: la Constitución Política de 1991 y su desarrollo (período 1991 a 1999)

El siguiente hito que marcaría el proceso de descentralización fiscal en Colombia fue la adopción en el año de 1991 de una nueva Constitución, producto de una

25 Antes del año de 1986, en Colombia los alcaldes eran elegidos por los gobernadores y éstos a su vez por el Presidente de la República, por lo cual, el Gobierno Nacional tenía alta injerencia política en las decisiones de todos los niveles de gobierno.

26 Si bien las Juntas Administradoras Locales habían sido creadas por el Acto Legislativo 01 de 1968 (Yepes Arcila, 1974), no se reglamentaron hasta el año de 1986 mediante la Ley 11 del mismo año.

profunda crisis institucional y política²⁷. De tal forma que el Constituyente de 1991, para recuperar la credibilidad de las instituciones del Estado, realizó una apuesta por la descentralización, pero no sólo en el ámbito fiscal²⁸, sino también en el político, otorgando más mecanismos de participación democrática a los residentes de jurisdicciones locales.

Así las cosas, fue necesario desarrollar la Carta Política; por tanto, la Administración Gaviria conformó un grupo de expertos para que estudiara las finanzas estatales y realizara recomendaciones en torno a la descentralización en materia fiscal. Dicho grupo fue conocido como la “Misión Wiesner”, la cual en el año de 1992 presentó su informe final titulado “Colombia: Descentralización y Federalismo Fiscal”.

El Informe mencionado parte de la fundamentación teórica del Federalismo Fiscal, y de la mano de autores como Oates, Musgrave y Musgrave, Stiglitz, Tiebout, entre otros, reconoce la importancia de la descentralización fiscal como motor del desarrollo económico y de la eficiencia del sector público, por tanto, en su texto se realizaron recomendaciones en torno al papel de las transferencias y a los criterios para su distribución (Wiesner, 1992). Las recomendaciones del informe tuvieron una fuerte influencia en la configuración de la Ley 60 de 1993, en especial, en lo relacionado con las transferencias²⁹.

En los artículos de la Constitución Política que tratan lo relacionado con la descentralización fiscal y las leyes que los desarrollaron se pueden encontrar los siguientes elementos de la teoría del Federalismo Fiscal:

- **El manejo del tamaño óptimo de cada nivel de gobierno**

La Constitución Política dejó sentadas las bases jurídicas para la constitución de tamaños óptimos de gobiernos a nivel departamental y municipal para la provisión

27 La adopción de la nueva Carta Política debe enmarcarse dentro del proceso tendiente hacia la descentralización política y fiscal vivido en Latinoamérica entre la década del ochenta y principios de la del noventa (Willis, Garman, Haggard, 2001).

28 En el ámbito fiscal, señala Velásquez (2004), que el proceso de descentralización fiscal atendió a las necesidades de la apertura económica iniciada por Colombia a principios de la década del noventa, por lo tanto, el fin fundamental era contribuir a la reducción del tamaño del Estado y de la intervención del sector público, para facilitar el funcionamiento del libre mercado.

29 En efecto, la “Misión Weisner”, recomendó que “las transferencia no deben ser automáticas, ni incondicionales, sino que deben estar dirigidas a: i) estimular el esfuerzo fiscal propio; ii) apoyar una mejor gerencia y gobernancia a nivel local; iii) asegurar objetivos de eficiencia y equidad” (Wiesner, 1992, pág. 84). Dichos criterios son casi iguales a los plasmados en la Ley 60 de 1993 respecto a la distribución de los recursos del situado fiscal (art. 11) y de los de la participación municipal (art. 24). Se debe mencionar que la Constitución en los artículos 356 y 357 también consagra criterios para la distribución de los recursos del situado fiscal y la participación municipal orientados a cumplir objetivos de equidad y eficiencia.

de bienes públicos. Lo anterior, en razón a que la nueva Carta Política permitió a los municipios conformar áreas metropolitanas³⁰ (art. 319) y provincias (arts. 286 y 321); además, a los departamentos se les permitió crear regiones (arts. 286 y 306). Adicionalmente, la Ley 136 de 1994 estableció la posibilidad para la conformación de asociaciones de municipios.

Las anteriores figuras de asociación de los entes territoriales, según la teoría del Federalismo Fiscal, en los términos de Oates (1999), permitirían un mejor manejo de las externalidades producto de la provisión de algunos bienes públicos y también la consecución de economías de escala en la prestación de servicios públicos.

• **La definición de las funciones de los diferentes niveles de gobierno**

La nueva Carta Política y las normas que la desarrollaron redefinieron las funciones de los distintos niveles de gobierno. Sin embargo, en varios casos la división de funciones fue confusa, en especial en lo referente a salud y educación, puesto que municipios, departamentos y Nación interactuaban de manera poco clara y transparente (Alesina, Carrasquilla y Echavarría, 2002), sin perjuicio de que la Constitución Política (art. 288), la Ley 60 de 1993 (arts. 3 y 4) y la Ley 136 de 1994 (art. 4) hayan establecido los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad para la relación entre los distintos niveles de gobierno en la provisión de bienes públicos.

A pesar de lo anterior, pareciera que varias funciones del Estado fueron distribuidas conforme a la teoría del Federalismo Fiscal, esto es, atendiendo al criterio de Stiglitz (1997), según el cual el nivel de gobierno que provea un bien público debe ser determinado por la jurisdicción que se beneficie. De esta manera, los servicios que benefician a toda la Nación son prestados por el gobierno central, tales como seguridad nacional o el de relaciones internacionales (art. 189 de la Carta Política); los servicios que benefician a la jurisdicción departamental, son dados por los departamentos, por ejemplo la transmisión de energía eléctrica, o el apoyo financiero, técnico y administrativo a las empresas de servicios públicos municipales (art. 7 de la Ley 142 de 1994); finalmente, los bienes públicos que benefician al nivel municipal, son proveídos por los municipios, tal es el caso de la construcción de obras públicas, el alcantarillado, agua potable, aseo urbano, vivienda de interés social, servicios públicos domiciliarios, etc. (art. 2 Ley 60 de 1993).³¹

30 Se debe recordar que las áreas metropolitanas ya habían sido creadas por el Acto Legislativo 01 de 1968. Ahora bien, con la nueva Carta Política se estableció una nueva regulación para las áreas metropolitanas, la cual se desarrolló en la ley orgánica 128 de 1994.

31 Las normas más importantes que regularon las funciones de los distintos niveles de gobierno en la década del noventa fueron las leyes: 60 de 1993; 136 de 1994; 142 de 1994; y 388 de 1997.

- **La provisión de un mínimo de ciertos bienes a toda la Nación**

Conforme a lo propuesto por Musgrave y Musgrave (1992) sobre la importancia de la provisión de niveles mínimos de ciertos bienes públicos, el Constituyente de 1991 buscó asegurar la prestación de un nivel mínimo de los servicios de salud y educación en toda la Nación, a través de transferencias condicionadas del gobierno del nivel central hacia los gobiernos subnacionales. Para tal fin, la Carta Política de 1991 mantuvo el antiguo situado fiscal y creó la participación municipal.

En relación al situado fiscal, la Constitución (art. 356) estableció que el Gobierno Nacional debe girar un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación a los departamentos y a los distritos, el cual se destinará a atender los servicios de salud y educación. Posteriormente, la Ley 60 de 1993, en desarrollo del anterior precepto constitucional, estableció que el situado fiscal sería del 23% en 1994, 23,5% en 1995 y 24,5 % de 1996 en adelante de los ingresos corrientes de la Nación. Según la Ley, de dichos porcentajes debían destinarse el 60% para educación, el 20% para salud y el 20% restante para cumplir las metas de cobertura en la prestación de estos servicios.

En cuanto a la participación municipal, la Carta Política (art. 357) estableció que los municipios deben participar de los ingresos corrientes de la Nación empezando en 1993 con un mínimo de 14% hasta alcanzar en el año 2002 un mínimo de 22%. Posteriormente, la Ley 60 de 1993 determinó que los recursos provenientes de la participación municipal deben ser invertidos conforme a los siguientes porcentajes: 30% para educación; 25% para salud y el resto en diferentes servicios establecidos por la Ley³².

Respecto a la distribución de los recursos del situado fiscal y de la participación municipal, se debe decir que en comparación con las reformas de las décadas anteriores se refinaron los criterios para tal fin, puesto que ya no se atendió sólo al nivel de población, sino que al igual que lo propuesto por James Buchanan (1950), se tuvo en cuenta las necesidades y la capacidad fiscal de los gobiernos locales. Además, se adoptaron otros criterios para la distribución de los recursos, tales como el esfuerzo fiscal y la eficiencia administrativa³³.

32 Por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 60 de 1993 determinó que el 20% de la participación municipal se destine a agua potable y alcantarillado (aunque este porcentaje se puede modificar según el cumplimiento de metas de cobertura del servicio en cuestión); el 5% a recreación y deporte y; el 20% a diferentes servicios definidos por la misma norma, tal como, vías públicas, cultura, etc.

33 En la Constitución Política están plasmados los criterios para la distribución de los recursos del situado fiscal y de la participación municipal, posteriormente en la Ley 60 de 1993 fueron desarrollados. En efecto, el artículo 356 de la Carta estableció que un 15% del total de los recursos del situado fiscal debe repartirse por partes iguales entre todos los departamentos y distritos, y el 85% restante debe repartirse atendiendo a

- **Los instrumentos fiscales de los gobiernos locales**

En la década del noventa se pueden encontrar varios instrumentos que permitieron a los municipios y departamentos obtener ingresos propios, lo cual posibilitó la provisión de bienes públicos de acuerdo a las preferencias de los residentes de las respectivas jurisdicciones, en consonancia a la teoría del Federalismo Fiscal.

Los instrumentos fiscales en cuestión son: primero, la participación municipal, ya que si bien el 55% de los recursos por este concepto se debían invertir en salud y educación, el otro 45% daba la posibilidad para que los municipios pudieran invertir según las preferencias de sus residentes dentro de los límites establecidos por el artículo 24 de la Ley 60 de 1993; segundo, las regalías y el Fondo Nacional de Regalías establecidos por los artículos 360 y 361 de la Constitución desarrollados por la Ley 141 de 1994, puesto que los recursos provenientes de estos conceptos tenían una amplia posibilidad para su utilización en los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley³⁴; tercero, los ingresos tributarios propios de los municipios y departamentos, puesto que la Ley 388 de 1997, con fundamento en el artículo 82 de la Constitución, creó el tributo de la plusvalía para los municipios³⁵, adicionalmente, la Ley 488 de 1998 modificó el impuesto sobre vehículos automotores³⁶ y la sobre tasa a la gasolina³⁷.

- **La revelación de preferencias por parte de los residentes de los distintos niveles de gobierno**

La Constitución de 1991, en su artículo 101, dotó a los residentes de jurisdicciones locales de mecanismos de participación política directa, los cuales facilitan la revelación de sus preferencias en relación a la provisión de bienes públicos, cumpliéndose así uno de los presupuestos para la aplicación de la teoría del Federalismo Fiscal. Estos mecanismos son: iniciativas normativas, consulta popular, revocatoria

el número de los usuarios actuales y potenciales de los servicios de salud y educación, el esfuerzo fiscal y la eficiencia administrativa de la respectiva entidad territorial; el artículo 357 de la Constitución estableció que del total de los recursos de la participación municipal, el 60% se distribuya en proporción directa al número de habitantes en situación de pobreza o con necesidades básicas insatisfechas, y el restante 40% en función a la población total, el esfuerzo fiscal, la eficiencia administrativa y el progreso en la calidad de vida.

34 Se debe aclarar que si los departamentos y municipios receptores de los recursos provenientes de las regalías no alcanzaban las coberturas mínimas de educación, salud, agua potable, alcantarillado, y otros, debían utilizar parte de los recursos para atender estos servicios.

35 Los recaudos de este tributo deben destinarse al mejoramiento de la calidad urbanística y del espacio público.

36 Antes de la norma citada, impuesto de timbre nacional sobre vehículos automotores. El nuevo impuesto pertenece a los municipios.

37 Los recursos producto del recaudo de este tributo deben destinarse al mantenimiento de la red vial de la Nación y los departamentos.

del mandato y el cabildo abierto³⁸. Adicionalmente, los artículos 260 y 303 de la Constitución establecieron la elección popular de gobernadores³⁹.

3.4 Ajustes a la descentralización fiscal (período 2000 a 2011)

Para las finanzas públicas colombianas la primera década del siglo XXI fue un período de ajuste en el proceso de descentralización fiscal, en el cual se intentaron resolver, principalmente, los problemas producto del déficit presupuestario en la hacienda pública del País. Por lo anterior, es válido afirmar que esta etapa sólo es continuación de todo el proceso de descentralización descrito en el periodo anterior y no existen nuevos elementos del Federalismo Fiscal identificables en esta década. Por el contrario, se evidencian mayores límites a la autonomía fiscal de los entes territoriales, los cuales se pasan a explicar.

Según Junguito y Rincón (2007), la década del noventa fue una etapa de constante crecimiento de la deuda pública del Estado Colombiano, pero no así de sus ingresos. Además, la crisis económica de 1998 fue un factor coyuntural que provocó que los ingresos del Estado se redujeran aun más. La situación anterior originó un desbalance fiscal creciente que amenazaba con colapsar al nuevo “Estado Social de Derecho”.

En cuanto a los entes territoriales, éstos jugaron un papel importante en el deterioro de las finanzas estatales a través de su alto nivel de endeudamiento, la corrupción y las ineficiencias de su aparato burocrático (Velásquez, 2004). Dicho panorama llamó la atención del Fondo Monetario Internacional, el cual propuso un plan de ajuste a las finanzas públicas colombianas (Pérez, 2001), que a la postre se concretó con la expedición de las leyes 617 de 2000, 819 de 2003, 1483 de 2011 y los Actos Legislativos 01 de 2001, 04 de 2007 y 05 de 2011.

Así, la Ley 617 de 2000 limitó la autonomía de los departamentos y municipios en dos aspectos: por un lado, mediante la imposición de límites al gasto de funcionamiento; por otro, a través de límites al nivel de endeudamiento⁴⁰. La Ley 819 de 2003 también impuso limitantes a los niveles de endeudamiento de los entes territoriales, además, dispuso que el presupuesto de éstos debe estar sujeto a lo establecido en un marco fiscal de mediano plazo aprobado por la Asamblea Departamental, o el Concejo Municipal, según sea el caso. Así mismo, la Ley 1483 de 2011 limitó la

38 Estos mecanismos de participación política están regulados en la Ley 134 de 1994.

39 Las Juntas Administradoras locales también fueron mantenidas por el artículo 318 de la Constitución Política, el cual fue desarrollado por la Ley 136 de 1994.

40 Previamente, en el año de 1997 mediante la Ley 358 del mismo año se intentó sanear las finanzas de los entes territoriales, a través de la imposición de límites en su nivel de endeudamiento.

posibilidad de municipios y departamentos respecto a la utilización de las vigencias presupuestales futuras, condicionando su uso para atender gastos de infraestructura, energía, comunicaciones y gasto público social de proyectos inscritos en el banco de proyectos, consultando el marco fiscal de mediano plazo y con previa aprobación del Confis territorial.

En esta época también se modificó el sistema de transferencias de la Nación hacia los entes territoriales, a través de la reforma a los artículos 356 y 357 de la Constitución Política. En efecto, el Acto Legislativo 01 de 2001⁴¹, reformado por el Acto Legislativo 04 de 2007⁴², convirtió el situado fiscal y la participación municipal en el Sistema General de Participaciones (SGP). Así mismo, el SGP modificó la manera como se asignaban los recursos de la Nación a los entes territoriales, puesto que en adelante el aumento de las transferencias sería el promedio de la variación porcentual de los recursos transferidos en los cuatro años anteriores⁴³.

Esta manera de determinar los recursos a transferir buscó dos finalidades: por un lado, disminuir el monto de las transferencias de la Nación hacia los entes territoriales, para así reducir déficit de las finanzas del gobierno del nivel central (Portillo, 2011); de otro lado, permitir mayor estabilidad en la cantidad de los recursos transferidos hacia los municipios y departamentos, ya que la cantidad a distribuir dependería en menor medida de las fluctuaciones en los ingresos corrientes de la Nación (Porras, 2010).

Es claro que la nueva forma de distribuir los recursos del SGP va en contra vía a la autonomía de los entes territoriales y a lo preceptuado por la teoría del Federalismo Fiscal, ya que el recorte de dichos dineros a los departamentos y municipios reduciría la posibilidad para que los residentes de estas jurisdicciones puedan revelar sus preferencias respecto a la provisión de bienes públicos, dado el mayor control del gobierno del nivel central. Además, gran parte (83%) de las transferencias del SGP están condicionadas a atender los gastos de salud y educación, por lo cual municipios y departamentos no tienen gran autonomía para decidir sobre la destinación de estos recursos.

De igual manera, el Acto Legislativo 05 de 2011 modificó los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, eliminó el Fondo Nacional de Regalías y creó el Sis-

41 El desarrollo legal del Acto Legislativo 01 de 2001 se realizó mediante la Ley 715 del mismo año.

42 El desarrollo legal del Acto Legislativo 04 de 2007 se realizó mediante la Ley 1176 del mismo año.

43 El Acto Legislativo 01 de 2001 estableció un período de transición (2002 - 2008) para adoptar la nueva forma de distribución de los recursos de SGP. Posteriormente, el Acto Legislativo 04 de 2007 estableció un nuevo período de transición (2008 - 2016). Para determinar los recursos a transferir se tomó como base el monto asignado en 2001 (Acto Legislativo 01 de 2001) y el de 2007 (Acto Legislativo 04 de 2007) para hacerlo crecer año tras año con la inflación más unos puntos reales adicionales.

tema General de Regalías, el cual, según la exposición de motivos de la Reforma Constitucional, busca que “*abarque la totalidad de los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, a que tiene derecho el Estado*” (Congreso de la República de Colombia, 2010, pág. 2). Es decir, todos los recursos provenientes de las Regalías, incluyendo las que se giran directamente a municipios y departamentos, pasarán en adelante por el Sistema General de Regalías. Así mismo, el nuevo artículo 361 de la Carta Política, reconoce el derecho de los entes territoriales de ejecutar directamente los recursos provenientes de las regalías, pero limita su participación al 10% del total de los recursos del Sistema General de Regalías. En consecuencia, el gobierno del nivel central adquirió un mayor protagonismo en cuanto al manejo de los recursos de las regalías y la autonomía de los entes territoriales se redujo.

Se debe mencionar que, pese a que en esta etapa de descentralización fiscal no se encuentran nuevos elementos de la teoría del Federalismo Fiscal, la Ley 1454 de 2011 desarrolló el artículo 286 de la Carta Política en lo referente a la posibilidad de crear provincias y regiones. Lo anterior, en concordancia con las anotaciones realizadas en líneas precedentes sobre el manejo óptimo de los distintos niveles de gobierno respecto a la provisión de bienes públicos y su relación con la teoría del Federalismo Fiscal. En efecto, esta ley permite que tanto municipios como departamentos puedan acudir a diferentes formas asociativas para realizar proyectos comunes, acciones de planificación y de prestación de servicios públicos.

4. CONCLUSIONES

Las diferentes normas expedidas, desde 1968 hasta la fecha, en relación a la descentralización fiscal evidencian elementos de la teoría del Federalismo Fiscal. Así mismo, dichas reformas estuvieron influenciadas por misiones de carácter técnico que estudiaron las finanzas intergubernamentales de Colombia y realizaron recomendaciones con fundamento en el Federalismo Fiscal. De ahí que se pueda explicar en buena parte la influencia de esta teoría económica en las normas que concretaron las decisiones hacia la descentralización en materia fiscal. En otras palabras, se constatan los supuestos mínimos de la teoría económica del Federalismo Fiscal, pues el nivel central se ocupa de la provisión de bienes públicos puros - como la seguridad y la defensa nacional- y de las políticas de estabilización de la economía y de redistribución de la renta y de la riqueza, mientras que los niveles descentralizados se encargan de financiar, con recursos propios, la provisión de bienes públicos locales.

A pesar de lo anterior, no es posible afirmar que la configuración de las normas que regularon la descentralización fiscal en Colombia constituya un trasplante de

la teoría del Federalismo Fiscal. Ello porque dada las necesidades particulares del País, el mayor énfasis de la descentralización no estuvo en canalizar las preferencias de los residentes de los distintos niveles de gobierno, sino en la función de distribución del ingreso a través de transferencias condicionadas del centro a los entes territoriales para atender gastos sociales como salud y educación. En consecuencia, si bien durante el proceso hacia la descentralización fiscal se le otorgaron a los departamentos y municipios herramientas jurídicas para la obtención de recursos tributarios propios no sujetos a limitaciones por parte del gobierno del nivel central, este hecho parece subsidiario en comparación con la regulación y la importancia de las transferencias para salud y educación.

La aplicación de la teoría del Federalismo Fiscal en Colombia no sólo conllevó reformas en el ámbito fiscal, sino en el político. Lo anterior, en razón a que la revelación de las preferencias de los residentes de jurisdicciones locales necesariamente debe canalizarse a través de mecanismos de participación política, por lo cual, en general, las reformas con dirección a la descentralización fiscal necesitaron un aumento de éstos para poder operar.

Finalmente, se debe mencionar que en la última década han venido operando importantes cambios normativos que muestran un tipo de reconducción hacia la re-descentralización fiscal. Sin embargo, eso puede constituir una oportunidad para realizar una revisión de los mecanismos que se están utilizando para descentralizar los recursos y funciones a los gobiernos locales y proponer reformas tendientes a aumentar la eficiencia de las finanzas públicas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alesina, Alberto, Carrasquilla, Alberto y Echavarría (2002). *Reformas Institucionales en Colombia*. Bogotá: Alfaomega.
- Bardhan, Pranab. (2002). Decentralization the government and development. *The Journal of economics perspectives Vol.16 No.4*, 185-205.
- Bird, Richard. (1981). *Las finanzas intergubernamentales en Colombia: Informe final de la Misión*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Buchanan, James. (1965). An economic theory of clubs. *Economica, New series*, Vol. 32, No. 105, 1-14.
- Congreso de la República de Colombia (2010). *Gaceta del Congreso No. 651*, 1-16.
- Daughters, Robert y Harper, Leslie (2007). Reformas de la descentralización fiscal y política. En: *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.

- Fainboim Yaker, Israel, Acosta Navarro, Olga Lucía, Cadena Clavijo, Héctor José. (1994) El Proceso reciente de descentralización fiscal en Colombia y sus perspectivas. *Coyuntura social No. 10*, 63 -102.
- Garmán, Christopher, Haggard, Stephan, y Willis, Eliza. Fiscal decentralization. A political theory with Latin American cases. *World Politics, No.53*, 205-236.
- Gutiérrez, Ingrid Jimena (2002) La evolución de las transferencias en Colombia. *Temas Socio- Jurídicos, Vol. 20 No. 43*, 121- 138.
- Iregui, Ana María, Ramos, Jorge y Saavedra, Luz Amparo. (2001). Análisis de la descentralización fiscal en Colombia. *Revista del Banco de la República, Vol. 74 No. 890*, 34-64.
- Junguito, Roberto y Rincón, Hernán. (2007). La política fiscal en el siglo XX en Colombia. En: *Economía Colombiana del Siglo XX: Un análisis cuantitativo*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Matiz Santos, Nohora. (1969) *Comentarios sobre la descentralización fiscal en Colombia*. Bogotá: Editorial Pax.
- Moncayo Jimenez, Edgar. (2002). Nuevos enfoques de política regional en América Latina. El caso de Colombia en perspectiva histórica. Capítulo V. *Archivos de Macroeconomía*, No. 198, 1-45.
- Montecinos, Egon. (2005). Los estudios de descentralización en América Latina: una revisión sobre el estado actual de la temática. *Revista Eure*, Vol.31 No.93, 73-88.
- Musgrave, Richard y Musgrave, Peggy. (1992). *Hacienda Pública. Teórica y Aplicada*. Quinta Edición. México: McGraw Hill.
- Musgrave, Richard. (1968). *Informe Musgrave. Bases para una reforma tributaria*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.
- Oates, Wallace. (1977). *Federalismo Fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Oates, Wallace. (1999). An essay on fiscal federalism. *Journal of economic literature*, Vol. 37, No. 3, 1120 – 1149.
- Pérez Morales, Luis Carlos. (2001). Ley 617: La falacia del ahorro fiscal. *Coyuntura Laboral*, No. 54, 4-7.
- Porrás Vallejo, Orlando (2010) El sistema general de participaciones y su importancia en la gestión local. *Economía Colombiana*, No. 329, 9-21.
- Portillo Riascos, Luis Fernando (2011) Balance preliminar de la aplicación de la Ley 1176 de 2007. *Tendencias: Revista de la facultad de ciencias económicas y administrativas*, Vol. 12, No. 01, 7- 43.
- Rosen, Harvey S. (2002). *Hacienda Pública*. Quinta Edición. Madrid: McGraw Hill.
- Soláns, Eugenio Domingo. (1977). Federalismo Fiscal: un campo moderno con raíz centenaria. En: Wallace. (1977). *Federalismo Fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

- Stiglitz, Joseph. (1997). *La Economía del Sector Público*. Segunda Edición. Barcelona: Antoni Bosch.
- Tiebout, Charles. (1956). A pure theory of local expenditures. *Journal of political economy*, Vol. 64, No. 5, 416-424.
- Velásquez, Fabio E. La descentralización en Colombia: ¿un sueño imposible? *Revista Foro*, No. 50, 59- 72.
- Wiesner, Eduardo. (1992). *Colombia: Descentralización y Federalismo Fiscal*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Yepes Arcila, Hernando. (1974). *La reforma constitucional de 1968 y el régimen político colombiano*. Manizales: Imprenta Departamental.

Normatividad

Colombia. Congreso de la República. (1968, 15 de noviembre), “Ley 33 del 15 de noviembre de 1968, por medio de la cual se provee al fortalecimiento de los Fiscos seccionales y municipales, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 32667, 15 de noviembre de 1968, Bogotá.

_____ (1968, 12 de diciembre). “Acto Legislativo 01 del 12 de diciembre de 1968, por el cual se modifica la Constitución Política de Colombia”, en Diario Oficial No. 32673, del 17 de diciembre de 1968, Bogotá.

_____ (1971, 31 de diciembre). Ley 46 del 31 de diciembre de 1971, por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 33.520 de 16 de febrero de 1972, Bogotá.

_____ (1973, 17 de diciembre). “Ley 22 del 17 de diciembre de 1973, por medio de la cual se autoriza al Gobierno Nacional para efectuar algunos gastos durante la vigencia fiscal de 1974, se procede a su financiación y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 34.024, de 19 de febrero de 1974, Bogotá.

_____ (1975, 11 de diciembre). “Ley 43 del 11 de diciembre de 1975, por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 34.471, de 20 de enero de 1976, Bogotá.

_____ (1983, 6 de julio). “Ley 14 del 6 de julio de 1983, por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 36.288 de 6 de julio de 1983, Bogotá.

- _____ (1986, 16 de enero). “Ley 11 del 16 de enero de 1986, por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales”, en el Diario Oficial No. 37.310 de 17 de enero de 1986, Bogotá.
- _____ (1986, 16 de enero). “Ley 12 del 16 de enero de 1986, por la cual se dictan normas sobre la Cesión de Impuesto a las Ventas o Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) y se reforma el Decreto 232 de 1983”, en el Diario Oficial No. 37.310 de 17 de enero de 1986, Bogotá.
- _____ (1986, 9 de enero). “Acto Legislativo 01 del 9 de enero de 1986, por el cual se reforma la Constitución Política” en el Diario Oficial No. 37.304 del 10 de enero de 1986, Bogotá.
- _____ (1986, 30 de diciembre). “Ley 78 del 30 de diciembre de 1986, por la cual se desarrolla parcialmente el Acto legislativo número 1 de 1986 sobre la elección popular de alcaldes y se dictan otras disposiciones” en el Diario Oficial No. 37.746 de 31 de diciembre de 1986, Bogotá.
- _____. Presidencia de la República. (1987, 15 de enero). “Decreto 077 del 15 de enero de 1987, por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios” en el Diario Oficial No. 37757 de 15 de enero de 1987, Bogotá.
- _____ (1990, 10 de enero). “Ley 10 del 10 de enero de 1990, Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 39.137 del 10 de enero de 1990, Bogotá.
- _____ (1990, 18 de diciembre). “Ley 44 del 18 de diciembre de 1990, por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos sobre la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario, y se conceden unas facultades extraordinarias” en el Diario Oficial No. 39.607 de 19 de diciembre de 1990, Bogotá.
- República de Colombia. Constitución Política Nacional (2006), Bogotá, Leyer.
- _____ (1993, 12 de agosto). “Ley 60 del 12 de agosto de 1993, por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 40.987, de 12 de agosto de 1993, Bogotá.
- _____ (1994, 23 de febrero). “Ley 128 del 23 de febrero de 1994, por la cual se expide la Ley Orgánica de las Áreas Metropolitanas”, en el Diario Oficial No. 41.236, de 23 de febrero de 1994, Bogotá.
- _____ (1994, 31 de mayo). “Ley 134 del 31 de mayo de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”, en el Diario Oficial No. 41.373 del 31 de mayo de 1994, Bogotá.
- _____ (1994, 2 de junio). “Ley 136 del 2 de junio de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios,” en el Diario Oficial No. 41.377 de 2 de junio de 1994, Bogotá.

(1994, 28 de junio). “Ley 141 del 28 de junio de 1994, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 41.414, de 30 de julio de 1994, Bogotá.

(1994, 11 de julio). “Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones,” en el Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994, Bogotá.

(1997, 18 de julio). “Ley 388 del 18 de julio de 1997, por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones” en el Diario Oficial No. 43.127, de 12 de septiembre de 1997, Bogotá.

(2000, 6 de octubre). “Ley 617 del 6 de octubre de 2000, por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional,” en el Diario Oficial No. 44.188 de 9 de octubre de 2000, Bogotá.

(2001, 30 de julio). “Acto Legislativo 01 del 30 de julio de 2001, por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política,” en el Diario Oficial No. 44.506, de 1 de agosto de 2001, Bogotá.

(2001, 21 de diciembre). “Ley 715 del 21 de diciembre de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros,” en el Diario Oficial No. 44.654 de 21 de diciembre de 2001, Bogotá.

(2003, 9 de julio). “Ley 819 del 9 de julio de 2003, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 45.243, de 9 de julio de 2003, Bogotá.

(2007, 11 de julio). “Acto Legislativo 04 del 11 de julio, por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política,” en el Diario Oficial No. 46.686 de 11 de julio de 2007, Bogotá.

(2007, 27 de diciembre). “Ley 1176 del 27 de diciembre de 2007, por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en el Diario Oficial No. 46.854 de 27 de diciembre de 2007, Bogotá.

(2011, 28 de junio). “Ley 1454 del 28 de junio de 2011, por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones,” en el Diario Oficial No. 48.115 del 29 de junio de 2011, Bogotá.

_____ (2011, 18 de julio). “Acto Legislativo 05 del 18 de julio de 2011, por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones”, en el Diario Oficial No. 48.134 del 18 de julio de 2011, Bogotá.

_____ (2011, 9 de diciembre). “Ley 1483 del 9 de diciembre de 2011, por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales”, en el Diario Oficial No. 48.278 del 9 de diciembre de 2011, Bogotá.



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre madera
Dimensión: 71,5 x 65 cm

***EN EL FUTURO, EL SINDICALISMO
SERÁ POLÍTICO O NO SERÁ.
PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y
ELECTORAL DE DIRIGENTES
SINDICALES EN CARGOS DE
ELECCIÓN POPULAR EN COLOMBIA:
ESTUDIO INTRODUCTORIO****

* Este artículo retoma algunos de los resultados de la investigación: *Estudio Introductorio acerca de la Participación Política y Electoral de Dirigentes Sindicales en Cargos de Elección Popular en Colombia entre 2002-2010*, realizada en el marco de la Especialización en Ciencia Política de la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín, 2011. Esta investigación está siendo ampliada en su segunda fase.

Fecha de recepción: septiembre 12

Fecha de aprobación: noviembre

**EN EL FUTURO, EL SINDICALISMO SERÁ POLÍTICO O NO SERÁ.
PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y ELECTORAL DE DIRIGENTES SINDICALES EN
CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR EN COLOMBIA:
ESTUDIO INTRODUCTORIO**

*Marco Fidel Agudelo Cano**

RESUMEN

El sindicalismo, como figura institucionalizada, es cuestionado desde la sociedad civil por su insuficiente capacidad de articulación social, por su limitada fuerza gremialista y por la deficiente representación de los intereses públicos y sociales de los trabajadores y del conjunto de la sociedad. Dado lo anterior, los escenarios de representación política podrían constituir una alternativa para el fortalecimiento de su objeto en la sociedad, una estrategia para la conservación de sus actuales reivindicaciones o sólo una acción desesperada que evite su desaparición.

En consecuencia este artículo explora el papel, importancia y representación política, modalidades y niveles de participación de los líderes sindicales en cargos de elección popular en Colombia, reconociendo la tendencia, en la última década, de un sindicalismo desvanecido socialmente como colectividad, aunque representado individualmente a través de algunos dirigentes en algunos escenarios de toma de decisión.

Palabras clave: ciudadanía laboral, sindicalismo, movimiento social de los trabajadores, partidos políticos, política electoral, participación.

**IN THE FUTURE, THE SYNDICALISM WILL BE POLITICAL OR WON'T BE.
ELECTORAL AND POLITICAL PARTICIPATION OF THE UNION LEADERS
IN THE POPULAR ELECTION CHARGES IN COLOMBIA:
AN INTRODUCTORY STUDY.**

ABSTRACT

The syndicalism, as institutionalized figure, has been disputed by the civil society, because that incapacity for the social articulation, the gremial weakness, and the deficient representation of the workers and the all society in their public and social interests. For that reason, the political representation scenarios could be make a new path to the strengthening of the social objet, a strategy for the conservation of their actual claims or just a desperate action that tries to avoid its own disappearance.

For that reason this work explores the role, the value and the political representation, the union leader's political participation levels and modalities in popular election charges in Colombia, recognizing the last trend, in the last decade, of a vanished syndicalism although individually represented by a few leader in decision scenarios.

Key words: Work citizenship, syndicalism, workers social movements, political parties, electoral politics, and participation.

* Marco Fidel Agudelo Cano. Psicólogo. Especialista en Ciencia Política. Universidad Nacional sede Medellín. agudelo.cano@gmail.com.

EN EL FUTURO, EL SINDICALISMO SERÁ POLÍTICO O NO SERÁ. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y ELECTORAL DE DIRIGENTES SINDICALES EN CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR EN COLOMBIA: ESTUDIO INTRODUCTORIO

INTRODUCCIÓN

¿Qué ha representado para el sindicalismo colombiano el acceso de sus dirigentes a cargos de elección popular en la última década? Estar en estos escenarios se convierte para el sindicalismo en alternativa e instrumento que protege, -ante la pérdida de poder gremial en las negociaciones con el Estado o con los empleadores-, en temas del trabajo y política social; además y especialmente, porque son estos escenarios los eslabones articuladores del ejercicio socialdemócrata del sindicalismo con otros sectores y movimientos sociales y de la expresión política de la ciudadanía laboral. Además, permite observar el cómo se posiciona el sindicalismo en el marco de la política nacional, en el sistema electoral, en el escenario de informalidad y flexibilización laboral, de pérdida de derechos y de transformación del sentido del trabajo como condición constitutiva del sujeto social.

Responder esta cuestión requiere reconocer el peso social y político del sindicalismo en Colombia, su construcción histórica y su capacidad de respuesta a las necesidades de las colectividades de trabajadores colombianos; además de los planes de acción y estrategias políticas implementadas para participar en los espacios de decisión política en los diferentes niveles del país durante un siglo de historia.

¿Cuántos y quiénes de estos líderes están en el Senado de la República, en la Cámara de Representantes, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales, en las Gobernaciones y Alcaldías del país? El sindicalismo, como figura institucionalizada, es cuestionado desde la sociedad civil por su insuficiente capacidad de articulación social, por su limitada fuerza gremialista y por la deficiente representación de los intereses públicos y sociales de los trabajadores. Dado lo anterior, los escenarios de representación política podrían constituir una alternativa para el fortalecimiento de su objeto en la sociedad, una estrategia para la conservación de sus actuales reivindicaciones o sólo una acción desesperada que evite su desaparición.

Entonces, cuando se habla de la representación política de los líderes sindicales, se nombra a aquellos que por el ejercicio de su actividad sindical se forman políticamente, acceden a escenarios de dirigencia y liderazgo, construyen una base electoral local o nacional, sectorizada o intergremial, elaboran un discurso social y político y se articulan a unos planes gremiales o partidistas. Por ello, este trabajo se constituye en un frente nuevo de investigación poco explorado por los partidos políticos tradicionales, por las centrales sindicales y por el conjunto de la población académica interesada en los temas laborales y electorales del país. A su vez, indagar por el aporte histórico del movimiento social de los trabajadores a la cultura política y partidista colombiana, visibilizar el desarrollo empírico de los trabajadores en el ejercicio de la ciudadanía laboral y entrever la preocupación de este movimiento social por los temas de interés público, el desarrollo local, la relación entre trabajo, trabajadores y agendas locales, trascendiendo las esferas de lo estrictamente laboral, sindical y gremial; además es reconocer y visibilizar el estatus sociopolítico del sindicalismo.

ALGO DE HISTORIA OBRERA Y REIVINDICACIONES POLÍTICAS

En 1909 se expidió la primera personería jurídica a una organización obrera o artesanal por parte del gobierno nacional. Es probable que ya existieran otras agrupaciones de este tipo sin personería jurídica, dado que para entonces no era obligatorio tal reconocimiento legal para actuar. En adelante, anualmente aparecieron nuevos sindicatos, especialmente en las primeras décadas (Urrutia, 1996:37).

Entonces, factores como el proceso de industrialización, la difusión de ideas de avanzada que venían de Europa, la Revolución Mexicana y del Movimiento obrero en Estados Unidos, el aumento de la densidad poblacional de las ciudades, las condiciones de trabajo precarias para los obreros de aquel tiempo, la aparición de algunas empresas grandes para el momento -como las de navegación fluvial y algunos ferrocarriles-, fueron factores que pusieron en marcha las inquietudes obreras y la formación del sindicalismo a inicios del siglo XX. Inclusive, en 1910 varias asociaciones obreras y artesanales trataron de formar un Partido Obrero Colombiano, asegura Poveda (2005:97).

Lo que hoy se nombra como prestaciones sociales para empleados colombianos, comenzó a establecerse en el gobierno de Rafael Reyes y, aunque hoy parezca irrelevante, para el momento significó un avance progresista. La Ley 29 de 1905 creó la pensión de jubilación para los empleados públicos y la Ley 12 de 1907 creó esa misma prestación para magistrados y jueces.

A inicios del siglo pasado el movimiento obrero asumía y expresaba una posición reivindicacionista, una acción claramente política. En 1910, el país vio sorprendido la primera gran huelga con repercusiones nacionales organizada por sindicatos de los vapores y los braceros en el puerto fluvial de Barranquilla donde se reclamaron mejores condiciones de trabajo.

En este orden cronológico, algunos gobernantes y parlamentarios pronto entendieron la necesidad de responder inteligentemente a las reivindicaciones que reclamaba el naciente y dinámico movimiento obrero. Así, en 1913 la Ley 114 extendió la jubilación a los maestros oficiales de las escuelas primarias. En 1915 la Ley 57 estableció las indemnizaciones por accidentes de trabajo a obreros de bajos salarios. En 1918, la Ley 46 obligó a los municipios a destinar el 2% de sus presupuestos a la construcción de vivienda para los obreros. Las leyes 78 de 1919 y 21 de 1920 consagraron y reglamentaron el derecho de huelga. Esta última, ordenó arbitrar los conflictos de trabajo y prohibió los paros en las empresas de servicio público (Poveda, 2005:151).

Para 1916 se proponía como agenda, para un Congreso del Partido Obrero que intentaba fundarse, los siguientes puntos: 1) organización de los obreros, 2) descanso dominical remunerado, 3) legislación obrera, 4) trabajo de la mujer, 5) mutualidades obreras, 6) caja de ahorros, 7) habitaciones para los obreros, 8) bibliotecas, institutos y escuelas, 9) defensa contra el alcohol y la miseria, 10) protección y cooperación (Poveda, 2005:152).

Para la tercera década del siglo, el gobierno de Olaya Herrera inauguró una época de reformas laborales. Varias fuerzas socio-económicas y políticas determinaron la necesidad de esta nueva política reformista; entre ellas hay que mencionar las siguientes como las principales influencias determinantes de un nuevo trato de la clase trabajadora:

- El acelerado aumento del número de trabajadores industriales.
- El proceso de sindicalización creciente y el ejercicio de los sindicatos por una fuerte vocería para lograr nuevos derechos para los trabajadores.
- Las nuevas ideas progresistas que había adoptado el partido liberal de acercarse al socialismo democrático, que venía desde 1904 cuando así lo reclamó el General Rafael Uribe Uribe, quién entonces dirigía ese partido.
- El crecimiento de partidos pequeños pero muy activos de tipo social-demócrata y de tipo comunista-marxista.
- La influencia remota -en el tiempo y en el espacio- pero sensible de la revolución bolchevique en Rusia en 1917.

Estos y otros factores encontraron atención efectiva en el gobierno del momento traducido en leyes posteriormente aprobadas por el Congreso:

- Ley 72 de 1931 que, con su Decreto reglamentario 1278 del mismo año, mejoró las condiciones del descanso dominical remunerado para los trabajadores asalariados.
- Ley 133 de 1931 que definió los accidentes de trabajo y puso a cargo del empleador la atención médica y la obligación de indemnizar al trabajador.
- Ley 1 de 1932 que, con su Decreto reglamentario 1431 de 1932, estableció la obligación para las empresas ferroviarias de conceder pensión vitalicia de jubilación a cada trabajador cuando este cumpliera 20 años de trabajo y que además completara 55 años de edad -para hombres- y 50 para mujeres.
- Ley 133 de 1931 y el Decreto 800 de 1932, que establecieron la obligación para todos los empleadores de constituir y pagar un seguro de vida por la muerte de sus trabajadores.
- Ley 134 de 1931 y los decretos legislativos 874 y 1108 de 1932, los cuales estatuyeron las sociedades cooperativas en Colombia y su reglamentación y les dieron estímulos tributarios. Se trataba de crear e impulsar un gran instrumento de mejoramiento económico al servicio de los trabajadores y de las incipientes clases medias.
- Ley 83 de 1931, la cual dio carta de naturaleza al sindicato gremial de trabajadores; garantizó y ordenó el derecho a la sindicalización de los trabajadores privados y oficiales; garantizó y reglamentó el derecho a la huelga y sentó las bases sobre el arreglo de conflictos laborales.
- Ley 129 de 1931 que aprobó las convenciones internacionales -recién firmadas- sobre universalización de los principios generales del trabajo.
- Artículo 15 del Decreto 992 de 1930, que estableció el derecho de los aparceros y arrendatarios al reconocimiento y el pago de parte del dueño de la tierra por toda mejora realizada en el predio con conocimiento previo del dueño.
- A comienzos de 1934 el gobierno de Olaya expidió el célebre Decreto 895 que estableció la jornada laboral de ocho horas diarias respondiendo a una de las más importantes aspiraciones de los trabajadores colombianos. Decreto 711 que creó el Banco Central Hipotecario como banco del Estado para remplazar a los bancos hipotecarios particulares que habían quebrado por la crisis, y dedicado a financiar la construcción de vivienda.
- Ley 10 de 1934 que estableció para empleados y trabajadores prestaciones como: vacaciones remuneradas cada año, auxilio en dinero en caso de enfermedad,

y cesantías por despido injusto. Además incorporó en la legislación nacional el contrato de trabajo.

Estas medidas iniciaron una etapa que se extendió desde entonces hasta fines de los años cuarenta durante la cual los gobiernos progresistas de entonces crearon una legislación laboral notoriamente avanzada para su época, legislación que fue duramente resistida por algunos grupos de pequeños propietarios y empresarios rurales y urbanos reaccionarios.

Para el gobierno de López Pumarejo era prioridad el fortalecimiento del naciente movimiento sindical, mediante el apoyo a los obreros urbanos y campesinos en sus reivindicaciones. Como prueba de dicho fortalecimiento, fue la rapidez con que proliferaron *las asociaciones gremiales*, título designado a los sindicatos de trabajadores a partir de 1934. Este gobierno fue partidario de impulsar la industrialización del país dentro de un criterio de equilibrio social. Al tiempo que se fortalecía el sindicalismo se generalizaba la legislación laboral y se robustecía el cooperativismo. Para el período 1934–1939 la industria tuvo una de sus épocas de mayor auge en el siglo XX (Poveda, 2005:254).

Posteriormente, el presidente Ospina fue quien estableció, por norma, el salario mínimo definido por el gobierno, el cual en principio equivalía al mínimo ingreso monetario para garantizar el sustento del trabajador. Esta norma se aplica desde el 1 de enero de 1950.

Este recorrido por las reivindicaciones normativas en materia laboral y sindical es necesario para reconocer las apuestas estratégicas que el movimiento sindical desarrolla en la actualidad y los cambios estructurales a los que está sometido en las últimas décadas, entre ellas sus formas organizativas y su apuesta política. De tener una base sindical con altos índices de analfabetismo y una dirigencia centrada en las exigencias salariales, contractuales y propias del proceso de producción o de las necesidades en seguridad social de los trabajadores, se avanza en estrategias educativas que cualifican política y técnicamente al conjunto de los trabajadores, en particular a los sindicalizados; como una respuesta a las demandas permanentes de la sociedad colombiana, de la internacionalización del sindicalismo colombiano y de las transformaciones en el mundo del trabajo y de los trabajadores.

PARTIDOS POLÍTICOS Y SINDICALISMO

Se comprende por partido político a una organización estable que tiene por objetivo principal la conquista y ejercicio del poder político, con el fin de organizar la sociedad y el Estado de acuerdo con la ideología e intereses sociales que representa. Éstos

surgen en respuesta a la demanda de las colectividades –sectores organizados para acceder al poder-, reflejado en la suma de voluntades y acuerdos y materializado en el voto por un determinado programa de gobierno, así los partidos son convertidos en mediadores entre la sociedad y el gobierno en un sistema democrático¹ en donde se da representatividad y consenso, ello es, el apoyo desde la sociedad para imponer las acciones de gobierno. Así, los partidos trabajan por la estructuración del voto, la integración y movilización de las masas, el reclutamiento de líderes políticos, la alianza con élites de poder, la elaboración de las políticas públicas a desarrollar y la integración de la suma de intereses ciudadanos. “Se afirma que una agrupación adquiere estatus de partido cuando reúne las siguientes características: a) una estructura más duradera que sus dirigentes, b) una cobertura y comunicación nacionales, con afiliados en el territorio nacional, c) busca apoyo popular para sus propuestas, d) la adhesión será en torno a una doctrina y a un programa” (Sánchez, 1994:12).

En palabras de Antonio Gramsci, los partidos políticos tienen un pie en la sociedad donde realizan sus actividades cotidianas y otro en el Estado para hacer posible que estos intereses de la sociedad civil se materialicen en políticas públicas desde el Estado y articulados a la agenda programática –como demandas políticas-, en los diferentes escenarios de la vida pública, ellos son alcaldías, concejos, gobernaciones, asambleas departamentales, Congreso de la República y Presidencia y, en general, en las instituciones estatales.

En los regímenes democráticos contemporáneos, los partidos políticos son la pieza más importante del engranaje político; son los canales fundamentales de vertebración social, expresión de los diferentes intereses de la sociedad civil a la cual representan y guías indispensables en la solución de problemas de interés general. No obstante, la adscripción regularmente hereditaria que conformaron los partidos políticos tradicionales en Colombia estuvo marcada por la exclusión e intolerancia frente al otro, lo cual marcó frecuentemente la confrontación partidista con el signo de la violencia, evidencia de ello fueron las permanentes guerras civiles propiciadas en el pasado desde los partidos tradicionales, y de éstos en relación con la izquierda y sus incipientes formas organizativas.

1 Una democracia es un sistema en el cual el pueblo puede cambiar sus gobernantes de una manera pacífica y al gobierno se le confiere el derecho de gobernar porque así lo quiere el pueblo. En palabras de Sartori la democracia es una abreviación que significa liberal democracia y distingue tres aspectos: 1) la democracia como principio de legitimidad; 2) la democracia como sistema político; y 3) la democracia como ideal (1987:). Particularmente la democracia como sistema político tiene relación con la titularidad del poder y el ejercicio de éste, inicialmente cara a cara en escenarios pequeños y a través de la democracia representativa en poblaciones numerosas.

En términos del progreso histórico del sindicalismo se evidencia cómo éstos pasaron a mediados del siglo XIX de ser organizaciones ilegales a ser fuerzas políticas junto a los partidos que contribuyeron en la construcción de instituciones centrales en las sociedades capitalistas modernas y a ser parte integrante del funcionamiento institucional de los Sistemas de Relaciones Industriales en el siglo XX en Norteamérica y Europa. Para Colombia, la relación sindicatos-partidos políticos se da iniciando el siglo XX en clave de reivindicaciones laborales de un lado y apoyo electoral de numerosas poblaciones electorales al otro. El sindicalismo se ha considerado como la estructura organizativa que representa los intereses de los trabajadores en el nivel empresarial y ante el Estado. En su extensión se comprende por sindicato a la organización relacionada con la actividad laboral asalariada de los trabajadores y con ella, la concentración productiva, la implementación tecnológica, la organización del trabajo, las relaciones laborales, es decir, las culturas del trabajo; además, la estructura del mercado de trabajo, su distribución por ramas y ocupaciones en la economía; la estructura organizacional de dichos sindicatos; las ideologías dominantes y formas más amplias de subjetividad de sus agremiados; las demandas y formas de lucha de estas organizaciones; y el tipo de relación entre sindicatos, partidos, empresas y Estado (De la Garza, 2003).

Es de anotar que a partir de los ochenta entró en crisis –que se mantiene hasta la actualidad- e incierta reestructuración interna y externa, no obstante de haber participado en correlación con partidos políticos y, en algunos casos funcionar como tal. “Los partidos obreros fueron el resultado de reivindicaciones gremiales – laborales inmediatas (programa mínimo) y transformaciones radicales (programa máximo). Lo dominante no era la composición social sino la ideología de clase” (Sánchez, 1994:12). Para Colombia las reivindicaciones de programa mínimo fueron un éxito, especialmente en la primera parte del siglo XX; el programa máximo continúa siendo una búsqueda para el sindicalismo.

Así, para Colombia se identifican como algunas causas del debilitamiento del sindicalismo en relación con la participación política, la transformación del Estado benefactor al Estado liberal, la acumulación de capital con modelos de producción basados en la intensificación del trabajo y el bajo salario, una clase trabajadora diversa situada en la industria y el sector servicios carente de identidad con el trabajo, la empresa o el sindicato, un sistema de relaciones de trabajo transformado que ha debilitado la influencia sindical en las políticas del Estado, la flexibilización de grandes contratos colectivos, culturas empresariales que fabrican un concepto unilateral, no compartido, de propiedad y dirección, y del trabajo como factor de producción y del empleo como favor, culturas sindicales autoritarias en la vida interna de las organizaciones obreras y culturas obreras que van del patronaje al instrumentalismo sin identidad como gremio, una creciente cultura antisindical ex-

presada en hechos de violencia desde actores armados vinculados con empresarios o el mismo Estado, entre otras.

Comprender las limitaciones del sindicalismo como actor político posibilita asimilar su accionar actual. Así en las múltiples carencias del sindicalismo, propone Bernal:

Es clave que el movimiento sindical le hable y abra alternativas de organización a los millones de desempleados, de subempleados, de trabajadores informales, de mujeres y jóvenes que tienen que vender su fuerza de trabajo en condiciones indignas. El mundo del trabajo continuará a pesar de los procesos de globalización y de transnacionalización del capital y ello establece los fundamentos materiales para la organización de los trabajadores, el capital necesita de ellos y estos necesitan agruparse, relacionarse. Esta sigue siendo la base de un movimiento sindical y laboral, de lo que se trata es de ser más creativos y audaces para favorecer los niveles de organización (2005:158).

Así mismo, sugiere el autor ser de vital importancia para este movimiento, la profundización de la democracia en todos sus niveles. Si se está trabajando por la democracia en la sociedad, el sindicalismo debe ser ejemplo de ello en su forma de actuar. Es necesario abrirse a otras agendas, a otros grupos sociales, a otros procesos. Trascender los intereses gremiales e incluirse en otras acciones y discusiones que vuelva a legitimarlo como movimiento social y no sólo como movimiento de trabajadores, que es a lo que se ha visto abocado en su reducción sistemática; pues históricamente, el sindicalismo ha sido reconocido en el país por su actitud propositiva y responsable frente a la formación de ciudadanía, la ampliación del tejido social, la formación de una sociedad más plural y menos patriarcal, los aportes a la deliberación pública y a la concertación social, la participación en la planeación del desarrollo y a la formulación de las políticas públicas, la labor de veeduría y control ciudadano y la participación en los planes y agendas de los procesos de pacificación del país (Bernal, 2005:159).

En consecuencia, “[...] la participación política es aquel conjunto de actos y de actitudes dirigidos a influir de manera más o menos directa y más o menos legal sobre las decisiones de los detentadores del poder en el sistema político o en cada una de las organizaciones políticas, así como en su misma selección, con vistas a conservar o modificar la estructura (y por lo tanto los valores) del sistema de intereses dominantes” (Bartolini, 1988:180). Es claro entonces que los ciudadanos con mayor capacidad de incidencia en la elección de políticas y de quienes las guiarán, serán aquellos activos y organizados, pues a través de mecanismos como la presión, la información, el control y seguimiento, visibilizan un poder que debe ser tenido en cuenta en el momento de elegir a aquellos que detentan el poder. Esta es una consecuencia directa de la participación política de los ciudadanos activos, relacionado

con las medidas de presión históricas (la huelga, el paro, las mesas de negociación) que los trabajadores han ejercido y que han dado como resultado acciones políticas traducidas en normas laborales, en algunos casos, o en garantías directas en otras. “La actividad política se caracteriza por relaciones que se producen de formas, modos, con frecuencias e intensidades distintas entre individuos, grupos, asociaciones e instituciones. Estas relaciones se clasifican y analizan fundamentalmente dentro de la categoría de participación política” (Bartolini 1988:179), desarrollada por los trabajadores desde antes de nacer el sindicalismo. Y si bien es cierto que una cosa es el gremio y otra el partido político, también es cierto que al interior de los gremios y de los movimientos sociales, se da la lucha política, que no es otra cosa que la lucha por la orientación en cuanto a la definición de principios, objetivos, proyecto histórico, plataforma de lucha y programa de trabajo (López de Mesa, 1991:105).

Desde la llamada Revolución Industrial, el movimiento obrero se ha caracterizado por la tendencia de los trabajadores a agruparse en organizaciones estables, distribuidas profesionalmente, dirigidas a defender sus intereses, reivindicar los derechos civiles y políticos² y luchar por las aspiraciones colectivas de los mismos.

Desde el punto de vista de sus fines, los trabajadores organizados han propugnado por dos grandes intereses: los denominados fundamentales, conformados por la búsqueda de mejores condiciones de trabajo, elevación de la calidad de vida, defensa de sus intereses profesionales y asistencia a los miembros del sindicato. Y los llamados intereses accesorios: que van desde la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas hasta la transformación de las estructuras económicas y sociales del Estado, pasando por la colaboración y apoyo temporal en el impulso de programas de empleo.

En el desarrollo del Estado liberal, los trabajadores han adoptado diversas formas participativas en su relación con los entes gubernamentales y privados: negociación colectiva sobre condiciones de empleo, sobre escalas salariales; y disposiciones de tipo económico, sobre defensa de la estabilidad laboral, sobre la supervivencia de las instituciones públicas ante las políticas privatizadoras de los gobiernos, entre otras. A partir de la implementación de las medidas tomadas por el Consenso de Washington en el marco del pago de la deuda externa para los países latinoamericanos y del proceso de apertura económica en Colombia, se abrió un campo de transformación y dinamización de los actores internos y externos en el marco del libre mercado y de la flexibilización del trabajo como modelo de producción y de las relaciones laborales, todo ello respondiendo a las necesidades identificadas

2 Ver para Colombia las sentencias de la Corte Constitucional T-719 de 2003 y T-1037 de 2006.

externamente de generar mayores índices de control interno en Colombia a razón de ser identificado como un Estado débil.

Bobbio (1986) en su texto *El Futuro de la Democracia*, afirma que hay que defender a la democracia a pesar de sus vicios y por sus virtudes: la tolerancia, la no violencia, el libre debate de las ideas y el ideal de la fraternidad, bajo el criterio de la igualdad entre los individuos, precondition fundamental de la libertad de los hombres. Es entonces, en un Estado débil donde es limitado garantizar la materialización de la libertad para los trabajadores. Entonces el gran debate que hoy se esgrime en la esfera de los Estados seguros se da en el escenario, no del Estado liberal sino de la sociedad civil en tanto, es allí donde el vínculo con el trabajo se está manifestando. Es decir, es en ésta donde se materializan las nuevas realidades de los trabajadores en democracias en transición, que adoptan ciudadanía universales y donde los estados desregularizan las relaciones de derechos, entre ellas, las del trabajo e incluidas las de libertad sindical para cada ciudadano que es precondition fundamental para la participación y la acción política.

Un elemento progresista, civilista y moderno de las sociedades consiste en agruparse para gobernarse limitando al estado de naturaleza propio de las comunidades bárbaras donde la imposición de la fuerza es el elemento común y diferenciador en las jerarquías internas de los grupos. Además de la condición y ejercicio de lo público del sindicalismo, se manifiesta su posición ideológica como condición política. Tal ideología se vincula, o con apoyo a la institucionalidad, o con rechazo y cuestionamiento al régimen y esto implica varios elementos: 1) una posición como grupo diferenciada del resto de la sociedad, 2) el reconocimiento de un tercero ante el cual mediar y exigir, 3) la construcción de propuestas que exceden los límites de lo gremial, de lo laboral y de lo económico pues el sindicalismo no es sólo una organización de trabajadores con necesidades administrativas y 4) permanencia y estabilidad ideológica en el tiempo. Se reconoce entonces los siguientes componentes como condiciones necesarias en la identificación de lo político del sindicalismo: reconocimiento del ser y del hacer de la política en el sindicalismo; ejercicio de la libertad sindical como conquista de la política organizada del sindicalismo y muestra concreta de la política como acción; organización social y regulatoria del trabajo como plataforma del sindicalismo; ejercicio del autogobierno organizacional desarrollado en tres siglos; dominio público de sus acciones como naturaleza política; identidad ideológica transversal en su historia; y distanciamiento ideológico del Estado.

Para este propósito Warren plantea que los componentes necesarios en

una concepción de la política debería: (a) ayudar a clarificar nuestros intereses normativos en política; (b) articular las visiones cotidianas de política, especialmente las dirigidas a los cambios en los dominios de la política así como

a sus límites variables y posibilidades normativas, y (c) definir el ámbito de la política de modo tal que resulte lo suficientemente diferenciado como para que quede justificada la definición (2003: 22).

Dice Bobbio que:

[...] sin libertades civiles, como la libertad de prensa y de opinión, como la libertad de asociación y de reunión, la participación del pueblo en el poder político es un engaño; pero sin participación popular en el poder, las libertades civiles tienen bien pocas probabilidades de durar (1993: 117).

LA VIOLENCIA ESCALONADA COMO ESTRATEGIA CONTRA EL SINDICALISMO: UN EFECTO NO ESPERADO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Cuatro factores marcaron significativamente el panorama laboral y sindical de este periodo.

En primer lugar, las reformas laborales, acuñadas principalmente en la Ley 789 del 27 de diciembre de 2002, que lejos de producir impactos positivos en el empleo se tradujeron en precarización para los trabajadores y altas ganancias para los grandes empresarios. En segundo lugar aparece la política de Seguridad Democrática, que nuevamente ubicó a los sindicalistas en la orilla de los enemigos sospechosos de la seguridad nacional observándolos y tratándolos como posibles subversivos, y que se tradujo en allanamientos ilegales, detenciones y montajes legales contra altos dirigentes sindicales. En tercer lugar, el plan de desmovilización y reinserción de los paramilitares y los procesos de Justicia y Paz, que suponían una cesación de hostilidades, se transformó en una imagen publicitaria de buenos resultados estadísticos y terror desplegado tácticamente; los grupos paramilitares, lejos de detener su acción antisindical, recrearon nuevas estrategias que desvirtuaban y camuflaban las mismas violaciones. En cuarto lugar, el descubrimiento de las siniestras alianzas entre organismos del DAS y grupos paramilitares para asesinar sindicalistas y las aterradoras prácticas materializadas en varios asesinatos de dirigentes sindicales, confirmaron las denuncias y los temores ampliamente dados a conocer por los líderes sindicales colombianos y puso al descubierto la temible conducta antisindical de algunas instituciones del país (Correa, 2007:22).

En el correr de la última década se han incrementado progresivamente formas de vulneración complementarias, propias del conflicto sociopolítico del país y del accionar de los actores violentos, tales como: el desplazamiento forzado, el hostigamiento, los atentados con o sin lesiones, el allanamiento ilegal, la tortura,

el homicidio de familiares y el secuestro. Ante estas manifestaciones concretas de violencia hacia el ejercicio político del sindicalismo, la libertad de sus dirigentes se restringe considerablemente al estar en juego la vida y la seguridad, para reivindicar, promover y dinamizar procesos que trasciendan el papel del sindicalismo político preocupados por problemas nacionales de afectación en la sociedad civil, más allá del escenario doméstico de la empresa. El sindicalismo sociopolítico ha encontrado en la violencia contra sus dirigentes, la principal barrera para ser agente relevante en las decisiones nacionales y por cuanto marginado a la representación básica que gira en torno a la fábrica y a reivindicaciones económico-salariales y contractuales. La estrategia de dejar acéfalas y sin plataforma social a las organizaciones sindicales con el propósito de generar rupturas y debilitar sus procesos organizativos, persiste en el tiempo y trascienden los derechos humanos –vulneración de la vida y la seguridad- a derechos civiles y políticos al impactar directamente a las organizaciones políticas y sus programas de acción social³ (Herrera, 2008:131).

Las prácticas contra-hegemónicas de los movimientos sociales y sindicales tienen como función actuar sobre la raíz de los problemas derivados de un Estado ineficiente o de la concentración del capital. Por eso los posibles usos alternativos del derecho sólo serán útiles en tanto sea expresión de una nueva forma de justicia global que cuestione y ponga límites al poder de una élite económica y política con respecto a las mayorías. Ahora bien, “las relaciones de poder y los efectos de las desigualdades se formalizan en el terreno político y jurídico, por lo que el uso del derecho como instrumento contra-hegemónico supone cuestionar las concepciones dominantes de la justicia” (Hernández et al, 2009:233).

A este respecto se hace fundamental considerar los espacios globales, nacionales y locales desde perspectivas normativas, al igual que desde mecanismos sociales y sindicales para el control de las empresas transnacionales que desbordan los límites regulatorios de los estados –el imperativo de la regulación internacional para los mercados internacionales es impostergable-. Cada vez se hace más necesario el desarrollo de las reivindicaciones de mayor control democrático de las instituciones financieras y comerciales internacionales, de los tratados de comercio e inversiones regionales y bilaterales, de las legislaciones nacionales y de las infraestatales. El uso alternativo implica a su vez, la promoción y defensa de legislaciones internacionales de derechos humanos, de legislaciones nacionales en clave de la soberanía nacional y de regulaciones de ámbitos no estatales (Hernández et al, 2009:233).

3 Ver reporte 2007, Confederación Sindical Internacional- CSI-, www.ituc-csi.org

Por el modo en que las empresas trasnacionales utilizan el derecho duro (lex mercatoria), blando (códigos de conducta y RSC) y frágil (derecho internacional de los derechos humanos) según los beneficios que le reporta cada uno, debe ser denunciado y revertido por los movimientos sociales y sindicales [...] De ahí que las propuestas alternativas para el control de las multinacionales no deban ser un asunto exclusivo de despachos de abogados, ni de expertos en cuestiones internacionales: son, fundamentalmente, propuestas de la ciudadanía (Hernández et al, 2009:233).

Los procesos de resistencia política desarrollados por agremiaciones sociales y sindicales se ocupan con mayor vehemencia de frenar las acciones de organismos financieros como el Fondo Monetario Internacional –FMI-, el Banco Mundial, la Unión Europea, el G 8 en el ámbito de los países del primer mundo. No obstante, en Latinoamérica las preocupaciones se centran en el papel y efecto de las multinacionales y de los tratados de libre comercio, logrando en diferentes momentos y lugares intervenir y revertir decisiones que agreden la soberanía de los pueblos, comunidades y naciones. En estas determinaciones ha ganado relevancia y poder las movilizaciones sociales y sindicales y las presiones políticas, ya sea por afectación directa o por solidaridad ante otros grupos humanos afectados por las acciones promovidas desde el capital, reivindicando uno de los valores históricos del sindicalismo, la solidaridad. Este tipo de comportamiento de la dirigencia sindical demuestra la preocupación y el papel político al activar su estructura sindical en procura del bienestar social que excede los límites y preocupaciones de la fábrica o de la relación contractual, en procura de construir un modelo de sociedad diferente, aún cuando las resistencias encontradas en los gobiernos e instituciones económicas mundiales por conservar la ortodoxia neoliberal sea férrea y sostenida por los medios de comunicación, que como empresa están condicionados por su vínculo con la financiación privada que los enriquece.

En tanto, las organizaciones sindicales siguen reivindicando una legislación estatal más protectora hacia los trabajadores y trabajadoras, el funcionamiento de una multinacional, su organización, y por tanto, su regulación es global. De este modo las empresas trasnacionales evitan las regulaciones estatales. De ahí la necesidad de activar un derecho laboral supranacional con capacidad vinculante fortaleciendo el papel de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- y sus diversos convenios, y que naturalmente validen las cláusulas sociales en los tratados de libre comercio. Sin embargo, esto no resuelve, ni modifica la estructura económica internacional de la Organización Mundial del Comercio -OMC-, los planes de ajuste del Fondo Monetario Internacional –FMI- y Banco Mundial -BM-, de imponer la libertad de capitales sin ninguna norma que los regule, el pago de la deuda externa y la inexistencia de gravámenes fiscales a la movilidad de las empresas trasnacionales. “Es determinante que si se quiere condiciones laborales justas no puede separarse de la

modificación radical de las reglas económicas y financieras globales” (Hernández et al, 2009:242).

En este campo se sugieren estrategias a desarrollar desde el movimiento sindical: a) la denuncia pública y política de aquellos gobiernos donde residen las casas matrices de las multinacionales, en tanto que por acción u omisión es el espacio donde se posibilita sus condiciones para el desarrollo de sus actividades con plenas garantías económicas y jurídicas. Es claro que los sindicatos de estas empresas deben trascender su negociación colectiva al punto que exijan responsabilidades jurídicas a tales gobiernos, con el objeto de rectificar sus posiciones políticas en los tratados bilaterales; b) ofrecer a las organizaciones sindicales y movimientos sociales de los países destino de las multinacionales, todo el respaldo y reconocimiento frente a las denuncias de políticas neoliberales que aplican los gobiernos; c) presionar a favor de normas internacionales específicas que incidan en responsabilidad legal de estas empresas –exigibilidad jurídica, creación de un tribunal internacional con capacidad vinculante ante las transnacionales y que se diferencie de los mecanismos internacionales existentes, tal es el caso del Derecho Internacional del Comercio con normas imperativas, coercitivas y sancionatorias actuando en el marco del Banco Mundial-; y establecer redes entre los dirigentes sindicales en el ámbito internacional donde haya casa matriz, sucursales, filiales o subcontratadas de las multinacionales con el objeto de impulsar acciones en torno a las negociaciones colectivas, apoyo a la libertad sindical, huelgas y acciones en clave de la responsabilidad legal de sus empresas⁴ que trasciendan al ámbito del trabajo y se relacione con la sociedad en general, en clave de la afectación al medio ambiente, a las comunidades indígenas y los derechos humanos y laborales sancionadas en el 2008 por el Tribunal Permanente de los Pueblos -TPP-.

El Tribunal considera que hay fundamentos razonables para calificar una gran cantidad de los actos concretos de asesinato, masacre, tortura, desplazamiento forzoso de población y persecución, que le han sido presentados como crímenes de lesa humanidad, en la medida en que han sido cometidos de manera sistemática y generalizada, contra la población civil⁵ [...] además, los Tribunales de los Pueblos muestran cómo los gobiernos de los países periféricos se sometieron a las imposiciones neoliberales, para lo cual aceptaron los chantajes del FMI y BM, desregularizaron los derechos sociales, privatizaron sus empresas estatales y los servicios públicos y, por decirlo de

4 TPP-Capítulo Colombia, se inició en marzo de 2006 y finalizó en julio de 2008. En los tres años que duró el proceso se juzgó a las multinacionales según sus sectores de actividad: alimentación, minería, biodiversidad, petróleo, servicios públicos, pueblos indígenas y audiencia deliberativa final.

5 TPP-Capítulo Colombia, “Dictamen del Tribunal Permanente de los Pueblos sobre las empresas petroleras BP, Oxy y Repsol”. Bogotá, 3 y 4 de agosto de 2007.

manera sencilla, reformaron el Estado. Y, por su parte, los gobiernos de los países donde las corporaciones tienen su sede matriz han demostrado que se identifican al cien por cien con sus empresas multinacionales: las apoyan política y económicamente y defienden sus privilegios en las instituciones internacionales, dejando de lado los derechos de las mayorías sociales del planeta (Hernández et al, 2009:249).

Previendo lo anterior y entorno a los avances previos técnicos y políticos en lo local, se adelantaron en la década del 80 los procesos educativos⁶ en materia sindical en el país a través de organizaciones propias del sindicalismo o de organizaciones alternas desde la sociedad civil como la Escuela Nacional Sindical –ENS-. Esta organización, cuya existencia se remonta a casi tres décadas, se concentra en la investigación, asesoría, divulgación de los procesos del mundo del trabajo y en particular del desarrollo del sindicalismo en Colombia, así como de sus formas organizativas, fortalecimiento interno, expresión internacional y transformación política. Al respecto, Norberto Ríos, quien fuera uno de sus fundadores y director en diferentes momentos, expresa rasgos centrales del sindicalismo colombiano para aquel momento cual se disputaba entre el gremialismo, el apoliticismo y el maximalismo político.

Al inicio de la década de los ochenta ya se habían consolidado dos corrientes diametralmente distintas en el sindicalismo colombiano, una de ellas respondía a la idea de sindicalismo que quería el empresariado y los partidos políticos tradicionales, cuyos rasgos centrales estaban consignados en la Constitución y las normas laborales:

“un sindicalismo pensado para actuar solo en el marco de la empresa y de los intereses económicos-gremiales de los trabajadores; predominaba el sindicato y de la negociación colectiva por empresa; prohibición de la participación política de los sindicatos (salió de la Constitución en 1991) y un discurso reiterado e interiorizado por las dirigencias sindicales tradicionales de apoliticismo, estos rasgos se complementaban con una dirigencia mayoritariamente supeditada a la lógica e intereses de los empresarios, el Estado y los partidos liberal y conservador. La otra corriente sindical respondía a un ideario marxista y revolucionario con fuerte dependencia de los partidos de la izquierda en

6 “En los inicios de la ENS actuaban otros centros de formación: el Colegio Laboral colombiano que servía de apoyo a la UTC y la CTC; el INES cubría las necesidades de formación y asesoría de los sindicatos de la CGT; el INS a un sector del sindicalismo independiente y el CEIS a los sindicatos influenciados por el Partido Comunista y agrupados en la CSTC. También actuaban sin relación orgánica o dependencia sindical el ISMAC, el CINEP y el IPC. En los centros de formación de relación política u orgánica con centrales o agrupaciones sindicales predominaban prácticas acordes con sus características políticas: en las centrales sindicales tradicionales, una formación centrada en el código del trabajo y en la formación de líderes con capacidad retórica, por ello era muy frecuentes los cursos de oratoria. El abogado era el centro de la formación, como lo era en la negociación de los pliegos de peticiones” (Ríos, 2007:51).

Colombia y de los centros políticos del socialismo en el mundo: Unión soviética, China y Cuba. Era un sindicalismo profundamente ideologizado, que se agrupaba de manera informal por afinidades ideológicas y partidistas que no se consideraba incluido en el Estado colombiano, por ello se resistía a cualquier participación en sus instituciones, incluidas las del órgano legislativo, no por casualidad esgrimía un exacerbado y activo abstencionismo. Concebía su protagonismo político como fuerza contestaria que impulsaba acciones tendientes a destruir el orden económico social vigente, el Estado y los partidos políticos tradicionales, en procura de instaurar el socialismo en el país y el poder hegemónico del proletariado (Ríos, 2007:50-51).

Este sindicalismo desarrollaba una intensa acción reivindicativa como medio de acción política en el espacio de la empresa, con un fuerte discurso de lucha de clases; aunque ambas corrientes padecían dos males comunes: división ideológica y organizativa y dependencia orgánica o política de partidos o grupos políticos.

En perspectiva, la modernización de este actor social, correspondiente al cambio de la cultura política, es progresiva, sistemática y ascendente.

“Si bien es cierto que el sindicalismo colombiano tiene hoy menos peso cuantitativo que en 1982, producto de múltiples factores: una agresiva política empresarial, con apoyo gubernamental, de relaciones laborales sin sindicato y sin convenio colectivo, la violencia antisindical y la flexibilización laboral, entre otras, su centralización es mayor y su protagonismo político es más significativo en los escenarios laborales e institucionales (Ríos, 2007:553).

Reconoce que, dentro de los avances en materia política del sindicalismo, a) hoy existen tres centrales sindicales, una de ellas, la CUT, que agrupa cerca del 60% de los sindicalizados del país; b) los sindicatos que están por fuera de alguna orientación o asociación nacional no llegan al 20% de los afiliados; c) hoy predomina la política de actuación en todos los escenarios de la institucionalidad del país y su preocupación por los asuntos de la nación, expresados en los planes de desarrollo nacionales y locales, es cotidiana; d) su objetivo de crear poder desde la orilla de los trabajadores es cada vez más extendida, ello se evidencia en la casi inexistencia de políticas activas de abstencionismo como en otro tiempo fue claramente manifiesto; y, e) hoy, “casi todas las corrientes políticas en el sindicalismo participan en los procesos electorales y son múltiples y notables los exdirigentes sindicales que ocupan cargos como autoridades locales o en cuerpos colegiados, baste sólo decir, que de los diez senadores del POLO, siete son de origen sindical y su elección se dio por el apoyo muy significativo de ciudadanos sindicalizados” (Ríos, 2007:53).

Al igual que en el Valle con Angelino Garzón como exgobernador y en Bogotá con Eduardo Garzón en la anterior Alcaldía, el partido político Polo Democrático y su electorado nombraron en cargos de representación a exdirigentes sindicales

de reconocida trayectoria en la dirigencia de la CUT. De igual manera, en otras ciudades se hizo manifiesto el acercamiento entre la dirigencia sindical y las elecciones populares de alcaldes, concejales, ediles y diputados electos y respaldados por tal partido (Magil, 2004:265). El discurso de participación política, centrado en el papel de los dirigentes sindicales como responsables ciudadanos en los destinos del país y de las localidades -y no solo dirigentes en los espacios de trabajo-, son llamados a conocer y hacer propuestas desde los trabajadores, a ganar mayor protagonismo social y político, contribuyendo con otras iniciativas al cambio en la cultura política en el sindicalismo y en sus dirigentes, es también una preocupación promovida desde la modernización del sindicalismo que camina a su accionar como actor político unificado, fortalecido y con mayor capacidad política (Ríos, 2007:53). Ahora, en términos de las preocupaciones educativas y de formación de los dirigentes sindicales y sus estructuras, en la actualidad el sindicalismo se acompaña de una oferta temática que cubre la formación técnica -mecánica sindical- que supera lo jurídico, en la formación política, y a la doctrina marxista, profundizando las políticas contemporáneas, formas históricas del sindicalismo, economía política, historia obrera, economía colombiana, derecho laboral, derecho colectivo de trabajo, salud ocupacional, comunicación, conquistas laborales colectivas en la gran industria colombiana, aspectos subjetivos del trabajo, participación política, entre otros.

Sin embargo, en sectores todavía muy atrasados de la sociedad, pero especialmente en personas interesadas en retener a las masas trabajadoras en condiciones de sumisa inferioridad, se oye con frecuencia el viejo estribillo de que los sindicatos no pueden participar en política [...] Los jefes oligarcas de los partidos en Colombia desean un movimiento sindical sin política laboral, un movimiento sindical que no se mueva, un movimiento sindical que no les quite votos, por eso arengan el “apoliticismo” (Rodríguez, 2005:30).

ALGUNAS CONCLUSIONES

Los censos sindicales realizados en el país indican que el sindicalismo colombiano históricamente ha estado influenciado en lo político, en su mayoría, por las corrientes de izquierda⁷, más que por el sindicalismo patronista⁸; lo que implica una

7 “El sindicalismo de izquierda no reduce su trabajo a sólo adquirir mejores condiciones económicas, sociales, laborales y sindicales dentro del modo de producción capitalista. Va más allá. A parte de la lucha reivindicativa, prepara políticamente a los trabajadores para erradicar el actual sistema” (Osorio et al, 1982:99).

8 “Cuando se habla de sindicatos patronistas, no solo nos referimos a aquellos sindicatos impulsados por el patrón con el fin de evitar el nacimiento de otro que no esté de acuerdo con sus intereses o de destruir el sindicato existente en la organización (paralelismo sindical) por no ser de conveniencia, sino que hacemos también alusión

concepción del Estado esencialista o asistencialista. Así, el sindicalismo concentra sus fuerzas en las reivindicaciones fabriles, sin involucrarse en la democratización de la sociedad y en las preocupaciones macrosociales y macroeconómicas. Es decir, es en esencia un sindicalismo confrontativo antes que negociador, lo que le ha significado la exclusión de los escenarios de decisión política nacional; al igual que al sindicalismo patronista que halla en su empleador a su defensor, protector y amparador evitando incluir en su lucha necesidades sociales por fuera de su núcleo de trabajo. Como afirma Santana, ambas corrientes sindicales, patronista y de izquierda, “han tenido una influencia decisiva para mantener al movimiento sindical alejado de los problemas de la población, por ejemplo de las luchas cívicas, urbanas, por la vivienda, por la cultura, etc., y esto ha conducido a un aislamiento paulatino del movimiento sindical de los restantes movimientos populares, confluencia que es decisiva para la transformación democrática de la sociedad” (1989:216).

El movimiento de los trabajadores en la historia del país ha tenido, según se ha planteado por diversos investigadores, poco peso social y político. Además de lo anterior, han contribuido factores como la división ideológica interna, el desconocimiento sobre los cambios necesarios en el país, el aislamiento de otros sectores sociales y el peso de una concepción que hasta años muy recientes redujo la lucha de los trabajadores a la reclamación salarial en su sindicato de base. Otra causalidad es la relación difusa con sus correlatos políticos, esto es, con partidos y movimientos políticos por cuanto sus relaciones con la izquierda no son uniformes y con los partidos liberal y conservador son distantes.

Cuando se habla de la historia política del sindicalismo, es necesario relacionar dos condiciones estructurales que limitaron su constitución y su desarrollo político: primero, los partidos tradicionales⁹ cooptaron al naciente movimiento de los trabajadores incorporándolo inicialmente a las filas del liberalismo, pues han establecido con ellos una relación instrumental en tanto el partido obtiene y garantiza su base electoral con los trabajadores a cambio de algunas garantías laborales tramitadas en el Congreso, desestimulando y limitando la unidad partidista y la estructuración política del sindicalismo, iniciado en la década del 30 bajo el plan de gobierno la

a los sindicatos que por sus concepciones ideológicas y prácticas sindicales coinciden con los intereses y objetivos del patrón. Los sindicatos no patronistas son aquellos que defienden los intereses de los trabajadores, entrando en contradicción con los intereses de los patronos; son sindicatos más desarrollados ideológicamente, con mayor capacitación sindical, capacidad de lucha y generalmente se identifican con las posiciones políticas de izquierda” (Osorio et al, 1982:98).

9 Las convenciones del liberalismo y conservatismo periódicamente reúne a más de 1.000 delegados, de los cuales la representación sindical no excede los 30 que no constituyen unidad política por ser nombrados de las centrales regionales.

Revolución en Marcha de López Pumarejo. Segundo, la corporatización de los trabajadores de inicio de siglo en la Federación Nacional de Cafeteros, evitando con ello su agremiación sindical y su conformación como clase trabajadora.

Lo anterior para demostrar la simbiótica relación entre los movimientos sociales, particularmente el obrero y el campesino con los partidos políticos tradicionales, en procura de satisfacer mutuamente necesidades políticas, unas electorales y otras de protección patronal.

En clave de los lineamientos del sindicalismo internacional en el 2° Congreso mundial de la CSI, se *“afirma que el propósito de los sindicatos es defender y promover los intereses de los trabajadores, que esto no puede llevarse a cabo sin organizarlos, y que sólo por medio de su propia organización podrán cambiar el mundo del trabajo, crear una sociedad más justa y conseguir plenamente el trabajo decente... les permiten estar defendidos y representados, y expresar sus opiniones respecto a los asuntos públicos y en las negociaciones colectivas. Por otro lado, la capacidad de los sindicatos para cumplir su propósito depende de su fuerza, capacidad de movilización y legitimidad, que provienen exclusivamente de su membresía”* (Confederación, 2010:2b), y que en clave del papel del sindicalismo se les exige una participación decidida, clara y planificada en las esferas de la política electoral a partir de un sindicalismo político.

El 2° Congreso mundial de la CSI declara que los sindicatos deben cambiar para adaptarse a nuevas situaciones, y que tales cambios resultan inevitables y necesarios. Los sindicatos deben reflejar las necesidades diversas y cambiantes de los trabajadores y trabajadoras. Un movimiento sindical capaz de atraer miembros debe propiciar la participación, representatividad, diversidad y la integración de cuestiones de género. Las organizaciones sindicales deben analizar sus métodos y procedimientos de trabajo con objeto de determinar si convendría ajustar sus estructuras o crear otras nuevas a fin de brindar representación para todos los grupos de trabajadores, incluyendo los menos privilegiados y aquellos con relaciones de trabajo informales. Las relaciones existentes entre los distintos tipos de organizaciones sindicales – nacionales, regionales y locales, a nivel industrial o de empresa – han de adaptarse para garantizar la democracia, la autonomía y la sostenibilidad de un movimiento sindical en progresión y que cuente con una asignación óptima de recursos para la negociación y organización (Confederación, 2010:5b).

Por ello el tipo de modernización que requiere el sindicalismo debe contemplar algunas características como: el diseño de los planes y estrategias deben ser de acuerdo a los intereses y necesidades de los trabajadores en un ambiente de disertación y debate que permita la reflexión. Debe ser una modernización integral que considere los avances del sindicalismo progresista que asuma los retos de la construcción de ciudadanía; además, debe recuperar tradiciones positivas del movimiento sindical

como la solidaridad y la identidad social y cumplir con su papel de actor político que regule poder, en esencia, poder político (Giraldo 1994:123).

Dentro de su papel de control político afirma Pizarro, las ventajas de un esquema de oposición son claras:

Primero, permite la canalización de los desacuerdos por la vía institucional. Segundo, sirve para estrechar los vínculos entre los electores y los elegidos. Tercero, aumenta la fiscalización, lo cual puede redundar en una reducción de la corrupción y de la ineficacia de la gestión pública. Cuarto, es un instrumento para fortalecer los partidos y la oposición. Y finalmente, el gobierno se ve obligado a centrar su gestión en su programa y no en el resultado de simples pactos burocráticos (1997:82-104 citado en Giraldo 2003:22).

Así, la construcción de la dimensión de relaciones entre el dirigente y los dirigidos, consiste en gobernar y administrar el poder, y en la oposición, es vigilar, presionar, auditar y solicitar rendición de cuentas a los gobernantes. Entonces, es necesario tener capacidad de gestión cuando administra el poder e independencia cuando fiscaliza desde la oposición (Giraldo 2004: 163). Una sociedad que se piense democrática ha de encontrar en el sindicalismo político un aliado, o en su defecto, un actor representativo de un conjunto poblacional que reclama ciudadanía laboral y, por lo tanto, representación política.

En Colombia el sindicalismo y, en general, el movimiento social de los trabajadores será político o no será. Ganará terreno en las arenas de la representación electoral o terminará convertido en una masa amorfa anclada en la informalidad sin dirigentes, ni plan programático, de espaldas a la sociedad sin representar los intereses sociales, incomunicada con las corrientes internacionales y enmudecida ante el gobierno y los gremios económicos y empresariales, quienes procuran que cada vez haya más masa de trabajadores y menos organizaciones sindicales estructuradas como opción democrática que fortalezca el Estado Social de Derecho. Fruto de ello ha sido la tendencia en la última década de un sindicalismo desvanecido socialmente como colectividad y representado individualmente, a través de algunos dirigentes, en pocos escenarios de toma de decisión.

REFERENCIAS

- Alonso Benito, Luis Enrique (2008). La crisis de la ciudadanía laboral. Anthropos Editorial: Barcelona España.
- Archila Neira, Mauricio (2005). Idas y venidas, vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia 1958-1990. Centro de investigación popular -CINEP-, Instituto colombiano de antropología e historia -ICANH-. Bogotá Colombia

- Bartolini, Stefano (1988). *Manual de ciencia política*. Alianza Editorial S.A: Madrid España.
- Bergquist, Charles (1999). *Café y conflicto en Colombia 1886-1910*. Banco de la República. El Áncora editores: Bogotá Colombia.
- Bernal Medina, Jorge Arturo y Álvarez Castaño, Luz Stella (2005). *Democracias y ciudadanías. Balance de derechos y libertades en Medellín*. Corporación Región, Corporación Viva la Ciudadanía, Escuela Nacional Sindical-ENS-, Confiar Cooperativa financiera. Medellín Colombia.
- Bobbio, Norberto (1986). *El Futuro de la Democracia*. Barcelona España.
- Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco (1993). *Diccionario de política*. Siglo XXI editores. México DF.
- Celis Ospina, Juan Carlos (2004). *Sindicatos y territorios. Dimensiones territoriales de la acción sindical, aproximación teórica y descripción*. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Medellín Colombia.
- Confederación Sindical Internacional -CSI- (2010b). *Resolución sobre sindicalización*. 2º Congreso Mundial, Vancouver Canadá.
- Correa, Guillermo (2007). *Una historia tejida de olvidos, protestas y balas. 21 años de asesinatos selectivos y sistemáticos contra sindicalistas en Colombia 1986-2006*. En publicación: *Controversia* n° 188. Fundación Centro de Investigación y Educación Popular- CINEP-. Bogotá Colombia.
- De La Garza, Enrique (1992). *Crisis y Sujetos Sociales en México*. Anthropos: México DF.
- _____ (Coordinador) (1994). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. Fondo de Cultura Económica: México DF.
- _____ (Coordinador) (2003). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. Fondo de Cultura Económica: México DF.
- _____ (Compilador) (2005). *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO-Buenos Aires Argentina.
- De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Siglo del Hombre editores. Bogotá Colombia.
- Giraldo Ramírez, Jorge (Editor) (1994). *Alternativas sindicales para el nuevo milenio*. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Medellín Colombia.
- _____ (2005). *Dinámica laboral 1994-2003. Mejoramiento de las relaciones laborales en Colombia*. Oficina Internacional del Trabajo, proyecto OIT/USDOL. Bogotá Colombia.
- Giraldo, Fernando (2003). *Sistema de partidos políticos en Colombia*. CEJA Centro Editorial Javeriano. Bogotá Colombia.
- _____ (2004). *Los partidos y el sistema político colombiano*. En: *Revista Desafío* n° 11. Universidad del Rosario. Bogotá Colombia.

- Gómez, Hernando; Londoño, Rocío; Perry Rubio, Guillermo (1986). *Sindicalismo y política económica*. Fondo editorial CEREC. Bogotá Colombia
- Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro (editores) (2009). *El negocio de la responsabilidad, crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*. Icaria editorial S.A. Barcelona España
- Herrera, Elver (2008). *Violencia antisindical en Colombia durante el año 2007*. En: *Relecturas* n° 31. *Despojándose de los miedos... emergen las víctimas*. Instituto Popular de Capacitación –IPC-. Medellín Antioquia.
- Hobsbawn, Eric (1999). *Tradiciones obreras*. Editorial Crítica: Barcelona España.
- López De Mesa, Beatriz (1991). *Movimientos sociales urbanos y hábitat*. En: *Investigaciones* n° 14. Universidad Nacional de Colombia sede Medellín. Medellín Colombia.
- Magil, M, G (2004). *Crónica oculta del conflicto. Antecedentes, estrategias de paz y opiniones de los protagonistas*. Ediciones Desde Abajo: Bogotá Colombia.
- Ocampo Gaviria, José Antonio (2008). *Historia económica de Colombia*. Editorial Planeta colombiana S.A.: Bogotá Colombia.
- Pecaut, Daniel (1973). *Política y sindicalismo en Colombia*. Editorial Lealón: Bogotá Colombia.
- Poveda Ramos, Gabriel (2005). *Historia Económica de Colombia en el Siglo XX*. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín Colombia.
- Ríos Navarro, Luis Norberto (2007). *La ENS en la modernización del sindicalismo colombiano*. En *Revista Cultura & Trabajo* n° 72-73. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Medellín Colombia.
- Rodríguez Díaz, Carlos Arturo (2005). *El sindicalismo en un mundo cambiante. Eder estrategias educativas*. Bogotá Colombia.
- Sánchez, Rubén (1994). *La organización política y los sistemas de partidos*. Escuela de Liderazgo Democrático. Corporación SOS Colombia – Viva la Ciudadanía. Editorial Gazeta Ltda.: Bogotá Colombia.
- Santana Rodríguez, Pedro (1989). *Los movimientos sociales en Colombia*. Ediciones Foro Nacional por Colombia. Bogotá Colombia.
- Sartori, G (1999). *Partidos y sistemas de partidos*. Alianza Editorial. Madrid España.
- Touraine, A. (1970). *Clase Obrera y Sociedad Global*. En Friedman, G. y Naville, P. *Tratado de Sociología del Trabajo*. México DF.
- Urrutia, M. (1996). *Historia del Sindicalismo Colombiano*. Señal editora: Bogotá Colombia.
- Velásquez, Fabio y González, Esperanza (2003). *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Fundación Corona, editorial: Bogotá Colombia.
- Warren, Mark (2003). *Teoría política: poder, moral, democracia*. Aurelio Artete, Elena García y Ramón Gaitán (Editores). Madrid: Alianza. Tomado de <http://www.ituc-csi.org/en-un-nuevo-informe-mundial-de-la.html?lang=es>, febrero 25 de 2011.



Título: De la serio mujeres de revista, No. 3

Técnica: Óleo sobre madera

Dimensión: 35 x 62 cm

LA POPULARIZACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSULTORIO JURÍDICO: UNA APUESTA POR UNA EDUCACIÓN JURÍDICA CON RELEVANCIA SOCIAL*

* Este artículo es producto de la investigación “*Sobre una propuesta didáctica para la popularización del derecho en el consultorio jurídico*”. Investigación inscrita en el centro de investigaciones educativas y pedagógicas –CIEP- de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia, financiado por COLCIENCIAS en el marco del Fomento a la Comunidad Científica Nacional, apoyo doctorados nacionales

Fecha de recepción: septiembre 14

Fecha de aprobación: noviembre 16

LA POPULARIZACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSULTORIO JURÍDICO: UNA APUESTA POR UNA EDUCACIÓN JURÍDICA CON RELEVANCIA SOCIAL

*Sandra Patricia Duque Quintero**

*Elvia María González Agudelo***

*Marta Lucía Quintero Quintero****

RESUMEN

En una facultad de derecho, el consultorio jurídico es el lugar privilegiado donde el estudiante está en contacto directo con las realidades y problemáticas en torno a lo jurídico, donde, además, se pueden posibilitar espacios explícitos de intercambio de saberes que incentiven, a su vez, el debate y la reflexión sobre el rol profesional del estudiante. Desde este punto de vista, en este artículo se propone la formación de un estudiante de consultorio jurídico popularizador del derecho. Así, se desarrollará una descripción general sobre la educación jurídica y la tradición continental en la que se inscribe; se mostrará que el consultorio jurídico es concebido como la enseñanza práctica del derecho en Colombia, y finalmente se sustentará por qué incluir la popularización del derecho a través de los consultorios jurídicos es una alternativa que posibilitaría darle relevancia social a la educación jurídica en América Latina.

Palabras clave: Educación, didáctica, popularización del derecho, derechos humanos, participación social.

THE POPULARIZATION OF THE LEGAL CLINIC: A BET FOR ONE EDUCATION WITH SOCIAL RELEVANCE

ABSTRACT

In law school, the legal clinic, is the privileged place where the student is in direct contact with the realities and issues around the legal system, where you can also enables paces explicit exchange of knowledge, to encourage, in turn discussion and reflection on the professional role of the student. From this point of view, this paper proposes the formation of student legal clinic popularize of law. Thus, we develop an overview of legal education and the continental tradition in which you enroll, we will show that the legal clinic is designed as teaching practice of law in Colombia, and finally substantiate why include the popularization of the right to through legal clinics is an alternative that would enable him to socially relevant legal education in Latin America.

Key Words: Education, teaching, popularization of law, human rights, social participation.

* Candidata a Doctora en Educación, Magíster en Derecho, Especialista en Gestión ambiental y Abogada de la Universidad de Antioquia, profesora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Coordinadora de la Línea de investigación Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Grupo Derecho y Sociedad, Categoría D, Colciencias. Investigadora Grupo DIDES, Categoría A1, Colciencias. Becaria COLCIENCIAS, 2007. Email: sanduque@derecho.udea.edu.co. Dirección correspondencia: Calle 70 No. 52-21, Bloque 14-of-412. Dirección postal: 1226, Universidad de Antioquia.

** Doctora en Ciencias Pedagógicas, Magíster en educación: énfasis currículo, Especialista en Literatura y Licenciada en Educación: Español y Literatura, Profesora vinculada a la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia. Coordinadora del Grupo de investigación DIDES, Categoría A1, Colciencias. Email: egonzal@ayura.udea.edu.co. Dirección correspondencia: Calle 70 No. 52-21, Bloque 9- of-436. Dirección postal: 1226, Universidad de Antioquia.

*** Doctora en Ciencias Pedagógicas, Magíster en Educación: Sociología de la Educación, Especialista en Educación Personalizada, Licenciada en Geografía. Profesora Titular de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia. Grupo de investigación DIDES, Categoría A1, Colciencias Email: mquinte@ayura.udea.edu.co. Dirección correspondencia: Calle 70 No. 52-21, Bloque 9- of-144. Dirección postal: 1226, Universidad de Antioquia.

LA POPULARIZACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSULTORIO JURÍDICO: UNA APUESTA POR UNA EDUCACIÓN JURÍDICA CON RELEVANCIA SOCIAL

INTRODUCCIÓN

El propósito colectivo de la educación superior impone a la Universidad la responsabilidad de poner en marcha una educación ligada a la vida de la comunidad y generar procesos que influyan en el medio social. En este artículo se analiza como gran parte de las posibilidades y de las limitaciones para que se dé una vinculación relevante entre la profesión del derecho y la popularización del mismo (que guarda una relación directa con los temas de interés público y de justicia social en América Latina), se origina en la forma en que los abogados son educados y, específicamente, en la manera en que los estudios de derecho son concebidos. Un programa de derecho formalista, centrado en el estudio de las normas vigentes y aislado de los aportes de las demás ciencias sociales, como el que predomina en América Latina, contribuye de manera importante en la producción de técnicos jurídicos con poca conciencia acerca de su papel en la sociedad y del papel que al derecho le cabe en relación con la solución a problemas reales.

SOBRE LA EDUCACIÓN JURÍDICA

Se identifican tres elementos que pueden ser considerados como distintivos de la educación jurídica continental: la primera de ellas, la enseñanza de la “gramática del derecho,” que se refiere a memorizar una larga serie de conceptos generales y abstractos; la segunda, la enseñanza de las normas vigentes a través de una “visión panorámica” que se refiere al estudio sistemático de los principales códigos y leyes vigentes y, por último, la enseñanza de la “lógica interna” del derecho, relacionada a la dogmática, según la cual la totalidad de las normas concretas consagradas en el derecho positivo pueden ser derivadas de una serie definida de principios abstractos. Estos tres elementos se consideran requisitos esenciales para la comprensión del derecho dentro de la tradición continental y los tres contribuyen a mantener el mito de la educación jurídica tradicional como algo inmodificable. (Damaška, 1968: 134)

Se reproduce una enseñanza del derecho en gran medida positivista que ha logrado desligar el fenómeno jurídico de los fenómenos políticos, sociales y económicos y, en este sentido, no son pocas las críticas que se dan a la educación jurídica continental, por ejemplo, la educación jurídica francesa se ha criticado por ser elitista, demasiado teórica, memorista y acrítica (Carbonneau, 1980); la alemana por basarse casi exclusivamente en la cátedra magistral, la enseñanza de los códigos vigentes y su aplicación solo a casos hipotéticos, la restricción del programa de estudios a la dogmática, su falta total de exposición a las otras ciencias sociales y la ausencia de desarrollo de habilidades necesarias para el ejercicio de la profesión (Blankenburg, 1988); la educación jurídica italiana es criticada por su formalismo, porque no prepara para el ejercicio de la profesión, y por consistir básicamente en clases magistrales en las que la asistencia no es requisito, lo que incide en sus altísimas tasas de ausentismo (Olgati, 1988); y la educación jurídica española es caracterizada como conceptualista, exegética, dogmática y de muy baja calidad como consecuencia de su carácter masificado (Viladás, 1988).

La enseñanza del derecho latinoamericano, tampoco escapa a señalamientos, se caracteriza por tener un currículo orientado hacia la cobertura de las normas vigentes y centradas en las disciplinas de los distintos códigos; una enseñanza y evaluación ritualistas y formalistas, que enfatizan la memorización y retención de la información impartida con carácter de autoridad irrefutable por el profesor (Peña, 2006). Así, en las facultades de derecho chilenas, el discurso de la crisis del derecho, aunque aún minoritario, se presenta como evidencia de la necesidad de reformas sustanciales a la educación jurídica que hagan posible la superación del legalismo que la caracteriza (Montero, 2005). En las universidades mexicanas la educación jurídica se considera estancada y centrada en la transmisión de modelos teórico-jurídicos del siglo XIX y las compilaciones de normas y jurisprudencia que redundan en la inadecuada preparación que reciben los abogados para realizar un trabajo que pudiera ser significativo en términos de relevancia social (Fix-Fierro & López, 2003). Por su parte la educación jurídica venezolana se caracteriza por su aridez en los materiales, la rigidez de la pedagogía, los requisitos de memorización y por excluir de la profesión a las inteligencias más activas (Pérez-Perdomo, 2006). La educación jurídica en Argentina se centra en la transmisión de textos legales y doctrina sin espacio para la confrontación crítica, fomentando un estilo de pensamiento formalista “concentrado en las normas y su exégesis, que termina presentando a la ciencia jurídica como una obra concluida y desalentando toda ponderación crítica acerca del contenido del derecho legislado” (Bergoglio, 2003, p. 16).

En Colombia, el diagnóstico de la educación jurídica realizado por el Ministerio de Justicia en 1995, arrojó como resultado, que ésta se caracterizaba por una visión generalista del currículo, que no le ofrecía al estudiante opciones laborales o de

interés diferentes a las tradicionales; además de tener un énfasis en la memorización de códigos y leyes, descuido en la formación del criterio jurídico, insuficiente investigación por parte de estudiantes y profesores, un currículo centrado en una formación “técnica-procesal” descuidando una formación ética y humanista que oriente al profesional hacia el servicio a la comunidad, y un currículo desactualizado frente a las necesidades del país de hoy (Montoya, 2009: 32).

De esta manera, teniendo en cuenta el diagnóstico problemático que sobre la educación jurídica imperaba, se generan desde la década de los sesenta del siglo XX, impulsos tendientes a introducir cambios importantes en los métodos de la enseñanza del derecho, así las reformas que se intentaba imponer dieron lugar a los programas de ‘derecho y desarrollo’ (*law and development*), cuyo objetivo fue la modernización de la enseñanza del derecho en las instituciones de nivel superior, dichos programas se enmarcaron en el contexto de “mudanza jurídica transnacional” (Watson, 1974: 21) y de exportación del modelo jurídico y de enseñanza jurídica de los EEUU a los países en desarrollo, fundados en una concepción liberal del Estado, de la democracia y del derecho.

Los programas de ‘derecho y desarrollo’ significaron, entre otras cosas, un trasplante del tipo de enseñanza predominante en EEUU, que debía reemplazar al que imperaba en América Latina heredado de los países de Europa continental. Dicho trasplante contenía los siguientes componentes: a) método de enseñanza socrático (que debía reemplazar al vigente en nuestros países, basado en la cátedra y el papel pasivo del alumno); b) el análisis de caso como recurso pedagógico fundamental (en lugar del estudio de las normas contenidas en los códigos); c) difusión de una imagen del derecho como instrumento para defender determinados objetivos sociales (a diferencia de la tradición predominante en Latinoamérica, que sostiene al derecho como un conjunto de reglas formales y unívocas que controlan la conducta de los actores públicos y privados); y d) la propuesta de una concepción del abogado como ingeniero social, capaz de utilizar su conocimiento técnico de manera creativa para resolver una diversidad de problemas sociales acuciantes (en contraste con nuestra imagen del abogado como guardián imparcial del orden jurídico) (Rodríguez, 2000: 21).

Es importante anotar que el estudio de casos en EEUU surge como una reacción en contra de un método de enseñanza basado en la cátedra magistral, como parte de una estrategia tendiente a “elevar” el estudio del derecho al nivel de las demás ciencias enseñadas en las universidades norteamericanas. El principal responsable de su introducción en las escuelas de derecho fue Christopher Columbus Langdell, quien centra su reforma metodológica en la enseñanza del derecho en dos temas: “a) La sustitución del libro de texto por el libro de casos; y, b) La sustitución de la

cátedra magistral por el método socrático en el salón de clases. Con la introducción de estos nuevos elementos, la dinámica de la enseñanza fue profundamente alterada. En vez de tener al docente como un profesor que exponía frente a los alumnos lo que era “el derecho” con apoyo en libros de texto (muchas veces escritos por el mismo profesor), la idea era tener un maestro que guiara al estudiante en la comprensión de los conceptos y principios jurídicos que podían derivarse de las decisiones de los tribunales incluidas en los libros de casos, a través del método socrático” (Friedman, 1985, p. 612).

Sin embargo, la crítica más común que ha recibido el estudio de caso a lo largo de su historia consiste en que no es cierto que forme a los estudiantes para pensar como abogados, ya que el énfasis se hace en la solución del caso en lugar de formar para llegar a una respuesta propia. Así, los estudiantes aprenden cuál fue la decisión de una Corte en particular, en lugar de aprender cómo llegar a la mejor resolución del caso por sí mismos. Algunas otras críticas apuntan hacia la inadecuada implementación del método, tales como el uso de los casos simplemente para enseñar la normatividad vigente, o como ejemplos dentro de una clase magistral (Sheppard, 1997).

A pesar de que el método de casos significó una importante ruptura con el método tradicional de enseñanza jurídica basado en la “cátedra magistral”, la modernización de la enseñanza del derecho impulsada por los programas de ‘derecho y desarrollo’ culminó sin logros significativos (Dezalay y Garth, 2002: 66-70). La experiencia demostró que los abogados de América Latina estaban mucho menos comprometidos con el cambio social de lo que se había creído en un principio y que el derecho podía ser un poderoso multiplicador del *statu quo*, lo cual puso en evidencia su lado oscuro (Rodríguez, 2000: 20-28). Ahora bien, no puede desconocerse que el desarrollo pedagógico más importante que parece haber ocurrido en la segunda mitad del siglo XX, en la enseñanza del derecho, ha sido la clínica jurídica [o consultorio jurídico para el caso colombiano].

Es así como en Colombia, desde 1971 y propiciado por el Decreto 196 del mismo año, se incorporan a los currículos de los programas de derecho, los llamados Consultorios Jurídicos, como una práctica de casos en la que los estudiantes representan clientes reales de escasos recursos económicos en funciones propias de los abogados como la asesoría o la asistencia ante el sistema judicial, en litigios que por su cuantía, la ley permite que sean desempeñados por estudiantes de derecho de último año. Su labor tiene como propósito preparar al estudiante en el uso de herramientas jurídicas prácticas que resultan indispensables en el ejercicio de su profesión. Los Consultorios Jurídicos se conciben como un servicio legal para los más pobres y como una forma de reivindicar la labor social del abogado y de las

facultades de derecho. Sin embargo, una mirada crítica de la tarea tradicional de los Consultorios Jurídicos en Colombia, nos lleva a pensar que si bien, permiten a los estudiantes el manejo de casos en varias áreas del derecho y el conocimiento del quehacer del abogado litigante, estos se encuentran limitados a la práctica de las materias tradicionales del derecho y no se tiene la posibilidad de innovar en temas que impliquen la participación activa de la sociedad civil en la gestión de sus conflictos, en la defensa de los derechos individuales y en la reivindicación de los derechos de las colectividades.

Se considera que no han respondido a la necesidad que les dio origen y que poco trabajan en la propuesta de soluciones eficaces a las problemáticas sociales. “Los Consultorios Jurídicos no responden a las necesidades de la comunidad, por cuanto su naturaleza y cuantías se encuentran limitados a asuntos sin ninguna relevancia social, debemos impulsar la reforma a los Consultorios Jurídicos, órganos destinados a convertirse en los defensores del pueblo” (Gómez, 1995: 65). Si bien el Consultorio Jurídico es un espacio curricular para la práctica solidaria de los estudiantes de último año de derecho, no se ha pensado en esa relación dialógica del estudiante- usuario-comunidad, la labor del estudiante de práctica no puede centrarse en cómo llevar un litigio ante un juzgado, debe trascenderse esa visión instrumental, y diseñarse propuestas que permitan a los estudiantes iniciar un diálogo con el usuario, con las problemáticas sentidas de la comunidad que tienen problemas jurídicos para ser resueltos, en un papel más activo y comprometido del estudiante con la transformación social.

De acuerdo con este panorama en la enseñanza del derecho y en los Consultorios Jurídicos, una pregunta pertinente con esta realidad es ¿Cómo mejorar la forma de abordar la educación jurídica en los Consultorios Jurídicos, para que esta tenga relevancia social y contribuya a la solución de los conflictos de interés público?, ¿Cómo a través del Consultorio Jurídico es posible la popularización del derecho? Y es que “la educación jurídica en el consultorio no puede pensarse solo como el estudio de casos concretos, ya que esta implica una relación mucho más compleja entre la teoría y la vida real. Desde este punto de vista, las actividades prácticas del estudiante de derecho, construyen y facilitan espacios explícitos, de intercambio de saberes, que incentivan, a su vez el debate y la reflexión sobre el rol profesional” (Peña, 2006: 123).

En este sentido, podríamos plantear la necesidad de una enseñanza en el Consultorio Jurídico que promueva la circulación de saber no solo entre profesores y estudiantes, sino que se extienda a la comunidad en general, es decir, pensar la educación en los Consultorios Jurídicos, más allá de un lugar donde se llevan a cabo procesos litigiosos por parte de los estudiantes, esto es, como un espacio curricular donde

se pueda popularizar el derecho a partir de un diálogo entre profesor-estudiante-usuarios-comunidad. La propuesta es entonces, la formación de un estudiante popularizador del derecho, que responda al encargo social encomendado a la universidad.

¿QUÉ ES Y POR QUÉ POPULARIZAR EL DERECHO?

Popularizar el derecho en la Educación Superior, es un proceso dialógico que se articula a partir de la relación entre instituciones formales –universidad- facultades de derecho - y la colectividad (usuarios) a través de un canal de difusión (consultorio jurídico) que posibilita la socialización de conocimientos jurídicos en función de intereses y expectativas sociales. En este sentido, se establece una conversación en un lenguaje común sobre lo jurídico, entre profesores-estudiantes y el público en general (usuarios-comunidad). Esta labor educativa tiene el propósito de ayudar a los individuos a mejorar la relación con el entorno que los rodea, posibilitar conocimientos en áreas del derecho poco entendibles para los usuarios y abrir caminos de comprensión que logren transformar y empoderar las comunidades. La popularización del derecho se caracteriza por: aportar al concepto de responsabilidad social en la universidad; ser un proceso dialógico donde es posible aprender a través de la conversación; articular tres aspectos fundamentales: los saberes jurídicos, los sujetos popularizadores y los usuarios-comunidad con su universo vocabular y la prealimentación; considerar el Consultorio Jurídico como espacio fundamental para la popularización del derecho en la educación superior y; renovar el concepto de extensión universitaria (Duque, 2012: 102).

Así que el Consultorio Jurídico debe ser una actividad académica que por un lado sea una innovadora alternativa para la enseñanza de derecho y por otro una práctica que estreche los vínculos entre la academia y la comunidad en la que estas se insertan. Ello se traduce en la necesidad de pensar otras formas en este proceso docente educativo que contribuya a una recharacterización del rol social del abogado desde su formación. A pesar de entender los consultorios como una forma de enseñanza-aprendizaje del derecho centrada en el proceso norma-caso concreto o real, es el momento de pensar, en su dimensión humana, es decir, en lo concerniente a las relaciones que se construyen entre el profesor, el estudiante y el usuario del consultorio.

¿Por qué popularizar el derecho? Copérnico, en su prefacio dedicado al Papa Pablo III Farnesio, decía: “Las matemáticas sólo se escriben para los matemáticos”. Por el contrario, en el siglo XIX, un matemático, Gorgonne, afirmaba: “Nadie puede enorgullecerse de haber dicho la última palabra sobre una teoría, en tanto no la

pueda explicar en términos sencillos a cualquiera que encuentre en la calle”. Como dice Le Lionnais, al comparar estas dos afirmaciones, la verdad debe hallarse entre estas dos posiciones extremas. (Calvo, 2006).

Esta cuestión presentada en las ciencias naturales se ve reflejada de igual manera en el derecho. Y con ello, no se quiere decir que todo el mundo sea abogado y maneje los tecnicismos jurídicos, pero es necesario, un conocimiento mínimo, sobre aspectos que inciden directamente sobre la vida de las personas, así el conocer los derechos como trabajador, como por ejemplo recibir una remuneración justa, tener unas prestaciones sociales, estar afiliado al sistema de seguridad social, esto es salud, pensiones y riesgos profesionales, permitiría un control social mínimo sobre estos derechos por parte de sus destinatarios, un conocimiento razonable de las cuestiones relativas al derecho y sus aplicaciones, es clave para garantizar una democracia verdadera.

La popularización del derecho es necesaria para formar verdaderos ciudadanos críticos y participativos, capaces de integrarse activamente a un contexto en continuo cambio, que presenta niveles de injusticia y desigualdad sociales muy preocupantes sobre todo en las regiones más desfavorecidas y oprimidas del país. Y es que la importancia de popularizar el derecho (mirado desde una concepción positivista, la norma) depende, en último término, de un acuerdo comunicativo: “Como participantes en discursos racionales, en negociaciones equitativas y honestas, los asociados bajo la ley deben ser capaces de examinar si una norma impugnada obtiene o puede obtener el acuerdo de los posibles afectados por ella, pero debe existir una conexión interna entre la soberanía popular y el derecho” (Habermas, 1994: 113). Este acuerdo “comunicativo surge allí donde se produce una formación de la opinión y la voluntad comunes, que con la desencadenada libertad comunicativa de cada uno para hacer uso público de su razón en todos los aspectos, hace valer la fuerza productiva que representa una forma ampliada de pensar.” (Habermas, 1998: 215).

En este sentido el derecho actúa como el medio a través del cual se pueden empezar a realizar, aunque sea de manera restringida, los presupuestos de unas deliberaciones que conduzcan a entendimientos o, al menos, a negociaciones que se manifiesten en compromisos que den como resultados soluciones equitativas para todos los participantes. Por ello Habermas es consciente de que el modelo de comunicación pura es ficticio debido a “la circunstancia de una sociedad sin derecho y sin política”. De esta manera, para la realización de la democracia deliberativa se requieren ciertas condiciones sociales, económicas y culturales que hagan posible la construcción aunque sólo sea aproximativamente, de estos entendimientos y compromisos que ella supone” (1998: 405)

En efecto, la noción de política deliberativa ha sido presentada por Habermas para superar el impase que se produce entre la defensa de la primacía de los derechos humanos individuales y los que ponen el acento en la idea de soberanía popular. Así para Habermas, si bien ciertos presupuestos del Estado de Derecho (por ejemplo la generalidad de la ley) son importantes, el contenido normativo de los derechos humanos no puede ser capturado totalmente sólo mediante la gramática de las leyes generales y abstractas como suponía Rousseau, ya que la forma semántica de los preceptos universales no garantiza definitivamente la construcción de una legitimidad justa. ¿Dónde, entonces, encontraremos la fuente de la legitimidad de la ley democrática?; la respuesta puede aparecer a partir de hacer evidente que la legitimidad de la ley depende, en último término, de un acuerdo comunicativo: como participantes en discursos racionales, en negociaciones equitativas y honestas, los asociados bajo la ley deben ser capaces de examinar si una norma impugnada obtiene o puede obtener el acuerdo de los posibles afectados por ella. Es por ello que nos recuerda que la conexión interna entre la soberanía popular y los derechos humanos que estamos buscando, se encuentra en el hecho de que ellos se pueden fundamentar mejor al establecer con precisión las condiciones bajo las que las diversas formas de comunicación necesarias para la elaboración de la ley políticamente autónoma pueda institucionalizarse legalmente. Estas condiciones ya no son obstáculos, sino mecanismos posibilitadores del ejercicio de la soberanía popular. El contenido de los derechos humanos descansa, entonces, en la institucionalización legal de las condiciones formales que permiten que se expresen los procesos discursivos de formación de la opinión y de la voluntad popular. (Habermas, 1994: 113).

En este sentido es necesario tener presente que la idea de legitimidad democrática viene dada cuando las acciones, normas o instituciones que en ella se dictan pueden ser justificadas como tales dentro de un proceso deliberativo (Del Águila, 1997: 32). En esta tesis adquiere pleno sentido y profundidad la definición de la democracia como aquella forma política derivada de un libre proceso comunicativo dirigido a lograr acuerdos consensuales en la toma de decisiones colectivas (Eduard y Ferrán, 1996: 228). Enseguida, podemos percibir que la fuerza legitimadora de una política deliberativa descansa en la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que sólo puede cumplir su función socio integradora gracias a la expectativa de calidad racional de sus resultados. De ahí que el nivel discursivo del debate público constituya la variable más importante. (Habermas, 1998: 381). El Derecho pasa a ocupar en este modelo un lugar fundamental, se transforma en una condición *sine qua non* para que la democracia deliberativa se exprese.

Y es aquí donde cobra importancia una propuesta sobre popularización del derecho, ya que puede ser una vía, para acercarnos a una ciudadanía formada por sujetos que han alcanzado un grado de autonomía que les permita buscar una forma justa de

resolver sus conflictos. Así las cosas, ésta ciudadanía se materializa con la vigencia efectiva de los derechos que una sociedad considera incluidos en tal noción, no termina en la sola retórica del texto de la norma, por lo que la vigilancia y la lucha por el cumplimiento de los derechos estipulados fortalece la noción de ciudadanía y la vigencia de la ciudadanía reconstruye las bases de una democracia plena.

El debilitamiento, el incumplimiento o la pérdida lisa y llana de los derechos básicos (llámese económicos, sociales o culturales) de los ciudadanos, al quedar muchos de estos atrapados en la obligación de cubrir sus necesidades de sobrevivencia más básica y por falta de perspectivas a futuro, socava la esencia misma de la democracia. Con pobreza y exclusión social, la democracia pierde inexorablemente legitimidad, en esta época de marcada polarización entre concentración económica y exclusión social, es útil recordar aquella vieja expresión del siglo XVI de Nicolás Maquiavelo, cuando manifestaba que “el bienestar de todos y no de algunos pocos es el fundamento de un Estado poderoso”. Los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, entre los más importantes, deben ser considerados como bienes públicos, que se deben garantizar al conjunto de la población por su mera condición de ciudadanos. Promover los derechos de la gente y reclamar activamente para que se cumplan, debe ser entendido como un deber y no solo como un derecho de los ciudadanos (Alayon, 2006: 31,33).

En este orden de ideas, es importante resaltar la necesidad de una ciudadanía que promueva el cumplimiento de sus derechos, que vaya desterrando las conductas pasivas o simplemente expectantes acerca de si los derechos están meramente formulados o por el contrario están –como debe ser– plenamente vigentes. Esta participación activa de la comunidad será la garantía cierta de que los derechos se ejerciten tal como están legislados, evitando que se produzca ese sentimiento escéptico y generalizado según el cual una cosa es la Constitución Política, las leyes y otra la realidad. Ser titular de derechos, vivir en un régimen que se declara democrático, respetar en general las normas y las leyes de la Constitución Política, tener edad para votar en elecciones, son condiciones formales para la ciudadanía, pero no garantiza su ejercicio. Ser ciudadano activo, significa ejercer con sentido de responsabilidad un rol político, que en buena medida se define en la participación de proyectos colectivos en los que se hace tangible la idea de la construcción o reconstrucción de un orden social justo e incluyente (Ruiz, 2008: 117).

De esta manera, uno de los desafíos en la construcción de nuevas perspectivas respecto del derecho consiste en impulsar tanto un cambio de consciencia del ser de lo jurídico como en posibilitar estrategias y pasos que contribuyan a instalar a la comunidad destinataria de las normas como sujetos activos que puedan transformar su realidad a través de instrumentos que da el derecho a todos.

CONCLUSIÓN

A modo de síntesis, se justifica generar procesos de popularización del derecho en el consultorio jurídico, en la medida que:

- Posibilita la generación de comunidades más activas y eficientes en el reconocimiento y defensa de sus derechos.
- Un ciudadano educado y empoderado respecto de sus derechos y obligaciones, constituye una contraparte social que logra morigerar una acción pública o privada abusiva, generando de este modo mayor equilibrio y armonía social.
- Una comunidad educada sobre sus derechos y obligaciones, contribuye al fortalecimiento y desarrollo de una sociedad civil más dialogante y activa en el proceso de generación e implementación de políticas públicas.
- Una comunidad informada constituye un contrapeso efectivo en pos de una gestión pública más transparente y eficiente en el uso y aplicación de los recursos públicos.
- Constituye una forma amplificadora de participación social y ciudadana, lo que contribuye a otorgar mayor legitimidad al sistema social y político.
- Asegura la satisfacción de un imperativo de equidad en la acción del Estado.

La popularización del derecho busca permitir a sectores vulnerables de la población, una interpretación enriquecida y crítica de sus realidades, de sus problemas cotidianos y sus relaciones con lo jurídico, además de posibilitar en los estudiantes de derecho una formación más integral y comprometida, individual y socialmente.

REFERENCIAS

- Aloyón, Norberto. (2006). Democracia, derechos sociales y trabajo social. En: *Acerca de la democracia y los derechos sociales*. Burgos Ortiz Nilza (Compiladora) Editorial Espacio, Buenos aires, Argentina.
- Bergoglio, M. I. (2003). Las facultades de derecho argentinas: Entre las tradiciones y los esfuerzos de cambio. Paper presented at the Seminario Educación Jurídica, Itapava, Brasil.
- Blankenburg, E., & Schultz, U. (1988). German advocates: A highly regulated profession. In R. Abel & P. S. C. Lewis (Eds.), *Lawyers in society: The civil law world*. Berkeley: University of California.
- Calvo Hernández, Manuel (2006). *Divulgación y periodismo científico; entre la claridad y la exactitud*. México: Dirección General de Divulgación de la Ciencia de la Universidad Autónoma de México.

- Carbonneau, T. E. (1980). The french legal studies curriculum: Its history and relevance as a model for reform. *McGill Law Journal*, 25, p. 445.
- Damaška, M. (1968). A continental lawyer in an american law school: Trials and tribulations of adjustment. *University of Pennsylvania Law Review*, 116, 1363-1375.
- Del Águila, Rafael. (1997). "La Política: El poder y la legitimidad" en *Manual de Ciencia Política*, Editorial Trotta, Madrid.
- Dezalay, Yves and Bryant G. Garth (eds.). (2002). *Global Prescriptions. The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy*, University of Michigan Press, Ann Arbor.
- Duque Quintero, Sandra Patricia. (2012). *La popularización del derecho en el consultorio jurídico: una propuesta desde la didáctica universitaria*. Tesis doctoral. Facultad de Educación, Universidad de Antioquia.
- Eduard Gonzalo y Ferran Requejo. (1996). *Las Democracias*, en Miquel Caminal Badía (Ed.) *Manual de Ciencias Políticas*, Editorial Tecnos, Madrid.
- Fix-Fierro, H., & López-Ayllon, S. (2003). *La educación jurídica en México: Un panorama general*. Paper presented at the Seminario de Educación Jurídica, Itaipava, Brasil.
- Friedman, Lawrence M. (1985). *A History of American Law*, 2a. ed., Touchtone Book, Simon & Shuster, pp. 612 y 613.
- Gómez Araújo Luis Alberto. (1995). "Los estudios de derecho frente al siglo XXI", *La importancia de los estudios de derecho frente al siglo XXI*, Bogotá, Ediciones Uninorte, 65.
- Habermas, Jürgen. (1994). "Human Rights and Popular Sovereignty: The liberal and Republican Versions", en *Ratio Juris* 7.
- Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y Validez (sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso)* cuarta edición, traducida por Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid.
- Montero, M (2005). *El discurso de la crisis de la profesión legal en Chile: Consideraciones analíticas*. Retrieved February, from <http://www.law.stanford.edu/library/perezperdomo/Monteros-profesionlegalenchile.pdf>
- Montoya Vargas, Y. (2009). *Educación jurídica en América Latina: dificultades curriculares para promover los temas de interés público y justicia social*, *El otro derecho*, ilsa, 29.-42
- Ogliati, V., & Pocar, V. (1988). *The italian legal profession: An institutional dilemma*. In R. L. Abel & P. S. C. Lewis (Eds.), *Lawyers in society: The civil law world (Vol. Two)*. Berkeley: University of California.
- Peña González, C. (2006). *Characteristics and challenges of latin american legal education*. Paper presented at the conference of international legal educators, Florence, Italy.
- Pérez Perdomo, Rogelio, et al (2006). *La formación jurídica en América Latina, tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- Rodríguez, César (2000). “El regreso de los programas de derecho y desarrollo”, en *Quo vadis, Justitia. Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia, El Otro Derecho*, N°25, ILSA, Bogotá, 13-49.
- Ruiz Silva, Alexander. (2008). *El diálogo que somos. Ética discursiva y educación*. Bogotá: Editorial Magisterio.
- Sheppard, S. (1997). Casebooks, Commentaries, and Curmudgeons: An Introductory History of Law in the Lecture Hall. *Iowa Law Review*, 82, 547-644.
- Viladás, C. (1988). The legal profession in Spain: An understudied but booming occupation. In R. L. Abel & P. S. C. Lewis (Eds.), *Lawyers in society: The civil law world* (pp. 369-379). Berkeley: University of California Press.
- Watson, A. (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh.



Título: Sin Titulo

Técnica: Tiza pastel sobre madera

Dimensión: 38,5 x 71 cm

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

Fecha de recepción: septiembre 12

Fecha de aprobación: diciembre 4

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

*Carlos Parra Dussan**

RESUMEN

El día 13 de diciembre del año 2011 el Congreso de la República de Colombia, aprobó el proyecto de ley estatutaria 167 de 2011 Senado y 092 de 2011 Cámara, por medio de la cual se dictan las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Este proyecto de ley tuvo la iniciativa del señor Ministro del Interior Doctor Germán Vargas Lleras y su equipo, con el apoyo de las organizaciones de y para personas con discapacidad, la sociedad civil, las redes de personas con discapacidad, lográndose hacer realidad este valioso instrumento jurídico en el cual se consagran los desarrollos conceptuales de la Convención Internacional para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 1346 de 2009, con sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010, que se detallan en el presente artículo, incluyendo la jurisprudencia más relevante y la doctrina correspondiente.

Palabras Clave: Discapacidad, ejercicio efectivo de derechos, políticas públicas.

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: LEGISLATION DEVELOPMENT IN COLOMBIA

ABSTRACT

On December 13, 2011 the Congress of the Republic of Colombia, there approved the project of statutory law 167 of 2011 Senate and 092 of 2011 Chamber, by means of which the dispositions are dictated to guarantee the full exercise of the rights of the persons with disability

This project of law had the initiative of the gentleman Secretary of the Interior Doctor Germán Vargas Lleras and his equipment, with the support of the organizations of and for persons with disability, the civil society, the persons networks with disability, being achieved real making this valuable juridical instrument in which there devote themselves the conceptual developments of the International Convention for the Laws of the Persons with Disability, Law 1346 of 2009, with judgment of constitutionality C-293 of 2010, that are detailed in the present article, including the most relevant jurisprudence and the corresponding doctrine.

Key Words: Disability, effective exercise of rights, public policies.

* Director del Grupo de Investigación en Derechos Humanos (De las Casas) Universidad Sergio Arboleda. Doctor en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid-España, Abogado Universidad del Rosario

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

Este artículo es resultado del proyecto de investigación (Revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), realizado entre la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia para los Derechos Humanos y la Universidad Sergio Arboleda, desarrollado por el Grupo de Investigación de Derechos Humanos (De Las Casas), dirigido al igual que el proyecto de Ley estatutaria sobre el (Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad), por el suscrito Doctor en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, el investigador Carlos Parra Dussan.

Igualmente, esta ponencia se presentó en el encuentro de la Red Socio- jurídica en octubre de 2012 en la ciudad de Santa Marta, en representación del Grupo de Investigación en Derechos Humanos (De Las Casas) de la Universidad Sergio Arboleda.

El día 13 de diciembre del año 2011 el Senado de la República dio segundo debate al proyecto de ley estatutaria 167 de 2011 Senado y 092 de 2011 Cámara, por medio de la cual se dictan las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Este proyecto de ley fue iniciativa del señor Ministro del Interior Doctor Germán Vargas Lleras y su equipo encabezado por el señor Viceministro del Interior, asignado para su primer borrador y posterior desarrollo, al proyecto de investigación (Revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), con el apoyo de las organizaciones de y para personas con discapacidad, la sociedad civil, las redes de personas y para personas con discapacidad, lográndose hacer realidad este valioso instrumento jurídico en el cual se consagran los componentes y muchas de las acciones estipuladas por la Convención Internacional para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 1346 de 2009, con sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010.

El proyecto de ley estatutaria fue asignado al despacho del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, bajo el expediente PE 035, para surtir el control automático previo, que deben tener los proyectos de ley estatutaria, como es el de las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-765 de 2012, declaró exequible el Proyecto de Ley Estatutaria número 092 de 2011 Cámara y 167 de 2011 Senado, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

El objetivo general de la investigación fue determinar los principales retos y falencias que presenta el ordenamiento jurídico colombiano para implementar y aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

El problema de la investigación propuesto y desarrollado por el proyecto es: ¿Cuáles son los principales retos para la legislación colombiana en materia de discapacidad, con la aprobación e implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como nuevo paradigma de protección?

El problema de investigación tuvo como punto de partida, los distintos enfoques planteados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que tuvo como propósito “Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las Personas con Discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.”

El presente trabajo se realizó con una metodología de estudio exploratorio- descriptivo, teniendo en cuenta que los estudios en el área jurídica que hacen referencia a la discapacidad son relativamente novedosos en Colombia y que el diseño de esta investigación está orientado a la obtención de la información que permita establecer el impacto de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia.

De esta manera, la población con discapacidad en el mundo, cuenta con el instrumento jurídico, que a juicio de muchos investigadores, como quien escribe, constituye el más completo y complejo instrumento jurídico de Naciones Unidas. Este instrumento nos presenta un claro enfoque de derechos, plantea el modelo social de la discapacidad, recoge un modelo complejo entre promoción de derechos, acciones afirmativas y prohibición de la discriminación por razón de discapacidad. En suma, esta Convención constituye un verdadero paradigma de protección para las personas con discapacidad.

Este artículo fue motivado, con el fin de dar explicación conceptual del Proyecto de Ley (Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad), de

iniciativa gubernamental de parte del Ministerio del Interior, con una amplia participación ciudadana, que tuvo la oportunidad de coordinar. El propósito es plantear los fundamentos que subyacen al articulado, que reflejan los desarrollos conceptuales y de enfoque de las personas con discapacidad, como la nueva perspectiva de derechos y el modelo social de la discapacidad que permean todo el documento.

a. Modelo social de discapacidad

La (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, Resolución 61/106), incorpora el concepto de Discapacidad en un sentido amplio, describiendo los aspectos que incluyen este concepto. Por esto el Artículo 1° además de establecer el propósito de la Convención, menciona que discapacidad incluye la deficiencia, la interacción con las barreras sociales, y la limitación para participar en igualdad de condiciones. “Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Artículo 1° de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006).

Tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son propios del modelo social, para atribuirles la carga de las personas con discapacidad a las barreras sociales. En ningún caso, a las mismas personas con discapacidad en el llamado modelo de normalización de la discapacidad. (Parra Dussan, Carlos 2010).

Así de un lado, la Convención señala el vínculo entre barreras sociales, exclusión y vulneración o limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inciso k).

De otro lado, instaure como finalidades y consagra como obligaciones para los Estados, la eliminación de barreras, de modo de hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo, incisos: e, i, o, v, y artículos. 1; 2, 3 c, d, e, f; 4.1 e, f, g, h, i; 8; 9; 13; 14.2; 19; 20; 21; 24; 25; 26.1 b, 27 h, i; 28; 29; 30.)

Como ya lo traté en mi artículo (Enfoque de Derechos Humanos en la Política Pública de Discapacidad, en Revista Civilizar, 2007), los avances alcanzados hasta el momento en Colombia en términos de la formulación de la política pública en discapacidad, toman como fundamento teórico el modelo planteado por la (Organización Mundial de la Salud –OMS–), según lo expresado en el CONPES 80 de julio de 2004.

Así, el concepto de discapacidad ha evolucionado hacia una perspectiva holística y de carácter social que involucra el entorno, la sociedad y la cultura.

En palabras de (Buscaglia), “Es la sociedad la que crea la discapacidad. Si bien la mayoría de las discapacidades son producto del acto del nacimiento o de un accidente, el impacto negativo en la vida de esa persona con frecuencia no es consecuencia tanto de la “discapacidad” como del modo en que los demás definen esa incapacidad o tratan a la persona”.

Por estas razones, se hace necesario que a las personas con discapacidad se les reconozca su dignidad y valor como seres humanos, lo que es propuesto por los derechos humanos cuyo objetivo principal “es construir sociedades que sean auténticamente inclusivas, sociedades que valoren la diferencia y respeten la dignidad de todos los seres humanos independiente de sus diferencias, que defiendan los derechos civiles de una nueva generación sin exclusión”. (Quinn y Degener, 2002)

El enfoque de derechos plasmado en la (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas ONU, Ley 1346 de 2009), con (Sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010), constituye una herramienta de política internacional, la cual es necesario armonizar con la legislación colombiana, con el fin de garantizar el desarrollo del enfoque de derechos en los diferentes planes, programas y proyectos que se realicen en el territorio nacional.

En conclusión, el enfoque de derechos plantea que las personas con discapacidad deben reconocerse, asumirse y ser consideradas como sujetos de derechos. El desarrollo está entonces orientado sobre los intereses del pueblo a partir de procesos de gerencia y gestión social en los que las personas con discapacidad tienen el poder y la capacidad de definir y decidir sus derroteros para su desarrollo.

b. La Discapacidad en el Plan Nacional De Desarrollo

Este articulado le ha dado soporte al desarrollo de políticas, que benefician el ejercicio de derechos de esta población, plasmándose en los Planes de Desarrollo Nacionales así: (El Salto Social 1994-1998); (Cambio para Construir la Paz 1999-2002); (Hacia un Estado Comunitario 2003-2006); con la continuidad que tuvo de 2007 hasta 2010; y el actual Plan Nacional de Desarrollo (Prosperidad para Todos 2011-2014 Ley 1450 de 2011).

Estos planes de desarrollo, han organizado la oferta institucional del Gobierno en función de dar respuestas oportunas a las necesidades de la población con discapacidad, sus familias y sus cuidadores, sin embargo, todos estos esfuerzos institucionales han sido insuficientes para que las diferentes instancias del Gobierno Nacional responsables de la formulación de políticas sectoriales y la formación de la política

pública en discapacidad, articulen sus planes, programas y proyectos en función de una respuesta holística a la multicausalidad y complejidad de esta problemática, la cual afecta directamente a la persona con discapacidad, sus familias y cuidadores.

De manera explícita sin antecedentes, observamos con beneplácito que la discapacidad figura en más de un artículo del actual Plan Nacional de Desarrollo 2011 - 2014 Prosperidad para Todos Ley 1450 de 2011, que elaboró el Gobierno presidido por Juan Manuel Santos como mandatario de los colombianos.

Como es sabido, las personas con discapacidad sensorial tienen dificultades de acceder a la información, razón por la cual el Plan incorporó en su artículo 55, la accesibilidad a servicios de TIC. Obligando a las entidades del Estado de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, a promover el goce efectivo del derecho de acceso a todas las personas a la información y las comunicaciones, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley a través de tecnologías de la información y las comunicaciones y debiéndose abstener de establecer barreras, prohibiciones y restricciones que impidan dicho acceso.

De otro lado, la Ley 1450 plantea la necesidad de adoptar la Política de Necesidades Educativas Especiales, en el artículo 146, señalándole al Ministerio de Educación Nacional la obligación de definir ésta política y reglamentarla.

El principal aspecto que incorpora el Plan para la discapacidad, es la política pública del sector, regulada en su artículo 176, con el mandato para el Estado, de "desarrollar las acciones para la prevención, la rehabilitación y la integración de la población afectada por cualquier tipo de discapacidad, a fin de brindar oportunidad de inclusión social".

Es claro que el país presenta un avance en materia de discapacidad, teniendo en cuenta que por primera vez se incluye en el Plan Nacional de Desarrollo, pero desafortunadamente los términos y conceptos no son los más precisos, adopta el concepto de "goce efectivo de los derechos", pero no de manera uniforme; plantea las "necesidades educativas especiales", no la educación inclusiva; menciona "personas afectadas por discapacidad", no personas con discapacidad; plantea el enfoque de "integración", no de inclusión; y en general incorpora un enfoque asistencialista de la discapacidad, no de derechos como lo plantea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas Ley 1346 de 2009.

Lo positivo para el sector, es que la prosperidad democrática debe brindar a las personas con discapacidad, sus familias y cuidadores, las oportunidades necesarias para su inclusión dentro de los beneficios del desarrollo, a partir de un enfoque diferencial y de género garantizando el goce efectivo de todos sus

derechos, logrando así el propósito del Plan, la prosperidad para todos. (Parra Dussan, Carlos 2011).

En conclusión, el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1450 de 2011, incorporó por primera vez y de manera expresa la discapacidad, contempló la formulación e implementación de la política pública de discapacidad concertada con la participación de sus organizaciones, debiéndose armonizar con el enfoque de derechos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, como nuevo paradigma de protección. (Parra Dussan, Carlos 2011)

c. Ejercicio efectivo de los derechos

La Ley plantea como objeto el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, esto es que no solo se consagra la garantía retórica de los derechos como en anteriores normas, sino, que se avanza en el concepto de ejercer o disfrutar en la práctica del derecho por lo que se acude a las medidas de inclusión, acciones afirmativas, ajustes razonables y a la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, para el logro efectivo de esas consagraciones jurídicas.

El Goce Efectivo de Derechos (GED), fue conceptualizado por la Corte Constitucional en el Auto de seguimiento (116 de 2008, de la Sentencia T-025 de 2004), para verificar el avance o retroceso en la garantía de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado. Por esta razón, hemos propuesto esta metodología de garantía de derechos aplicada a la discapacidad, con el fin de buscar la garantía efectiva de sus derechos, con unos indicadores medibles de su efectivo cumplimiento por cada una de las entidades responsables de ejecutarlos o hacerlos cumplir.

Esta metodología de medir el goce efectivo de los derechos, coincide plenamente con el propósito de la (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Ley 1346 de 2009, con Sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010), instrumento que incorpora el enfoque de derechos de la discapacidad, buscando el pleno ejercicio de sus derechos como se observa en su artículo 1 “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente...”.

Así, encontramos que el propósito de la ley desarrolla la Convención de Discapacidad, al fijar en su artículo 1 el mismo enfoque de derechos, con mecanismos para su ejercicio y exigibilidad. “Artículo 1°. OBJETO. El objeto de la presente ley es garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de acción afirmativa, de ajustes razonables y

eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas”.

El goce efectivo de los derechos, incorpora mecanismos para la realización práctica de los derechos de las personas con discapacidad, en este caso para proteger su dignidad y alcanzar su inclusión social. Este propósito se puede alcanzar a través de la garantía del derecho, de acciones afirmativas, de protección reforzada de los derechos de un lado y de la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, del otro.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, justamente consagra estos mecanismos de protección de derechos, (acciones afirmativas (artículo 4º numeral 1 literales a y c)), (ajustes razonables (artículo 2º)), (protección especial y prohibición de la discriminación por razón de discapacidad artículos 2º, artículo 4º numeral 1 literal b y artículo 5º numeral 2).

d. Exigibilidad de los derechos

Las normas internacionales relativas a los derechos Civiles y Políticos y los derechos económicos, sociales y culturales han sido llevadas al derecho positivo mediante instrumentos jurídicos por parte de los Estados miembros, a través de la (Declaración Universal de los Derechos Humanos, el pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el sistema interamericano por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Tales instrumentos reconocen el carácter de indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales como parte fundamental de la legislación internacional de derechos humanos, además de reconocer derechos y de generar obligaciones a los Estados para que los hagan efectivos.

Tal como se desprende del (Principio de Limburgo), relativo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el instrumento obliga a los Estados Partes a garantizar la efectividad de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico de un país determinado.

Por otra parte, vale la pena resaltar la tensión que presenta la distinción entre derechos civiles y derechos sociales, una parte, la doctrina tradicional, para quienes

señalan la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado, mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo.

Planteadas así las cosas, encontramos necesario incorporar una nueva ley de discapacidad, desde la perspectiva de los derechos y su exigibilidad, pues es sabido que Colombia presenta un gran marco jurídico a favor de esta población, siendo necesario elevar su grado de exigibilidad sin hacer distinción de derechos.

En este sentido, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha exhortado al Gobierno Nacional para que implemente una política pública de discapacidad (Sentencia C-974 de 2010, Sentencia T-553 de 2010 y Sentencia T-551 de 2011).

Así la Corte Constitucional en la Sentencia T-974 de 2010, afirmó que “En cuanto al amparo del derecho a la salud (el cual en aplicación del principio de integralidad ha cobijado a su vez aspectos educativos) es importante señalar que de conformidad con el bloque de constitucionalidad atinente al tema de personas con discapacidad, se ha reiterado la importancia de proteger individualmente los derechos de esta población. Ello, por cuanto se había abordado la discapacidad como un problema y no como una realidad que debía ser afrontada no sólo desde el punto de vista médico –perspectiva rehabilitadora-, sino desde una perspectiva amplia que incluye la protección plena de todos los derechos en forma independiente. Esto es, no debe preocupar tanto la eliminación o superación a toda costa de dicha condición, sino que debe ser asumida como una realidad que hace parte de la diversidad y fortalece otros principios constitucionales como la tolerancia, el pluralismo y la solidaridad”.

e. Acciones afirmativas en nuestro estado social de derecho

1. Concepto

En la actualidad no existe consenso doctrinario sobre el contenido de la expresión acción afirmativa, sin embargo, se pueden mencionar las siguientes nociones de mayor aporte conceptual:

a. El Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa considera que las Acciones Afirmativas son: “Una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.

b. Cristina Torres experta de la OMS en el taller regional para la Adopción e Implementación de Políticas de Acciones Afirmativas para Afro descendientes de América

Latina y el Caribe en mayo de 2003, las ha descrito como “una política pública que se expresa mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procura mejorar las oportunidades para grupos segregados en la sociedad por su condición de desventaja frente a los grupos dominantes”.

2. Características

- a. Las medidas de Acción afirmativa son deberes constitucionales de los poderes públicos y de los particulares;
- b. Son de naturaleza transitoria y deben limitarse al periodo de tiempo necesario para lograr la igualdad en aquel sector que se desee;
- c. deben establecerse mediante ley ya que afecta los derechos fundamentales de las personas.

Estas características de las acciones afirmativas, nos señalan elementos que nos permiten fundamentar por su naturaleza justa, puesto que su finalidad reside en beneficiar a personas o grupos que sufren desigualdades históricas, sociales o económicas.

3. Clasificación de las Acciones Afirmativas

Las medidas de acción afirmativa son medidas de carácter indirecto y podríamos distinguir, según las funciones que cumplen, las siguientes: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.

- a. Las medidas de concienciación son generalmente medidas de formación o de carácter publicitario que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización del problema, por ejemplo, las campañas de publicidad para la igualdad sexual.
- b. Las medidas de facilitación, de impulso o de promoción son las medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro; dentro de ellas podríamos hacer una distinción entre:

Medidas de incentivos para el aumento de los medios o la disminución de la desventaja: como podrían ser los casos de subvenciones, becas, y las denominadas medidas de reclutamiento; medidas de discriminación inversa o positiva: se caracterizan porque en el caso de dos supuestos desiguales realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del peor situado, ejemplos de medidas de discriminación inversa pueden ser el establecimiento de baremos distintos para hombres y mujeres, en beneficio de éstas; las cuotas o reservas de plazas para estos colectivos desfavorecidos en puestos

de trabajo, centros de enseñanza o candidaturas; y medidas de trato preferencial: El establecimiento de una prioridad o ventaja, o sea un trato preferencial o desigual en el supuesto de que exista una situación de partida semejante, entendiéndose que se encuentra en una situación contextual de desventaja.

c. Por último, las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva: se trata de medidas que se adoptan tras la realización de la acción querida, por ejemplo: la asignación de un premio o una exención fiscal.

4. Tratamiento en el Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho implica, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad.

De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado Social de Derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos.

En este sentido ha sostenido la (Corte Constitucional en Sentencia T-499 de 2005), que “La Constitución hace especial énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situaciones de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidades productivas los colocan en situaciones de manifiesta marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. Por este motivo, los pobres absolutos quedan incluidos dentro del ámbito normativo de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Carta, lo cual determina la obligación del Estado de implementar políticas de acción afirmativa que propendan la igualdad real y efectiva de este grupo de la población, que se orienten a resolver problemas acuciantes de su mínimo vital”.

Igualmente encontramos, que la (Corte Constitucional en Sentencia T-551 de 2011), afirmó que se “establece la obligación a cargo del Estado de adelantar acciones afirmativas a favor de grupos históricamente marginados y excluidos de la sociedad. Estas medidas son constitucionalmente admisibles para garantizar real y materialmente el ejercicio de este derecho a las personas en situación de debilidad, vulnerabilidad o cuya situación se enmarque dentro de los criterios que son considerados como sospechosos, frente a las demás que no se encuentren en su misma circunstancia”.

En el mismo fallo, reitera la Corte que el importante cometido que se busca alcanzar a través del despliegue de acciones afirmativas por parte del Estado frente a las personas en situación de discapacidad, el fin perseguido a través de las medidas de diferenciación positiva es el de contrarrestar, equilibrar los efectos negativos que generan las discapacidades en punto a la participación de los discapacitados en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad” (Corte Constitucional, sentencia T-207 de 1999).

Es más, la Corte Constitucional ha establecido como regla general que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección del derecho fundamental a la igualdad por omisión del deber de desarrollar acciones afirmativas a favor de las personas en situación de discapacidad, siempre y cuando no existan otros medios judiciales para solicitar la defensa de los derechos invocados que aún existiendo, se tornan ineficaces, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; o cuando se trata de poblaciones vulnerables y el fin que se persigue es principalmente constitucional. (Corte Constitucional, sentencia T-117 de 2003)

Concluye la (Corte Constitucional en la Sentencia T-551 de 2011), que se demuestra la importancia de que el Estado promueva acciones afirmativas a favor de las personas en situación de discapacidad, específicamente, en el ámbito educativo, pues si se sigue omitiendo el deber de trato favorable hacia este grupo, se van a seguir manteniendo las estructuras excluyentes y los prejuicios que no les han permitido acceder a la educación en diferentes niveles y casi nunca a la educación superior, lo cual está ligado a los índices de pobreza y de carencia de oportunidades en el mundo laboral.

Precisamente ante el reconocimiento de la marginación, la exclusión social y la invisibilización a la que han sido sometidas las personas en situación de discapacidad, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar acciones positivas, como también exige que las instituciones del Estado, los particulares que prestan servicios públicos y la sociedad en general se comprometa en la implementación del derecho a la educación inclusiva y en el respeto por los derechos humanos de las personas con discapacidad para garantizarles una verdadera igualdad.

f. Discriminación por razón de discapacidad

Para analizar la discriminación por razón de discapacidad, es importante mencionar la tendencia internacional de incluir las cláusulas de no discriminación bien por sectores sociales, condiciones de vulnerabilidad o marginabilidad.

En este sentido, es importante señalar, que en el ámbito nacional, la adopción de la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discrimi-

minación contra las personas con discapacidad”, suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de agosto de 2001, e incorporada a nuestra legislación interna mediante la (Ley 762 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional con la Sentencia C-401 de 2003), con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, significa un avance importante en la materia por cuanto recoge, por primera vez, una definición normativa y precisa del concepto de discapacidad, así como la eliminación de la discriminación por esta condición.

La conducta que describe la Convención, es la Distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad, percepción de una discapacidad. Por su parte, el efecto de la discriminación es el de anular, impedir o gozar de sus derechos y libertades fundamentales.

En desarrollo de esta Convención, si Colombia quisiera dar efectivo cumplimiento a su objeto, es necesario que implemente y propenda por el efectivo cumplimiento de las normas existentes en favor de las personas con discapacidad a través de la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, buscando su inclusión social, tal como se establece el objeto del proyecto de ley.

Igualmente, es necesario que se dé desarrollo a la eliminación de todas las formas de discriminación por razón de discapacidad, por esto el proyecto sanciona las conductas que presente esta discriminación propendiendo por la protección integral de la víctima referida a la persona con discapacidad en condición de discriminación.

En este mismo sentido, sabemos que la acción de tutela, no tiene el alcance para sancionar la discriminación, pues en realidad corrige la misma protegiendo el derecho fundamental, pero no imparte sanciones para las autoridades que discriminen, bien por acción o por omisión, tal como lo contempla la Convención Interamericana y la de Naciones unidas.

Por esta razón, se quiere con el proyecto de ley que aquí se describe, que el juez tenga la potestad de sancionar la discriminación por razón de discapacidad, recordando que el Decreto 2591 de 1992, que reglamentó la acción de tutela, permite la reparación integral, por lo que se le puede atribuir la facultad de sancionar la discriminación por cualquier motivo.

g. Sanciones

El proyecto de ley se ve en la necesidad de incorporar un capítulo correspondiente a las sanciones por el incumplimiento de las medidas a favor de las personas con discapacidad dado que se han incumplido las distintas fases para garantizar sus derechos.

En tal sentido, podemos ubicar tres momentos normativos de exigibilidad y garantías de los derechos de las personas con discapacidad como fueron la consagración normativa, acciones afirmativas y sanciones por el incumplimiento de las medidas de acción afirmativa.

Es claro que la etapa de consagración normativa de los derechos de las personas con discapacidad ya se ha dado en Colombia, es así como encontramos un gran número de leyes que desarrollan distintos derechos en favor de esta población, con la constante dificultad del bajo nivel de implementación de estos derechos, volviendo al problema recurrente de la no exigibilidad de los derechos.

Encontramos un segundo momento normativo de la creación de las acciones afirmativas para garantizar la integración social de las personas con discapacidad modelo que ha tenido relativos éxitos porque en la mayoría de los casos no se dan los incentivos, subsidios o cupos, bien por falta de sensibilidad o bien por desconocimiento de las personas beneficiarias de estas medidas.

El tercer momento que se observa en la legislación comparada es el de establecer sanciones para obligar a cumplir las medidas de acción afirmativa contempladas a favor de grupos vulnerados como las personas con discapacidad. Existen fuertes debates acerca de la conveniencia de estas medidas sancionatorias, puesto que obliga a las instituciones a vincular a personas con discapacidad sin que exista un verdadero deseo o condiciones de integración a la sociedad.

Sin embargo, es reiterado encontrar en las legislaciones actualmente, normas que prohíben y sancionan las conductas discriminatorias, como es en nuestro caso concreto las conductas discriminatorias sobre la base de la discapacidad, encontrando tanto la discriminación por acción o por omisión, directa o indirecta. Esto es elevar a sanción conductas que no implementen los incentivos creados para integrar socialmente a estas personas entendiéndose que la omisión es una manera de exclusión y un incumplimiento de un deber de los ciudadanos en un verdadero estado de derecho fundado en el principio de Dignidad Humana, Solidaridad y Justicia Social.

h. Estructura y aspectos relevantes de la nueva ley de discapacidad

1. Estructura

El proyecto de ley inicial, estaba estructurado en cuatro grandes títulos que comprendían las disposiciones generales, medidas de acción afirmativa a favor de las personas con discapacidad, mecanismos de sus derechos para la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad y un último título de disposiciones finales.

Finalmente la ley quedó con una estructura heurística, de solo títulos, así, Título I, objeto, Título II Definiciones y Principios, Título III Obligaciones del Estado y la Sociedad, Título IV Medidas para la Garantía del Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Título V Disposiciones Finales.

Esta ley reviste importancia para el país y en especial para la población con discapacidad en la medida que garantiza el goce efectivo de los derechos de este colectivo, implementando acciones afirmativas que incentiven y estimulen a la sociedad para promover sus derechos, y elimina la discriminación por discapacidad. Es decir, se promueven los derechos de las personas con discapacidad a través de dos mecanismos eliminando las conductas negativas (discriminación) y promoviendo las conductas positivas (acciones afirmativas y ajustes razonables).

En este sentido la ley complementa el ordenamiento jurídico existente ya que hace efectivo los derechos de la población con discapacidad, sin caer en la costumbre de repetir y reiterar el catálogo de derechos de este grupo, sin incorporarle mecanismos para hacerlos efectivos.

Como ya se mencionó, la ley desarrolla la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que en su artículo 1° tiene como propósito el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que armoniza plenamente con el goce efectivo del derecho, planteado en la ley.

2. Inclusión

Desde el objeto de la ley, artículo 1°, se contempla el propósito de alcanzar la inclusión de las personas con discapacidad, “El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión...”.

Igualmente encontramos la definición de inclusión en el artículo 2°, “Inclusión social: Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad”.

Asimismo, la ley reitera el concepto de inclusión en el artículo 5°, sobre la garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión, estableciendo que las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, en el marco del Sistema Nacional de

Discapacidad, son responsables de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, debiendo asegurar que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos, de conformidad con el artículo 3° literal c), de la Ley 1346 de 2009.

3. Acciones Afirmativas

El artículo 1°, objeto de la ley, establece que su propósito es el de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, a través de la adopción de acciones afirmativas, que como ya se menciona en el artículo 2°, su concepto es “Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan”.

El artículo 5°, garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión, establece en el numeral 1°, que se deben “Adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas, según el artículo 4° de la Ley 1346 de 2009”. Se debe entender que estas medidas necesarias, incluyen las acciones afirmativas, como obligaciones del Estado y la sociedad, de acuerdo al criterio a rúbrica de la ubicación de los títulos, como es el Título III.

4. Prohibición de la Discriminación por Razón de Discapacidad

El artículo 1°, consagra como objeto de la ley garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

El artículo 3° de los principios que rigen la ley, se incluye expresamente el principio de no discriminación.

El artículo 6° sobre deberes de la sociedad, establece que son deberes de la familia, las empresas privadas, las organizaciones no gubernamentales, los gremios y la sociedad en general, en el numeral 7°, denunciar cualquier acto de exclusión, discriminación o segregación contra las personas con discapacidad.

5. Sanciones

El artículo 6°, referido a los deberes de la sociedad, establece en el numeral 7° que se debe denunciar cualquier acto de exclusión, discriminación o segregación contra las personas con discapacidad. Artículo 9° sobre el derecho de habilitación y

rehabilitación, establece en el numeral 3º, que el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, definirá, promoverá y visibilizará, en alianza con la Superintendencia Nacional de Salud y otros organismos de control, esquemas de vigilancia, control y sanción a los prestadores de servicios que no cumplan con los lineamientos de calidad o impidan o limiten el acceso a las personas con discapacidad y sus familias.

Igualmente, el artículo 14 acceso y accesibilidad, numeral 8º establece que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, o quien haga sus veces, deberá establecer un mecanismo de control, vigilancia y sanción para que las alcaldías y curadurías garanticen que todas las licencias y construcciones garanticen la accesibilidad de las personas con discapacidad.

El artículo 15 sobre derecho al transporte, en el numeral 7, se consagra la obligación del Estado, mediante las autoridades competentes, de sancionar el incumplimiento de los plazos de adaptación o de accesibilidad al transporte.

De la misma manera, el artículo 26 sobre la evaluación de las medidas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, señalando que el Consejo Nacional de Discapacidad, evaluará cada 4 años la eficacia de las sanciones a la discriminación, como mecanismos para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Por último, el artículo 31 regula las sanciones, pues la omisión a las obligaciones impuestas por la presente ley por parte de los empleados públicos se considerará falta grave en los términos del régimen disciplinario.

6. Nuevas Instancias

El artículo 5º, sobre el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión, en el numeral 11, establece que el Ministerio del Interior, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Ministerio de Trabajo, o quienes hagan sus veces dispondrán los mecanismos necesarios para la integración de un Consejo para la Inclusión de la Discapacidad.

Por su parte, el artículo 23, sobre control social, garantiza el derecho de la población con discapacidad y sus organizaciones de ejercer el derecho y el deber de control social a todo el proceso de la gestión pública relacionada con las políticas, los planes, los programas, los proyectos y las acciones de atención a la población con discapacidad, o con enfoque diferencial en discapacidad, pudiendo constituir veedurías ciudadanas en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 850 de 2003 y demás normas pertinentes y adoptar otras modalidades de control social.

Por último, el artículo 30, sobre promoción, protección y supervisión, crea un mecanismo independiente para la promoción, protección y supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad previstos en la ley, así como de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que se constituya como el mecanismo responsable para todas las cuestiones relativas a estos derechos y a la Convención, incluyendo la coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto el numeral 1° de este artículo, establece que este mecanismo será de naturaleza y funcionamiento independiente del Gobierno Nacional, así como de los gobiernos departamentales, distritales y municipales y estará integrado por las instituciones del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y sus seccionales, Defensoría del Pueblo, sus regionales y seccionales), organizaciones de personas con discapacidad en el ámbito nacional y territorial y la Contraloría General de la Nación, incluyendo las contralorías locales.

CONCLUSIONES

En conclusión, la ley recoge las recomendaciones de nuestra Corte Constitucional que a través de la sentencia T-025 de 2003 y su Auto 06 que sugiere diseñar e implementar políticas públicas que garanticen no solo el catálogo de derechos si no su goce efectivo, teniendo en cuenta el enfoque diferencial de los derechos y en este caso particular de los derechos de las personas con discapacidad.

Otro aspecto que es importante resaltar es que la ley además de consagrar medidas de acción afirmativa y ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad, contempla en el capítulo segundo del título segundo medidas especiales, teniendo en cuenta que existen varios tipos de discapacidad y cada una de ellas tienen necesidades particulares, siendo necesario establecer medidas especiales para cada grupo.

Igualmente, la ley adquiere relevancia al establecer en el capítulo tres del título dos mecanismos que garanticen la efectiva participación de las personas con discapacidad en los distintos espacios de concertación y toma de decisión en lo que les afecta de su vida económica, social, política y cultural.

Por último, se resalta que la ley incorpora un título de no discriminación por razón de discapacidad, dando desarrollo a la (Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad Ley 762 de 2002) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas Ley 1346 de 2009 y al artículo 13 constitucional que establecen claramente que se debe combatir la discriminación como todo acto de distinción, exclusión

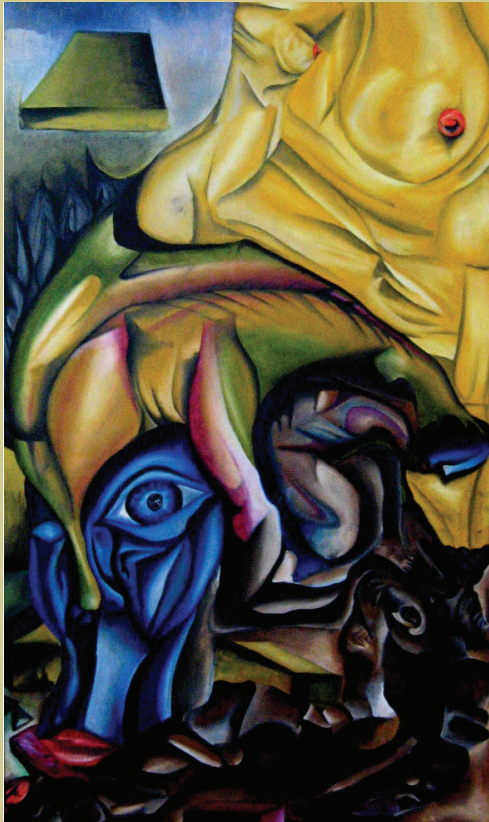
o restricción que menoscabe el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Con este fin la ley establece sanciones que eliminen la discriminación por discapacidad, teniendo en cuenta que nuestro trasegar histórico como nación colonial, aun persisten factores de exclusión y discriminación social tales como: clases sociales, pobreza, género y desde luego la discapacidad, factores que deben ser eliminados teniendo en cuenta los principios de pluralismo y multiculturalismo que subyacen en nuestra carta constitucional. De esta manera esperamos que la ley, (Goce Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad), garantice los derechos de esta población, permitiendo su inclusión en la sociedad colombiana, dentro de una concepción de desarrollo inclusivo que integre a los distintos sectores de la sociedad elevando su calidad de vida y niveles económicos sociales y culturales.

REFERENCIAS

- Asamblea General de Naciones Unidas (1996) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Buscaglia, L. y otros. Los discapacitados y los padres 1990. Argentina: Editorial Emece. Argentina.
- Congreso de la República (2002). Ley 762
- Congreso de la República (2009). Ley 1346
- Congreso de la República (2011). Ley 1450 Plan Nacional de Desarrollo 2011 — 2014. Prosperidad para Todos.*
- Corte Constitucional (1999), Sentencia T-207. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional (2002) Sentencia T-595 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional (2003). Sentencia C- 401 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional (2003). Sentencia T-117 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional (2005). Sentencia T-499 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional (2005) Sentencia T-792 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (2006) Sentencia T-133 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2006) Sentencia T-884 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2008) Auto de Seguimiento 116 de la Sentencia T-025 de 2004.

- Corte Constitucional (2010), Sentencia C-293 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional (2010), Sentencia T-974 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (2011), Sentencia T-553 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (2011), Sentencia T-551 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Departamento Nacional de Estadísticas – Dane (2005). Censo.
- Departamento Nacional de Planeación (2004). Documento CONPES 80.
- Organización de Naciones Unidas (2006) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Presidencia de la República (1992) Decreto 2591.
- Parra Dussan, Carlos (2007) Enfoque de Derechos Humanos en la Política Pública de Discapacidad. En Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C., Número 13, julio – diciembre de 2007. Pp. 97-114.
- Parra Dussan, Carlos (2010). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Antecedentes y sus Nuevos Enfoques, en Internacional Law. Universidad Javeriana. Bogotá.
- Parra Dussan, Carlos (2011). La Discapacidad en el PND, Diario La República.
- Parra Dussan, Carlos (2012), La Igualdad en Nuestro Estado Social de Derecho. Centro Editorial Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, febrero.
- Quinn, Gerard & Degener, Theresia (2002). Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York y Ginebra.
- Sarmiento, Alfredo (2010). Estado de la educación en Colombia. Educación Compromiso de Todos. Bogotá.



Título: Sin Título

Técnica: Óleo sobre madera

Dimensión: 35 x 52 cm

DERECHO PENAL SEXUAL: UN CASO DE DISCURSO MORAL RELIGIOSO*

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación “Familia, sexualidad y matrimonio: ¿hechos naturales o instituciones sociales?”, presentado por el autor en la convocatoria de pequeños proyectos de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Antioquia, 2012, como integrante del Grupo de Investigación ‘Saber, poder y derecho’ de la misma Facultad.

Fecha de recepción: septiembre 12

Fecha de aprobación: diciembre 4

DERECHO PENAL SEXUAL: UN CASO DE DISCURSO MORAL RELIGIOSO

*Luis Alberto Gómez Castrillón**

A mi madre, Luz Amanda Castrillón, por el amor y los inmensos sacrificios invertidos en mi crianza; así como a Fabián Aristizabal por enseñarme a leer y cuidarme durante tantos años.

RESUMEN

El presente artículo se encuentra estructurado en dos partes, en la primera, se realiza una reseña de los artículos relacionados con el tema del derecho penal sexual publicados por la revista *Estudios de Derecho* de la Universidad de Antioquia durante sus 100 años de existencia. En la segunda, se analiza, a partir de ciertos tipos penales de contenido sexual, la vinculación del derecho penal con la moral católica, durante la vigencia del código penal de 1936.

Palabras clave: sexo, matrimonio, familia, represión, poder, Estado confesional, moral católica.

SEXUAL PENAL LAW: THE CASE OF A MORAL RELIGIOUS DISCOURSE

ABSTRACT

This work has two parts, in the first part, makes a review of the papers in the Journal *Estudios de Derecho* about the sexual penal law during its one hundred years of history. In the second part, makes an analysis, from some penal types with sexual content, the nexus between penal law and catholic moral, during the penal code of 1936 stating of being force.

Key Words: sex, marriage, family, repression, power, confessional Estate, catholic moral.

* Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad de Antioquia, Medellín. El autor agradece a los profesores Julio González Zapata, Julián Muñoz Tejada y Roberth Uribe Álvarez por las asesorías, lecturas y correcciones que realizaron a este trabajo.

DERECHO PENAL SEXUAL: UN CASO DE DISCURSO MORAL RELIGIOSO

1. INTRODUCCIÓN. DERECHO PENAL SEXUAL: UN CASO DE DISCURSO MORAL RELIGIOSO

Con el adjetivo moral, unido a la denominación “derecho penal sexual”, se busca resaltar la pacífica y, en algunos casos, “conveniente” introducción en el derecho penal de contenidos morales, castigando actos que sólo incumben al libre ejercicio de la personalidad de cada individuo, si bien en la actualidad se pregona una desvinculación entre la moral y el derecho penal sexual, a través de un proceso de racionalización y desacralización de las conductas sexuales, como consecuencia de un nuevo modelo Estatal donde la religión y los asuntos del Estado se encuentran desligados. No siempre ha sido de esta forma y, en algún momento de la historia penal colombiana, el derecho era el escudero de la moral católica.

Los límites por los cuales transcurren los discursos sobre las regulaciones penales en materia de conductas con contenido sexual, se mueven entre la defensa de una específica moral y la protección de la libertad sexual como una esfera más de la libertad; la regulación penal colombiana se ha inclinado durante muchos años por la protección de unos contenidos de raigambre moral, en particular, los pregonados por la religión católica, apostólica y romana, aglutinando a los ciudadanos en torno a unos mismos fines y valores ético sociales.

En estas condiciones, el derecho penal se dirige a mantener las conductas sexuales “estándar” y promocionar una particular moral. Este derecho ya no es sólo el medio más avasallador para el control de la conducta humana, sino que también permite troquelar las concepciones morales e íntimas de los individuos. Anulando cualquier indicio de actos diversos a los valores sexuales de la comunidad; de esta forma, lo pecaminoso se convierte en delictual, y bajo la apariencia de la legalidad se defienden los baluartes morales del catolicismo. La relación entre delito y pecado, se anuda; aquel individuo que transgrede las normas penales sexuales, se hace merecedor a una doble sanción. Por un lado el Estado a través de sus aparatos coercitivos se encarga de definir, aplicar y ejecutar la respectiva pena; por el otro, el conglomerado social cristiano determina la correspondiente recriminación, excluyendo al ser humano publicitado por el sistema penal, y con la cita de las

respectivas violaciones a los textos religiosos, se le exhorta a recomponer su vida sacrílega y exconvicta.

El trabajo se compone de dos partes. La primera tiene como objetivo llevar a cabo un análisis del discurso penal sexual contenido en los escritos publicados en la revista *Estudios de Derecho* entre 1912 y 2012, como un caso prototípico de dicho discurso en la cultura jurídica colombiana de esta centuria. Cabe advertir, que de cada uno de los trabajos no se hará un análisis profundo, sino una reseña de los temas centrales abordados por el autor. La segunda parte, pretende generar una fundamentación para acometer críticamente la vinculación que durante algún tiempo ha existido en Colombia, entre el derecho penal y la moral católica.

2. EL DERECHO PENAL SEXUAL EN COLOMBIA 1912-2012: UN ESTUDIO DE SU DISCURSO EN LA REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

2.1 Delitos contra la libertad y el honor sexuales. Gustavo Rendón Gaviria¹

Rendón tiene como objetivo realizar un estudio de los tipos penales incluidos en el capítulo XII de la ley 95 de 1936, que versa sobre los delitos contra la libertad y el honor sexuales, e incluye la violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores y proxenetismo.

Violencia carnal establecida en el artículo 316 del código penal de 1936, de cuyos elementos, según Rendón (1946), se destacan: la libertad sexual como interés jurídico protegido, las modalidades, el elemento material, los sujetos, y las circunstancias de agravación.

Estupro regulado en el artículo 319, consistente en el acceso carnal realizado sobre una mujer mayor de catorce años, obtenido por un hombre a través de diferentes medios, cuya pena se atenúa cuando la víctima es una mujer pública, y el matrimonio con la ofendida sirve como eximente de responsabilidad penal.

Abusos deshonestos tipificados por el artículo 323, los cuales, dice Rendón (1946), entrañan la ejecución de actos eróticos sobre una persona mayor de 16 años que sin constituir el acceso carnal, satisfacen sexualmente al sujeto activo. También son

1 Vol. VIII. N° 23, agosto de 1946. pp. 257-294. Gustavo Rendón Gaviria: Abogado y profesor universitario frontineño. Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, elegido en 1972. Autor de varios textos de derecho penal.

abusos deshonestos las relaciones homosexuales, aunque exista consentimiento de los intervinientes².

Corrupción de menores. Al respecto afirma Rendón (1946, pág. 282), que el delito hace relación a los menores de edad, “a quienes por no haber alcanzado una suficiente madurez mental como es de presumirse, es posible inculcar hábitos depravados o prácticas impropias para su edad, con grave perjuicio para el desarrollo moral de la personalidad”. Este delito puede asumir distintas formas como: (I).- Ejecutando en presencia del menor actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal³ (II).-Ejecutando los mismos actos con el concurso del menor, e (III).- Iniciando al menor en prácticas sexuales anormales^{4,5}.

Proxenetismo, regulado en los artículos 327 - 332, donde se configuran las diferentes formas delictuosas comprendidas bajo el mismo nombre y caracterizadas cada una de ellas por condiciones propias al agente del delito, unas veces al sujeto pasivo, otras a la naturaleza de los actos propiciados. Pero “todas esas especies tienen de común el propósito de obtener provecho económico y el daño moral” (Rendón, 1946, pág. 288).

-
- 2 Para Rendón (1946, pág. 280) “cuando el abuso deshonesto se comete por ambas personas, lo que se defiende es el interés colectivo y la moral”.
 - 3 En esta primera modalidad, asevera Rendón (1946, pág. 283) que la intención del agente debe ser la perversión del menor, ejecutando actos antinaturales. Por ello afirma que se “requiere por parte del agente una intención de pervertir o viciar las costumbres del menor, se refiere a la ejecución de toda suerte de actos erótico-sexuales que, exclusión hecha del acceso carnal normal pueden ser motivo para influir moralmente en el ofendido, con la sola vista de la realización de esos actos. Pueden ser actos eróticos de los que sin ser propiamente antinaturales, son distintos de la cópula, o hechos realmente anormales como el onanismo, el homosexualismo, la zoofilia etc.”.
 - 4 Al respecto “se comete el delito de corrupción cuando se inicia a un menor en prácticas sexuales anormales, hecho que equivale a enterar al menor de esas prácticas, descubrirlas, como hechos ignorados por él, estimulando su ejecución y consecuentemente hábitos sexuales antinaturales. Se iniciaría al menor en prácticas anormales, enseñándole o sugiriéndole el onanismo, el homosexualismo (uranismo, trífadismo, pederastia, prostitución lésbica, zoofilia, etc) y en general todos los actos aberrantes de naturaleza sexual” (Rendón, 1946, pág. 284)
 - 5 Para Rendón (1946, pág. 284), cuando las prácticas son normales no habrá lugar a penalidad alguna “si se tiene en cuenta que lo que la ley penal pretende en esta materia es prevenir la perversión, la depravación y la formación de hábitos sexuales antinaturales en el menor, se comprende que toda experiencia o iniciación en las relaciones sexuales normales no conduce a la corrupción, mientras no se trate directamente de realizar el acceso con el menor. Podrá ser una enseñanza más o menos prematura discutible en un terreno puramente moral pero nunca delito de corrupción”.

2.2 Derecho penal colombiano. Delitos contra la familia. Gustavo Rendón Gaviria⁶

Rendón (1946) inicia por aclarar que en lo relacionado con este tipo de delitos ubicados en el título XIV del código penal de 1936, la ley penal busca proteger unos intereses morales y sociales inherentes a dicha institución diferentes a los de las personas que la integran, permitiendo la existencia de un concurso ideal o material de delitos, cuando el sujeto agente, además de la infracción formal⁷, obtiene la finalidad propuesta con la comisión de la conducta. Entre los tipos penales contra la familia se hallan el rapto, incesto, bigamia, matrimonios ilegales y supresión, alteración o suposición del estado civil, siendo los tres primeros, delitos de contenido sexual⁸, que a pesar de ejercer una influencia nociva contra el desarrollo de la familia, se imponen principalmente contra los individuos, afirma Rendón.

El rapto, indica Rendón (1946, pág. 381), en su acepción más común debe entenderse como “el hecho de llevarse o de sustraerse de su domicilio, con propósitos deshonestos, a una mujer empleando violencia o maniobras engañosas”. Este delito se puede materializar en diferentes modalidades, de acuerdo a los fines previstos o la acción física realizada. Entre los elementos del tipo describe los sujetos activo y pasivo, el propósito sexual o matrimonial del agente, las modalidades del rapto desde la finalidad o la forma de ejecución de la acción, la edad de la víctima y las causales especiales atenuantes⁹ o eximentes de responsabilidad penal.

Del incesto, afirma Rendón (1946, pág. 402) que el delito se ofrece como una lesión de los intereses familiares, “dado que las relaciones de orden sexual, por su propia naturaleza, y los vínculos que originan, quebrantan y destruyen las bases de autoridad, respeto y moralidad que la sustentan socialmente”. De los elemen-

6 Vol. VIII. N° 24, agosto de 1946, págs. 379-424.

7 Rendón (1946, pág. 380) explica: “Los delitos contra la familia son regularmente infracciones formales, que no requieren para su integración el cumplimiento material de las finalidades que el agente se propone al ejecutar los hechos”.

8 En este sentido Rendón (1946) asegura que “Fuera de los hechos que ya hemos enunciado y que están incorporados en el Título XII hay otros. delitos que tienen también una finalidad sexual por parte del agente, los cuales han sido agrupados en otros títulos por ofender ciertos intereses de orden general, como la familia y la moral pública. Tal ocurre, por ejemplo, con los delitos de rapto, incesto, y bigamia, considerados como atentatorios contra la institución familiar (pág. 258, vol VIII, rev. 23).

9 De las atenuantes estudia la del artículo 353, según el cual las penas por rapto se reducen o no habrá sanción alguna, cuando la raptada sea una meretriz o mujer pública; situación que según Rendón (1946) se explica porque este tipo de mujeres se encuentran desvinculadas de la familia, ya sea material o moralmente, no habiendo de esta manera interés jurídico para protegerla. Y la atenuante del artículo 355, que ocurre cuando el responsable del delito devuelve la raptada o la deposita en lugar honesto sin haber ejecutado acto erótico-sexual alguno.

tos del delito, analiza los sujetos¹⁰, el dolo, grado de parentesco, y algunas causas determinantes¹¹ del delito, en especial el hecho de ser campesino, cuyo sistema de vida obliga a la promiscuidad.

2.3 Derecho penal colombiano. Jurisprudencia penal. Tribunal Superior de Medellín, Auto de 30 de julio de 1946. Magistrado ponente: Ángel Martín Vásquez¹²

El artículo refiere una sentencia, motivada por los varios accesos carnales cometidos por el señor Jesús María sobre una menor de catorce años. Afirma el magistrado que, a pesar de que la conducta reúna los elementos constitutivos de la infracción penal, esto es, el acceso carnal con una menor de catorce años, existen casos en los cuales “la edad de la víctima sea susceptible de producir algún error de hecho que, interfiera la relación jurídica generadora del delito, y sea capaz de originar una circunstancia de inimputabilidad, como la que consagra el Código en su artículo 23, numeral 2^o” (Martín Vásquez, 1946, pág. 477). Dicho error que en el caso particular consistiría en “la equivocada creencia por parte del procesado de que la menor, por su vida relajada y por la facilidad con que hacía uso de su cuerpo, comerciando con él a bajo precio, sobrepasaba la edad de catorce años” (Martín Vásquez, 1946, pág. 477). Sobre el carácter “inmoral” el juez cita los testimonios de algunas personas que opinan sobre la vida sexual de la menor, como la versión dada por José Dolores Duque:

En mi carácter de Agente de la Policía Rural de este Distrito y muy conocedor de los vecinos de ‘la vereda de ‘Caunzal’, me he dado exacta cuenta que la mujer de nombre Evangelina Becerra, madre de María Raquel Becerra, es muy escandalosa, pues ha vivido siempre amancebada, dando con esto muy mal ejemplo a sus hijas, ya que no las respeta para sus escándalos y ellas se dan cuenta de su vida depravada y por tanto las ha tenido en muy mal ambiente moral dándoles libertad para salir solas donde les provoca. La mentada María Raquel es muchacha que ha gozado de muy mala conducta en lo referente a la moral y las buenas costumbres y le gusta mucho buscar personalmente los hombres, para hacer sus parrandas y hacer cuanto quiere; es decir, también

10 Para Rendón (1946, pág. 403) “el sujeto pasivo, en primer lugar resulta la familia, pero cuando uno solo es el agente, la víctima inmediata es la persona ofendida”.

11 Sobre ello asegura que “la degeneración del agente factor éste muy común en los delitos sexuales; el alcoholismo, la viudez, y como factor social predominante la promiscuidad y la miseria en que viven muchas familias. Esta causa tiene la delincuencia nuestra con relación al incesto especial valor y se observa por ello que es un delito muy frecuente entre los campesinos, cuyo sistema de vida los obliga necesariamente a la promiscuidad y a una vida en común en un plano instintivo” (Rendón, 1946, pág. 404).

12 Vol. VIII, N° 24, octubre de 1946, págs. 475-486. Ángel Martín Vásquez Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal.

vive una vida depravado y escándalos, pues ese es el concepto en que la tienen los vecinos de la vereda donde habita... (Martin Vásquez, 1946, pág. 486).

Con base en tales versiones, el magistrado decide revocar la providencia de primera instancia y en consecuencia sobresee definitivamente, a favor del acusado, porque:

De aplicar la ley en su letra, podría entrañar una clamorosa injusticia, porque ello, y no otra cosa, sería imputar este hecho a Loaisa, que apenas gozó de los favores carnales de la menor, cuando ya había sido desflorada, según el decir de la misma, por Carlos Arturo Nieto; y también a los sujetos que señala Isidro Nieto Grisales, en su declaración ya transcrito, de fs. 14, lo que equivaldría, según esto, a que, para ser justos, habría que ordenar se iniciara la investigación contra los nombrados, pues dentro de las circunstancias de este caso; ellos serían tan responsables como Loaisa, y es muy probable que al producirse esas investigaciones, resultara también que muchos otros varones de la vereda en que habita la prostituta, tuvieran que comparecer ante la justicia penal, por el acceso carnal que con ella tuvieron (Martin, 1946, pág. 486).

2.4 Homosexuales. Julio Ortiz Velásquez¹³

El texto alude a un examen médico-legal realizado a cierto individuo acusado de `pederastia activa` sobre un menor de diez años, a fin de determinar si el procesado “sufre o no anomalía psíquica, y si transcurrido un mes de verificado el acto homosexual puede o no, encontrarse en el esfínter anal huellas de su comisión” (Ortiz, 1949, pág. 139). Después de explicar que no es posible afirmar la existencia de signos indicadores de la comisión del acto, Ortiz (1949) realiza algunas anotaciones sobre la homosexualidad, antes de diagnosticar la condición psíquica del implicado. Primero, hace una clasificación de la homosexualidad, dependiendo de diversos criterios como la forma de satisfacer los deseos¹⁴, la actitud que se asuma¹⁵ en el coito o si la condición es adquirida o congénita¹⁶, luego cita algunas historias de

13 Vol. XI. N°31, marzo de 1949, págs. 139-163. Julio Ortiz Velásquez. Médico legista, profesor de la Universidad de Antioquia.

14 Al respecto “Es diverso el modo como satisfacen su órgano sexual. Algunos practican el coito interfemore o sea, entre los muslos y con más frecuencia la Fellatio, o sea, el coito por la boca y el beso lingual; otros verifican el coito anal que es lo que se denomina pederastia y sodomía, pero este último término se aplica también al coito anal de un hombre con una mujer, de ahí el nombre de pederastia conyugal” (Ortiz, 1949, pág. 143).

15 “Se clasifican también los homosexuales en activos y pasivos los cuales satisfacen su apetito de cualquiera de las dos maneras pues por lo regular tienen sus órganos genitales bien conformados, aun cuando a veces se puede distinguir por sus caracteres físicos o psíquicos a los uranistas, llamados activos, de los afeminados o maricones” (Ortiz, 1949, pág. 143).

16 Sobre ello asevera que: “A grandes rasgos pueden clasificarse los homosexuales en congénita, constitucional o verdadera o viciosa y la adquirida, recibiendo los primeros el nombre

homosexuales, hasta llegar a la pregunta de si la homosexualidad puede ser compatible con la salud física y mental, respondiendo que es posible y, prueba de ello, son las grandes personalidades de la historia que han sido homosexuales, como el caso de Miguel Ángel, Oscar Wilde, Alejandro Magno, así como que en el caso de los perversos lo son por vicio, depravación o falta de mujeres, así lo expresa Buffon, cuando dice que: «a causa de la continencia el gallo hace gallina del primer gallo que encuentra» (Ortiz, 1949, pág. 150). La falta de mujer es una de las causas para explicar la homosexualidad en las cárceles¹⁷, lo cual, según Ortiz (1949) puede ser solucionado permitiendo la salida de los presos para satisfacer aquellos fines eróticos. Por último, describe el examen físico-psíquico del individuo y concluye que realizó el acto con plena conciencia, además de ser un homosexual congénito.

2.5 Incesto. Julio Ortiz Velásquez¹⁸

Al igual que el artículo sobre homosexualidad, este es la transcripción de un dictamen médico legal solicitado al doctor Ortiz para conocer la salud mental de un individuo acusado de mantener relaciones sexuales con su hija de catorce años y medio. Después de referir los hechos a partir de los relatos de la menor ofendida, afirma Ortiz (1949, pág. 545) que para entender las características del delito, resulta necesario, como lo expresa el eminente Dr. Pablo A. Llinás, establecer unos hechos:

La familia, en concepto de muchas de estas gentes del bajo pueblo, no es una carga con obligaciones para el jefe del hogar, sino una propiedad con derechos para el poseedor. (...) El dominio de los padres sobre los hijos es incontrastable y absoluto. Creen que les pertenecen y pueden disponer de ellos a su talante; una reviviscencia de la antigua Roma, donde el padre podía matar al recién nacido si no le encajaba en el molde de sus aspiraciones. Con esos sentimientos, sin creencias religiosas o muy nubladas, sin nociones de moral ni de honor, el ayuntamiento con una hija lo considerará como derivación o consecuencia del dominio irrestricto sobre la persona material de sus descendientes, y si un extraño, de tal o cual modo, puede alcanzar el beneficio de pernada, el padre, con mayor razón, ha de reclamar el de prelación cuando así le venga en deseo. En todos los casos, sevicia material y moral, que casi siempre se queda sin castigo.

17 Sobre el homosexualismo en las cárceles “Las causas determinantes del homosexualismo en las agrupaciones carcelarias, pueden ser por una parte la imposibilidad de satisfacer el instinto genésico por ausencia de mujeres, y por otra la promiscuidad de hombres anormales con invertidos, sean estos últimos ocasionales o congénitos (...). Se ha propuesto entonces en vista de la imposibilidad de mantener continente al enclaustrado en las prisiones, sistemas diferentes que le permitan las relaciones sexuales con mujeres. Con el fin de evitar hasta donde sea posible los actos homosexuales” (Ortiz, 1949, pág. 151).

18 Vol. XI. N1° 33, octubre de 1949, págs. 542-546.

Concluye expresando que el origen de dicha cohabitación ilícita se halla “en la ignorancia, en la falta de educación, en el abandono social, en la falta de religiosidad o tibieza de la misma, en el ambiente malsano y en la impunidad de las costumbres depravadas” (Ortiz, 1949, pág. 546).

2.6 Delitos contra la libertad y el honor sexuales. Luis Eduardo Mesa Velásquez¹⁹

Mesa (1960) inicia delimitando los delitos incluidos en el título XII del código penal de 1936, cuyo objeto protegido se encuentra constituido por la libertad²⁰ y el honor sexuales²¹. Luego, realiza un estudio dogmático de los tipos penales, comenzando por la violencia carnal, explicando cada uno de sus elementos: los sujetos, el elemento objetivo²², los medios comisivos, las agravantes y la eximente de responsabilidad. Sobre el estupro menciona las diferentes modalidades y los agravantes. Finaliza analizando las diversas posturas sobre la posibilidad de concurso entre la bigamia y el estupro, cuando para la posesión carnal el agente recurre al matrimonio.

Abusos deshonestos, consistentes, según Mesa (1960), en actos lujuriosos distintos al acceso carnal realizados sobre cualquier parte del cuerpo ajeno, valiéndose el agente de los medios que son propios para cometer la violencia carnal o el estupro y un dolo dirigido a la satisfacción del apetito sexual por vías diferentes a la cópula. También recuerda Mesa (1960) que el homosexualismo, catalogado como abuso deshonesto, sólo es posible entre hombres y que es un delito bilateral donde el sujeto pasivo resulta ser el Estado.

Corrupción de menores. Asevera Mesa (1960) que bajo dicha denominación se incluyen un conjunto de conductas que buscan proteger la libertad y el honor

19 Vol. XIX. N° 58, septiembre de 1960, págs. 303-322. Luis Eduardo Mesa. Abogado, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en 1968, Rector de la Universidad de Antioquia, Rector de la Universidad Nacional de Colombia, en 1975. Profesor en la Universidad de Antioquia y en la Universidad de Medellín. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Autor de varias obras de derecho penal y procesal penal.

20 Sobre la libertad sexual, “facultad que tienen las personas para disponer de su cuerpo en relaciones lujuriosas” (Mesa, 1960, pág. 303).

21 Sobre el honor sexual “desde el punto de vista íntimo o subjetivo, es el personal sentimiento desde el punto de vista externo u objetivo, el honor sexual es la buena fama o reputación de que goza una persona en la comunidad, por la integridad de sus costumbres y su moralidad; equivale a honra u honestidad” (Mesa, 1960, pág. 303).

22 Sobre el acceso carnal, Mesa (1960, pág. 304) lo define como “la introducción, completa o incompleta, del miembro viril en el esfínter vaginal o anal de otra persona, de modo que sea posible la cópula o un equivalente”, agregando que al contrario de Rendón, para quien el acceso carnal es sólo la “cópula normal”, él opina que “el acceso carnal para los efectos de la represión penal, puede ser normal o anormal, intersexual u homosexual”.

sexual de los menores de 16 años de edad, siendo necesario que el sujeto pasivo sea corruptible. De allí que es reiterativo sobre la idoneidad moral²³, de la víctima, para que se pueda predicar la existencia del delito.

2.7 El uxoricidio por adulterio en el código penal colombiano. Carlos Gaviria Díaz²⁴.

Comienza Gaviria (1960) por definir la estructura del artículo 382 del código penal de 1936, que consagra un atenuante en favor del cónyuge padre o madre, hermano o hermana, cuando lesionan o dan muerte al cónyuge, la hija o la hermana, a quien sorprendan en ilegítimo acceso carnal o al copartícipe de dicho acto. Enseguida da unas breves nociones sobre los estados afectivos, lo que permitirá, según él, comprender la razones de la atenuante consagrada en el artículo 382, transcribiendo las ideas que sobre los conceptos de emoción, pasión y sentimiento, trabaja el doctor Carlos Jiménez Gómez en su tesis «Los estados afectivos en el Código Penal Colombiano»; posteriormente, analiza el artículo 28 del c.p, que trata sobre los estados de ira e intenso dolor, ya que según Gaviria (1960) el fundamento de la atenuante es la emoción violenta determinada por una provocación grave e injusta, por lo que resulta “casi imprescindible establecer la relación existente entre una y otra norma”²⁵ (Gaviria, 1960, pág. 327). Establecida la relación entre la emoción violenta ocasionada por los celos y la muerte o las lesiones personales, pasa el autor a dar cuenta de las teorías referidas a la punibilidad del homicidio y las lesiones personales en las circunstancias específicas del conyugicidio por adulterio, agrupándolas en cuatro categorías, a saber: (I) Negación de toda excusa, incluso la atenuante. (II) Sustentación de la excusa absolutoria. (III) El uxoricidio asimilado a la legítima defensa del honor. (IV) La excusa atenuante como solución.

23 En este sentido, dice que “la mujer debe acusar cierta estructura moral; poseer virtudes sexuales que puedan ser lastimadas con el acceso carnal. Si se trata de una precoz meretriz, o de una mujer avezada en actos lujuriosos, no parece justo ni jurídico hacer la imputación penal de corrupción” (Mesa, pág. 320).

24 Vol. XIX. Nº 58. Año, septiembre de 1960, págs. 323-337. Carlos Gaviria Díaz. Abogado, profesor de la Universidad de Antioquia.

25 Al respecto, “En la eventualidad prevista en el artículo 382, el sujeto activo de la infracción actúa bajo el influjo de intensa emoción (Ira de primer grado en el caso del primer inciso y de segundo grado en el caso del segundo). Tratándose concretamente del cónyuge burlado, la emoción que lo asiste en el momento de delinquir es la de los celos, mezcla de cólera y amor, como quedó anotado al reseñar brevemente los estados afectivos. Un profundo dolor por la desposesión del objeto amado, dolor que hunde sus raíces en lo más hondo del instinto egoísta y que, provisto de ira, compele a quien lo padece, a la destrucción, algunas veces del objeto amado, otras del usurpador y no pocas de los dos a un tiempo” (Gaviria, 1960, pág. 329).

2.8 Delitos contra la familia. Luis Eduardo Mesa Velásquez²⁶.

Inicia Mesa (1961) enumerando los delitos incluidos en el título XIV del código penal, los cuales son: el rapto, incesto, bigamia, matrimonios ilegales y la alteración del estado civil, cuyo bien jurídico protegido es “la institución de la familia, en el orden social, moral y legal” (Mesa, 1961, pág. 259).

El rapto se presenta en dos modalidades, el propio y el impropio; clasificación realizada de acuerdo a las intenciones del agente, la edad de la víctima o los medios utilizados. Sobre los elementos del rapto, Mesa destaca los sujetos, los elementos objetivos de la infracción, los medios comisivos, el elemento moral, la perfección del delito, además de las causales agravantes, de atenuación e impunidad y la posibilidad de un concurso entre el rapto y los delitos sexuales.

Del incesto, Mesa (1961, pág. 264) describe los sujetos, el elemento objetivo, el factor subjetivo y el interés protegido, que es la “familia”, luego centra su análisis en la discusión de si el incesto es una infracción bilateral²⁷. Posteriormente, analiza los tipos penales de bigamia, matrimonios ilegales y la supresión o alteración del estado civil, de cada uno de tales delitos describe los sujetos, naturaleza de la infracción, momento consumativo y los posibles concursos entre diferentes figuras delictuales, como el de la bigamia con la falsedad documental.

2.9 La sexualidad y la ley. Helí Alzate²⁸

Con una postura crítica, Alzate (1976) reflexiona sobre las regulaciones sexuales contenidas en los códigos penales, en especial las del código penal colombiano de 1936. Para ello, en primera instancia, asegura que una de las características de los textos legales que reprimen los delitos sexuales en las sociedades de cultura judeocristiana es su “desvinculación de las condiciones reales que prevalecen en ellas, y que se manifiesta por las discordancias entre las actividades sexuales practicadas ampliamente en privado por las personas y la rigidez de las prohibiciones establecidas por reglamentos” (1976, pág. 157), situación que se explica, según Alzate (1976), por la expedición de anacrónicas normas no acordes con la evolución

26 Vol. XX N°60, 1961, págs. 259-274.

27 Es decir, “si se requiere un sujeto activo doble y recíproco, o si puede ser cometido por una sola de las personas de la relación incestuosa” (Mesa, 1961, pág. 264). Cuestión que resulta importante al “efecto de determinar la posible concurrencia criminosa con los delitos contra la libertad y el honor sexuales” (Mesa, 1961, pág. 264).

28 Vol. XXXV. N° 89-90, marzo-septiembre 1976, págs. 157-167. Helí Alzate. Médico sexólogo caldense (1934-1998), reconocido internacionalmente por sus investigaciones sobre el sexo y la sexualidad humana.

sociocultural y los desarrollos científicos, además de estar influidas por concepciones religiosas como el cristianismo, el cual “aportó como innovación ética el odio al placer sexual y su identificación con la noción de pecado” (1976, pág. 158), de ahí que no sea posible una legislación sexual racional, sobre todo cuando “la moral tradicional y los juristas presuponen que la sexualidad placentera es ética, psicológica y socialmente nociva” (1976, pág. 160). Para lograr un enfoque racional de los delitos sexuales, Alzate propone que los códigos penales deben limitarse a “reprimir los actos que efectivamente lesionen los intereses de las personas” (1976, pág. 163), entendiendo que el ser humano puede comportarse eróticamente como quiera, siempre que no lesione intereses ajenos; teniendo en cuenta dichas premisas, Alzate (1976) propone la necesidad de eliminar figuras del código penal como: el incesto, los actos homosexuales consensuales entre personas mayores de 18 años, el aborto deseado por la mujer, y la disminución de la pena cuando la víctima es una prostituta. En concordancia con los anteriores postulados, Alzate (1976) plantea una clasificación de los delitos sexuales, con la característica común de tener “una relación directa o indirecta, con el ejercicio de la función erótica” (Alzate, 1976, pág. 165). Por último, clasifica los delincuentes sexuales, en cuatro categorías: los sociopáticos, parafilicos, psicopáticos y normales.

2.10 La mujer: ¿sujeto u objeto del Derecho penal? Una aproximación a la situación de la mujer en España en nuestros días. Juana María González Moreno²⁹

Pretende González (1998) describir la situación de la mujer en España, centrada en el ámbito jurídico penal, partiendo de la hipótesis de que a la par con la desigualdad social y económica, existe aplicación discriminatoria³⁰ del derecho con respecto a la mujer. Para González (1998), los tipos penales se redactan en términos masculinos; además, puede afirmarse que las normas tienen “sexo”, porque “el concepto de “daño” que desencadena la actuación de la norma se ha definido desde parámetros masculinos³¹. En tipos penales específicos como el aborto, las conductas que atentan contra la libertad sexual, la violencia doméstica y el infanticidio, aunque la violencia no se manifieste de manera expresa, sí lo hace de forma soterrada, lo

29 Vol. LVII. N°130, diciembre de 1998, págs. 157-186. Juana María González. Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú. Máster en Docencia e Investigación en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía, Universitat Jaume I, Castellón, España.

30 En lo penal, dicha situación, pasa “por la definición del “interés jurídico tutelado”, por la descripción de la conducta punible, por la determinación de las consecuencias jurídicas que conlleva el ilícito penal, esto es por todo el proceso de creación de la norma que funciona de modo selectivo” (González, 1998, pág. 163).

31 “la distinción entre daños producidos en la esfera pública y la privada sólo se ha producido recientemente” (González, 1998, pág. 163).

cual resulta más grave. Aún, en la aplicación judicial de las normas, se denota la discriminación, afirmando que: “no tenemos más que recordar los fallos judiciales que absolvieron a más de un autor de agresiones sexuales, porque a juicio del tribunal, el comportamiento de la víctima o su indumentaria habían provocado la agresión” (González, 1998, pág. 173), por lo que la aplicación de la norma también resulta masculina al igual que su formación. Después de analizar la creación de la norma, describir tipos penales específicos, y su aplicación, González (1998) explica la discriminación jurídica sobre la mujer en las áreas del control social informal y el caso de la mujer delincuente, para terminar con la demostración del poder masculino victimizante de las mujeres en otros ámbitos diferentes al jurídico.

2.11 ¿Protección penal o criminalización de la libertad de conciencia? Gloria María Gallego³²

Gallego (1998) inicia el texto definiendo las dos formas en que para el derecho penal resulta importante o funcional la libertad de conciencia, la una para ayudar a definir posibles objetos de protección y, la otra, para establecer los límites del poder punitivo estatal, como que “no pueden criminalizarse conductas que supongan el ejercicio de este derecho fundamental” (Gallego, 1998, pág. 187). A partir de esto, plantea como objetivo del texto indicar la indiferencia que para el derecho penal colombiano significa la libertad de conciencia, toda vez que en algunas situaciones, se le utiliza como “fachada” para la protección de intereses ajenos a la legítima tutela por vía del derecho penal y en otras porque se prohíben conductas que son precisamente el ejercicio de este derecho fundamental. Para lograr dicho objetivo, estructura la argumentación de la siguiente forma: primero, estableciendo el contenido del derecho fundamental a la libertad de conciencia, luego analizando si recibe protección y, por último, las estrategias por medio de las cuales se criminaliza tal atributo; en esta parte se refiere al incesto. Según Gallego (1998), la protección de la familia a partir de la criminalización de relaciones sexuales entre parientes, se debe discutir ya que conlleva una concepción metajurídica de “carácter ético-religioso de la función de la familia, e implica la atomización del sistema social que desemboca en un transpersonalismo, al hacer del ser humano un medio para la realización de valores que le son extraños” (Gallego, 1998, pág. 198). Siendo la moral el verdadero fundamento para la punición del incesto, en especial la de la familia, lo que conduce a “reiterar el tabú de las relaciones entre familiares” (Gallego, 1998, pág. 200). En consecuencia, el castigo del incesto se apoya en un “convencionalismo” que estima conveniente el instrumento penal, apelando a la moral dominante, violando

32 Vol. LVII. N°130, diciembre 1998, págs. 187-219. Abogada. Profesora de la Universidad EAFIT.

de manera directa la autonomía y la libertad de conciencia de “muchos ciudadanos o grupos que piensan diferente” (Gallego, 1998). Aclara Gallego (1998, pág. 201) que la crítica a la penalización del incesto no conlleva la pretensión de que algunas personas no puedan sentir “repulsión ante comportamientos incestuosos”, sino que dichas actitudes no pueden convertirse en delito.

2.12 Derecho y sexualidad: ¿liberación o represión? Julio González Zapata³³

Hacer un recorrido por los códigos penales vigentes en Colombia durante el siglo XX y parte del siglo XXI, analizando las conductas proscritas, los intereses protegidos en materia sexual, y la estrategia actual para el control del sexo, son los objetivos trazados por González (2007) en la redacción del artículo. Sobre lo primero, describe cómo a través de los diferentes códigos penales³⁴ el bien jurídico protegido³⁵ en los delitos sexuales ha sufrido variaciones. Para el control del sexo, González opina que se hace a través de dos ejes centrales: “uno es convirtiendo a la familia en un centro de riesgos y otro es la negación del sexo de los menores, haciendo delictivo cualquier contacto sexual con ellos” (González, 2007, pág. 61). La familia se presenta como la gran fuente de riesgos, ya no es un espacio de privacidad entre parientes, sino un “mundo de víctimas y victimarios potenciales³⁶” (González, 2007, pág. 68).

Concluye González (2007) asegurando que la intervención del Estado en el ámbito de la familia, es una estrategia moralista y efectivista. En el caso particular de los menores, resalta que no se pueden desconocer las situaciones de abuso a la que son sometidos en algunas situaciones, pero dicha violencia debe ser tratada como “pura y simple violencia” (González, 2007, pág. 68), dejando el aire de cruzada moral y teniendo en cuenta que: se debe revisar la legislación sobre los actos sexuales abusivos con menor de catorce años, “dessexualizar el tema de los niños”

33 Vol. 64. N° 144, diciembre 2007, págs. 59-72. Julio González Zapata. Profesor de criminología y derecho penal, Universidad de Antioquia.

34 Aclara que dicho acercamiento a la legislación colombiana es parcial, porque el derecho le aporta al discurso sobre el sexo, apenas una visión: “lo prohibido y lo permitido, pero al mismo tiempo indispensable, ya que “si bien la mayor parte de las veces las estrategias para el control y el manejo del sexo de la población, se diseñan por fuera del derecho (la religión, la ética, la medicina, la psiquiatría, la psicología, la demografía, etc.), esas estrategias normalmente se apuntalan en el derecho y sobre todo en el derecho penal” (González, 2007, pág. 61).

35 En el código de 1890, la moral pública, en el de 1936, la libertad y el honor sexuales, luego con el código de 1980, *la libertad sexual y la dignidad humana*, finalizando con el de 2000, que protege la libertad, *la integridad y la formación sexuales*.

36 Estrategia patética en cuanto al convertir la familia como tema penal “donde se encuentran unas víctimas silenciadas, que las autoridades y los medios de comunicación vengarán, sacarán a la luz pública, para que la sociedad descargue todas sus represalias sobre los victimarios”(González, 2007, pág. 68).

(González, 2007, pág. 69) y asumir el problema sin hipocresías. Propuesta que puede ser resistida porque hay quienes prefieren un sexo infantil silenciado, “que les permite a los adultos seguir diciendo cuándo debe empezar y en qué condiciones. Indudablemente los adultos perderían algo de su sabiduría salvadora, protectora y carecería de sentido el paternalismo orientador e ilustrado” (González, 2007, pág. 70).

2.13 La violencia sexual contra las mujeres: un estudio preliminar. Natalia Ramírez Bustamante, Olga Cecilia Restrepo Yepes³⁷

Escrito en tono crítico respecto a la sexualidad humana, el machismo y el derecho penal como instrumento de dominación masculina. Uno de los principales objetivos del trabajo es hacer un análisis sobre el tema de la sexualidad y cómo ha sido abordado por diferentes posturas académicas que inciden en la regulación de las conductas que atentan contra la sexualidad, incluida la violación. Para ello el escrito es organizado por Ramírez y Restrepo (2007) de la siguiente forma: I. Estudio de tres corrientes sobre el tema de la sexualidad: a. La de la autonomía racional, b. La de la autonomía sexual, c. Contra la idea de autonomía. Destacando, en cada una de esas escuelas, el papel del Derecho en la definición de víctima y en la estructuración del delito de violencia sexual. II. Análisis de los actos de habla y el derecho penal entendidos como dos vías de acción cuyo objetivo es el de disminuir la incidencia de los delitos sexuales.

2.14 Aborto y delitos sexuales en Antioquia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: una historia secreta. Piedad del Valle Montoya y Oscar Iván Hernández Hernández³⁸

El escrito resulta interesante y original, porque a diferencia de muchos trabajos donde se plantea la vinculación de la moral en los juicios criminales, para Hernández y del Valle (2010), en las decisiones judiciales proferidas durante el siglo XIX y parte del XX relativas a conductas de contenido sexual y aborto, lo determinante no fueron los componentes morales, sino la rigurosidad formal de la legislación

37 Vol. 64, N° 144, diciembre 2007, págs. 149-167. Natalia Ramírez Bustamante: abogada y estudiante de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Olga Cecilia Restrepo Yepes: abogada y profesora de la Universidad de Medellín e investigadora del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín.

38 Vol. LXVII. N° 149, junio 2010, págs. 219-242. Abogada, docente-investigadora adscrita al grupo Jaime Sierra García de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín. Oscar Iván Hernández. Abogado, especialista en Gestión Pública. Jefe del Centro de Investigaciones y docente-investigador del grupo Jaime Sierra García de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia.

colombiana, conclusión a la que llegan a partir del estudio de algunos expedientes judiciales³⁹. Aunque los autores (Del Valle & Hernández, 2010) reconocen la visibilidad del orden moral dentro de la normatividad colombiana, lo que en la práctica judicial se manifestaba en las averiguaciones sobre el comportamiento religioso o moral de los sindicados y ofendidos, aclaran que dicha situación por sí misma no fue la responsable de los múltiples sobreseimientos, sino que aquéllos se explicaban principalmente por el formalismo y la rigurosidades propias exigidas dentro de los procesos penales, además, de la importancia del “cuerpo del delito” en las investigaciones por violaciones, el cual no siempre resultaba fácil de obtener, aunado a la falta de cientificidad de los dictámenes periciales médicos que en la mayoría de los casos terminaban siendo objetados.

3. DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO (PENAL SEXUAL) Y MORAL CATÓLICA

Una de las formas para conocer cómo están relacionadas la moral y el derecho, es a través del estudio de las regulaciones jurídicas de la sexualidad humana, es decir, qué tan amplio es el margen de libertad reconocido al individuo para elegir la manera de disponer de su cuerpo sin que se considere una agresión contra otra persona o la sociedad; la determinación de la frontera entre estos dos ámbitos, el personal del ciudadano y el general de la sociedad, resulta trascendental para definir si el acto es el libre ejercicio de la personalidad o una conducta contraria a los derechos de la sociedad. Dicha valoración no siempre es fácil de realizar, ya que en ella intervienen concepciones políticas, culturales y religiosas.

Es así cómo se puede afirmar que después de reseñar los artículos relacionados con los delitos sexuales publicados en la *Revista Estudios de Derecho* de la Universidad de Antioquia durante los 100 años de existencia, se evidencia que durante la vigencia del código penal de 1936, la realidad jurídica e institucional colombiana que servía de base para las reflexiones académicas, se encontraba estructurada en torno a la protección de las concepciones religiosas de la iglesia católica. Como

39 Al respecto: “En Antioquia, los funcionarios judiciales, especialmente los radicados en Medellín, cumplieron con el estatuto procedimental criminal mediante fórmulas que quedaron consignadas en las diligencias. Es cierto que esas actuaciones revelan un registro moral y no queda duda sobre la relación entre comportamiento moral y comportamiento sexual; pero también es cierto que, en muchos de esos procedimientos, los funcionarios no atendieron al chisme, ni a la noción de pecado, ni la mujer fue objeto de sospecha sin fundamento; por el contrario, esos funcionarios consultaron tanto el registro moral como los dictámenes periciales y resolvieron las cuestiones judiciales ajustados a las estrictas exigencias del Código de Enjuiciamiento Criminal (Del Valle & Hernández, 2010, pág. 223).

estrategia para dicha tarea, la iglesia, a partir del poder político, inicia una colonización de todos los espacios sociales y personales de los ciudadanos, desde el contenido de los medios radiales y televisivos, la educación, las estrategias de salud pública, hasta la forma en que se debían desarrollar los actos de comercio; pero ningún espacio fue más intervenido para buscar la uniformidad social que la familia. En ella, y desde ella, se construye el estándar moral del ciudadano ejemplar para convertirla en el referente de los valores cristianos. Además de la conminación con los castigos divinos y el reproche celestial, la iglesia utiliza las normas jurídicas para encauzar a los que pretendan recorrer unos caminos diferentes a los de la pastoral cristiana. La conjunción entre derecho y moral tendrá dos efectos sobre el marco jurídico del país; el primero, es que se postula desde la Constitución la prevalencia de la religión católica sobre todas las demás creencias, configurando al Estado colombiano como un Estado confesional; y el segundo, es la expansión del derecho penal sexual a zonas propias de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

3.1 Estado confesional.

Con la expedición de la Constitución política de 1886 se configura en Colombia un Estado confesional⁴⁰, consagrando la religión Católica como la de la Nación⁴¹, exigiendo de los poderes públicos protección de la misma para el mantenimiento del orden social. Además, organiza la educación pública en concordancia con dicha religión⁴². A pesar de que se permite la libertad de cultos, resulta nugatoria, por exigir que estos no sean contrarios a la moral cristiana⁴³.

En los Estados confesionales y algunos relativamente laicos, existe una narrativa estándar de la relación ‘sexo-matrimonio-familia’, que se vierte en la pretensión

40 Para la Corte Constitucional en la sentencia C-350-94, el Estado Colombiano durante la vigencia de la Constitución de 1886, se catalogaba no como un Estado Confesional, sino de orientación confesional. Al respecto “Estados de orientación confesional o de protección de una religión determinada, en los cuales si bien no se establece una religión oficial, el régimen jurídico acepta tomar en consideración el hecho social e histórico del carácter mayoritario de una o más confesiones religiosas, a las cuáles confiere una cierta preeminencia. (...) Y tal era indudablemente la regulación contenida en la Constitución colombiana anterior”.

41 Artículo 38 C.N: La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Posteriormente dicha consagración queda establecida en el preámbulo de la constitución en virtud del Decreto Legislativo No. 0247, sobre el plebiscito para una reforma constitucional de 1957.

42 Artículo 41 C.N: La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica.

43 Artículo 40 C.N: Es permitido el ejercicio de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.

de construir conceptos totalizantes de las acciones humanas, especialmente de la sexualidad, que den cuenta unidimensionalmente de todas las formas de comportamiento posibles, y que termina convirtiéndose en un elemento de exclusión, toda vez que, ante situaciones nuevas o alternativas, se dan respuestas desde los mismos esquemas de pensamiento, generando tensiones con prácticas divergentes de la estándar, a las que se les da la forma de disputas irreconciliables, donde la solución más fácil parece ser la de etiquetar lo divergente de antinatural, pecaminoso e incluso delictual. Este rótulo conlleva la construcción de la idea de que sólo es normal aquello que tenga las medidas necesarias para ajustarse al arquetipo, sin fisurarlo. El problema se agudiza si la conducta que se desea condensar es algo tan variable como la sexualidad humana, la cual, si bien es el resultado de la integración de fenómenos biológicos y sociales, puede expandirse de una forma tan avasalladora, que cualquier intento de definirla en términos de “lo normal”, es un esfuerzo inane, toda vez que en su direccionamiento concurren la creatividad, las pulsiones, el placer y las curiosidades humanas, capacidades tan vastas que sólo pueden ser menguadas por dispositivos de control como la religión, la escuela y la familia, instituciones en las cuales se construye, aprende y reproduce el modelo de “lo normal”.

Sea preciso, antes de iniciar el análisis de la relación entre derecho penal sexual y moral cristiana durante la vigencia del código penal de 1936, denotar algunas características del concepto de familia pregonado por esta corriente religiosa; esto resulta fundamental para entender algunas razones de punibilidad de ciertos tipos penales, reconociendo la marca confesional que sobre ellos pesa.

3.2 La concepción católica de familia y sexualidad

Para la religión católica, la familia se forma por la voluntad de un hombre y una mujer con el ánimo de vivir bajo el sagrado vínculo del matrimonio, con el objetivo de perpetuar la especie⁴⁴. De esta definición se puede concluir que para esta corriente religiosa, sólo existe un modelo de familia, el cual se logra cuando se cumple con los requisitos de: matrimonio, monogamia, heterosexualidad y procreación. En esta idea de familia subyace una concepción del sexo y la sexualidad humana, según la cual estos son actos realizados por heterosexuales como un instrumento para perpetuar la especie. Se asume un doble enfoque: de un lado, el utilitarista, no en el sentido de la filosofía política moderna, sino en la medida que fomenta la

44 Véase en la Biblia: “Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó” (Gen 1-27). También: “y les dijo Dios: Fructificad y multiplicaos” (Gen 1-28). “Por tanto el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán una sola carne” (Gen 2-24).

conformación de familias estándar, que en las sociedades capitalistas constituyen el motor del capital, debido a que garantizan la existencia de consumo mínimo y constante, así como la mano de obra y la preservación del *statu quo* de las clases sociales; de otro lado, el enfoque irracionalista, que reduce la deliberación humana sobre las prácticas sexuales a una instancia o momento reproductivo, privilegiando la condición de seres mamíferos por encima de la de humanos.

De ahí que, para esta creencia, la sexualidad hedonista sea un hecho superfluo frente al de la sexualidad procreadora, por ello desvalora y rechaza aquellas formas de unión sexual que no permiten la procreación natural; haciendo de la sexualidad un mero asunto de concordancias anatómico-reproductivas, desaprobando socialmente aquellos encuadres de estructuras corporales no-reproductivas (la boca, los genitales, el esfínter anal, los dedos, etc.), al punto que se despliega un trabajo de regulación cultural respecto de la validación social del uso sexual que se puede realizar de órganos reproductivos y no-reproductivos que pueden generar placer sexual en tanto fenómenos fisiológicos.

En síntesis, para el catolicismo, el fundamento moral de la familia es el matrimonio⁴⁵ heterosexual monogámico, en el interior del cual se pueden realizar actos sexuales⁴⁶ por los conductos fisiológicos “normales”⁴⁷ y con un fin esencialmente procreador. Este es el molde al que la iglesia católica quiso reconducir las experiencias sexuales en Colombia, apoyada en la legitimidad de la Constitución de 1886, y los tipos penales de contenido sexual incorporados en el código de 1936. Constitución y código penal, aliados en la construcción de una moral sexual cristiana, la primera como mandato para el desarrollo y respeto en las demás normas jurídicas de los preceptos católicos, y el segundo, prohibiendo las formas de sexualidad diversa, reconduciendo a los pecadores-delinquentes a la sexualidad moralmente correcta del cristianismo.

3.3 La moral católica en el código penal de 1936

Para dar cuenta de la presencia moralista en el código penal, se hará una correlación de los requisitos de la iglesia católica para la formación de la familia con diferentes tipos penales de contenido sexual.

45 “La familia se funda, entre nosotros en el matrimonio monógamo, única forma de unión legalmente reconocida” (Rendón, 1946, pág. 379).

46 “Pero si no tienen el don de continencia, cásen se, pues es mejor casarse que estarse quemando” (1ª de Corintios 7,9).

47 “Por esa razón, Dios los abandonó a sus pasiones vergonzosas. Aun las mujeres se rebelaron contra la forma natural de tener relaciones sexuales y, en cambio, dieron rienda suelta al sexo unas con otras. Los hombres, por su parte, en lugar de tener relaciones sexuales normales, con la mujer, ardieron en pasiones unos con otros. Los hombres hicieron cosas vergonzosas con otros hombres y, como consecuencia de ese pecado, sufrieron dentro de sí el castigo que merecían” (Romanos 1:26-27).

El primero es el matrimonio, eje de todo el discurso moralista salvaguardado por medio de diversos tipos penales⁴⁸ y establecido como uno de los referentes del código penal de 1936. Prueba del enorme poder de la institución matrimonial se encuentra en los artículos 322⁴⁹ y 354, según los cuales, quedaba exento de toda responsabilidad el sujeto activo y los cómplices, en los delitos de violencia carnal, estupro y rapto, cuando aquél contrajese matrimonio con la ofendida. De lo cual se colige la extraordinaria facultad otorgada al matrimonio para borrar cualquier rastro de ilicitud del acto o sufrimiento en la víctima, valga decir en la mujer, que termina instrumentalizada, negando su dolor⁵⁰, con el fin de regularizar el matrimonio como la forma estándar y legítima para iniciar una familia, no importan los sentimientos personales femeninos, cuando de la alianza matrimonial se trataba. En estas condiciones, difícilmente puede hablarse de acceso carnal violento entre los cónyuges (Mesa, 1960, pág. 306) y hasta al responsable por el homicidio del cónyuge sorprendido en “ilegítimo” acceso carnal, se le puede conceder el “perdón judicial” y eximirse de responsabilidad, según lo estipulado por el artículo 382 del código penal. Resulta ostensible la preeminencia del matrimonio sobre los demás intereses jurídicos del ordenamiento, aun por encima de la vida y la libertad, razón más que suficiente para asegurar que el legislador de 1936 se arrodilló en el altar de la iglesia católica a redactar las normas penales de contenido sexual.

El segundo requisito, la monogamia, necesaria para el “normal” desarrollo de la vida familiar, encuentra en las mujeres dedicadas a la prostitución el primer obstáculo en superar y corregir, de ahí el afán por etiquetarlas como seres indignos, ya que contravienen el ideal cristiano de una mujer “virgen” y “honesta”⁵¹, además de representar aquello, que tanto teme la iglesia: el sexo placentero, o al menos sin fines reproductivos y por fuera del núcleo familiar.

48 Bigamia y matrimonios ilegales, regulados por los artículos 358 y 359 del código penal de 1936, que desde un punto de vista racional, debían ser configuradas como meras infracciones civiles.

49 Art. 322.-“El responsable de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida”. En este sentido Rendón afirma que: “Permite comprender esta fórmula consagrada en nuestra ley penal que el mayor interés en los delitos sexuales es la protección de la mujer, y con ella, de un orden moral. Entendiéndose socialmente que los hechos que ofenden el honor sexual de las mujeres encuentran un desagravio completo en el matrimonio que el mismo violador o seductor puede ofrecer, se ha hecho del matrimonio una fórmula de arrepentimiento eficaz en esta clase de delitos, al igual que en el rapto, el matrimonio efectivamente puede resarcir moral y materialmente a una mujer de la violencia carnal o del estupro, y por lo tanto, de celebrarse, se exime al agente de responsabilidad” (1946, pág. 277).

50 Repárese en el hecho de que el rapto era catalogado como un delito contra la familia y no como una infracción contra la libertad personal y la autonomía individual.

51 Sobre este punto el artículo 317 del código penal, en su inciso primero, establece que el delito de violencia carnal se agrava cuando sea cometido sobre mujer virgen o de irreprochable honestidad.

Las normas penales en las cuales se demuestran dichos postulados son los artículos 321, 353, que prescriben la atenuación punitiva cuando la víctima de la violencia carnal, el estupro y el rapto fuere una “meretriz” o “mujer pública”. Nuevamente se reitera el interés de preservar una especial visión de la sexualidad y la prelación de la moral cristiana sobre cualquier otro interés jurídico protegido, incluso por encima de la libertad, con el agravante de que en el caso de la violencia carnal, la razón para disminuir la pena nada tiene que ver con la libertad sexual, porque en términos racionales, el derecho a decir no en los actos sexuales corresponde por igual forma a todas las mujeres, sin consideración alguna de su oficio; adicionalmente, al exigir la querrela de parte, como requisito para ejercer la acción penal, se obstaculiza el acceso a la justicia a las mujeres dedicadas a la prostitución y consolida la estructura patriarcal de la sociedad.

Excluida y rechazada la “mujer pública”, símbolo de “degradación espiritual”, resulta indispensable promocionar la honestidad, valor que según el cristianismo personifica el ideal femenino. El honor, concepto de difícil concreción⁵², además de ser junto con la libertad sexual uno de los intereses jurídicos protegidos en el título XII del código penal, se halla difuminado por el código penal; prueba de ello, la función desempeñada en algunos tipos penales, como en la *violencia carnal*, agravada cuando la víctima sea mujer virgen o de irreprochable honestidad; *el estupro*, donde el sujeto pasivo debe ser mujer honesta; *la inducción a la prostitución*, que requiere honestidad de la incitada; *la corrupción de menores*, donde el menor debe poseer ciertas virtudes morales, de modo que se pueda hablar de corrupción; y por último, el *uxoricidio por adulterio*, que demanda honestidad de la cónyuge sorprendida en el ilegítimo acceso carnal.

En cada causa criminal, la conducta moral de la ofendida es elemento de vital indagación, no basta con preguntar el nombre del victimario, los orificios ultrajados, o el lugar del ataque, sino los antecedentes familiares y personales de la víctima, conocer por medio de los testimonios de vecinos o amigos el estilo de vida llevado por ésta, el número de novios, la edad de su primera relación sexual, la aceptación de regalos por parte de hombres, la conformación del núcleo familiar, la forma de vestir, y hasta la propensión a la vida “impúdica”, manifestada por sus modos de relacionarse con los individuos del sexo opuesto; el objetivo de todo el procedimiento no es otro que el de confirmar la idoneidad moral de la presunta ofendida y así, poder desatar el poder punitivo en contra del agresor; en caso contrario, el hecho pasa a ser una anécdota más de los escenarios judiciales y no resulta imperioso

52 Rendón (1946, pág. 257) lo define como “sentido de honestidad o pudor, que representa un patrimonio moral del sujeto”.

que el Estado se desgaste en defender a un individuo transgresor de las pautas de la moral cristiana. El mensaje es claro: para obtener la protección del Estado, la mujer debe acomodar su conducta a un específico modelo de vida.

El tercer requisito, la heterosexualidad, que promociona las uniones entre hombres y mujeres, por ser un hecho natural y perpetuador de la especie, de ahí, la prohibición de conductas homosexuales; al respecto, el artículo 323 denomina como abusos deshonestos las relaciones homosexuales, cualquiera sea la edad de los participantes, sancionándolas con una pena de seis meses a dos años de prisión, y el artículo 328 aumenta las penas del proxenetismo cuando se destine una casa o establecimiento para la realización de actos homosexuales.

Contradictorio hallar en el título que pretende la protección de la libertad sexual, unos tipos penales que recriminan el ejercicio de dicha facultad, aunque puede explicarse por el hecho de ser un conjunto de normas elaboradas en el marco de una sociedad que para la época se encontraba permeada por la doctrina católica, y por medio del derecho la religión procuraba completar la maniobra para homogenizar los valores sociales, a partir de la implementación de su particular concepción sobre la familia y la sexualidad.

Con todo esto se pretendía realizar un trabajo de profilaxis moral de la ciudadanía, dirigiendo el poder punitivo contra prostitutas, homosexuales y toda clase de parafilicos. La defensa del orden moral queda bajo la responsabilidad de la iglesia cristiana, que no ahorra esfuerzos por evitar el “relajamiento moral”; por ello, a simple vista, se podría concluir que el objetivo de toda la redada punitiva no era otro que reprimir y negar cualquier indicio de la sexualidad humana, hecho infundado, porque realmente lo que existía era un interés inusitado por la sexualidad humana, catalogando, clasificando y reconduciendo todo acto hacia lo “normal”, el mensaje no era silenciar la sexualidad, sino que hablara los precisos términos de la moral; sexo, sí, pero entre un hombre y una mujer, por los conductos “naturales”, en las posiciones convencionales, sin la utilización de métodos de planificación y con la bendición del sacramento matrimonial. Por fuera de la familia, sólo queda, lo anormal, pecaminoso y delictual, indigno de protección e inaccesible para el lenguaje del ciudadano corriente. Sólo médicos, psicólogos y jueces tienen la potestad de usar los términos sexuales. Sobre la idea de la explosión del sexo, contraria a la de la represión, es pertinente referirse brevemente a la postura de Foucault.

3.4 Sexo ¿liberación o represión? Desde la teoría de Michel Foucault

Mucho se ha especulado y teorizado acerca de los enormes muros de contención puestos entre la racionalidad humana y sus respectivos deseos sexuales, demarcando

los límites dentro de los cuales es legítimo realizar manifestaciones eróticas que buscan escabullirse en medio de cualquier rendija de las conductas sociales uniformemente aceptadas; en uno u otro lugar se denota el afán de esconder, repeler y bloquear todo acto o expresión sexual disidente. Una de las formas de comprender la estrategia para controlar el sexo, supone la existencia de un poder centralizado, opresor de ideas que estén al margen de la pareja heterosexual, casada y esencialmente procreadora⁵³, un poder que niega, esconde y silencia las sexualidades alternas; que haciendo uso de la ley somete y se hace obedecer por medio de las prohibiciones, inerte en la medida que sólo le interesa trazar límites, “ahorrativo en sus procedimientos, monótono en sus tácticas, incapaz de invención y condenado a repetirse siempre” (Foucault, 1991, pág. 51).

Incluso el inicio de esa época de poder represivo, para los defensores de dicha corriente, coincide con el desarrollo del capitalismo, integrándose de esta manera al naciente orden burgués. Al respecto Foucault (1991) asevera que aquella afirmación es fácil de sostener para quienes postulan la idea de la represión del sexo en tanto “incompatible con una dedicación al trabajo general e intensiva; en la época en que se explotaba sistemáticamente la fuerza de trabajo, ¿se podía tolerar que fuera a dispersarse en los placeres, salvo aquellos, reducidos a un mínimo, que le permitiesen reproducirse?” (Foucault, 1991, pág. 7). Pero esta hipótesis represiva resulta para Foucault (1991) un tanto banal y pasiva, ya que aceptar la tacha y censura sobre el sexo como el aspecto fundamental que ha permitido escribir la historia de lo que en la modernidad se entiende o practica como sexo, es partir de un poder represivo sólo apto para negar, incapaz de generar discursos o dispositivos de control más sutiles⁵⁴. Ahora, Foucault (1991) no niega que el sexo desde la edad clásica haya sido prohibido, censurado y enmascarado, sino que es incorrecto asegurar que la idea de represión ha sido el eje de la historia sobre la sexualidad. Lo que ha dominado la sexualidad a través de los últimos siglos es un poder generador de discursos y verdades, que permite hablar, pero que dice cuándo y en qué términos, por ello expresa:

53 Al respecto (Foucault, 1991, pág. 6) opina que “En torno al sexo, silencio. Dicta la ley la pareja legítima y procreadora. Se impone como modelo, hace valer la norma, detenta la verdad, retiene el derecho de hablar reservándose el principio del secreto. Tanto en el espacio social como en el corazón de cada hogar existe un único lugar de sexualidad reconocida, utilitaria y fecunda: la alcoba de los padres. El resto no tiene más que esfumarse”.

54 “Tanto en el tema general de que el poder reprime el sexo como en la idea de la ley constitutiva del deseo, encontramos la misma supuesta mecánica del poder. Se la define de un modo extrañamente limitativo. Primero porque se trataría de un poder pobre en recursos, muy ahorrativo en sus procedimientos, monótono en sus tácticas, incapaz de invención y condenado a repetirse siempre. Luego, porque sería un poder que sólo tendría la fuerza del “no”; incapaz de producir nada, apto únicamente para trazar límites, sería en esencia una antienergía” (Foucault, 1991, pág. 51).

desde el fin del siglo XVI la «puesta en discurso» del sexo, lejos de sufrir un proceso de restricción, ha estado por el contrario sometida a un mecanismo de incitación creciente; que las técnicas de poder ejercidas sobre el sexo no han obedecido a un principio de selección rigurosa sino, en cambio, de diseminación e implantación de sexualidades polimorfas, y que la voluntad de saber no se ha detenido ante un tabú intocable sino que se ha encarnizado —a través, sin duda, de numerosos errores— en constituir una ciencia de la sexualidad (Foucault, 1991, pág. 11).

De esta forma más que opresión lo que ha existido es una explosión del discurso sobre el sexo y la aparición de unas *sexualidades*, denominadas por Foucault (1991) como *periféricas*, dentro de las cuales basta con mencionar la sodomía, el sexo de los niños, las perversiones sexuales, en cuyo favor se emprendieron desarrollos teóricos en diversos ámbitos del conocimiento como la medicina, la psiquiatría o la justicia penal que tenían en común la búsqueda de una relación entre patologías, desórdenes mentales o delitos con algún tipo de desorden sexual⁵⁵, interviniendo la sexualidad de los padres, los niños y adolescentes que potencialmente pueden resultar peligrosos, realizando informes, dictámenes, diagnósticos, formulando tratamientos, incluso separando de la sociedad a aquellos individuos que presenten síntomas de un malfuncionamiento sexual; todo ello manifestado en sacramentales fórmulas que no dan pie a lo obscuro, reduciendo el sexo a términos asépticos y neutros pero cada vez expandiendo la sexualidad a mayores ámbitos de la sociedad, ya no sólo se habla de esto en la intimidad de la habitación conyugal sino en juzgados, clínicas y escuelas, porque:

Más que la uniforme preocupación de ocultar el sexo, más que una pudibundez general del lenguaje, lo que marca a nuestros tres últimos siglos es la variedad, la amplia dispersión de los aparatos inventados para hablar, para hacer hablar del sexo, para obtener que él hable por sí mismo, para escuchar, registrar, transcribir y redistribuir lo que se dice. Alrededor del sexo, toda una trama de discursos variados, específicos y coercitivos: ¿una censura [46] masiva, después de las decencias verbales impuestas por la edad clásica? Se trata más bien de una incitación a los discursos, regulada y polimorfa (Foucault, 1991, pág. 23).

55 Por ello asegura Foucault (1991, pág. 21) que “Se podrían citar otros muchos focos que entraron en actividad, a partir del siglo XVIII o del XIX, para suscitar los discursos sobre el sexo. En primer lugar la medicina, por mediación de las “enfermedades de los nervios”; luego la psiquiatría, cuando se puso a buscar en el “exceso”, luego en el onanismo, luego en la insatisfacción, luego en los “fraudes a la procreación” la etiología de las enfermedades mentales, pero sobre todo cuando se anexó como dominio propio el conjunto de las perversiones sexuales; también la justicia penal, que durante mucho tiempo había tenido que encarar la sexualidad, sobre todo en forma de crímenes “enormes” y contra natura” (Foucault, 1991, pág. 21).

Es decir, lo que se ha venido construyendo es un conjunto de saberes y un poder⁵⁶ que abarca la sexualidad, pero no de una manera centralizada, sino desde diversos puntos difuminados, móviles en todo el cuerpo social, por lo que es omnipresente⁵⁷. En conclusión, para Foucault, la hipótesis represiva no es la condición necesaria para dar cuenta del desarrollo del sexo hasta la edad moderna, sino que la realidad ha sido una exasperación del discurso sobre la sexualidad, porque ninguna otra sociedad como la occidental ha construido toda una ciencia sexual, con la cual se han creado unos discursos y verdades que pululan por todo el ambiente; no hay espacio que el poder-saber no colonice, clasificando, diagnosticando y prescribiendo soluciones, ya sea el homosexual, el fetichista, el niño onanista o el marido infiel, para todo existe una respuesta, una explicación; el sexo se convierte en un discurso que debe ser administrado y regulado por medio de dispositivos disciplinares, para lo cual se hace uso de la familia, la escuela, la confesión, la justicia, los saberes médicos y la psiquiatría⁵⁸.

4. Conclusiones

Una de las primeras cuestiones que resulta importante destacar es la actitud, casi de aprobación, adoptada por la academia frente a la correlación entre la moral y el

56 Foucault (1991, pág. 25), define lo que entiende por poder del siguiente modo: “Me parece que por poder hay que comprender, primero, la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los corrimientos, las contradicciones que aíslan a unas de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales”.

57 “No porque tenga el privilegio de reagruparlo todo bajo su invencible unidad, sino porque se está produciendo a cada instante, en todos los puntos, o más bien en toda relación de un punto con otro. El poder está en todas partes; no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes” (Foucault, pág. 30).

58 En todo caso, la hipótesis de un poder de represión ejercido por nuestra sociedad sobre el sexo por motivos de economía parece muy exigua si hay que dar razón de toda esa serie de refuerzos e intensificaciones que un primer recorrido hace aparecer: proliferación de discursos, y de discursos cuidadosamente inscritos en exigencias de poder; solidificación de la discordancia sexual y constitución de los dispositivos capaces no sólo de aislarla sino de suscitara, de constituirarla en focos de atención, de discurso y de placeres; producción obligatoria de confesiones e instauración a partir de allí de un sistema de saber legítimo y de una economía de placeres múltiples. Mucho más que un mecanismo negativo de exclusión o rechazo, se trata del encendido de una red sutil de discursos, de saberes, de placeres, de poderes; no se trata de un movimiento que se obstinaría en rechazar el sexo salvaje hacia alguna región oscura e inaccesible, sino, por el contrario, de procesos que lo diseminan en la superficie de las cosas y los cuerpos, que lo excitan, lo manifiestan y lo hacen hablar, lo implantan en lo real y lo conminan a decir la verdad (Foucault, 1991, pág. 43).

derecho penal sexual, situación que puede ser constatada a partir del bajo número de artículos publicados en tono crítico⁵⁹; los trabajos de dogmática se circunscribieron a realizar un breve comentario de la ley⁶⁰, sin ahondar en las razones de fundamentación de ciertos tipos penales. En algunos textos se realiza una defensa de los contenidos morales e incluso se llega a afirmar que la moral no fue un tema preponderante en las causas criminales llevadas por casos de delitos sexuales en el siglo XIX⁶¹.

Conocer las formas cómo el derecho penal sexual ha sido influenciado por contenidos morales en Colombia durante cierto periodo sirve para realizar un análisis más detenido de los actuales tipos penales y los bienes jurídicos protegidos⁶², indagando sobre sus reales fundamentos de legitimidad. De esta manera, se busca racionalizar el derecho penal sexual, insistiendo en la necesidad de eliminar del código penal los delitos en los cuales no resulta definido con precisión el bien jurídico protegido, o es un bien reconducido a concepciones morales. Para entender los actos de delincuencia sexual, basta comprenderlos como agravios contra la libertad sexual que posee cada uno de los seres humanos⁶³.

Durante la vigencia del código penal de 1936, el derecho penal sexual fue saturado de conceptos, adjetivos y definiciones ambiguas, etéreas y abiertamente moralistas, generando castigos, más que por la protección de los derechos individuales de las personas, por el *statu quo* de la religión católica. No satisfecha con ser el referente jurídico en Colombia, recurrió al poder punitivo del Estado, para construir y consolidar su ideal social, el cual se pretende homogéneo y excluyente, en la medida que sólo respeta las prácticas discursivas que no vayan en contravía de sus preceptos religiosos, lo demás hace parte de un mundo al margen.

Por último, la preocupación en cuanto al sexo y su regulación desde el derecho penal, no ha sido negar la importancia de éste o eliminarlo de las preocupaciones humanas, sino evaluarlo, clasificarlo, dosificarlo y prescribirlo para el beneficio de una específica creencia; la pretensión no es un conglomerado asexual, sino encerrado en la familia. Allí se permiten cuantas cópulas reproductivas quieran los

59 Artículos escritos en tono crítico: (Alzate, 1976), (Gallego, 1998), (González, 1998), (González, 2007), (Ramírez & Restrepo, 2007).

60 Véase: (Rendón, 1946), (Rendón, Delitos contra la familia, 1946), (Mesa, 1960), (Mesa, 1961).

61 (Del Valle & Hernández, 2010).

62 Véase la libertad, integridad y, formación sexuales, nuevos bienes jurídicos que se pretenden proteger en los delitos sexuales.

63 Para ello resulta preciso concebirla en su doble faz, una negativa, según la cual a nadie se le puede molestar ni obstaculizar el libre desarrollo de la sexualidad. Y otra, la positiva, que exige respetar las diversas maneras como se puede alcanzar la plenitud sexual, siempre y cuando no interfieran con los derechos de otros ciudadanos.

cónyuges heterosexuales, porque la alianza matrimonial es el concepto corrector de lo inmoral, antinatural y delictual.

Referencias

- Alzate, H. (Marzo-Septiembre de 1976). La sexualidad y la ley. *Estudios de Derecho*, XXXV (89-90), 157-167.
- Del Valle, M. P., & Hernández Hernández, O. I. (junio de 2010). Aborto y delitos sexuales en Antioquia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: una historia secreta. *Estudios de Derecho*, LXVII (149), 219-242.
- Foucault, M. (1991). *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*. España: siglo XXI editores.
- Gallego, G. G. (1998). ¿Protección penal o criminalización de la libertad de conciencia? *Estudios de Derecho*, LVII (130), 187-219.
- Gaviria, D. C. (Septiembre de 1960). El uxoricidio por adulterio en el código penal colombiano. *Estudios de Derecho*, 323-337.
- González, M. J. (Diciembre de 1998). La mujer ¿Sujeto u objeto del derecho penal? una aproximación a la situación de la mujer en España en nuestros días. *Estudios de Derecho*, LVII (130), 157-186.
- González, Z. J. (Diciembre de 2007). Derecho y Sexualidad: ¿Liberación o represión? *Estudios de Derecho*, LXIV (144), 59-72.
- Martín Velásquez, A. (Octubre de 1946). Jurisprudencia penal Tribunal Superior de Medellín. *Estudios de Derecho*, VIII (24), 475-486.
- Mesa, V. L. (Septiembre de 1960). Delitos contra la libertad y el honor sexuales. *Estudios de Derecho*, 303-322.
- Mesa, V. L. (1961). Delitos contra la familia. *Estudios de Derecho*, XX (60), 259-274.
- Ortiz, V. J. (Marzo de 1949). Homosexuales. *Estudios de Derecho*, XI (31), 139-163.
- Ortiz, V. J. (octubre de 1949). Incesto. *Estudios de Derecho*, 542-546.
- Ramírez, B. N., & Restrepo Yepes, O. C. (Diciembre de 2007). La violencia sexual contra las mujeres: un estudio preliminar. *Estudios de Derecho*, LXIV (144), 149-168.
- Rendón, G. G. (Octubre de 1946). Delitos contra la familia. *Estudios de Derecho*, VIII (24), 379-424.
- Rendón, G. G. (Agosto de 1946). Delitos contra la libertad y el honor sexuales. *Estudios de Derecho*, VIII (23), 257-294.

ESTUDIOS DE DERECHO



Suscripción nacional

Nombre _____

Documento _____

Departamento _____

Dirección _____

Teléfono _____

Ciudad _____

Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____

Firma del suscriptor _____

Consignación N° _____

Efectivo _____

Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA **1053-722-9522**

A nombre de la Universidad de Antioquia

* Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón
al correo electrónico: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53 – 108, Bloque 14, Oficina 111

Tel: 219 58 55 – 219 88 67 Fax: 219 58 75 Email:

rderecho@mitra.udea.edu.co

Página Web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/rev>

ESTUDIOS DE DERECHO



International subscription

Name _____
Identification _____
Country _____
City _____
Address _____
Telephone number _____
Postal code _____
Email _____

Intermediary bank

Citibank New York.
111 Wall street New York,
N.Y. 10103
ABA: 021000089
Swift: Citius 33

Paying bank

Bancolombia Colombia
Bank Count Citibank of New York:
36006658
Swift: Colocobm
CHIPS UID: CH005211

Deposit

Cost of the annual subscription USD \$150

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de antioquia Nit: # 890.980.040

*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: revistaestudiosdederecho@gmail.com

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53 – 108, Bloque 14, Oficina 111

Tel: 219 58 55 – 219 88 67 Fax: 219 58 75 Email:

rderecho@mitra.udea.edu.co

Página Web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



Imprenta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en abril de 2013

