

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 LXXI —segunda época— Diciembre de 2014
Volumen LXXI, N.º 158

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR

Alberto URIBE CORREA

DECANA

Clemencia URIBE RESTREPO

DIRECTOR/EDITOR

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Unviersidad 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	Exmagistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

ASISTENTES DE EDICIÓN

David Ignacio JARAMILLO GALEANO
Daniel Oswaldo MARTÍNEZ ÁLVAREZ

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\$30

© 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.

AUTORES DE OBRAS EN SEPARATAS

Daniel Rua es un estudiante de artes plásticas de la universidad a miras de terminar su proceso académico. su proceso plástico lo ha llevado a la exploración de la gráfica, utilizando este medio para plasmar sus intereses estéticos que están ligados a inquietudes de orden científico y sobre todo al desarrollo de las ideas a través de dibujos y bosquejos.

Camila López: La página donde la gente puede ver lo que hace es www.lopezcamila.wix.com/camilalopez Facebook en: www.facebook.com/camiladibujos

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: imprensa@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

<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i>	17
Protección constitucional de los derechos sociales. Implementación de instrumentos internacionales en las decisiones de la Corte Constitucional	
<i>Hernán Darío Martínez Hincapié</i>	19-40
Nuevos paradigmas de la acción hereditaria extracontractual en Colombia	
<i>John Arturo Cárdenas Mesa</i>	41-66
Problemas de propiedad intelectual en el entorno universitario. Un acercamiento general	
<i>Adriana María Restrepo Ospina</i>	69-96
Los conflictos en la Universidad de Antioquia: administración central vs estudiantes, 2006-2012. Fuentes y tipología	
<i>Miguel Ángel Montoya Sánchez, Nora Alba Cossio Acevedo Jhon Byron Montoya Gutiérrez</i>	97-117
De la soberanía de la ley al precedente judicial: una mirada desde el neoinstitucionalismo económico	
<i>José Luis González Jaramillo & Octavio Macías González</i>	119-143
Derecho y contexto: algunos problemas del derecho en Colombia en relación con el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho privado	
<i>Julián Andrés Muñoz Tejada</i>	145-167

El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos territoriales: una lectura desde el derecho del trabajo <i>Hernán Darío Vergara Mesa</i>	169-193
En los papeles: de servidoras domésticas a trabajadoras. El caso argentino	195-217
Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo relación entre derecho y moral: unión necesaria vs separación radical <i>Luz Astrid Álvarez Patiño</i>	219-240
La prescripción en el contrato de seguro y su valoración frente a las personas injustamente privadas de la libertad <i>Libardo Quintero Salazar</i>	241-268
La valorización a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado: problemas jurídicos y elementos esenciales como contribución <i>Jorge Eduardo Vásquez Santamaría</i>	269-292
La mujer en los orígenes del constitucionalismo Español: de su invisibilidad de derecho a la realidad de hecho <i>María Martín Sánchez</i>	293-311
Ocupación e intervención judicial de la empresa y de los holding de empresas peculiares comerciales de responsabilidad limitada, en suspensión de pagos, en la Roma clásica <i>Guillermo Suárez Blázquez</i>	313-330

EDITORIAL

Asumí la dirección de esta centenaria revista por gentil mandato de la decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para el año 2003, Doctora. Marta Nury Velásquez. Difícil compromiso pues me tocó suceder en la dirección a un egregio humanista, filósofo, sociólogo y jurista, el Dr. Benigno Mantilla Pineda, quien estuvo a cargo de la revista desde el año 1959 hasta el 2003.

En el comienzo de mi gestión me encontré con el grave escollo de que las revistas académicas, para ser indexadas, tenían que cumplir con unas pautas ordenadas por Colciencias, de acuerdo a las disposiciones del gobierno. Los artículos a publicarse, en un elevado número, deberían ser producto de investigaciones, lo que para la época era difícil de cumplir pues apenas estaban en desarrollo los centros de investigación en las universidades, razón por la cual los trabajos de investigación eran escasos. Si a esto agregamos otra serie de exigencias que se hacían desde Colciencias, como la composición de los comités, científico y académico, la calidad de los árbitros, entre otros, la idea de indexar una revista se hacía difícil. Los ensayos que los juristas o economistas o filósofos o sociólogos o politólogos, nos presentaran para su publicación, no tenían mayor valor para Colciencias por no ser productos finales de investigaciones.

Tratamos de salirle al paso a estas políticas de Colciencias, ya que las revistas de las áreas sociales tenían enorme dificultad para cumplir con esas reglas. Todo esfuerzo en ese sentido fue vano pues desde Colciencias hubo oídos sordos a estas inquietudes. A pesar de ello logramos que la revista fuera indexada en categoría C y luego en categoría B, en donde hoy se encuentra clasificada.

Estando en esas, nos llegó una fecha bastante esperada, los cien años de la revista, que celebramos en el 2012. Fue un acontecimiento importante para la Universidad y para la facultad. Una efeméride en la que nos encontramos con muchos de los egresados y con muchos autores de artículos y colaboradores de la revista. La revista concitó el acercamiento de muchas personas a través del afecto y reconocimiento por el alma mater, la facultad de derecho y ciencias políticas y su revista. Fue un motivo y una oportunidad para recordar a sus fundadores, a sus directores, a sus colaboradores.

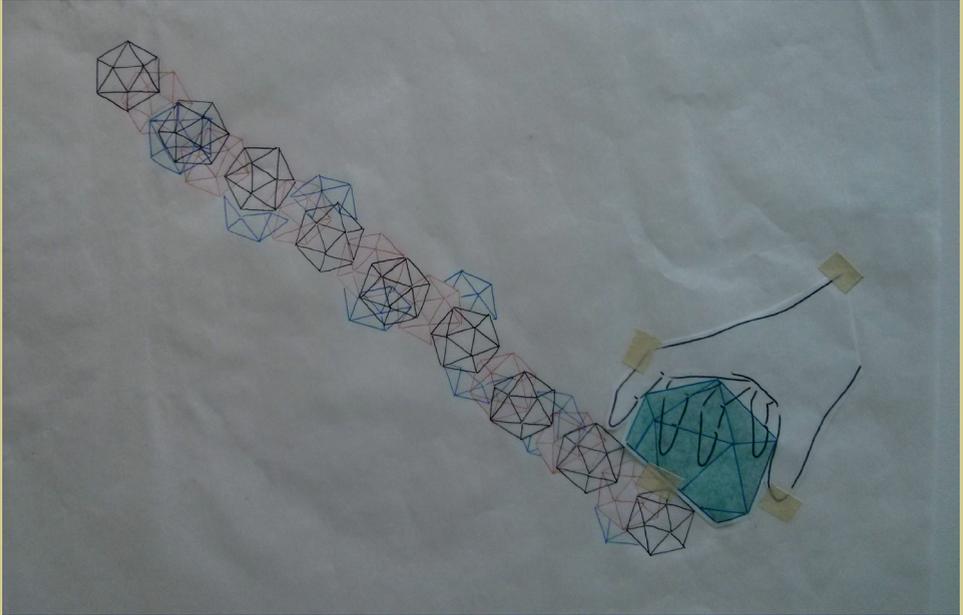
Terminó la celebración y volvimos a la dinámica trazada: seguir publicando dos números por año, lo que hemos venido cumpliendo desde un principio. Le dimos gusto a Colciencias en todas sus exigencias durante este tiempo, pero ya nos anuncian nuevos inconvenientes: se habla de nuevos criterios para indexar las revistas, tales como el número de citas que se hagan de los artículos. Surgen aquí dificultades hasta de geopolítica, pues a las revistas de los países tercermundistas

no se les puede clasificar con el rasero de otras. Los funcionarios a cargo del funcionamiento y clasificación de las revistas, adoptan unos criterios importados sin consultar debidamente nuestras realidades.

Aún así, el esfuerzo por mantener la revista se justifica. Por ello, después de los varios años que llevo en su dirección, hago entrega de ella con la esperanza de que las nuevas manos pongan todo el empeño para que esta noble tarea siga dando sus frutos. Me resta agradecer a todos los colaboradores, árbitros, miembros de los comités, auxiliares y directivos de la Facultad que creyeron en la importancia de esta ventana académica.

RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL

Director.



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año: 2013

***PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS SOCIALES.
IMPLEMENTACIÓN DE
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
EN LAS DECISIONES DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL***

Fecha de recepción: agosto 13 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 3 de 2014

**PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.
IMPLEMENTACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
EN LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

*Hernán Darío Martínez Hincapié**

RESUMEN

A través de este ejercicio académico, nos permitimos evidenciar la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desde la relación directa entre la labor protectora de la constitución de la Corte Constitucional y los instrumentos internacional de protección de derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

Palabras clave: Instrumentos internacionales, constitución política, derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad

**CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE SOCIAL RIGHTS.
IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL INSTRUMENTS
IN THE CONSTITUTIONAL COURT MAIN DECISIONS**

ABSTRACT

Through this academic exercise, we demonstrate the justiciability of Economic, Social and Cultural Rights, from the direct relationship between the protective work of the formation of the Constitutional Court and the international instruments for the protection of human rights, especially the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations.

Key Words: international instruments, political constitution, economic, social and cultural rights

* Abogado, docente investigador de la Universidad San Buenaventura – Medellín, Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, resultado del proyecto de investigación en ejecución desde junio de 2013 denominado “Incorporación de los instrumentos normativos internacionales referentes a los Derechos Económicos Sociales y Culturales en las sentencias de la Corte Constitucional sobre Derechos Sociales como tendencia hacia el reconocimiento de los DESC como derecho fundamentales autónomos”, financiado por la Universidad Santo Tomás – Medellín, participación como investigador principal.hdmh24@gmail.com

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES. IMPLEMENTACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

Las ideas y discusiones teóricas aquí planteadas son producto del ejercicio investigativo de tipo académico del semillero de Derecho Humanos de la Universidad Santo Tomás – Medellín dentro del proyecto denominado “Incorporación de los instrumentos normativos internacionales referentes a los Derechos Económicos Sociales y Culturales en las sentencias de la Corte Constitucional sobre Derechos Sociales como tendencia hacia el reconocimiento de los DESC como derechos fundamentales autónomos”.

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en general las herramientas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) se erigen como el principal impulsor de las constituciones modernas garantistas, por lo tanto se hace necesario destacar la relación entre estas herramientas foráneas y los ordenamientos internos, en especial el Colombiano.

Nuestra constitución dentro de su catálogo de derechos puede ser entendida como una mixtura que integra elementos políticos, jurídicos y éticos que se amalgaman bajo la idea de protección de derechos humanos siempre teniendo como norte para la garantía de los derechos su raigambre jurídico, entendido como la posibilidad para exigir la protección jurisdiccional de los derechos.

De tal forma, los jueces cuando deban decidir sobre la protección de los DESC, así como la totalidad de la estructura estatal deben acudir de manera preferente a los tratados internacionales con el fin de aplicar una interpretación garantista de estos derechos conforme su naturaleza esencial e inherente a los seres humanos (López, J. y otros, 2009).

No obstante para que los DESC puedan ser considerados como derechos completos se requiere que ellos sean objeto de protección judicial de manera incondicionada (Abramovich y Courtis, 2003, pg 59), de lo contrario la defensa política, académica y

social tendrían simplemente un peso simbólico que en nada cambiarían el panorama del Estado Liberal Clásico y Neoliberal sobre los DESC.

Los derechos en su naturaleza general deben trascender a una concepción de derechos subjetivos más avanzada, comprendiendo los derechos como posiciones jurídicas normativamente protegidas cuya violación o desconocimiento afectan de forma directa los derechos humanos.

El daño inminente individual como subprincipio que asegura la exigibilidad judicial de los DESC parte de la necesidad de protección con el fin de evitar desde la acción u omisión del deber del Estado una consecuencia dañina y ostensiblemente desproporcionada; el no reconocimiento injustificado de los DESC como siguiente elemento entiende que la violación de la obligación y del derecho es mayor que la atención y protección del derecho, la no racionalidad indica lo indispensable de la argumentación y la aplicación de la proporcionalidad entre el sacrificio-omisión y la protección-garantía (Arango, R. 2006).

Se propone una metodología descriptiva que recopile de forma precisa las diferentes propuestas teóricas alrededor de las dos anteriores premisas planteadas.

PROTECCIÓN DE LOS DESC EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO – EL PAPEL DE LOS JUECES Y LA APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La protección de los DESC desde la actividad jurisdiccional. En especial de la Corte Constitucional

La división formalista de los derechos constitucionales en generaciones permitió en los inicios de la constitución actual entender que cada categoría tenía una prioridad de protección diferente, siendo los DESC menos relevantes, en cuanto su desconocimiento no implicaba violaciones importantes o fundamentales para el ser humano toda vez que eran simples normas programáticas de desarrollo progresivo, añadiéndose a esto la descripción del artículo 88 de la C.N. que enumera cuales derechos son amparados por la vía de la tutela.

Con lo anterior se excluyó a los DESC del panorama de la acción de tutela (López, J. y otros, 2009) bajo un criterio topográfico, es decir, basados en su ubicación y lo mencionado en el artículo 86 de la C.N. que solo indicaba que los tutelables serían los mencionados en el título II.

Lo anterior se hace evidente en las sentencias T – 423 de 1992, T – 495 de 1995, donde el abordaje de la vivienda digna se hace desde la óptica de su condicionamiento a la existencia de una ley que reglamente esta situación y su exigibilidad, siendo una pauta programática de asistencia del Estado no obligatoria para el mismo, por lo tanto no es susceptible de protección por la acción de tutela, toda vez que deben existir condiciones jurídicas (ley) y materiales (presupuesto suficiente) para hacerlos derechos plenos.

No obstante en múltiples sentencias la Corte Constitucional ha dicho que los derechos fundamentales no se limitan al título II de la C.N., toda vez que la ubicación de los derechos no definen su valor, sino su contenido esencial, siendo esto un tema en constante evolución y que la misma Corte Constitucional no ha terminado de concretar, toda vez que algunas veces acude a la inherencia con el ser humano de los derechos fundamentales, o a su relación con la dignidad o su carácter de inmediatos y obligatorios y que la condición de prestación de los DESC no impide que se puedan comprender como derechos plenos y exigibles plenamente (Cortes y otros, 2006).

Relacionado con lo anterior la Corte la ha atribuido a los DESC un carácter fundamental general o específico dependiendo de la fundamentación en su jurisprudencia y en otras ocasiones ha reiterado la naturaleza aspiracional política de tales derechos.

Para ello la Corte Constitucional de Colombia ha definido los derechos fundamentales como, “aquél (...) que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo (...)”. Tampoco existe una definición única de derecho subjetivo. Sin embargo, la Corte ha considerado que todas las definiciones coinciden en que **(i)** debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, **(ii)** el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, **(iii)** así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado”. (Sentencia Corte Constitucional C-372 de 2011).

La Corte ha entendido que del principio del Estado Social de Derecho la urgencia de protección y el mínimo irreductible de los derechos ya no se cierne simplemente en los derechos de libertad o de no interferencia, es decir, el Estado Social garantiza a dignidad humana irreductible para todo ser humanos en sus condiciones espirituales, materiales y su necesidad de protección permite el ejercicio de libertades en su conjunto protegiendo en definitiva los derechos humanos (C – 251 de 1997).

Por lo tanto, inclusive los DESC, deben tener una condición de justiciabilidad que le garantizan su finalidad, sin embargo esa posibilidad de acudir a tribunales no viene precedida de acciones procesales destinadas para todos los derechos con

designación específica, es decir “(...) el que un derecho no goce de tales mecanismos no significa que no sea fundamental, sino que su consagración normativa es defectuosa o incompleta”, es decir, la garantía reforzada no viene por vía de asignaciones procesales determinadas para cada derecho, sino por acciones que protejan los derechos dependiendo de su contenido y finalidad humanista y constitucional.

La acción de tutela ha permitido acercar a los ciudadanos con la constitución y su contenido protector, ha facilitado que el discurso de los derechos humanos y los derechos fundamentales haga parte necesaria de la estructura social y de las exigencias de equidad y justicia social. Ha sido el principal instrumento judicial para permitir la exigencia jurisdiccional de los DESC como derechos fundamentales directamente asegurable.

La primera vía de ampliación a los DESC de la acción de tutela fue la llamada “conexidad”, que indicaba que los DESC son amparables por vía de tutela por cuanto en cada caso particular de análisis tienen relación directa con un derecho de primera generación.

Siguiendo a Uprimny y García Villegas (pag. 24, 2002) indican,

“vía indirecta que se construye judicialmente a través de la conexidad que, en casos concretos, los derechos sociales guardan con otros derechos considerados como judicializables por vía directa”.

Bajo este parámetro los DESC fueron amparados en casos muy puntuales, como el típico derecho a la salud bajo relación directa con la vida; por otro lado la vivienda cuando se violentara la prohibición de discriminación y en todo caso cuando de la violación de un DESC resultara en peligro un derecho de primera generación.

No obstante este criterio no permitía entender de manera autónoma los DESC como fundamentales e independientemente protegibles y exigibles judicialmente por cuanto no eran derechos plenos, sin embargo el avance fue notorio.

La segunda forma de protección es la llamada derechos sociales fundamentales (López, J. y otros, 2009), que permitió entender la protección de los DESC no solo bajo la conexidad sino como derechos o situación jurídicas importantes con un obligado identificado como lo es el Estado bajo la intervención activa proporcionando una procura existencial mínima a sujetos de protección especial o discriminados y desaventajados.

La Corte en la sentencia C-615 de 2002 expuso,

“(...) la seguridad social – y por consiguiente la salud – como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las

personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta”
(sentencia C-615 de 2002 en López, J. y otros, 2009).

La tercera vía es denominada la transmutación, conforme con el cual se conciben los DESC no ya solamente como derechos prestacionales, sino derechos subjetivos plenos y judicializables bajo el esquema de derecho-deber que el ordenamiento protege; es decir se supera la característica de ser programáticos que le impedía ser exigibles para ser derechos con un obligado identificado que el ordenamiento protege, por lo tanto existe una transmutación (López, J. y otros, 2009).

Conforme con este planteamiento y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia T-042 de 1996), los DESC se transmutan de ser normas programáticas a derechos fundamentales autónomos exigibles jurisdiccionalmente en cuanto el Estado implemente políticas públicas a grupos de especial protección y se convierten por lo tanto en situaciones jurídicas consolidadas que no pueden ser desconocidas (no regresividad).

Al respecto la sentencia T-859 de 2003, señala,

“Al adoptarse internamente un sistema de salud –no interesa que sea a través del sistema nacional de salud o a través del sistema de seguridad social- en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo. Es decir, se completan los requisitos para que el derecho a la salud adquiera la naturaleza fundamental (punto 12).

Así las cosas, puede sostenerse que tiene **naturaleza de derecho fundamental**, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho”

La cuarta vía de reconocimiento de su carácter tutelable es la aplicada por la Corte Constitucional en los casos de salud, que indica que, siguiendo la sentencia T-016 de 2007 (en López, J. y otros, 2009), toda vez que le asigno el carácter de fundamentales a los DESC por cuanto tiene vinculación necesaria con la dignidad y el ejercicio de todas las libertades y el libre desarrollo de las capacidades del individuo.

En ese pronunciamiento, se reiteró que para la protección de los DESC se debe acudir a la acción de tutela; para esto la Corte Constitucional acudió de manera preferente

y como argumento central al PIDESC en su artículo 12 y la Observación N° 14 del Com. DESC, donde afirma que conforme con estos instrumentos internacionales la salud es un derecho fundamental y que su aplicación progresiva implica que los recursos necesarios para su protección son limitados pero requieren de acciones urgentes, inmediatas y eficaces para su otorgamiento, situación que hace exigibles judicialmente su acceso y disfrute, toda vez que pese a ser progresivo no quiere decir postergables indefinidamente por cuanto existen algunos derechos de efecto inmediato. (López, J. y otros, 2009).

Es así, que la Corte señala la relación estrecha entre la satisfacción de los DESC y el concepto de dignidad humana, para lo cual,

“...únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho” (sentencia T – 016 de 2007).

Para complementar las etapas anteriores de protección de los DESC bajo la acción de tutela la Corte Constitucional igualmente ha construido unos parámetros que permiten desentrañar la esencia y naturaleza fundamental de los DESC, aquellos criterios son:

- Criterios principales: axiológicos y formales: Devienen de una interpretación directa de la constitución y sus enunciados normativos desde los principios, fines y valores, y su combinación triádica del derecho, donde la dignidad del derecho, la violación y el daño a dicho elemento son irreversibles y haría relativizar el valor de la vida de los sujetos y se conjuga dicho contenido con el argumento literal o topográfico del derechos, es decir, su positivización.
- Sin embargo la Corte Constitucional ha superado los argumentos formales como únicos o centrales para la definición del contenido de protección de los derechos fundamentales y se ha centrado en la positivización no entendida como literalidad sino como contenido normativo relacionado con la trascendencia normativa del principio de dignidad humana, todo lo anterior reforzado por la institución del Bloque de Constitucionalidad que permiten concluir que no todo lo materialmente constitucional este literalmente inserto en el texto constitucional.
- Criterios auxiliares o técnicos: Derivados de la forma propia de un Estado Constitucional de Derecho, donde los derechos fundamentales adquieren su

fundamentabilidad por la aplicación directa del contenido de la Constitución, es decir, tienen una eficacia directa; por el contenido esencial irreductible no encomendable a las mayorías (argumentos contramayoritarios), por su relación con los tratados internacionales y por la garantía reforzada de ser derechos fundamentales (Herreño, 2008).

La labor jurisdiccional, se dirige desde el plano internacional a atender las llamadas obligaciones mínimas e inaplazables impuestas por los instrumentos internacionales que ordenan atender por cualquier estrategia del ordenamiento interno una violación o desconocimiento que causen daños irreparables y en general afecten la dignidad de las personas o víctimas.

Esas obligaciones mínimas se traducen en acciones positivas o intervención activa del Estado para cumplir el PIDESC, es decir, para su protección es necesaria la acción del estado garantizando en el derecho a la salud un servicio eficiente, oportuno, idóneo, gratuito y permanente, en el derecho a la educación, un acceso gratuito a niveles de educación básica, secundaria y atención prioritaria a población de especial protección para acceso a educación superior, políticas públicas de asistencia educativa como derecho humano esencial para la consolidación de una sociedad democrática sensible a las desigualdades sociales y con intención de superar las brechas sociales.

De otro lado existen obligaciones inmediatas cuya violación afecten en su conjunto todas las libertades, los derechos humanos y la dignidad en general no admiten dilaciones o la protección indefinida en el tiempo y postergada sin justificación legítima y proporcional alguna, es decir, algunos derechos por sus condiciones, población afectada, urgencia requieren de la acción inmediata del Estado para su protección, siendo la inactividad el elemento configurador de la responsabilidad internacional del estado y la causa de la violación.

¿EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN Y APLICACIÓN REAL DE LOS DESC Y SU RELACIÓN CON LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DESC.

El Bloque de Constitucionalidad, las sentencias de la corte e integración de instrumentos internacionales.

Sin duda alguna la integración en los ordenamientos internos de instrumentos, convenciones o tratados internacionales ha permitido no solo dinamizar la protección de

los derechos humanos, entre ellos los DESC, sino que ha consolidado los sistemas constitucionales y han incrementado las garantías de participación democrática de las personas (Fajardo, 2007).

En Colombia el bloque de constitucionalidad es la figura de naturaleza constitucional superior incorporada por la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional que permite la integración de instrumentos normativos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario constitutivos de obligaciones internacionales que en caso de incumplimiento conllevarían la posibilidad de atribuir responsabilidad estatal por la violación de tales compromisos.

Es así, que la importancia de la utilización de esta figura radica en los exámenes de inconstitucionalidad de una norma ordinaria o diferente a la constitucional en sentido material y formal por contradecir un instrumento internacional sobre derechos humanos que se incorpora al ordenamiento interno y sirve de parámetro de validez de todas las demás normas, se constituye en un filtro de constitucionalidad, a lo que se puede agregar como lo indica Uprimny (2000), que son normas constitucionales que no están textualmente indicadas en el escrito de la constitución.

Así lo indica la Corte Constitucional en la sentencia T-1319 de 2001, al establecer que,

“El bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las Opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente” (p. 19).

EXIGIBILIDAD DE LOS DESC DESDE EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966 Y EL COM.DESC

Debido al poco valor jurídico en el ámbito doméstico o interno, asociado con la escasez o inexistencia de mecanismos procesales y/o jurisdiccionales se hace imperiosa la labor de construir a partir de instrumentos internacionales la exigibilidad de los DESC y asociar de una forma categórica la existencia de la cláusula del Estado Social de Derecho en la norma constitucional con la protección efectiva de los DESC derivada de normas convencionales. A la hora de hablar de Derechos

Sociales, es indispensable remitirse a los derechos consagrados en el PIDESC (en los que se pueden encontrar como derecho al trabajo, derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho de huelga, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a participar de la vida cultural).

Dichos instrumentos imponen obligaciones de actuar, encaminadas a estructurar efectivamente escenarios favorables para las personas con el fin de acceder a bienes básicos y esenciales y por lo tanto proveer condiciones de acceso y ejercicio de los DESC; lo anterior sin perjuicio de que dicha satisfacción requiera de la capacidad monetaria o los fondos disponibles que tenga el estado, estableciendo su progresividad constante y eficiente.

Sin duda el PIDESC se constituye en el centro de atención para un estudio responsable de los DESC y la pretensión de asignarle la posibilidad de exigibilidad jurisdiccional, toda vez que es el instrumento (junto con las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas) que permite una interacción armoniosa desde la teoría de los derechos humanos, además que se convierte en una obligación internacional de cumplimiento indispensable para el Estado Social de Derecho construido desde el esfuerzo constitucional de cada Estado, "(...) La elección del PIDESC como objeto de análisis se justifica por su carácter de norma universal: dado que existe identidad entre la estructura de los derechos contenidos por el Pacto y por las constituciones locales y también en los problemas que su exigibilidad plantea"(Abramovich y Curtis, 2004, pg 20).

EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, SU LABOR Y DIFERENCIA CON EL COMITÉ DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LAS NACIONES UNIDAS

Para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se determinó un órgano especial de control sino sólo el examen de los informes periódicos de los Estados partes por el Consejo Económico y Social. En 1976, este último estableció un grupo de trabajo compuesto por quince de sus miembros que representaron otros tantos Estados partes en el Pacto. En 1982 por decisión 1981/158, el grupo de trabajo se convirtió en un órgano electo de expertos gubernamentales en derechos humanos. Finalmente, en 1985, el ECOSOC transformó al grupo en un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en ade-

lante CESC—, integrado por 18 expertos elegidos en su capacidad personal por el ECOSOC a partir de la lista propuesta por las partes en el Pacto. Esto es, que pretorianamente se ha establecido un órgano de tratado con facultades análogas a las de otros previstos en los textos convencionales. Una de ellas es el análisis de los informes periódicos que presentan los Estados partes.

La función por excelencia del Com.DESC es la vigilancia y el seguimiento a los estados que se adhirieron y ratificaron el PIDESC para garantizar su cumplimiento. Para tal labor,

(...) se esfuerza en fomentar un diálogo constructivo con los Estados Partes y procura determinar por diversos medios si los Estados Partes aplican adecuadamente o no las normas contenidas en el Pacto, y cómo podrían mejorarse la aplicación y el cumplimiento del Pacto para que todas las personas con derecho a gozar de los derechos consagrados en el Pacto puedan efectivamente gozar de ellos plenamente. (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>, encontrado el 29 de marzo de 2013).

Es sin duda la función inicial del Com.DESC dentro de su historia, dirigida además de recibir los informes a asesorar a los Estados como elaborar el mismo de una forma más eficaz y efectiva.

Para facilitar la clara interpretación del pacto, su aplicación adecuada, el límite y amplitud de las obligaciones, así como el alcance del PIDESC, el Com.DESC formula las Observaciones Generales, tarea que inicio en 1985, cuando determino que la asistencia a los Estados y la consolidación real del PIDESC se tendrían que acompañar de esta labor.

Además, el Comité considera que la aprobación de observaciones generales es una manera de promover la aplicación del Pacto por los Estados Partes, al señalarse a la atención de éstos las carencias reveladas en muchos de sus informes y promover que determinadas disposiciones del Pacto reciban mayor atención de los Estados Partes, los organismos de las Naciones Unidas y otras entidades, con miras a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos proclamados en el Pacto. Las observaciones generales son un medio decisivo para la generación de jurisprudencia, y ofrecen a los miembros del Comité un método para llegar a un acuerdo consensuado sobre la interpretación de las normas incorporadas en el Pacto. (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>, encontrado el 29 de marzo de 2013)

Sin duda alguna las fuentes tal y como han sido tradicionalmente definidas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante ECIJ) han cambiado en el escenario del derecho internacional. Si bien las fuentes materiales o primarias siguen siendo la costumbre y los tratados; otros

actos y/o comportamientos no mencionado en el artículo 38 del ECIJ comportan una suerte de origen obligacional importante que no puede escapar del análisis dentro de la comunidad internacional aunado esto con su carácter vinculante hacia el interior de cada Estado.

Propio de sus funciones y de su creación convencional las Organizaciones Internacionales (en adelante OI) pueden emitir resoluciones o actos, todas con diferente alcance y naturaleza y atendiendo a su voluntad funcional, es decir, independiente de la voluntad de cada Estado que hace parte de dicha organización (Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados).

Relacionado con los efectos, “las resoluciones pueden limitarse a invitar a los destinatarios a seguir determinado comportamiento o, en el extremo opuesto, incorporar una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”. (Remiro, 2010, curso de derecho internacional).

Las resoluciones y Observaciones Generales el Com.DESC tienen un papel esencial en la identificación y aclaración del alcance no solo de las obligaciones convencionales que derivan del ÍDESC, sino en términos generales precisar el contenido de los DESC para una garantía y ejercicio más efectivo de los mismos.

Efectivamente desde 1988 el Comité ha desarrollado una práctica e emitir Observaciones Generales dentro de las resoluciones que aprueba con lo cual se esclarece y define con mayor precisión las obligaciones, el contenido del PIDESC y el alcance de los DESC en términos generales con el fin de asignarle un valor normativo vinculante a las normas internacionales e internas sobre derechos fundamentales sobre DESC.

Dichas observaciones generales se constituyen en la jurisprudencia con carácter de obligatoriedad para los estados en cuanto a la aplicación del PIDESC, de lo que se derivara que conforme con dichos lineamientos se evaluara la conducta y posibles violaciones de tal Estado en relación con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Son interpretaciones autorizadas sobre la aplicación y ejecución de las obligaciones que se derivan el PIDESC y por lo tanto son fuente legitimada para la concreción de la real protección de los DESC, constituyen por lo tanto fuente imprescindible para la consolidación de la práctica de exigibilidad del ejercicio de los DESC, sus estándares por lo tanto si bien son recomendatorios, son el criterio límite para la actuación de los Estados.

De igual forma el Protocolo Facultativo del PIDESC de 2008 menciona entre otras cosas que,

“Artículo 1.1. Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo.

Artículo 9.2. 2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité”

EL VALOR DEL PIDESC Y LAS OBSERVACIONES GENERALES EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La sentencia que inicia con la incorporación del PIDESC y las observaciones generales del Com. DESC de forma acuciosa es la Sentencia C – 035 de 2005.

Dicha sentencia, aborda desde los instrumentos y convenios de la OIT, elementos tan importantes como la adopción de medidas regresivas prohibidas que se constituyen en límite para las acciones del Estado y por lo tanto estatuye la obligatoriedad de los instrumentos internacionales.

La sentencia hace referencia al trato desigual para los trabajadores con distinto contrato laboral y la regresividad que supone la ley, toda vez que en normas anteriores no se había impuesto tal diferenciación como restricción para acceder a las vacaciones a ningún trabajador, independiente del contrato laboral con el que estuviera vinculado, todo lo anterior partiendo siempre de la observancia de instrumentos normativos internacionales.

La Corte sin lugar a dudas ha mencionado e incluido dentro de sus posibilidades de argumentos el principio de progresividad como principio constitucional vinculante y límite para el poder del Estado, incluido la labor legislativa,

“Por otra parte, el principio de progresividad y no regresión conlleva (i) la obligación del Estado ampliar la realización de todos los derechos fundamentales y (ii) la proscripción de reducir los niveles de satisfacción actuales. Por tanto, este principio constituye una limitación de la libertad de configuración del Legislador (...)todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”.

Por otro lado la sentencia C – 376 de 2010, reitera lo anterior al mencionar,

“3.3. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados al hacerse parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha expedido las Observaciones Generales 11 y 13, las cuales serán citadas como criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales relativas a la garantía del derecho a la educación primaria”

Lo anterior permite concluir que la fuerza vinculante que poseen las Observaciones Generales del Com.DESC, es teleológico, funcional e interpretativo, toda vez que su finalidad y pretensión es la protección efectiva y real de los DESC y el correcto cumplimiento del PIDESC (teleológico), permite dinamizar las funciones tanto del Com.DESC, como de los órganos internos que permite aplicar de forma pertinente tanto la norma constitucional como las obligaciones internacionales (funcional) y es criterio de interpretación con carácter de autoridad toda vez que es el órgano (Com. DESC) quien ha desarrollado fuertemente y con amplitud las cláusulas del PIDESC.

En la Sentencia T-1243 de 2008, siendo esta una reiteración de líneas jurisprudenciales anteriores, la Corte analiza como en muchas otras sentencias el derecho a la salud y su protección efectiva desde los convenios internacionales y los pronunciamientos de los órganos encargados de velar por su protección.

Se trata de una acción de tutela que revisa el alto tribunal por un procedimiento médico negado inicialmente toda vez que no se encuentra en la cobertura de aquellos permitidos y subsidiados, sin embargo y como en muchas otras situaciones el afectado ve en peligro su vida, su dignidad, y una existencia libre de circunstancias que impidan el libre ejercicio de todas las libertades, por lo tanto la corte revisa si la restricción financiera y formal de no encontrarse el procedimiento en el POS (Plan Obligatorio de Salud) puede ser criterio suficiente para negar el tratamiento; se advierte que se trata de una persona en condición de vulnerabilidad que por sí solo no puede sufragar los gastos del procedimiento médico.

Para apoyar la consideración de la fundamentabilidad del derecho a la salud, el alto tribunal lo considero como un derecho que debe ser brindado a todas las personas sin discriminación y con el fin de brindar el disfrute del más alto nivel posible de vida saludable,

“Empero, en determinados casos concretos, la aplicación rígida y absoluta de las exclusiones y limitaciones previstas en dicho plan puede vulnerar derechos fundamentales como la salud, por lo que en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 4º Superior debe ser inaplicada la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, que normas de carácter legal o reglamentario impidan el goce efectivo de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las

personas y demás garantías consagradas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93 C.P.) (Sentencia T-1243 de 2008, numeral 2, Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño)

Para convalidar lo anterior acude a los instrumentos internacionales,

“Debe recordarse que el Estado colombiano conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales *“reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Sobre esta disposición el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la Observación General N° 14 señaló que (Sentencia T-1243 de 2008, Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño):

“8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioecómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. (...) Por tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”

En el mismo sentido el Comité en la misma Observación General precisó que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos “esenciales e interrelacionados”: a) Disponibilidad, b) Accesibilidad, c) Aceptabilidad y d) Calidad.

Por otra parte la Sentencia T-585 de 2008 (Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto) menciona la importancia de las obligaciones estatales derivadas de los instrumentos internacionales en el tema de derechos humanos, para considerar que no pueden existir divisiones capaces de generar categorías de protección preferente para los derechos civiles o los DESC, siempre partiendo del principio de la dignidad humana y la posibilidad de comprender de una forma más global los derechos por medio de los convenios internacionales en la materia.

Existe entonces para la Corte, una relación inescindible y necesaria entre Estado Constitucional de Derecho y la protección de todos los derechos humanos, afirmando que esta unión permite la real existencia del Estado Social de Derecho,

“Esta consecuencia deviene forzosa, al advertir la estrecha relación existente entre la dignidad humana -como valor fundante del ordenamiento constitucional colombiano y principio orientador del derecho internacional de los derechos humanos- y la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si como se señaló líneas atrás, el respeto y garantía de estos derechos constituye el carácter esencial que permite definir al Estado como Social de Derecho” (T-585 de 2008, Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto).

La relación entre instrumentos internacionales y la protección efectiva de los DESC se hace evidente para la Corte cuando estos estándares posibilitan la asignación de exigibilidad jurisdiccional a los mismos,

“Ahora bien, en el caso preciso del derecho a la vivienda digna, consagrado en el artículo 51 superior y reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 11 numeral 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en otros instrumentos internacionales, la relación existente entre su garantía efectiva y la dignidad humana es prácticamente evidente. Así, no es necesario desplegar un ejercicio argumentativo exhaustivo para concluir que entre las necesidades básicas que deben ser satisfechas para permitir a un individuo desarrollar en condiciones dignas su proyecto de vida, se encuentra aquella relacionada con proveerle -por medios que no necesariamente implican la inversión pública- un lugar de habitación adecuado” (Sentencia T-585 de 2008, Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto).

Para reafirmar lo anterior la sentencia T-585 de 2008, reiterando pronunciamientos anteriores, afirma que,

“La relación que se señala ha sido un lugar común en la jurisprudencia constitucional y en los pronunciamientos internacionales relacionados con la vivienda digna. Al respecto advirtió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 4:

“[E]l derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.

En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de ‘vivienda adecuada’...significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”

La Corte aborda en el derecho a la educación en la sentencia C-376 de 2010 desde el DIDH, arrojando su garantía efectiva desde la unión de la DUDH y el PIDESC,

En el sistema universal de protección de los derechos humanos la garantía del derecho a la educación presenta los siguientes contenidos:

“3.1.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla los principios de gratuidad universal y de obligatoriedad respecto de la instrucción elemental y fundamental. En relación con la instrucción técnica y profesional proclama su carácter generalizado, y la igualdad y el mérito como criterios regentes de la educación superior:

“Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

Igualmente la Corte apoya la fundamentabilidad de la educación desde el PIDESC, para refrendar la obligación internacional del Estado de proveer educación de calidad y básica gratuita, así como el desarrollo progresivo del acceso a la educación superior de forma asequible para población en condiciones de vulnerabilidad,

3.1.2. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, en tanto que la secundaria técnica y profesional debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, mediante la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. En cuanto a la educación superior ordena que deba promoverse su implementación progresiva gratuita sobre la base de la igualdad y el mérito:

“Artículo 13

(...)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

(...)

No obstante la Corte además de indicar el contenido del PIDESC tiene en el Com. DESC su órgano con autoridad interpretativa, que sobre el derecho a la educación expone los argumentos y elementos esenciales de la aplicación y garantía efectiva del derecho a la educación,

“3.3. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados al hacerse parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha expedido las Observaciones Generales 11 y 13, las cuales serán citadas como criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales relativas a la garantía del derecho a la educación primaria:

(...) De acuerdo con el texto de los anteriores instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, en armonía con la interpretación autorizada efectuada en las Observaciones Generales 11 y 13 del Comité DESC, existe claridad sobre la obligación de los estados de garantizar a todos el acceso gratuito en el caso de la educación primaria. En efecto, la Observación General No. 11 señala que el requisito de gratuidad es de carácter “inequívoco” en cuanto “se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño” (num.7). En similar sentido, la Observación General No. 13 contempla la gratuidad como rasgo distintivo de la educación básica primaria, al señalar que debe ser: “asequible a todos gratuitamente” (num. 10), y precisa que “mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implementen la enseñanza secundaria y superior gratuita” (num. 6.b. parte iii).

Para la sentencia C-223 de 2011, que aborda los desalojos forzosos de población para el desarrollo, la corte indica la necesidad de acudir a los instrumentos internacionales para establecer las limitaciones a los estados cuando pretendan reasentar a gran cantidad de población, toda vez que la vivienda y los espacios de habitación sobre elementos propios de la dignidad de las personas desalojadas.

Para ello, expone como argumento central de referencia para tal restricción al estado el PIDESC (Sentencia C-223 de 2001, Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva),

“En lo que tiene que ver con los desalojos forzosos de población, conviene recordar que de acuerdo con la doctrina emanada del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) solo se pueden admitir evacuaciones o desalojos forzosos “cuando las medidas de conservación y rehabilitación no sean viables y se adopten medidas de reubicación”, advirtiendo además que los Estados deben “proteger a todas las personas contra los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y la reparación en esos casos”. No obstante admite que “cuando los desahucios sean inevitables, [los Estados] deben tratar, según corresponda de encontrar otras soluciones apropiadas.”

CONCLUSIONES.

El contenido programático y la división histórica de los DESC han permitido entender a estos derechos como simples aspiraciones políticas de naturaleza programática cuyo cumplimiento se dejan a la libre voluntad de los estados toda vez que no generan obligaciones exigibles judicialmente; lo anterior asociado igualmente a su naturaleza prestacional que exige para la protección la intervención del Estado con gasto público.

La positivización (no en cuanto su textualización, sino en cuanto a su sentido de obligatoriedad) de los DESC en instrumentos internacionales y en los textos constitucionales permite la reconfiguración del contenido garantístico de los DESC y la obligatoriedad de protección que asume el Estado en el cumplimiento de los mandatos de estas herramientas jurídicas.

Una de las instituciones estatales que han permitido avanzar hacia este horizonte es precisamente la jurisprudencia constitucional estableciendo la exigibilidad de los DESC y su consolidación como derechos fundamentales, agregando que esta tarea ha sido facilitada principalmente por los instrumentos normativos internacionales sobre derechos humanos, que le otorgan su naturaleza fundamental.

Para el caso colombiano los DESC han sido desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional atendiendo a las obligaciones internacionales, sin embargo pese a la utilización del PIDESC en los fallos judiciales, todavía son escasas las sentencias donde se expone como argumento central de la decisión. De forma general coinciden las sentencias de la Corte Constitucional con las observaciones del Com. DESC y las normas del PIDESC en los temas que marcan la tendencia hacia la justicabilidad de los DESC.

Resulta esencial para la comprensión de esos contenidos antes mencionados las interpretaciones y Observaciones Generales que emite el Com.DESC, órgano especializado y supervisor del cumplimiento del PIDESC, constituyendo por ende una interpretación reforzada y con carácter de autoridad del contenido y alcance de las obligaciones generadas por el pacto antes mencionado.

Por otro lado la acción de tutela como acatamiento de la obligación proveniente del PIDESC y la CADH de adoptar medidas en el orden interno y acomodarlos con los mandatos del DIDH y la posibilidad de exigibilidad judicial se convierten en nuestro Estado en la herramienta más eficaz para la protección de los derechos humanos y en especial sirve para la revitalización de los DESC como derechos plenos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abramovich, Victor y Courts, Christian, Hacia la Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares Internacionales y Criterios de Aplicación en Tribunales Locales, Curso Básico Autoformativo para Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observatorio DESC, Tomado de http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf, 1997.
2. Abramovich, Victor, y Courtis, Christian, Derechos Sociales, Instrucciones de Uso Fontamara, México D.F., 2003.
3. Abramovich, Victor, y Courtis Christian, (2004), Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles, Trotta.
4. Arango, Rodolfo, El Concepto de los Derechos Sociales Fundamentales, Universidad Nacional – Legis, Bogotá, 2006.
5. Comisión Internacional de Juristas, Los Tribunales y la Exigibilidad Legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, N° 2, Ginebra, 2009. Nancy 5145600 - 4426
6. Fajardo, Luis Andrés, Contenido y Alcance Jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad en Colombia, Revista Civilizar, N° 13, pags, 15 – 34, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2007.
7. Herreño, Ange Libardo, ¿Todo o Nada?, Principio de Integralidad y Derechos Sociales, Gente Nueva, Editorial, Bogotá, 2008.
8. López, Julian Daniel, La garantía de los Derechos Sociales. Pontificia Universidad Javeriana - Ediciones Gustavo Ibañez, Bogotá, 2009.
9. Remiro Brotons, Antonio (2010), curso General de Derecho Internacional, Tirant Lo Blanch.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

- sentencia C-615 de 2002
- Sentencia T – 585 de 2008
- Sentencia C-372 de 2011
- sentencia T – 042 de 1996
- sentencia T-859 de 2003
- sentencia T-016 de 2007
- sentencias T – 423 de 1992
- Sentencia T – 495 de 1995
- Sentencia C – 251 de 1997
- sentencia T – 418 de 1992
- Sentencia C-225 de 1995
- sentencia T-1319 de 2001
- Sentencia C-223 de 2011
- Sentencia C-035 de 2005
- Sentencia T-1243 de 2008
- sentencia C – 376 de 2010
- sentencia T-530 de 2011

DECLARACIONES, RESOLUCIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES E INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Observación General N° 04 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Observación General N° 11, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

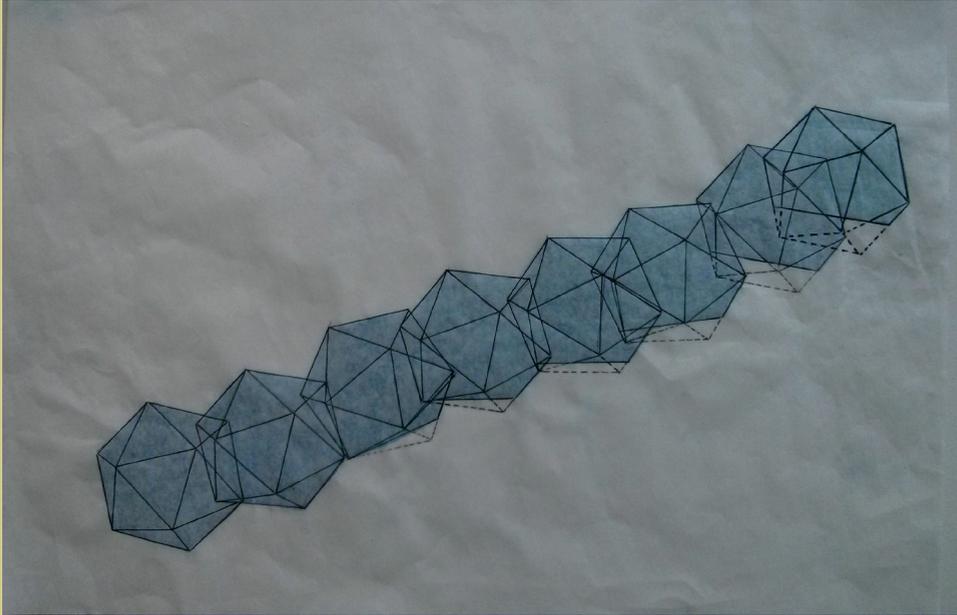
Observación General N° 12, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Observación General N° 13, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

Observación General N° 14, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de Diciembre de 1966.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y Culturales de 2008



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

NUEVOS PARADIGMAS DE LA ACCIÓN HEREDITARIA EXTRACONTRACTUAL EN COLOMBIA*

* Ensayo sobre la acción hereditaria tradicional y el nuevo paradigma que se abre paso a partir de la Ley 1448 de 2011.

Fecha de recepción: agosto de 2014

Fecha de aprobación: septiembre de 2014

NUEVOS PARADIGMAS DE LA ACCIÓN HEREDITARIA EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA

*John Arturo Cárdenas Mesa***

RESUMEN

La acción hereditaria extracontractual ha tenido una nueva orientación a partir de la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y a algunas decisiones del Consejo de Estado, lo que redunda en aspectos como la formulación de las pretensiones, los honorarios profesionales y la cosa juzgada.

Palabras clave: Acción hereditaria- Cambio de paradigma- Ley de Víctimas- Honorarios profesionales- Pretensiones- Cosa Juzgada.

NEW PARADIGMS FOR HEREDITARY TORT ACTION IN COLOMBIA

ABSTRACT

The tort action have inherited a new direction form de issuance of the Victims and Restitution and some decisions of the Council of State, which results in areas such as the formulation of the claims, professional fees and res judicata.

Key words: Hereditary action- Paradigm shift - Victims law -Professional fees- Claims- res judicata.

* Abogado litigante en responsabilidad del Estado, Magister en literatura colombiana de la Universidad de Antioquia y especialista en derecho contencioso administrativo de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: johnarturo70@hotmail.com.

NUEVOS PARADIGMAS DE LA ACCIÓN HEREDITARIA EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

En el ejercicio profesional encontramos muchas normas que se han ido derogando, corrigiendo y adaptando a las nuevas formas de pensar en el devenir normal del derecho, la sociedad y sus conflictos. Sin embargo, existen instituciones jurídicas muy antiguas que no han tenido variación significativa no obstante el paso de los años, posiblemente porque entrañan la solución más sabia que aún se conoce. Tal es el caso de la mayoría de las acciones hereditarias en materia civil, cuya concepción no ha variado mucho desde la expedición del Código Civil colombiano en 1887 y cuyo origen data de las instituciones del derecho romano en épocas de Justiniano.

En efecto, los herederos tienen diferentes tipos de acciones en defensa no solo de su derecho a ser considerados como tales, sino acciones entre sí cuando no hay discusión sobre su calidad y acciones frente a terceros en defensa de la universalidad jurídica denominada sucesión.

Estas acciones frente a terceros pueden ser de origen contractual cuando se trata de ocupar el lugar del causante en un negocio jurídico; pueden ser extracontractuales si se pretende el resarcimiento de los daños ocasionados al causante por una persona sin vínculo contractual con éste, o pueden ser las acciones genéricas que la ley otorga para la defensa del patrimonio.

Así, un heredero puede ejercer la acción de petición de herencia cuando la herencia se encuentra en poder de otro heredero o la acción reivindicatoria frente a terceras personas.¹ Obviamente en este último caso debe recaer sobre bienes corporales muebles o inmuebles, a diferencia de la primera acción que además se puede ejercer para recuperar bienes incorporeales. También el heredero que fallece sin aceptar o repudiar la herencia transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar.²

1 Artículos 1321 y 1325 del C.C.

2 *Artículo 1014 del C.C.*

También las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces pueden ser ejercidas por los herederos cuando ha fallecido quien tenía la posesión.³

Existe la acción pauliana regulada en el artículo 2491 del Código Civil en favor de los acreedores para revocar los actos o contratos que el deudor haya realizado para defraudarlos. Aunque la norma no dice que esta acción puede ser ejercida por los herederos, todos los derechos y las obligaciones de naturaleza patrimonial se transmiten por causa de muerte, a menos que haya prohibición expresa de la ley o que de la naturaleza misma del derecho se derive si intransmisibilidad, como ocurre por ejemplo con el derecho real de uso.

El heredero también podría intentar la acción de simulación para enervar los actos aparentes que tienden a perjudicar el patrimonio del acreedor fallecido y la acción oblicua para ejercer las acciones que el acreedor fallecido hubiera podido ejercer en lugar de su deudor negligente; igual es el caso de la acción de nulidad o rescisoria⁴.

En relación a la responsabilidad extracontractual, el artículo 2342 del Código Civil establece la posibilidad de que los herederos pidan la indemnización que pudiera pedir el causante fallecido:

ARTICULO 2342. LEGITIMACION PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACION. Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.

En general el derecho de acción es un derecho personal que puede reputarse mueble o inmueble,⁵ que se transmite por causa de muerte y pone al heredero en la misma situación jurídica que hubiese tenido el causante.

Cuando el heredero ejerce una acción hay que diferenciar cuando lo hace a título personal, esto es como persona individualmente considerada sin nexo con el derecho real de herencia, y cuando en favor de la sucesión, pues de ello se desprenden consecuencias importantísimas tanto en lo procesal como en lo sustancial.

Ahora bien, todos los ejemplos que acabamos de esbozar muestran las diferentes utilidades de las acciones hereditarias, tal como han sido entendidas tradicional-

3 Artículo 975 del C.C.

4 Artículo 1751 del C.C.

5 Artículo 667 del C.C.

mente en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, recientes decisiones del Consejo de Estado y las disposiciones de la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, nos hacen pensar que hay una nueva concepción en este tema tanto desde los puntos de vista sustancial, procesal y probatorio en tratándose de la acción hereditaria extracontractual.

Para analizar este asunto nos ocuparemos en un primer aparte de delimitar el concepto de acción hereditaria en la tradición jurídica colombiana; posteriormente entraremos a analizar los cambios jurisprudenciales y legislativos que ha habido específicamente en relación a la acreditación de la muerte; en un tercer acápite entraremos a estudiar la acción hereditaria extracontractual del Código Civil y la acción hereditaria especial o atípica para víctimas del conflicto armado, especialmente en relación a la formulación de las pretensiones, a los honorarios profesionales de los abogados y a los efectos de la cosa juzgada.

I. EL CONCEPTO DE ACCIÓN HEREDITARIA

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha definido la acción hereditaria:

“[...]cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido. (...) Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, (...) Se trata entonces de acciones diversas, por cuanto tienden a la reparación de perjuicios diferentes. La primera, puesta al alcance de los causahabientes a título universal de la víctima inicial, que se presentan en nombre del causante, para reclamar la indemnización del daño sufrido por éste, en la misma forma en que él lo habría hecho. La segunda, perteneciente a toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial, para obtener la satisfacción de su propio daño.”⁶

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia CS 084 de mayo 18 de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente 14415.

Por su parte, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo (1986, p.415), se ha referido a esta acción en los siguientes términos:

Como su nombre lo indica, la acción hereditaria está encaminada a que los herederos del fallecido cobren, en su condición de tales, los perjuicios sufridos por la víctima directa del daño, poco importa que esta hubiera iniciado o no la demanda de responsabilidad.

Para el ejercicio de la acción hereditaria ha de tenerse en cuenta que la herencia es una comunidad sobre una masa de bienes, y, como tal, cada heredero puede ejercer a favor de la herencia todas las acciones pertinentes sin que sea necesaria la concurrencia de todos los herederos; pueden demandar: uno solo, todos, o solo algunos."

Tenemos entonces que la diferencia palmaria entre estas acciones consiste en que en la acción personal quien sufre el daño es quien demanda su reparación, mientras en la acción hereditaria se pide la reparación del daño sufrido por el causante, quien por el hecho de la muerte transmite su derecho de demandar a sus herederos.

Esto tiene sentido en la medida que la muerte es un hecho jurídico que no extingue la obligación genérica de indemnizar cuando se irroga un daño a otra persona, ni las obligaciones contractuales, a menos que se haya estipulado así por las partes y que dicha estipulación sea jurídicamente válida.⁷

Debemos aclarar que en la acción hereditaria los herederos ocupan el lugar de la víctima y pueden pedir para la sucesión la reparación de todos los daños indemnizables sufridos por el causante, como puede ser el daño moral, el daño a la salud (antes llamado en la jurisprudencia administrativa daño fisiológico, a la vida de relación o de alteración a las condiciones de existencia), el daño al proyecto de vida, el daño patrimonial en las modalidades de daño emergente y el lucro cesante y lo el daño fuente o evento que viene abriéndose camino en la jurisprudencia nacional.⁸ Lo mismo ocurre en lo que concierne a las acciones contractuales que hubiese podido pedir el causante.

7 El artículo 1625 del Código Civil establece las formas de extinción de las obligaciones: convención, pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión. por la pérdida de la cosa que se debe, por la declaración de nulidad o rescisión, por el evento de la condición resolutoria y prescripción.

8 El daño fuente o evento tiene su génesis en la doctrina italiana y en términos muy generales puede entenderse como el daño irrogado a un derecho en sí, a diferencia del daño consecuencia que es lo que tradicionalmente se ha indemnizado en nuestro ordenamiento jurídico, como son los perjuicios morales y materiales para los familiares de la víctima directa. La indemnización de este rubro ha sido constante y pacífico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Así, en todas las sentencia de la Corte, además de los perjuicios morales y materiales irrogados a los familiares de la víctima, se determina una indemnización para la persona fallecida por la vulneración

El presupuesto de la acción hereditaria es la existencia de una sucesión, esto es, la muerte de una persona respecto de la cual, en virtud del artículo 1013 del Código Civil se defiere de manera inmediata o condicional, la herencia o legado. No debemos confundirla con el concepto procesal, que se refiere al trámite liquidatorio notarial o judicial de sucesión.⁹

También es importante reseñar que la acción hereditaria y la acción personal pueden acumularse perfectamente, pues nada se opone a que el heredero pretenda en el mismo juicio la reparación de los daños irrogados a su causante y la reparación de los propios. Sin embargo, esto que tiene que ver con el concepto de simple economía procesal, no era posible cuando del contrato de transporte se trataba. En efecto, el artículo 1006 del Código de Comercio¹⁰ establecía la inviabilidad de acumular en un mismo proceso la acción contractual y la extracontractual, lo cual sí era posible en los demás contratos en los cuales se pretendiese la existencia de ambos regímenes de responsabilidad. Afortunadamente, esta norma absurda, en nuestro sentir, dejó de regir a partir del primero de enero de 2014, en virtud del artículo 626 literal c) en concordancia con el 627 numeral 6 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

Habría que aclarar además que mientras estuvo vigente, la norma del Código de Comercio prohibía la acumulación procesal de ambas acciones, más no el ejercicio simultáneo o sucesivo de las mismas; esto es, nunca prohibió el pago de los perjuicios irrogados tanto en calidad de heredero como a título personal.

Adicionalmente, la acción hereditaria también puede ejercerse en el transcurso de un proceso ya iniciado por el causante a partir de la denominada sucesión procesal que consagraba el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), pues si un litigante fallece, el proceso podrá continuar con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador. Esta norma fue sustituida por el artículo 68 del Código General del Proceso, conservando la misma filosofía que la disposición anterior.

de su derecho a la vida, aunque su muerte haya sido instantánea. Esta reparación se reparte según las reglas de la sucesión o bien puede la sentencia establecer el orden de distribución.

9 *Artículo 1013 del C.C.*

10 *El artículo 1006 original del Código de Comercio establecía: Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.*

Cuando el cónyuge puede ejercer la acción hereditaria debe entenderse que, por aplicación del principio de igualdad, se extiende al compañero (a) permanente e incluso a la pareja del mismo sexo.¹¹ Sin embargo, el cónyuge según la legislación civil no está llamado a suceder sino hasta el segundo o tercer orden hereditario, situación que puede generar inconvenientes. Por ejemplo, en el caso de la destrucción de un bien adquirido en vigencia de la sociedad conyugal y que está en cabeza del causante, el cónyuge de un segundo matrimonio en el que no se procrearon hijos, estaría en una situación muy desfavorable frente a los hijos del primer matrimonio del causante, si existieren.

Evidentemente ésta persona tiene interés en el proceso a partir de la cuota parte que le correspondería en la sociedad conyugal, sin embargo, no está llamada a suceder y por lo tanto no podría acudir en principio a la figura del artículo 2342 del CC.

Pensamos que en este caso la persona afectada debe iniciar el proceso liquidatorio de sucesión y ante la inexistencia del bien que pertenecía a la sociedad conyugal o patrimonial debe pedir que se le adjudique el derecho de acción en la cuota que le corresponda y demandar posteriormente, pero no ya como heredero sino a título personal, conforme al artículo 667 del Código Civil en concordancia con el artículo 1781.¹²

En el ejemplo citado, si el causante ya había iniciado la demanda de responsabilidad civil y muere en el transcurso del proceso, parece que el cónyuge, compañero (a) o pareja del mismo no tendría opción de hacerse parte del mismo, pero como la sentencia no produciría efectos frente a él, podría demandar de manera independiente su propio daño.

Ahora bien, situación diferente se presentaría si el cónyuge, compañero (a) o pareja del mismo sexo tuviese derecho a la porción conyugal,¹³ caso en el cual tendría

11 Esto en virtud de la ratio decidendi de la sentencia C-238 de 2012, que declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del C.C.

12 Artículo 1781 del C.C. COMPOSICION DE HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL El haber de la sociedad conyugal se compone:

[...]

4.) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiere; quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

5.) De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

6.)....

13 Esto conforme a la sentencia C-283 de 2011 de la Corte Constitucional que declaró condicionalmente exequibles los artículos 1016 -5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil.

derecho a la legítima rigurosa de uno de los descendientes, en caso de haberlos, o la cuarta parte de los bienes del difunto en todos los demás órdenes de sucesión. Ello porque, en nuestro concepto, el artículo 1236 del Código Civil lo habilita para que sin ser heredero en sentido estricto, pueda hacer uso de la acción hereditaria no solo extracontractual sino contractual.

Quisiéramos mencionar además que la calidad de heredero puede demostrarse de varias formas; al respecto, la jurisprudencia ha precisado:

(...) debe, pues, quien invoca el título de heredero, aportar copia del testamento, debidamente registrada, en que se le instituyó asignatario, o copia de las actas del estado civil que demuestran su parentesco con el difunto, vínculo que se deriva su derecho sucesorio, pues como lo estatuye el artículo 1298 del Código Civil, la herencia queda aceptada expresamente por quien toma el título de heredero. También puede demostrarse esta calidad, con copia del auto dictado dentro del respectivo proceso sucesorio, en que se haya declarado que se le reconoce esta calidad a la persona que la invoca.¹⁴

Hay que aclarar que las partidas eclesiásticas de nacimiento demuestran el parentesco para las personas nacidas antes del 26 de mayo de 1938, posterior a ello se requiere la respectiva copia del folio de nacimiento con la firma de reconocimiento si se trata de hijos extramatrimoniales o el registro civil y el registro civil de matrimonio para hijos concebidos dentro del matrimonio; adicionalmente el testamento, la copia del auto que reconoce la calidad de heredero, la copia del trabajo de partición y adjudicación y la sentencia aprobatoria de la partición también prueban tal calidad.

En el último caso, cuando la sentencia de sucesión está en firme, el heredero deja de serlo y adquiere el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada en el caso de los bienes muebles no sujetos a registro, en los demás casos, trátese de muebles o inmuebles sujeto a registro, se requiere la tradición para ser dueño.

Sin embargo, si a una persona a se le adjudica mediante sentencia un predio en el cual fueron destruidos unos cultivos del causante (inmuebles por adhesión), deberá acudir a la acción hereditaria para pedir la reparación, así demande después de haber realizado el registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del bien y aunque haya desaparecido la universalidad jurídica sobre la masa de bienes del causante, pues el daño se causó cuando el bien era propiedad de este y lo que subsiste en el derecho de acción.

14 Sentencia T-917 de 2011 de la Corte Constitucional, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-3.146.065. Cita para el efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, mayo 13 de 1998, Exp 4841 y la Sentencia de Octubre 13 de 2004, Exp 7470, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Nuestra normatividad civil establece dos formas de sucesión por causa de muerte; quien hereda a título universal se denomina heredero; quien hereda a título singular se denomina legatario. Por lo anterior surge la duda en relación a la posibilidad de que un legatario haga uso de la acción hereditaria para ejercer los derechos que hubiese podido ejercer el causante. Por ejemplo, cuando el bien dejado como legado ha sufrido juicios por evicción o redhibitorios. Obviamente el legatario podrá acudir a pedir el saneamiento, ¿Pero debe hacerlo mediante la acción personal o la acción hereditaria?

Cuando las normas civiles autorizan a los herederos para ejercer ciertas acciones judiciales, bien puede suceder que utilice el término en sentido lato, quedando incluidos los legatarios en el concepto; contrario sensu, podríamos pensar que los excluye, dado que el legatario se limita a adquirir un activo y puede considerarse un acreedor de la sucesión.

La clave de la solución a este punto la encontramos en los artículos 1011 y 1120 del Código Civil, que establece una clara diferenciación entre heredero y legatario, asimilando al segundo a un acreedor de la sucesión cuando su deuda solamente consta en el testamento, lo que da a entender la finalidad del legislador. Igual situación encontramos al hacer una lectura armónica de los artículos 1008, 1155 y 1162 del C.C. Así siempre será legatario, aunque se le llame heredero, a quien se asigne un bien en particular y heredero quien tenga derecho a una cuota parte de la masa de bienes.

Finalmente hay que señalar que no todos los derechos entran en sucesión, como los derechos reales personalísimos de Uso y habitación, que se extinguen con la muerte, y aquellos que tienen un régimen especial, verbigracia, las indemnizaciones de las pólizas de seguro, cuyos derechos se adquieren no por ser heredero sino beneficiario. Esto no quiere decir que si el causante no pueda transmitir el derecho al resarcimiento a sus herederos cuando se le ha causado un daño a uno de estos derechos, verbigracia, cuando se le impidió ejercer el derecho real de Uso, pues una cosa es el derecho en sí y otra el derecho al resarcimiento, que siempre se transmite.

II. La prueba de la muerte como presupuesto de la acción hereditaria

A. Acreditación de la muerte en la jurisprudencia nacional

La muerte del causante pareciera ser un presupuesto de perogrullo cuando de acciones hereditarias hablamos, pues a raíz de dicho acontecimiento se defiere de manera inmediata o condicional la sucesión a los herederos, independientemente

del conocimiento que estos tengan de tal situación.¹⁵ Sin embargo, es importante diferenciar cuando la ley se refiere al concepto de sucesión en términos sustanciales (artículo 1013 del C.C.), y cuando en términos adjetivos, esto es, al proceso notarial o judicial de sucesión.

A su vez es importante señalar que el artículo 5 del Decreto 1260 de 1970 establece que los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas requieren la solemnidad de la inscripción en el respectivo registro civil, por lo que en principio la muerte solo puede ser probada mediante este documento; no obstante, la jurisprudencia ha morigerado dicha exigencia en ciertos eventos.

En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que era viable ordenar la reparación a los familiares de una víctima civil que falleció en medio de un enfrentamiento entre la fuerza pública y la guerrilla, aunque no se aportó al proceso el respectivo registro civil de defunción. Para la corporación existen razones constitucionales que justifican limitar los alcances del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970,¹⁶ pues la exigencia de dicha formalidad afectaría el derecho de los demandantes a la reparación del daño sufrido, al debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal porque la ausencia de dicho documento no es imputable a los demandantes dado que dicho registro no existe y, ante tal circunstancia, también era inútil acudir a las facultades oficiosas que la ley atribuye al juez en materia probatoria. Por ello, se valoraron las pruebas testimoniales y documentales que acreditaban el fallecimiento.

En la misma providencia se reseñó que el estado civil y “*concretamente la muerte de una persona, puede probarse mediante certificación expedida por cualquier autoridad pública –distinta a aquella legalmente encargada de la inscripción en el registro civil– que tenga conocimiento del hecho, en aquellos casos en los cuales no se tiene copias del registro civil respectivo por razones no imputables a la parte interesada en que se prueba el fallecimiento. Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido como prueba suficiente del fallecimiento de una persona determinada alguno de los siguientes documentos: (i) acta del levantamiento del cadáver; (ii) constancia de defunción suscrita por el médico tratante; (iii) informe oficial elaborado por una autoridad pública.*”

15 Artículo 1013 del C.C.

16 Sentencia del Consejo de Estado del 22 de marzo de 2012, radicado 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, actor: Inés Domicó Domicó contra Ministerio de Defensa- Ejército.

El fallo aludido cita la posición de la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁷, el cual *“ha señalado –aunque no de forma unánime– que cuando es necesario establecer el parentesco para extraer de allí consecuencias jurídicas distintas a las propias del estado civil, la ausencia –por motivos de fuerza mayor– del correspondiente folio o partida del registro civil puede suplirse con otros medios probatorios debido a que el ámbito de las relaciones familiares es distinto al supuesto correspondiente al estado civil”*

En conclusión, es posible valorar pruebas supletorias de la muerte o del estado civil de las personas cuando quien tiene la carga de probar estos supuestos no lo consiguió por razones que no le son imputables; cuando se aduzcan para extraer de allí consecuencias distintas a las propias del estado civil, o incluso si ello es lo que se pretende, cuando existen razones constitucionalmente imperiosas que lo justifiquen, como amparar transitoriamente un derecho fundamental como la salud o el debido proceso.

En el caso de las demandas de responsabilidad del Estado, de vieja data se ha aplicado para el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales en cualquiera de sus denominaciones el criterio de tercero damnificado o perjudicado y la prueba solemne del parentesco no hace más que habilitar la presunción de afectación, por lo que en caso de no existir dicha prueba bien puede acudir a los otros medios probatorios.

En relación a la acreditación de la muerte existen matices adicionales sobre todo si se tiene en cuenta la complejidad de la situación de los derechos humanos en Colombia y la dificultad en ciertas zonas del país para acceder a las oficinas que cumplen la función de registro civil, por lo que en la práctica, en muchas regiones del país la población campesina sigue utilizando las partidas de bautismo y defunción como pruebas del nacimiento y de la muerte de las personas.

En algunos casos litigados ante la jurisdicción contenciosa se negaban las pretensiones de la demanda por no acreditar el daño (muerte) con el respectivo registro civil, no obstante existir abundante prueba testimonial sobre la ejecución de una persona y la respectiva partida canónica de defunción. Esta circunstancia evidentemente iba en detrimento del derecho al acceso de mecanismos de protección

17 Sentencia del 22 de enero de 2008; rad. 2007-00163-00(PI). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Sentencia del 1 de diciembre de 2008; rad. 2007-00820-01. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Decisiones proferidas en procesos de pérdida de investidura por relaciones de parentesco como causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo de congresista o diputado. En estos casos no se aportaron al proceso los registros civiles que acreditaban las inhabilidades por razones de fuerza mayor (destrucción y desaparición de los archivos correspondientes); sin embargo se accedió a la pérdida de la investidura en ambas demandas.

judicial efectiva, pues las víctimas cargaban con la ineficiencia del Estado, ya que las autoridades en ocasiones no hacían presencia en el sitio de los hechos, ni se realizaba la diligencia de levantamiento del cadáver, lo que impedía no solo la inscripción de la muerte sino el acceso a la reparación de las víctimas. Afortunadamente en la última década se ha empezado a construir un nuevo paradigma en el cual priman los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos sobre cualquier tipo de disposición formalista.

B. La acreditación de la muerte para el ejercicio de la acción hereditaria en la Ley de Víctimas

En la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, encontramos aspectos interesantes que podrían incidir en la conceptualización de la acción hereditaria.¹⁸ En efecto, las víctimas del conflicto armado interno por hechos ocurridos entre enero de 1985 y el 10 de junio de 2021 son beneficiarios de esta normatividad transicional y pueden demandar la reparación administrativa y la restitución jurídica y material de los predios despojados y abandonados por acción de los grupos armados, pero en este último caso solo cuando el despojo o abandono se produjo con posterioridad al primero de enero de 1991.

Respecto al tema de la restitución de tierras el artículo 80 de la ley establece que la legitimación para demandar está en cabeza de los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos que hayan sido despojados de predios o que se hayan visto obligados a abandonarlos por los hechos victimizantes de que trata el artículo tercero de la ley, como también su cónyuge, compañero(a) permanente con quien se convivía al momento en que ocurrió el despojo o el abandono forzado.¹⁹ Creemos además que esta disposición debe aplicarse por principio de igualdad a la pareja del mismo sexo, pues no hay razón para excluirlos conforme a la *ratio decidendi* de la sentencia C-238 de 2012, ya reseñada.

18 La Ley de Víctimas y Restitución reconoce los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del conflicto armado interno en Colombia, los cuales se hacen efectivos por medio de diversas medidas compensatorias como la reparación por vía administrativa, la restitución de tierras y vivienda en las modalidades de equivalencia o compensación, los planes de condonación de impuestos y créditos, etc. En un segundo grupo encontramos lo que se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia internacional, las garantías de no repetición y las medidas de satisfacción, aunque muchas de ellas comparten esa doble dimensión; encontramos allí la sanción penal a los responsables de los hechos, el desmantelamiento de grupos armados, la búsqueda de la convivencia nacional, el esclarecimiento de la verdad histórica, los actos de dignificación de la memoria de las víctimas y reparaciones simbólicas en general.

19 La legitimación por activa del cónyuge o compañero (a) no requiere que el propietario o el poseedor del predio falte, lo que en principio los pone en igualdad de condiciones y podría generar conflicto de intereses, como sucedería cuando uno de ellos pida la restitución efectiva y el otro por compensación.

El aspecto interesante para lo que toca con la acción hereditaria se empieza a esbozarse en el inciso tercero del artículo citado que dice:

Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos.

Esta hipótesis puede operar de varias formas: 1. Cuando muere el despojado directo y le sobrevive el cónyuge o compañero (a) permanente; 2. Cuando muere el cónyuge o compañero (a) permanente y sobrevive el despojado directo y, 3. Ambos mueren.

En estas tres hipótesis estaríamos frente al ejercicio de la típica acción hereditaria, la cual podría confluir de manera simultánea con la acción personal en las dos primeras hipótesis y el heredero podrá pedir, en principio, la restitución del predio para la sucesión y el cónyuge o despojado directo para sí, dado que la ley les otorga legitimación por activa de manera autónoma. Esto, que en principio pudiera crear inconvenientes, tiene solución, como veremos más adelante, en las facultades que la ley le otorga al juez de restitución y en el contenido del fallo.

La acreditación de la muerte se hará mediante el respectivo registro civil de defunción, o en su defecto, conforme a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, con las pruebas supletorias pertinentes.

Sin embargo, la norma trae una disposición verdaderamente novedosa y podría considerarse un cambio de paradigma en lo que se refiere a la legitimación por activa y la necesidad de acreditar la muerte para el ejercicio de las acciones hereditarias. En efecto, en la hipótesis de la desaparición forzada del despojado directo, su cónyuge o compañero (a) permanente, o pareja del mismo sexo, la norma habilita a sus herederos para ejercer la acción de restitución de tierras, esto es, no se requiere probar el hecho de la muerte para que los llamados a suceder puedan pedirla, pues bastará probar la desaparición bajo el esquema de presunción de buena fe de las víctimas y de libertad probatoria. Entonces, la respectiva denuncia penal o la prueba testimonial sobre la desaparición serán suficientes para habilitar la legitimación por activa de los herederos; pero, ¿Para quién debe pedir la persona llamada a suceder? ¿Para el desaparecido?, ¿Para él a título personal?, ¿Para la sucesión de quien no se sabe si ha muerto?

La finalidad de la norma es la protección del derecho fundamental de restitución y reparación de las víctimas de estas conductas delictivas, quienes no tendrán que iniciar tediosos procesos de presunción de muerte, los cuales implican gastos de publicaciones en la prensa y radio, pago de curadores y gestiones que en la mayo-

ría de los casos se han constituido en un obstáculo para el acceso a la reparación administrativa y judicial de estas personas en estado de vulnerabilidad manifiesta.

Podría pensarse que se trata de una acción hereditaria atípica y en tal caso cualquier heredero del desaparecido (a) estaría facultado para demandar al igual que se hace según el artículo 2342 del Código Civil. Sin embargo, desde el punto de vista de la lógica jurídica sería difícil concebir que los herederos del desaparecido actúen a favor (no en representación) de una sucesión que posiblemente no existe, más si tenemos en cuenta que el patrimonio es un atributo de la personalidad, potencial, inseparable e inalienable que solo termina con la muerte de la persona, al menos desde el punto de vista de las tesis subjetivistas.

Otra explicación podría hallarse afirmando que por el imperativo de la ley se otorga a los herederos una especie de representación de quien está ausente mientras dure su ausencia, caso en el cual estaremos bajo una hipótesis diferente a la acción hereditaria. Sin embargo, esto no se ajustaría al fin de la ley, cual es solucionar definitivamente la situación de los inmuebles objeto de despojo y abandono, pues los representantes herederos no tendrían facultad de disposición mientras no asuman un proceso de presunción de muerte.

Por lo anterior, optamos por la tesis de la acción hereditaria atípica y entramos a estudiar los efectos de dicha postura.

III. Efectos del nuevo paradigma de las acciones hereditarias

A. En la formulación de las pretensiones

La acción hereditaria toca también de manera muy estrecha con el concepto procesal de legitimación por activa. Al respecto el profesor Juan Carlos Henao (1998, pp 108-109) ha dicho:

“[...] pues por ejemplo, en el evento en el cual se haya destruido un automóvil que pertenecía a la hija fallecida, “los demandantes, en condición de padres con la cual comparecen al proceso, no sufren daño alguno por la destrucción del bien de cuya propiedad es titular su hija mayor de edad.” Esta solución jurisprudencial se explica porque “quien adquiere derechos herenciales no los puede radicar en un bien determinado, pues ellos vinculan a la comunidad que se forma con motivo de la muerte del causante”, por lo que debe entonces pedir a nombre de dicha comunidad, salvo que se haya realizado la partición de bienes de la sucesión, momento en el cual debe pedir en nombre propio.

La solución jurisprudencial que se ha estudiado es igual cuando existe, en general, una comunidad, en la que sus miembros no pueden pedir a título personal, porque “si las comuneras no elevaron las pretensiones indemnizatorias a favor de la comunidad y sí a nombre propio, se impone revocar la sentencia y en su lugar denegar las súplicas de la demanda por falta de legitimación por activa.”

No obstante lo anterior, consideramos que en el proceso especial restitución de tierras despojadas y abandonadas no importa realmente como pida el heredero de la persona fallecida o desaparecida, como se explicó anteriormente; bien puede hacerlo para la sucesión, a título personal en relación a la cuota parte del derecho que le correspondería en el predio o para sí en su totalidad. Esto que en un proceso civil o contencioso administrativo daría al traste con la demanda, no tiene mayor importancia en este procedimiento, dado que la ley le otorga facultades superlativas al juez que no ha tenido ninguno otro en la tradición jurídica del país. No obstante, creemos que en la hipótesis de desaparición forzada se deberán tomar las medidas pertinentes en caso de aparecer con vida la víctima directa.

Según el artículo 89 de la ley 1448 de 2011, el Juez de restitución de tierras puede proferir fallo tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas; según el artículo 91 tiene competencia para solucionar absolutamente todos los aspectos jurídicos del predio, incluso los relacionados con trámites administrativos o notariales que lo afecten; para ello, en la sentencia se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación (en caso de baldíos) del predio objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar a favor de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa; sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas cuando sea imposible restituirlo al demandante y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica, entre otras.

Independientemente de la constitucionalidad de algunas de las disposiciones anotadas, nada se opone en nuestro concepto a que el juez de restitución pueda y deba solucionar los conflictos entre los herederos que solicitan la restitución, pudiendo adjudicar para el efecto las cuotas partes, hacer la partición y en general, como dice la ley, resolver sobre absolutamente todo lo relacionado con el predio cuya restitución se solicita.

Pero adicionalmente hay que tener en cuenta, como ya subrayamos, el aspecto transicional de la ley, la cual tiene como finalidad principal servir de mecanismo para la superación del conflicto, por ello todos los obstáculos formales y aún sus-

tanciales que se presenten deben ser subsanados y corregidos por el juez siempre en aras de la aplicación del derecho material.

Sin embargo, el inciso tercero del artículo 80 de la Ley 1448 de 2011, ya citado es, al menos, inequitativo al otorgar legitimación por activa para demandar la restitución de tierras a los herederos del despojado directo, de su cónyuge o compañero (a) o pareja del mismo sexo sin entrar a diferenciar entre los herederos en los que confluye la condición de víctimas de aquellos que no lo son. Piénsese en el caso de un matrimonio que tuvo que salir de su predio con sus hijos por el fenómeno de la violencia y posteriormente se separan, procreando uno de ellos hijos con una pareja posterior. Al morir cualquiera de ellos quedarían en igualdad de condiciones los herederos que fueron víctimas del despojo o abandono con aquellos que nacieron posteriormente, y en tal caso ambos pueden solicitar la restitución del bien incluso con pretensiones contradictorias.

Y es que según el artículo 72 de la ley de víctimas solo existen tres posibilidades de restitución: la jurídica y material, la restitución por equivalencia y la compensación económica, esta última solamente en caso de no ser posibles las dos primeras. Adicionalmente, el despojado o la persona obligada al abandono forzado de sus bienes no podrá optar a voluntad por esta última modalidad.

La restitución por equivalencia solo es viable cuando el inmueble a restituir se encuentre en zona de alto riesgo de inundación o de desastre natural; cuando haya sido restituido a otra víctima despojada del mismo bien; cuando la restitución efectiva implique riesgo para la vida o la integridad personal o familiar del despojado y cuando a raíz de la destrucción parcial o total del bien sea imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.

Creemos que en este caso deben primar las pretensiones de restitución de quienes tienen la doble condición de víctimas y herederos, al menos cuando de la restitución por equivalencia o material se trate, pues en el caso de la restitución por compensación simplemente se haría el reparto de acuerdo a las cuotas hereditarias.

B. En relación a los honorarios profesionales

La acción hereditaria no requiere el acuerdo previo de todos los herederos para su ejercicio, ni acuerdo sobre la forma en que va a administrarse la masa de bienes; TAMAYO JARAMILLO (p. 415), en relación al tema dice:

“Para el ejercicio de la acción hereditaria ha de tenerse en cuenta que la herencia es una comunidad sobre una masa de bienes, y, como tal, cada heredero puede ejercer a favor de la herencia todas las acciones pertinentes, sin que

sea necesaria la concurrencia de todos los herederos; pueden demandar: uno solo, todos, o solo algunos. Eso sí, al demandante en ejercicio de la acción hereditaria, en la demanda se debe expresar con absoluta claridad que se actúa en calidad de heredero, y reclamando el perjuicio que sufrió el causante. Puede ocurrir que un solo heredero reclame todo el perjuicio sufrido por el causante, y que los otros herederos no concurran al proceso. En tal caso, el pago que haga el responsable del daño es perfectamente válido y el heredero que cobró será responsable ante los demás, según las reglas de la comunidad y de la partición en el proceso de sucesión.”

Esto es acorde al concepto de sucesión como comunidad a título universal (Cardona Hernández, 2004, p. 267)

“Si al fallecer el causante existen varios herederos, al ser considerada l'a herencia como una universalidad, es decir, un conjunto de derechos patrimoniales que pertenecían al causante, los causahabientes, son todos titulares el derecho de herencia, universalidad jurídica. Surge entonces, al abrirse la sucesión, entre todos los herederos, la comunidad a título universal sobre una cosa incorporal, sobre una universalidad de bienes, que es lo que diferencia la comunidad hereditaria de la comunidad ordinaria.

Al no existir titularidad de derechos sobre cada uno de los bienes determinados, surge para los herederos la facultad, no de actuar en representación de la sucesión, pues esta no es una persona jurídica, sino en calidad de heredero pidiendo para la sucesión. Adicionalmente, en el transcurso del tiempo pueden surgir tanto activos como pasivos nuevos para esta comunidad de bienes, los cuales pueden ser producto del giro ordinario en la administración de los mismos, de acciones judiciales o extra-judiciales que resulten favorables, de la pérdida o destrucción de cosas, entre otras.

Estos activos y pasivos son diferentes a los de la sucesión, los cuales existen hasta el momento de la muerte, aunque se ha considerado que hay gastos posteriores que pueden incluirse dentro del pasivo como ocurre con los gastos funerarios, gastos de publicación del testamento y honorarios de albacea y secuestre.

El artículo 2322 C.C. regula la administración de la comunidad universal llamada herencia, de donde se colige que el activo y el pasivo pueden ser variables, lo que en todo caso faculta al administrador a realizar todos los actos acordados con los demás herederos y en caso de no existir acuerdo, podrá este hacer todos los actos que pertenezcan al giro ordinario del negocio, como pagar deudas, adquirir materia prima, etc.; pero también podrá ejercer todas las acciones judiciales como perseguir en juicio a los deudores o a aquellos que han irrogado daños, ejercer acciones posesorias, contractuales, y en general todas las que existan. Empero esta facultad no es exclusiva del administrador y consideramos que en caso de este no ejercerla lo podría hacer cualquiera de ellos.

Por su parte, Lafont Pianetta (2010, p. 397) afirma que:

...los nuevos derechos y obligaciones que surjan con ocasión de la administración de la comunidad herencial no entran a formar parte de esta para efectos de su liquidación dentro del proceso de sucesión, ya que solamente se tiene en cuenta el estado de aquel patrimonio al momento de la muerte del causante. Con todo, en tales activos y pasivos también se presenta una comunidad derivada de la administración de la herencia. Lo relativo a los frutos, de los cual hablamos, nos demuestran nuestra afirmación (art. 2328 C.C.). En cuanto a las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el comunero que los contrajo; el cual tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella...”

Adicionalmente, no se puede perder de vista que la administración de la herencia se hace conforme a las reglas del cuasicontrato de comunidad y según el artículo 2324 del Código Civil establece que cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias.

Entonces, los gastos como honorarios profesionales de los abogados o de cualquier otro profesional, gastos necesarios de mantenimiento y conservación, gravan la masa hereditaria y cada uno de los herederos es obligado al pago de dichas deudas hasta concurrencia de su cuota hereditaria. Por ello, cuando un abogado, con poder de uno solo de sus herederos recupera el valor del bien perdido, sea en una acción contractual o extracontractual, puede cobrarle a quien le dio el poder la totalidad de los honorarios pactados y el heredero está facultado por la ley para hacer dicho pago aunque el mismo exceda lo que le correspondería en su cuota parte. Si hace el pago con bienes propios podrá cobrar a los otros herederos en proporción a sus cuotas, pero si hace el pago con parte del bien recuperado o con la indemnización obtenida puede con este pagar de allí la totalidad de los honorarios, caso en el cual cada heredero quedará directamente gravado con el pasivo en su cuota parte.

Por ejemplo, mediante la acción hereditaria por responsabilidad civil extracontractual (artículo 2.342 del C.C.) un heredero obtiene la indemnización por la pérdida de un bien de la sucesión en valor de 800 millones de pesos y había pactado honorarios a cuota litis en un 40% del valor del bien recuperado, siendo ocho herederos en total. Aquel que otorgó poder puede recibir el pago total sin concurrencia de los demás y puede hacer el pago de honorarios, en este caso por valor de 320 millones de pesos, aunque su octava parte es excedida en mucho por este pago. Deberá también responder a los otros herederos entregándoles su octava parte disminuida en la octava parte de los honorarios pagados.

Esto se aplica en principio a toda clase de procesos, pero hay que tener en cuenta que en los procesos especiales de víctimas de violaciones a los derechos humanos regulados por la Ley 1448 de 2011, el párrafo primero del artículo 44 dispone:

PARÁGRAFO 1o. Cuando las víctimas voluntariamente decidan interponer recursos de tutela o acudir a la justicia contencioso administrativa, para obtener una reparación o indemnización por el daño sufrido, los apoderados o abogados que las representen en el proceso no podrán, en ningún caso, recibir, pactar o acordar honorarios que superen los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el caso de las acciones de tutela, o de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo la suma que sea acordada como cuota de éxito, cuota litis, o porcentaje del monto decretado a favor de la víctima por la autoridad judicial. Lo anterior tendrá aplicación independientemente de que se trate de uno o varios apoderados e independientemente de que un proceso reúna a varias víctimas.

Mediante sentencia C-609 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible la norma acusada; para ello tuvo en cuenta que las víctimas son en su mayoría las personas más vulnerables de la población; hizo una ponderación del carácter transicional de la ley, su vigencia temporal de diez años y los derechos y deberes de los abogados en un Estado Social de Derecho.

Entonces, cuando un heredero en ejercicio de una acción personal o de una acción hereditaria en favor de la sucesión de una persona víctima del conflicto armado interno mediante cualquiera de los medios de control que establece la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instaura una demanda en contra del Estado, el apoderado debe tener en cuenta que sus honorarios se verán limitados por esta norma independientemente de la cuantía de la demanda.

En los demás casos, esto es, cuando se pretende resarcimiento en procesos en los cuales no se invoca la calidad de víctima del conflicto armado o esta circunstancia no tiene nexo de causalidad con el objeto de litigio se sigue aplicando la regla general en relación al cobro de honorarios, esto es, el porcentaje pactado a cuota litis, mixto o anticipado. En el primer caso, al no existir norma legal que limite el cobro de honorarios en Colombia, la jurisprudencia ha sostenido que dicha cuota no puede exceder del 50% del valor de lo obtenido y en todo caso debe tenerse como criterio auxiliar la tarifa de honorarios que fijan los colegios de abogados.

C. Frente a la Cosa Juzgada

La sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la institución de la cosa juzgada en estos términos:²⁰

A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem”, y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, plena eficacia jurídica, es por ello que la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado.

Al respecto, esta Sala ha precisado lo siguiente:

“Es claro que si se trata exactamente de las mismas partes que actuaron en el proceso anterior y que actúan en el nuevo, entonces sin duda se cumple este requisito, pese a que la norma lo que exige es la “identidad jurídica de partes”, lo que denota que físicamente no tienen que ser necesariamente las mismas personas. No se trata, pues, de una identidad física, sino jurídica. Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso. La identidad de causa se refiere a que las razones fácticas por las cuales se demanda sean las mismas. De manera que cuando la causa de la demanda es la misma, se configura este tercer supuesto de la cosa juzgada. De no ser exactamente así, el proceso es diferente y no se configura esta institución procesal.”

Si observamos los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil; 175 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984); 303 del Código General del Proceso y 189 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), vemos que en todos ellos se exigen tres requisitos para que opere la cosa juzgada: coincidencia jurídica de las partes, identidad de causa petendi e identidad de objeto. Adicionalmente debe haber una decisión de fondo en firme que resuelva el litigio en esos tres aspectos.

20 Sentencia de octubre 19 de 2007, expediente 29.273, MP Enrique Gil Botero.

Cuando uno o algunos herederos ejercen una acción hereditaria para el resarcimiento de los perjuicios causados a su causante, el fallo la vincula a la sucesión y no podría un heredero diferente intentar un nuevo pronunciamiento sobre los mismos hechos y con el mismo objeto.

Sin embargo, otros herederos podrán reclamar para la sucesión el resarcimiento del perjuicio ocasionado por el hecho dañoso siempre y cuando no haya sido pedido en el proceso inicial; por ejemplo, A en calidad de heredero de la sucesión de X demanda al Estado el pago de los perjuicios materiales causados por la destrucción de un inmueble que pertenecía al causante, mediante sentencia condenatoria el estado es obligado a pagar el valor del inmueble a la sucesión de marras. Por su parte, el heredero B demanda al Estado en proceso aparte para que pedir el perjuicio moral sufrido por el causante por la destrucción del mismo bien.

Aunque en el proceso inicial era posible pedir tanto el perjuicio moral como el material sufrido por el causante, nada obsta para que en nuestro ordenamiento se pueda hacer de forma simultánea en dos procesos diferentes o aún en un proceso posterior. Aunque ambos procesos hayan sido iniciados por herederos diferentes, hay identidad jurídica de las partes en contienda, pues ambos actúan en calidad de herederos de la sucesión X; sin embargo, aunque los hechos y los fundamentos de derecho que se invocan en la demanda son los mismos, el objeto es diverso, pues en el primero se pretende el pago del perjuicio material y en el segundo el del moral sufridos el causante.

En otros ordenamientos como el español ello no sería posible pues existe la regulación de cosa juzgada virtual, a la cual se refiere Cifuentes Smolko (2013, pp. 17-19), relacionándola con conceptos como la eficacia procesal, economía procesal en nuestros términos, y la libertad de las partes para determinar el objeto del proceso:

Cuando nos hemos referido a lo largo de esta investigación a la cosa juzgada hemos aludido a que ésta es aquella que se entraña tanto a partir de lo deducido y resuelto en un proceso como de lo deducible y no resuelto, pero a partir de esta aseveración nos parece oportuno hacer mención a la distinción que realiza De Padura, el autor señala la necesidad de discernir si la cosa juzgada cubre: Lo deducido en el proceso y resuelto en la sentencia; lo deducido y no resuelto; o no deducido y resuelto; y por último lo no deducido y no resuelto, esto es lo deducible.

... Serra Domínguez identifica por cuestiones no deducidas pero deducibles, aquellas que guarden un profundo enlace con el objeto principal del proceso, afirmando que éstas deben estar protegidas por la cosa juzgada: tanto si han sido resueltas, como si no habiendo sido objeto de resolución, pueden estimarse resueltas por

encontrarse comprendidas en el thema decidendum, para este autor son deducibles todos aquellos hechos constitutivos que formen parte de la misma relación jurídica y, desde el punto de vista del demandado, todos los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que hubiera podido oponer en el proceso terminado.

...De la Oliva Santos postula que lo sensato es hacer operativo el instituto de la preclusión aún admitiendo que los hechos del último proceso difieren de los anteriores y, con ellos, la causa petendi, quedará excluida la posibilidad de un segundo enjuiciamiento -por ser o deber ser-razonablemente conocidos en el momento procesal oportuno durante el primer pleito.

En conclusión, la cosa juzgada podría encerrar lo juzgado y aquello que pudiéndose alegar razonablemente no se alegó oportunamente. Consideramos no obstante, que dicha postura legal y doctrinal no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, cuando los herederos de una víctima de desaparición forzada pretenden recuperar los predios despojados o abandonados a aquella en ejercicio de la acción hereditaria atípica de que trata la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y después de culminado el proceso aparece dicha persona con vida, podría surgir alguna duda en relación a los efectos de cosa juzgada frente a ella; sin embargo, consideramos que las personas llamadas a sucederla ocupan su lugar y se cumpliría el supuesto de identidad jurídica de las partes, aunque desde el punto de vista teórico y doctrinal sea difícil aceptar tal postura, como ya se explicó anteriormente.

Sin embargo, no podemos dejar de lado que de igual manera se seguiría aplicando el principio general y esta persona podría demandar en un proceso posterior siempre y cuando haya una variación en el objeto o la causa petendi.

El juez de restitución de tierras tendrá en todo caso que tomar las medidas necesarias para proteger el vínculo de esta persona con el predio que haya sido restituido en cualquiera de sus modalidades, por lo que el tema a debatir sería la relación de esta persona con sus herederos.

IV. CONCLUSIONES

La acción hereditaria es aquella que se transmite a los herederos de una persona fallecida y los faculta para demandar por el incumplimiento de un contrato en que aquella hubiese sido parte, para ejercer las acciones genéricas en defensa del patrimonio de sus deudores o para demandar los perjuicios ocasionados cuando la víctima fallece como consecuencia de un acto lesivo.

La concepción de estas acciones no había variado prácticamente desde la expedición del Código Civil colombiano en 1887; así los herederos pueden ejercer la acción posesoria, la pauliana, la de simulación, la oblicua, la de responsabilidad extracontractual del artículo 2342 del Código Civil y en general pueden ocupar el puesto del causante en todas las relaciones jurídicas en las que este hubiese podido pedir, salvo aquellas restringidas por la ley.

Recientes decisiones del Consejo de Estado y algunas normas de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras nos hacen pensar que se ha pasado de una concepción estrictamente legalista a una que podríamos llamar sustancialista al menos cuando de víctimas del conflicto armado se trata; ello se evidencia en la morigeración probatoria que ha asumido el Consejo de Estado al aceptar pruebas supletorias de la muerte, cuando en la tradición jurídica de país se ha afirmado que esta solo puede probarse mediante el respectivo registro civil de defunción.

La Ley de Víctimas y Restitución otorga legitimación para demandar a los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos que hayan sido despojados de sus predios o se hayan visto obligados a abandonarlos por los hechos victimizantes de que trata la ley, como también a su cónyuge y compañero(a) permanente con quien se convivía al momento en que ocurrió el despojo o el abandono forzado y consideramos que a la pareja del mismo sexo, conforme a la ratio decidendi de algunas sentencias de la Corte Constitucional. Esta legitimación se extiende a los herederos de las personas anteriormente mencionadas en caso de muerte; sin embargo, lo novedoso en materia de acción hereditaria es que se otorga legitimación para demandar a los herederos de la persona desaparecida, lo que exonera a las víctimas de iniciar largos y costosos procesos de presunción de muerte. No obstante, a raíz de esto surgen dudas en relación a la forma de pedir la restitución, los alcances de las sentencias y para quien se debe pedir.

Ahora bien, el nuevo paradigma de las acciones hereditarias para quienes pretendan la restitución de sus predios se evidencia en la superación de la concepción tradicional de la legitimación por activa en cabeza de la masa de bienes del causante (sucesión), pues en este proceso especial no importa como pida el heredero; puede hacerlo para la sucesión, para el desaparecido, a título personal en relación a la cuota parte del derecho que le correspondería en el predio o para sí en su totalidad. Ello porque la ley le otorga facultades al juez, el cual debe superar todos los aspectos formales y aún sustanciales que impidan llegar a una solución de fondo en pro de los derechos de las víctimas.

No obstante, habrá que hacer ajustes legales y jurisprudenciales debido a que la norma otorga legitimación para demandar la restitución de tierras a los herederos sin diferenciar si adicionalmente fueron víctimas del conflicto o no, lo que toma

importancia debido a que puede haber discrepancia entre las pretensiones, pues la restitución puede ser material, por equivalencia y por compensación, modalidades que se excluyen entre sí.

Otro efecto de este nuevo paradigma de la acción hereditaria se observa en materia de los honorarios profesionales de los abogados que litiguen en procesos contencioso administrativos en contra del Estado y en favor de las víctimas del conflicto, pues aunque como en el régimen general, el apoderado puede cobrar a quien le dio el poder la totalidad de los honorarios pactados y el heredero está facultado para hacer dicho pago aunque el mismo exceda lo que le correspondería en su cuota parte, no se puede perder de vista que en este proceso especial se estableció un límite de honorarios de 25 salarios mínimos legales mensuales sin importar la cuantía del proceso y si se trata de acción personal o hereditaria.

Finalmente, consideramos que la regulación en materia de restitución de tierras no implica cambios respecto de la concepción tradicional de cosa juzgada, dado que cuando los herederos ejercen la acción para recuperar los predios despojados o abandonados en el caso de la desaparición forzada, esta persona queda vinculada por la sentencia en virtud de la ley aunque posteriormente aparezca con vida, cumpliéndose el supuesto de identidad jurídica de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

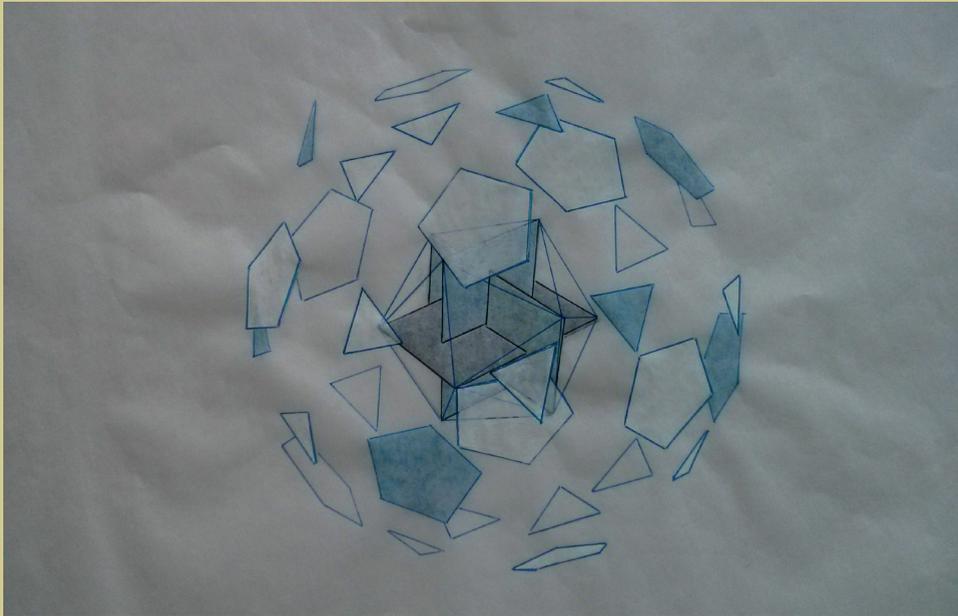
- CIFUENTES SMOLKO, Natalia Elizabeth. (2013). *Institución de la Cosa Juzgada Virtual frente al derecho de defensa (tesis de grado en derecho)*. Universidad Austral de Chile, disponible en <http://cybertesis.uach.cl> (04.01.2014).
- LAFONT PIANETTA, Pedro. (2010). *Derecho de Sucesiones, tomo I. Parte General*. 9a Ed. Bogotá: Librería Edicionesdel Profesional Ltda.
- CARDONA HERNÁNDEZ, Guillermo. (2004). *Tratado de Sucesiones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- HENAO, Juan Carlos. (1998) *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. (1986). *De la responsabilidad civil. Tomo II. De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Temis.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-917 (2011)*.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-283 (2011)*
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-609 (2012)*.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-238 (2012)*.

Consejo de Estado, *Sentencia 05001233100019980229001 (29273), octubre 19, 2007*.

Consejo de Estado, *Sentencia 23001233100019970844501 (22206), marzo 22, 2012..*

Corte Suprema de Justicia, *Sentencia CS 084, expediente 14415 (2005)*



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO. UN ACERCAMIENTO GENERAL*

* Resultado final de la investigación terminada: “Retos y oportunidades para el Sistema Universitario de Investigación –SUI- de la Universidad de Antioquia dentro del marco del Sistema de Propiedad Intelectual –SPI-.”, financiada por el CODI y la Rectoría de la Universidad de Antioquia, en el marco de la Convocatoria “Universidad y Educación Superior” en el año 2012, e inscrita ante Colciencias.

Equipo de investigación: Además de la autora, formaron parte del equipo de investigación las profesoras Olga Zapata Cortés, Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Patricia González Sánchez y los estudiantes pertenecientes al Semillero de Propiedad Intelectual de la misma facultad: Catalina Ocampo, Luna García, Ana I. C. Builes y Juan D. Murillo.

Fecha de recepción: agosto 20 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 3 de 2014

PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO. UN ACERCAMIENTO GENERAL

*Adriana María Restrepo Ospina***

RESUMEN

Las dinámicas sociales contemporáneas plantean retos importantes en materia de investigación e innovación que tocan el centro del accionar de las universidades, con especial énfasis en las de carácter público. Uno de esos desafíos radica en la definición de políticas sobre producción, gestión, apropiación y transferencia del conocimiento que en estas instituciones se produce. Y, de la mano con ello, surge la necesidad de cuestionarse temas de propiedad intelectual, especialmente en los espacios de intersección entre ésta y el accionar universitario. En este artículo se exploran estos conceptos, tratando de identificar los principales retos, desafíos y oportunidades universitarias actuales en materia de propiedad intelectual.

Palabras clave: propiedad intelectual, universidad, protección del conocimiento, investigación.

PROBLEMS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY IN THE ACADEMIC ENVIRONMENT. A GENERAL APPROACH

ABSTRACT.

The actual social dynamics states very important challenges in research and innovation issues that affects the core of the universities action, mostly in the public academies. One of this challenges is the policies about the definition, management, appropriation and transference of the knowledge produced in this universities. In the way with that, comes the necessity for seek in intellectual property issues in this intersection and the university actuate. This paper explores this concepts, trying to seek the principal challenges and the actual university opportunities in intellectual property matter.

Key words: intellectual property, university, knowledge protection, research.

* Abogada; Doctoranda en Derecho, Universidad de León; Magister en Filosofía; Especialista en Derecho Público-Administrativo y en Gerencia social. Profesora e investigadora. Grupo: Estado de Derecho y Justicia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Universidad de Antioquia UdeA. Calle 70 No. 52-21. Medellín. Colombia.

PROBLEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO UNIVERSITARIO. UN ACERCAMIENTO GENERAL

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales retos que enfrentan en la actualidad las universidades está relacionado con su quehacer respecto del conocimiento. Ello, en tanto el entorno en el cual estas instituciones se desempeñan es objeto en la actualidad de importantes cambios institucionales y normativos, así como los presupuestos básicos de su quehacer. Se podrían citar múltiples ejemplos de tales problemas, retos y necesidades, como la creciente exigencia de que estas instituciones ofrezcan soluciones científicas, tecnológicas o de carácter práctico para la resolución de diversos problemas de la economía y el mercado; su creciente papel en los escenarios de definición de políticas públicas y espacios de negociación de intereses sociales, con el consiguiente fortalecimiento de las relaciones universidad-empresa-estado, la intensa y creciente exigencia de productividad que se les plantea, entre otros, bajo el entendido de que: *“La triada universidad, Estado y empresa enfrentan hoy por hoy el desafío de erigir una sociedad del conocimiento justa y equitativa, orientada al desarrollo humano, que permita el acceso al conocimiento y que cuente a su vez con un sistema eficaz de protección y de incentivos a la actividad creadora y a la innovación, sin que éste se convierta en una barrera a la producción de conocimiento”* (Universidad Externado).

En este contexto, un tema clave resulta ser el de las políticas de protección, gestión y difusión del conocimiento que en estas instituciones se produce, especialmente las necesidades que al respecto se plantean desde el marco de la Propiedad Intelectual, como uno de los elementos condicionantes del entorno universitario que se están transformando rápidamente, llegándose incluso a estimar que *“... las normas de Propiedad Intelectual (IP), así como la Universidad, están ambas en ‘crisis’”*¹ (McSherry: 2001. 25).

1 “intellectual property law (IP) and the university are both ‘in crisis’”. (Todas las traducciones contenidas en este artículo fueron hechas de manera libre por la autora). En este trabajo se muestra cómo, la misma idea de crisis es una constante en el desarrollo mismo de la universidad moderna y de la propiedad intelectual, y

En Colombia, las universidades se encuentran en un entorno de transformación política y normativa que viene dirigiendo al país hacia una sociedad del conocimiento, en la cual *“el saber y el conocimiento son los parámetros que gobiernan y condicionan la estructura y composición de la sociedad actual y son, también, las mercancías e instrumentos determinantes del bienestar y progreso de los pueblos”* (Mateo: 2006. 145).

“Desde los años 70 el primer mundo descubrió que la riqueza de una nación dependería de la edificación sustentable de una “Sociedad del Conocimiento”. En la actualidad, la sociedad del conocimiento es una realidad universal cuya construcción se encuentra liderada por naciones que se han caracterizado por el desarrollo de políticas económicas, de educación y de seguridad inclusivas, con diversidad de incentivos a la creación y sistemas normativos y mecanismos judiciales altamente coercitivos, ágiles, eficaces y eficientes en materia de observancia del régimen de protección a la propiedad intelectual. (Universidad Externado).

Es así como se han establecido políticas de estado según las cuales la sociedad colombiana, entre otras, centra en el conocimiento su apuesta de desarrollo económico, intentando consolidar al país como una economía del conocimiento². De allí que se otorgue prioridad a los ejes de Ciencia, Tecnología e Innovación –CTeI- como instrumentos idóneos para la dinamización de las políticas de desarrollo económico³, las que se pretende constituyan, a su vez, el sustento para el bienestar general de la población, el cual se espera que llegue a través del conocimiento como un instrumento, ya no como un fin valioso que deba perseguirse socialmente o como uno de los medios privilegiados de dignificación humana.

En un entorno como el actual, donde se observa claramente el surgimiento y el enorme avance de los medios tecnológicos se ve cada vez más cómo el valor o los impactos de lo que la creatividad humana produce resulta ser muy complejo de estimar. Sin embargo, el avance de las denominadas *“sociedades del conocimiento”* o *“sociedades basadas en el conocimiento”*, hacia una creciente valoración de los frutos de la capacidad creativa, espiritual o inventiva humana, se nota no sólo

que dicha noción presta especial utilidad, como instrumento retórico, para el ejercicio del control social en vez de presentarse como un momento de posibilidad y oportunidad.

- 2 Entendida como la que muestra su dinamismo y crecimiento derivados de la producción y uso intensivo de información, tecnología y conocimiento en la creación de valor. Éste, medible en términos de precios de los productos –a mayor valor, mayor precio-.
- 3 De esta forma, el conocimiento asume una función instrumental en la generación de la riqueza y el bienestar. Y no se presenta en la sociedad únicamente como un camino para la promoción del saber, o como garante de las libertades y derechos constitucionales de investigación, educación o elección que desarrollan la autonomía individual, derivada de la Dignidad Humana.

en el mercado y el entorno tecnológico sino también en otros contextos como la propia sociedad o las instituciones científicas o educativas. *“Claramente se trata de un contexto de la “knowledge – based economy”, en donde la producción, comercialización y la generación de riqueza se derivan del conocimiento y de ahí la importancia de su protección”* (Universidad Externado).

En este contexto se constatan importantes transformaciones en el entorno económico y de producción del saber, tomando cada vez mayor importancia el tema de los bienes inmateriales, como el conocimiento, que pasa a ser objeto de decisiones estratégicas y de inversión en todo tipo de instituciones, públicas y privadas. De esta manera, puede decirse que:

“(d)el encuentro entre el conocimiento y la economía de mercado, surgen intereses públicos y privados que parecieran estar contrapuestos entre quienes detentan los derechos de exclusión sobre las creaciones y aquellos que requieren acceder a ellas para desarrollar nuevo conocimiento derivado, comercializar productos asimilados, y satisfacer necesidades esenciales inherentes a toda sociedad como la salud, la alimentación y educación, entre otros” (Universidad Externado).

Estas ideas han significado, con mayor énfasis en las últimas dos décadas, una creciente transformación de las actividades ligadas al conocimiento, tanto a nivel universitario como estatal. Todo ello dentro de una creciente e intensa actividad normativa en distintos ámbitos de regulación, la constante transformación de las reglas de juego institucionales y la presión que se plantea a los actores históricos del conocimiento, como las universidades. De la mano con estas ideas, y pensando específicamente en el papel del estado, se sostiene que éste es el encargado de liderar: *“...el adecuado funcionamiento del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación, en el cual, no sólo invierte de manera directa en actividades de investigación y desarrollo, sino que además diseña y promueve los incentivos necesarios para tal efecto, incluyendo, claro está, a la propiedad industrial como uno de los incentivos más importantes”* (Universidad Externado).

Sin embargo, y a pesar de las iniciativas en curso, en Colombia falta articulación entre los distintos actores del Sistema de Propiedad Intelectual: *“y por ende no funcionan de manera sinérgica, es decir, cada una formula de manera aislada sus propios objetivos, los cuales usualmente se traducen en actividades puntuales de capacitación o de difusión de incipiente impacto, y en algunos casos en reglamentaciones procedimentales”* (Universidad Externado), lo que deja clara la necesidad de pensar mecanismos que permitan su mejor funcionamiento, considerando los intereses y necesidades de todas las instituciones y actores afectados, para lograr construir una sinergia *“incluyente y coherente entre las*

entidades públicas, el sector privado y la academia, y los ciudadanos en general” (Universidad Externado).

Dentro de estas dinámicas surgen retos y oportunidades para la universidad en general, y particularmente para la Universidad de Antioquia por su carácter público, regional y su apuesta por consolidarse como una universidad de investigación⁴. Y, partiendo de lo anterior, en el año 2012 se planteó el proyecto *“Retos y oportunidades para el Sistema Universitario de Investigación –SUI- de la Universidad de Antioquia dentro del marco del Sistema de Propiedad Intelectual –SPI-”*. En el mismo se estableció la necesidad de abordar el análisis del Sistema de Propiedad Intelectual y sus normas e instituciones complementarias con el fin de: *“identificar los retos y oportunidades que actualmente se le presentan a la Universidad de Antioquia en materia de protección, uso y aprovechamiento de los resultados del conocimiento; y las necesidades de formación, divulgación y aplicación de tal normatividad como parte de una estrategia institucional, en la cual dicha institución se constituya como actor del conocimiento con capacidad de autodefinirse desde su Autonomía”*.

Y, como objetivo principal, al cual el presente texto pretende aportar, se planteó: *“Analizar los retos y oportunidades para el Sistema Universitario de Investigación –SUI- de la Universidad de Antioquia dentro del marco del Sistema de Propiedad Intelectual –SPI_”*.

Para ello, se hizo necesario abordar el tema de la Propiedad Intelectual, como componente importante de las actividades universitarias actuales, especialmente en relación con los objetivos misionales universitarios y bajo la óptica de intentar un acercamiento a las principales tensiones que, desde los aspectos específicos de investigación, innovación y gestión del conocimiento tienen que afrontar estas instituciones. Por ello, partiendo de dicha necesidad y con el ánimo de aportar en la discusión sobre algunas necesidades actuales universitarias, se realizó esta indagación conceptual, como insumo necesario para el estudio planteado.

En este marco, se entendió que la Propiedad Intelectual, así como el Sistema en que está estructurada esta regulación (Sistema de Propiedad Intelectual –SPI-) en Colombia, funcionan en un doble sentido, respecto de la universidad:

Primero, como un condicionante del actuar investigativo, en tanto obliga a los actores involucrados a responder a preguntas novedosas como las relacionadas

4 Plan de Desarrollo 2006-2016. Universidad de Antioquia. “Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país”. Visión: “En el año 2016, seremos la principal universidad de investigación del país y una de las mejores de América Latina...”

con el equilibrio institucional adecuado entre la divulgación de los resultados del conocimiento y su protección monopólica, entre otras. Segundo, como un incentivo para la producción de conocimiento, la innovación y la creatividad. Ello significa que ésta se asume como una estrategia que motiva la investigación, a la vez que propicia la creación de nuevos productos, sistemas, empresas o procesos que promueven el desarrollo económico, teniendo en cuenta que muchos sostienen que “... *el desarrollo de la ciencia, la economía y la tecnología depende en gran medida de la existencia de un régimen de protección a los esfuerzos creativos, construido con la finalidad de generar incentivos a la innovación, y del acceso a las nuevas creaciones y su efectivo aprovechamiento*”(Universidad Externado).

El componente metodológico de este proyecto fue el de una investigación jurídica de tipo cualitativo para el análisis de sistemas normativos, con un alcance descriptivo y analítico. Y como enfoque metodológico, se utilizó la dogmática jurídica, asumida como un enfoque que permite estructurar el trabajo reflexivo-analítico sobre materiales normativos, partiendo de la incorporación del análisis conceptual, como insumo determinante para dicha labor. Y, aunque se hace énfasis en el estudio normativo, este no se planteó sólo desde la hermenéutica jurídica tradicional sino que involucró el análisis de los contextos de definición de políticas en los niveles macro, meso y micro, con la utilización de instrumentos conceptuales y metodológicos propios de la ciencia política y la realización de entrevistas a actores clave en el marco de la investigación.

Por resultar de importancia en el estudio que aborda este artículo, se presentarán a continuación los rasgos principales de la discusión que abarca la conformación, naturaleza y justificación de la propiedad intelectual.

El Sistema de Propiedad Intelectual

El desarrollo y consolidación de la Propiedad Intelectual, puede observarse en un proceso progresivo, desde la protección de ciertos intereses económicos y personales, como los relacionados con algunos sectores empresariales o económicos o los relacionados con las demandas de los autores o creadores de determinadas obras; pasando por la consolidación local de ciertos derechos subjetivos en los ordenamientos jurídicos; el establecimiento de un entramado los derechos e instituciones en el nivel internacional, supranacional, comunitario, nacional y local, hasta la estructuración de todo un sistema articulado internacional que se comunica y conjuga, a su vez, con otros sistemas territoriales que ofrecen una respuesta a las necesidades de distintos actores. “*La tecnología, la propiedad intelectual y la*

circulación del conocimiento están hoy articulados en un complejo sistema internacional. Colombia está llegando tarde, pero a través de la transferencia internacional de tecnología y la innovación es factible acelerar el crecimiento y la inclusión social. Los empresarios, las universidades y los centros de investigación son los actores clave” (Montenegro, 2011).

Se entiende que se trata de sistemas, en la medida en que sus componentes son no sólo normativos (en lo sustantivo y lo procedimental) sino que involucran también otros elementos, como los funcionales, estructurales, y actores institucionales, más o menos coordinados en torno a algunas políticas y mecanismos de protección de los mismos. Concretamente, hablamos de la diversidad de instrumentos de Derecho internacional, instancias de fomento y protección de derechos, mecanismos de resolución de conflictos en los niveles jurisdiccional y administrativo y articulación y discusión de políticas, y discusión conceptual y académica. Un “... *sistema de propiedad intelectual es un arreglo institucional que en principio intenta superar fallas de mercado derivadas de la dificultad de apropiación del conocimiento, pues siendo un bien público solo parcialmente excluible, está expuesto a que empresas o individuos se apropien del conocimiento generado por otros, sin incurrir en los costos y riesgos de las inversiones en investigación e innovación*”. (Montenegro, 2001).

En el plano internacional, el Sistema de Propiedad Intelectual se inaugura con los Convenios de París (1883, enmendado en 1979) y de Berna (1886, enmendado en 1979). Respecto de los derechos de autor, “*La Convención de Berna para la protección de los trabajos artísticos y literarios, en vigencia desde 1887, establece un fuerte corpus normativo que los estados miembros (149 hasta noviembre de 2002) deben aplicar para la protección de los extranjeros que reclamen protección bajo los términos de la Convención*”⁵. (Monotti: 2010. 56)

Las dos principales importantes organizaciones internacionales relacionadas con el sistema internacional de la propiedad intelectual son la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO –OMPI en español) “*agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas con la responsabilidad de la administración y el desarrollo de las Convenciones ‘tradicionales’ de Propiedad Intelectual, como las de París y Berna y el cluster de acuerdos relacionados que se relacionan con cada una de ellas*”⁶ (Monotti, 2010, p. 57), y la Organización Mundial de Comercio

5 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, in force since 1887, embodies a strong corpus of norms that member states (149 as at 15 November 2002) must apply to the protection of foreigners who claim protection under the Convention.

6 It is useful to note that there are two important international organizations that are concerned with the international IP system. The first is the World Intellectual Property Organization (WIPO) which is a specialized

(OMC), que como parte de su creación en 1994, incluye la idea de que la propiedad intelectual es un requisito para las buenas relaciones comerciales entre los estados, los cuales desde entonces se rigen también por el denominado Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que incorpora los acuerdos de Berna y París, además de resolver algunos vacíos y establecer procedimientos y sanciones comerciales para la violación de los derechos mediante su maquinaria de resolución de conflictos.

En el nivel regional específico de América Latina se encuentra la Comunidad Andina de Naciones (CAN), a la cual pertenece Colombia. Esta regula la propiedad intelectual mediante Decisiones de carácter general, aplicación inmediata y naturaleza supranacional, con prevalencia sobre el derecho interno; ésta regula tanto los derechos de autor como la propiedad industrial. También en un nivel supranacional “... se debe mencionar también a la Unión Europea (UE) quien se ha preocupado por la regulación de los derechos de propiedad intelectual como parte de su esfuerzo por promover la libertad de comercio entre las comunidades europeas” (Monotti, 2010, p. 58)⁷

En este marco, el subsistema de los derechos de autor es el eje de protección de los resultados de la actividad creativa humana que se materializa dentro de actividades como la artística, literaria, científica, y en la actualidad también el software. Así, el objeto de los Derechos de autor es la protección de los productos o resultados, de naturaleza intangible, en los que cuales lo determinante es su condición de haber sido creados por la inventiva y el esfuerzo humano y que carecen de una materialidad física, dentro del rango conocido como Obras. Una obra puede concebirse como toda expresión original y perceptible, que sea producto de la inteligencia o actividad espiritual individual; que sea, además, una creación completa, independiente y en que refleje la personalidad del creador, en tanto muestra su esfuerzo creativo o su talento.

El derecho de autor gira, entonces, en torno a la protección de activos que tienen el carácter de intangibles; entendiéndolo su carácter de activos en la medida en que por su naturaleza pueden llegar a integrar el patrimonio de una persona, y lo intangible en tanto son bienes que reciben protección con independencia de su materialidad

agency of the United Nations, and which has the responsibility for the administration and development of ‘traditional’ IP conventions, such as Paris and Berne and the cluster of related agreements that are linked to each of these.

7 At the supranational level, mention should also be made of the European Union (EU), which has become concerned with the regulation of IPR as part of its brief to promote freedom of trade within the European Communities

o el soporte en que se encuentren. Siendo, entonces, objeto de este derecho “*todas las creaciones o manifestaciones del espíritu, materializadas en determinada forma para que puedan ser accesibles a la percepción sensorial, entendiéndose por obra toda expresión personal de la inteligencia manifestada de forma perceptible y original*” (Dirección Nacional de Derechos de Autor, Colombia).

De lo anterior se deriva que “*Lo relevante, tanto para la doctrina como muy especialmente para la jurisprudencia, no son las ideas, ni los datos históricos, matemáticos o de investigación que se incorporan al trabajo, ni tampoco lo es el estilo seguido o creado por el autor, sino la exteriorización creativa literaria*” (Castillo, 2013, p. 22).

Respecto del subsistema de la propiedad industrial, se puede decir que éste está conformado por dos ramas principales: por una parte, los derechos de propiedad relacionados con los inventos e innovaciones que tienen aplicaciones técnicas industriales, como el sistema de patentes, los modelos industriales, los circuitos integrados, la obtención de variedades vegetales y los diseños industriales. Por otra parte, se encuentran los derechos relacionados con el mercado y la distribución de bienes y servicios, mediante la protección de las marcas y el buen nombre y reputación de empresas y productos y los secretos industriales, con el objeto de proteger a los comerciantes y sus productos y servicios cuando entran al mercado; en esta rama encontramos la protección de las marcas, nombres comerciales y denominaciones de origen e indicaciones geográficas, así como la protección contra la competencia desleal.

Las patentes son un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento de la inversión y esfuerzos realizados por éste para llegar a la invención que aporta una solución técnica a la humanidad. Dicho privilegio consiste en el derecho a explotar exclusivamente el invento por un tiempo determinado. “*Como se mencionó, los derechos que confiere una patente son para un clase de monopolio que tiene el efecto de excluir a terceros de hacer cualquier cosa que descansa dentro del alcance de la patente reclamada, incluso si han sido hechos de forma inocente*”.⁸(Monotti, 2010, p. 66). Se trata entonces de

un monopolio temporal para el aprovechamiento exclusivo del activo en cuestión (invento, procedimiento), que incentiva al inventor o empresario pues eleva la probabilidad de lograr un retorno adecuado a su inversión e impide que otros lo exploten, a menos que le paguen regalías o le compren el título

8 As noted above, the rights conferred by a patent are of a monopoly kind, that have the effect of excluding third parties from doing anything that falls within the scope of the patent claims even if this is done quite innocently.

de propiedad intelectual (PI), con lo cual se busca dinamizar el ritmo y la cobertura de las innovaciones como contraprestación a dicho monopolio, el inventor debe revelar el contenido y alcances de su tecnología, con el propósito de propiciar innovaciones adicionales. (Montenegro, 2011)⁹.

El modelo de utilidad es un privilegio que le otorga el Estado al inventor como reconocimiento de la inversión y esfuerzos realizados, a aquellas invenciones que consisten en una nueva forma, configuración o disposición de elementos de un artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o parte de los mismos, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que lo incorpora o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Por tanto, éste protege invenciones con menor rango inventivo que las protegidas por las Patentes de Invención, por ejemplo, en dar a un objeto una configuración o estructura de la que se derive alguna utilidad o ventaja práctica.

Los diseños industriales son la protección de una forma externa, estética o que sólo afecta la presentación de algún producto o artículo. No tiene elementos técnicos sino sólo relacionados con la apariencia particular de los productos. Son de dos tipos: Dibujo industrial y Modelo industrial.

Los circuitos integrados son productos que, en su forma final o intermedia, contienen elementos interconectados de los cuales al menos uno es de tipo activo, siendo al menos una de las interconexiones parte integrante del cuerpo o superficie de una pieza de material, el cual tiene como propósito cumplir una función electrónica.

Los certificados de obtentor, constituyen la protección de los derechos de quien logra obtener nuevas variedades vegetales, incluyendo todos los géneros y especies botánicas, siempre que su cultivo, posesión o utilización no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal.¹⁰

9 Sin embargo, es necesario aclarar que la facultad de explotación exclusiva de la patente puede no resultar ligada en sentido negativo con la existencia y validez de la patente, pues en ocasiones el titular, a pesar de tener una patente válida y vigente, carece de la facultad legal para ejercer la explotación. Por ejemplo, en los casos en que la patente se fundamenta en otra patente perteneciente a terceros, sin que se haya obtenido la autorización de estos para la explotación de la parte que les corresponde y que es parte de la patente que se pretende explotar. También se pueden presentar casos de prohibición de explotación del producto o procedimiento patentado, o la falta de algunos requisitos relacionados con la posibilidad de explotación del producto o proceso en cuestión. Ver, al respecto: REYES Villamizar, José Luis. Infracción de patentes de invención: una aproximación a sus fundamentos en la normativa subregional andina. En: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista5/INFRACCIoN_DE_PATENTES_DE_INVENCION.doc, acceso el 28 de mayo de 2014.

10 Se entiende por crear una nueva variedad: “la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas” (art. 4, Decisión 345)

Y, en cuanto se relaciona con la actividad mercantil, la propiedad industrial protege: los signos distintivos y los secretos industriales. Entre los signos distintivos encontramos las marcas, los nombres comerciales, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, así.

Las marcas son una categoría de Signo Distintivo, caracterizado porque sirve para identificar los productos o servicios de una empresa o empresario.

El nombre comercial, se refiere, al nombre o designación que permite identificar una empresa. En virtud del Convenio de París, éstos gozan de protección automática, sin necesidad de registro o depósito, bien que formen o no parte de una marca.

Denominación de origen o indicación geográfica son, la primera, un signo que se utiliza para productos de un origen geográfico específico y cuyas cualidades o reputación se deben a dicho lugar de origen. La segunda, se entiende como un tipo especial de indicación geográfica que se utiliza para productos que tienen cualidades específicas que se deben exclusiva o esencialmente al entorno geográfico de la elaboración del producto.

Por secreto industrial se entienden informaciones secretas, cuyo valor comercial radica en tal carácter. Quien controla un secreto industrial de manera lícita tiene la carga de adoptar todas las medidas razonables que sean necesarias para mantener dicha información en condiciones de confidencialidad.

Con la protección mediante secreto industrial lo que se protege es su revelación, adquisición o uso de maneras contrarias a las prácticas leales del comercio. Pero no se impide que terceras personas que lleguen a descubrir esta información por sus propios medios puedan explotarla de manera libre.

LOS DEBATES FRENTE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Frente al tema de la Propiedad Intelectual y su justificación existen aún bastantes discusiones abiertas. Especialmente en momentos en los cuales de la mano de su aparentemente indiscutida necesidad práctica, se acentúa la atención académica en esta cuestión. Uno de estos interrogantes, quizás el más tradicional, tiene que ver con la legitimidad o justificación misma de la protección de la propiedad intelectual, especialmente a la luz de sus relaciones con las justificaciones al derecho, más general, de propiedad privada¹¹, que ya se mencionaron anteriormente, especial-

11 Sin olvidar, por supuesto, que este mismo ha sido, y sigue siendo, objeto de fuertes críticas respecto de su justificación moral o legitimidad política.

mente los que se basan, primero, en la teoría de los derechos naturales; segundo, los que se fundamentan en nociones de justicia y equidad; y tercero, los de carácter económico, especialmente de corte utilitarista.

Respecto de los derechos naturales se sostiene, de la mano de John Locke, que los individuos adquieren derecho de propiedad sobre los productos en los cuales hayan invertido su propio esfuerzo; lo que se suele trasladar al ámbito de la propiedad intelectual argumentando que los resultados del intelecto, como las invenciones, o las creaciones artísticas o literarias, también pueden ser apropiables (Merges, Monotti, Kinsella). Este tipo de argumentos han sido bastante influyentes en las distintas jurisdicciones, tanto en las tradiciones del Civil Law como en el Common Law (Monotti: 2010. 53). Así, según los argumentos basados en nociones de equidad y justicia, y especialmente referidos al tema de los derechos de propiedad intelectual, se sostiene que no es justo recibir la recompensa por lo que no se ha trabajado; los “... *terceros no deberían cosechar donde no han sembrado ... lo que es valioso para ser copiado, es valioso para ser protegido*” (Monotti: 2010. 53)¹².

Sobre las razones de carácter económico, encontramos que los argumentos para fundamentar la propiedad privada radican tanto en la necesidad de evitar los conflictos respecto de su uso, por no existir criterios para identificar quién puede usar los bienes materiales y el carácter de exclusividad que estos bienes poseen, así como respecto del problema de su sobre utilización y la falta de cuidado que puede generar su titularidad colectiva o la falta de asignación de ésta:

“La propiedad tangible, sea tierra o bienes muebles, se compone de átomos, cosas físicas que pueden ocupar sólo un lugar en cualquier momento dado. Esto significa que la posesión de una cosa física es necesariamente ‘exclusiva’ –si yo la tengo, tú no. En efecto, el núcleo del concepto occidental de propiedad descansa en el derecho garantizado al titular de una cosa o un pedazo de tierra para excluir a los otros de ciertos usos de ello. El establecer los derechos de propiedad sobre la tierra y los bienes se pensó para prevenir ambas diferencias sobre quién puede usar la propiedad para cuál propósito, y el uso excesivo de la propiedad que se produciría si todos tuvieran acceso común a ella”¹³ (Merges: 2012. 1).

12 “... *Third parties should not reap where they have not sown ... what is worth copying is worth protecting*”

13 Tangible property, whether land or chattels, is composed of atoms, physical things than can occupy one place at any given time. This means that possession of a physical thing is necessarily “exclusive” _if I have it, you don’t. Indeed, the core of the Western concept of property lies in the right granted to the “owner” of a thing or a piece of land to exclude others from certain uses of it. Settled ownership rights in land and godos are thought to prevent both disputes over who can use the property for what purpose, and the overuse of property that would result if everyone had common Access to it.

También sobre las razones económicas, se encuentran los argumentos que se fundan en la necesidad de proveer incentivos para la producción y provisión continua de invenciones, trabajos artísticos y literarios, entre otros, con el objetivo del beneficio común. Partiendo de la base de que “*sin tales incentivos, tal como viene el argumento, las personas creativas no se involucrarán en sus actividades inventivas y los emprendedores no invertirán en los pasos subsiguientes que se necesitan para desarrollar y comercializar sus producciones*”¹⁴ (Monotti y otros: 2010. 54) Si bien, este tipo de argumentos son realmente difíciles de contrastar empíricamente, podría decirse que los Derechos de Propiedad Intelectual deberían solo admitirse en un margen de estricta necesidad para la garantía de los mencionados beneficios, pues si éstos pueden utilizarse para inhibir la competencia en el mercado, serán finalmente los consumidores quienes se perjudiquen en tanto el proceso innovador resulte afectado, por estar severamente limitado con tales derechos. (Monotti y otros: 2010. 54)

Sin embargo, según Merges “*Todas las justificaciones para la protección de la propiedad intelectual, bien sean basadas en la economía o la moral, deben enfrentarse con una diferencia fundamental entre las ideas y la propiedad tangible*”¹⁵ (Merges: 2012. 1), especialmente por carecer éstas del componente de exclusividad que se predica respecto de los bienes materiales.

*Las ideas, sin embargo, no tienen esta característica de la exclusión. Si yo conozco una particular pieza de información, y te la digo, no me has privado de ella. Más bien, ambos la poseemos. El hecho de que la posesión y el uso de las ideas es en gran parte “no rival” es crítico para la teoría de la propiedad intelectual porque significa que la tradicional justificación económica para la propiedad tangible no se ajusta a la propiedad intelectual. En el estado de naturaleza, no hay peligro de uso excesivo o distribución excesiva de una idea, y no hay peligro de lucha por quién va a utilizarla. Cada uno puede utilizarla sin disminuir su valor”. (Merges y otros: 2012. 1)*¹⁶.

14 “*Without such incentives, so the argument runs, creative persons will not engage in their inventive activities and entrepreneurs will not invest in the successive stages that are required to develop and commercialize their productions*”

15 All justifications for intellectual property protection, whether based in economics or morality, must contend with a fundamental difference between ideas and tangible property.

16 Ideas, though, do not have this characteristic of excludability. If I know a particular piece of information, and I tell it to you, you have not deprived me of it. Rather, we both possess it. The fact that the possession and use of ideas is largely “nonrivalrous” is critical to intellectual property theory because it means that the traditional economic justification for tangible property does not fit intellectual property. In the state of nature, there is no danger of overusing or overdistributing an idea, and no danger of fighting over who gets to use it. Everyone can use the idea without diminishing its value. Traducción libre de la autora.

Razones éstas que han llevado a problematizar estas justificaciones. “*Los teóricos, entonces, han girado a otra parte para justificar los derechos exclusivos sobre las ideas. A lo largo de la historia humana, se han presentado numerosas teorías para explicar la protección de la propiedad intelectual. La base principal para esta protección en los Estados Unidos es el marco utilitarista o incentivo económico*” (Merges y otros: 2012. 2)¹⁷.

En el mismo sentido, Borja (2011) sostiene que: *Actualmente, el mercado norteamericano ha sido la brújula que ha marcado la tendencia industrialista para optimizar los resultados, en el que se prioriza el avance tecnológico alentado por la defensa de la propiedad intelectual... Para fomentar la ciencia y las artes, el mercado ha optado por una estrategia efectiva hasta ahora, la de incentivar al autor/inventor a conseguir un resultado*”. (p. 19)

Ahora, desde el punto de vista crítico se encuentran, por ejemplo, las ideas ya clásicas de Kinsella (2001), quien sostiene que la propiedad intelectual comprende unos límites que no pueden ser aceptables, pues implica en alguna medida la afectación de la propiedad ajena. Ello, en tanto este tipo de propiedad otorga, a los creativos, en “... *cierta medida, algún grado de control—titularidad—sobre la propiedad tangible de muchos otros. Las patentes y los derechos de autor transfieren invariablemente el dominio parcial de la propiedad desde sus poseedores naturales hacia los innovadores, inventores y artistas*” (p. 15)¹⁸, en consonancia con las tesis que sostienen que, las creaciones, como resultado de la cultura, no pueden ser exactamente atribuidas a los individuos, sino que son el resultado del acumulado social que permitió que, durante mucho tiempo existiera toda suerte de actividad creativa, sin que el concepto de autoría fuera central en la discusión.

“Permítasenos reiterar que los derechos de propiedad intelectual le otorgan derechos parciales al creador de ciertos patrones para controlar—propiedad—la propiedad tangible de los demás. El creador del patrón tiene propiedad parcial sobre la propiedad de otros, en virtud de su derecho de propiedad intelectual, porque él les puede prohibir desarrollar ciertas acciones con su propiedad. El autor X, por ejemplo, puede prohibirle a un tercero, Y, escribir ciertos

17 Theorists have therefore turned elsewhere to justify exclusive rights in ideas. Over the course of human history, numerous theories have been put forth to explain intellectual property protection. The principal basis for such protection in the United States is the utilitarian or economic incentive framework. Traducción libre de la autora.

18 “... some degree of control—ownership—over the tangible property of innumerable others. Patent and copyright invariably transfer partial ownership of tangible property from its natural owner to innovators, inventors, and artists”

patrones de palabras en las propias páginas en blanco de Y con su propia tinta”¹⁹. (Kinsella: 2001. 35)

En igual sentido, respecto de la posibilidad de la titularidad individual de los derechos de propiedad intelectual, “...*el concepto de autor individual permite que los derechos de propiedad sean asignados a las personas equivocadas, por las razones equivocadas, en apoyo a la privatización acelerada del dominio público*”²⁰ (McSherry: 2001. 11).

En defensa de las ventajas prácticas de la protección del conocimiento se pueden enunciar, entre otros, que ésta puede servir: 1. Como incentivo para la generación de innovación local; 2. Como promotor de la incorporación de innovaciones de externas; 3. Como alivio a las cargas presupuestales del estado en materia investigativa; 4. También para que el sector público obtenga recursos por regalías derivadas de la innovación, las cuales podría reinvertir en actividades de I+D+i; y 5. Como elemento estratégico de la transferencia de conocimiento, especialmente en materia de patentes (Universidad Externado).

En consonancia con tales presupuestos, y como punto de vista de importancia en apoyo de la necesidad de la toma de decisiones claras en la materia en las universidades, encontramos que:

“la profundización académica en las herramientas que brinda la propiedad intelectual coadyuva a robustecer sus normas, y a futuro, la confianza en el conglomerado en el respeto de las mismas, con tres efectos en concreto que permitirían el despegue definitivo de nuestra economía; una inversión extranjera más decidida producto de un marco legal que asegure rentabilidad por la explotación y licenciamiento de los productos fruto del esfuerzo en innovación de los actores externos; transferencia tecnológica más profusa; e innovación autóctona favorecida por los factores anteriores” (Universidad Externado).

Respecto de los problemas que se encuentran, también desde el punto de vista práctico, frente a este tópico, cabe destacar la existencia de un muy escaso número de patentes, lo que indica unos bajos niveles de innovación o de protección del

19 “Let us recall that IP rights give to pattern-creators partial rights of control—ownership—over the tangible property of everyone else. The pattern-creator has partial ownership of others’ property, by virtue of his IP right, because he can prohibit them from performing certain actions with their own property. Author X, for example, can prohibit a third party, Y, from inscribing a certain pattern of words on Y’s own blank pages with Y’s own ink”.

20 “... the concept of the individual autor permits property rights to be assigned to the wrong persons, for the wrong reasons, in support of the accelerating privatization of the public domain” Traducción libre de la autora.

conocimiento. Se suele considerar, además, que esto es resultado, entre otras cosas de que “... *el sistema de protección de patente puede resultar complejo para el ciudadano y, por tanto, es necesario que la administración adopte una política inclusiva que redunde en el aprovechamiento de la tecnología disponible para toda la sociedad y al mismo tiempo que facilite el acceso al sistema de PI*” (Universidad Externado). Esta necesidad es especialmente aplicable al ámbito universitario y genera demandas de formación del capital humano y un adecuado diseño de políticas universitarias que permita un acceso más fácil al sistema para sus actores internos.

Además de estas dinámicas jurídicas y administrativas, resultan problemáticos también algunos asuntos relacionados con los costos del trámite y la obtención de patentes. “*Uno de los principales obstáculos que un innovador encuentra para acceder al sistema de propiedad intelectual, en concreto al sistema de patentes, es el costo que implica adelantar los trámites tendientes a la obtención del derecho exclusivo concedido por el Estado*” (Universidad Externado)

Esto exige para las universidades el diseño de unos adecuados sistemas de selección de proyectos de investigación e innovación, pensados en consonancia con su misión y visión institucionales, así como un sólido sistema de incentivos y financiación de proyectos.

Y, a nivel más general pero que también puede terminar afectando el entorno universitario, se encontró que en el país falta seguridad jurídica en materia judicial y administrativa,

ante la inobservancia de las normas y sentencias judiciales en la totalidad del territorio nacional para todo tipo de asuntos, desde la vulneración de los derechos humanos hasta la vulneración del derecho a la propiedad privada en todas sus modalidades, incluida la inmaterial. Por otro lado, los mecanismos judiciales son ineficientes y lentos, promoviendo con ello la impunidad y en varios de los casos en los que finalmente se llega a una sentencia, se trata de fallos equivocados por la falta de conocimientos especializados de los funcionarios judiciales” (Universidad Externado).

Lo anterior permite observar, para las universidades, una gran necesidad de intervenir desde uno de sus principales ejes de acción: la formación especializada de capital humano para la gestión y el trámite de estos asuntos, incluyendo a los funcionarios encargados de la toma de decisiones en la materia.

Otros cuestionamientos frente a la propiedad intelectual tienen que ver no ya con la fundamentación misma de su existencia, sino que tocan algunos otros aspectos relacionados con ésta. Como ejemplos, los relacionados con los reconocimientos sociales frente a los productos derivados del acto creativo, que tocan, como se

mencionó, con las posibles causas de la creatividad, bien que ésta se entienda como social o individualmente conseguida: ¿deberían ser para el autor o para la sociedad misma?. O sobre aquellos bienes que se pretenden incentivar: el progreso económico, la negociabilidad en el comercio de obras y productos, por un lado; o el acceso común a los bienes de la cultura, por otro. De otro lado, se pregunta ¿la propiedad intelectual debe ser vista como un incentivo para la competitividad de las empresas, la actividad creadora o inventiva, o la posibilidad de obtener beneficios económicos y personales de los frutos derivados del esfuerzo humano?. Así como las necesidades de evaluar permanentemente ese equilibrio entre los derechos que se protegen, tanto en lo que respecta al nivel colectivo, como el acceso a la información, la educación o la preservación de los conocimientos tradicionales, la identidad y diversidad cultural, o los efectos multiplicadores que la libertad de acceso pueden ofrecer a la sociedad en general, como frente a la necesidad de protección la creatividad individual, en el marco de unas adecuadas políticas públicas y regulación relacionadas con la normatividad internacional y el tratamiento normativo que se debería ofrecer frente a los límites y las excepciones posibles a esa regulación internacional.

ROLES Y RETOS CONTEMPORÁNEOS DE LA UNIVERSIDAD

Se puede observar en la actualidad un importante debate sobre el papel y los límites de acción de las universidades, en un contexto de crecientes transformaciones. Una de las más importantes tiene que ver con la ampliación de los roles que en la práctica cumplen estas instituciones, así como los que desde muy diversas perspectivas y sectores, se espera que cumplan. Para identificar mejor esta situación, es necesario dar un breve paso por el devenir universitario en el tiempo.

En sus orígenes medievales, la Universidad fue concebida como espacio para la verdad, de la mano de su autonomía respecto del gobierno y su correlativa subordinación a la iglesia, bajo el propósito de la formación de ciudadanos activos, virtuosos y competentes; ya en el siglo XVII, la Universidad comienza a ser concebida como una institución que, liberada de su incardinación con la iglesia, comienza a configurar su autonomía como la institución social dedicada por definición a la razón, la cual por ello se entendió como auto-justificada y por tanto, independiente de confirmación por otros, especialmente la iglesia o el estado, lo que fue asumido casi de forma indiscutida en las sociedades occidentales.

Es en este momento que se empieza a consolidar el moderno concepto de Autonomía, de la mano del énfasis en el ejercicio de la razón como un método, enfatizando el carácter científico o investigativo de tales instituciones, que comienzan a conver-

tirse en el espacio configurador y articulador de lo que posteriormente, y respecto a la Propiedad Intelectual, va a conocerse como el ‘espacio’ o ‘dominio público’. (McSHERRY: 2001. 50-54).

(L)a Universidad fue un espacio donde se suponía que el dominio público era activa y continuamente *producido*. Las artes, la música y la literatura, por el contrario, transformaban los recursos comunes en expresiones titularizadas privadamente, moviendo los signos y los símbolos de lo público hacia lo privado y, una vez expirados los términos de protección, de nuevo al dominio público. La investigación universitaria fue, de manera similar, comprometida en la transformación de lo común (la naturaleza) en lo específico (hechos sobre la naturaleza), pero la expresión académica se entendió como permanentemente pública por definición²¹ (McSherry: 2001. 54).

Así, la universidad moderna fue concebida, por un lado, como centro de investigación básica, para la producción de conocimientos ajenos al mercado y al auto-interés, y por otro, como entidad autónoma de la injerencia externa, bien eclesiástica o estatal. (McSherry: 2001. 54).

Adicionalmente, y gracias a la implementación norteamericana del modelo universitario alemán inspirado en las aportaciones de Humboldt, el concepto de universidad se transforma nuevamente en este país, haciendo compatible el tradicional aspecto humanista y culturalmente enfocado de la universidad, con un renovado interés, propio inicialmente de esta sociedad, más centrado en la prosperidad económica (McSherry: 2001. 55), de donde surgió luego el concepto de universidad de investigación “*La universidad norteamericana que emergió en el siglo diecinueve unió los principios alemanes de la razón y la autonomía con un compromiso con la investigación social empírica ... la investigación científica fue vista como una herramienta para el progreso de la nación*”²² (McSherry: 2001. 55-56)

De este modo, como institución moderna, la universidad fue concebida primordialmente para la enseñanza, la formación o la producción científica (OROZCO). Pero esas funciones tradicionales se han visto superadas, o al menos puestas en cuestión por las recientes transformaciones sociales. Se puede afirmar, por ejemplo, que fe-

21 (T)he university was a space where the public domain was supposed to be actively and continuously *produced*. Art, music, and literature, by contrast, transformed common resources into privately owned expression, moving signs and symbols from the public to the private and, once terms of protection had expired, back again to the public domain. University research was similarly engaged in transformation of the commons (nature) into the specific (facts about nature), but academic expression was figured as permanently public by definition.

22 “The American research university that emerged in the nineteenth century united the Germanic principles of reason and autonomy with a commitment to empirical social inquiry ... Scientific research was seen as a tool of national progress”.

nómenos como la globalización, pueden llevar a “*diluir la naturaleza y funciones de la Universidad Pública desdibujando su responsabilidad social y articulando sus funciones a las demandas del mercado mundial de la educación convertida ahora en una mercancía sometida a la oferta y la demanda*”. (TAMAYO).

Suppose, as is increasingly happening -- not only in the United States, incidentally -- that universities are not funded by the state, meaning the general community. So how are the universities going to survive? Universities are parasitic institutions; they don't produce commodities for profit, thankfully. They may one of these days. The funding issue raises many troubling questions, which would not arise if fostering independent thought and inquiry were regarded as a public good, having intrinsic value. That's the traditional ideal of the universities, although there are major efforts to change that. (Chomsky. 2011).

Así, la idea de las universidades con énfasis en el trabajo académico-formativo, y la de éstas como instituciones centradas en el específico ámbito de la dimensión científica o disciplinar²³, se ha visto desbordada por el advenimiento de otras funciones; básicamente la relacionada con la oferta de soluciones a los múltiples, complejos y diversos problemas sociales del presente, especialmente los relacionados con el mercado. Esto dibuja otra idea de la universidad, pensada en principio como lugar de debate sobre los problemas sociales específicos y espacio de encuentro de soluciones a los mismos.

Aquí, entonces, las labores de la Universidad se hacen extensivas a las problemáticas locales, regionales, nacionales, en distintos ámbitos como la política, la sociedad civil, la empresa, las necesidades tecnológicas, entre otras. Así, el compromiso universitario parece descentrarse del conocimiento en sí, en tanto transmisor o creador, para reubicarse en una perspectiva que centra la relación con el conocimiento direccionada hacia la conformación de estrategias o cursos de acción que impacten positivamente dichas situaciones problemáticas. (RESTREPO: 2013. 205)

Adicionalmente, y de la mano de esas nuevas demandas y tensiones que las universidades atraviesan, se puede observar también una creciente “gerencialización” de las universidades, transformación especialmente relevante en aquellas de carácter público, que las ha llevado a establecer nuevos discursos y modelos de acción, generalmente tomados del sector privado. Una de las facetas importantes que deviene de estas transformaciones, es la tendencia a concebirlas como parte del “negocio

23 Al respecto, piénsese en el modelo humboldtiano de Universidad, con un énfasis especial en el problema científico, articulado con el enfoque de una formación para la libertad y la autonomía.

del conocimiento”: *“Un rol adicional que se insinúa, en vez de estar expreso de manera articulada en los sitios web es el de la universidad como un “negocio” o “empresa”—un participante en el ‘negocio del conocimiento’, para usar el lenguaje del Plan Estratégico de Melbourne. Esto sugiere que, adicionalmente a sus otras funciones, la universidad tiene un amplio rol comercial, a pesar de que su exacta naturaleza está lejos de ser clara”*²⁴. (Monotti: 2010. 17)

En la actualidad, parece denotarse muy claramente el carácter de la universidad como agente al servicio del capital, el cual resulta legitimante:

“... de la mercantilización del conocimiento mediante la construcción de lo no mercantizable. De hecho, el estatus que la universidad obtuvo de su posición respecto del dominio público fue precisamente lo que, en últimas pudo hacerla útil para el capital. Un espacio permanente de no-propiedad en la expresión y la invención—recordando que la (re) creación de un dominio privado de intangibles fue y es justificado mediante la existencia de un dominio público- y provisión de nuevos recursos explotables”. (McSherry: 2001. 54, Biagioli: 1998)

Más recientemente, y según el modelo de universidad norteamericana desarrollado en el siglo XX, los roles de estas instituciones van incluso más en consonancia con esta última visión: *“... su rol en la producción de valor y, más directamente, propiedad cognitiva ... la visión de la universidad alemana, en particular su misión de construir la cultura nacional y un sujeto nacional, ha sido removido las épocas recientes”*²⁵ (McSherry: 2001. 55), mostrando una visión que se encuentra más atada a la prosperidad económica que a la construcción de cultura. Así, se entendió que, *“como instituciones de la razón, las universidades podrían producir y dispersar un conocimiento que le permitiera a los individuos tomar decisiones apropiadas en el mercado y la política”*²⁶. (McSherry: 2001. 56), de manera que se ha terminado por implementar un modelo de universidad en el cual sus relaciones con el mercado son cada vez mayores, paradójicamente, en tanto: *“el valor de los productos intelectuales de la academia, continúa siendo derivado de su posición por fuera*

24 “A further role that is hinted at, rather than expressly articulated in the web sites, is that of the university as a ‘business’ or ‘enterprise’—a participant in the ‘knowledge business’, to use the language of the Melbourne Strategic Plan. This suggests that, in addition to its other functions, the university has a wider commercial role, although its exact nature is far from clear.” Traducción libre de la autora.

25 “... its role in the production of value and, more directly, cognitive property ... the German vision of the university, in particular its misión of building national culture and national subject, has been eviscerated in recent decades”. Traducción libre de la autora.

26 “As institutions of reason, universities could produce and disperse knowledge that permitted individuals to make appropriate market and political decisions” Traducción libre de la autora.

*del mercado: libre de las necesidades de corto plazo del capital, la universidad es libre de servirle a las necesidades de largo plazo del capital, incluyendo su necesidad de investigación básica”.*²⁷ (McSherry: 2001. 57)

Prueba de estas transformaciones recientes en los entornos universitarios, tanto a nivel externo como interno, se observa en estudios recientes sobre la universidad²⁸ que dejan ver cómo dichas tensiones se ven reflejadas no sólo en los aspectos misionales y estructurales de las universidades sino también en lo que respecta a las nuevas necesidades y retos que deben afrontar, y los problemas que deben resolver, si es que quieren conservar el papel social que les ha sido asignado.

Esta situación parece mostrar claramente la necesidad de pensar con detenimiento los pasos que en materia del conocimiento deben dar las universidades en este particular momento histórico. Para ello será necesario, antes que todo, entender de que se trata la propiedad intelectual frente a la universidad.

PROPIEDAD INTELECTUAL Y UNIVERSIDAD

Las relaciones entre la propiedad intelectual y la universidad evidencian, de alguna forma, el valor social del conocimiento en diferentes épocas. Ello, en tanto se ha entendido que la primera constituye una apuesta histórico-política por delimitar jurídica y socialmente el valor de los resultados de la creación humana, y la segunda, al considerarse que ésta ha sido el espacio primordial en el que transita gran parte del conocimiento social, especialmente en materia del legado cultural y la producción científica. Y las relaciones entre ambas se tornan problemáticas en el contexto de transformación o crisis que presentan actualmente.

Para comprender mejor esta relación se hace necesario contextualizar, de manera introductoria, el problema de la propiedad intelectual.

27 “Yet the value of the academy’s intellectual products still derived from its positioning outside the market: free from the short-term profit needs of capital, the university was free to serve capital’s long-term needs, including its need for basic research” Traducción libre de la autora.

28 Ver: MONOTTI, Ann y RICKERTSON, Sam. *Universities and Intellectual Property. Ownership and Exploitation*. Reimpresión. Oxford. Oxford University Press. 2010. Pp. 626. Este texto presenta los resultados de un estudio realizado a partir del análisis de la información contenida en las páginas web de las universidades de Harvard, Oxford y Melbourne. Con el análisis de estos sitios web, lo que se buscó en el texto fue responder a la cuestión sobre ¿qué es una universidad?, así como indagar si existe un significado común de este término que pueda dar luces en la regulación legal requerida en cuanto a los IPR _Intellectual Property Rights- (Derechos de Propiedad Intelectual). En estos sitios web se identificaron las actividades realizadas por las Universidades, mostrando que muchas son de ellas son actividades comunes, y que hay un rol insinuado en éstos y es la universidad como empresa, además de un rol comercial amplio.

Por ésta se puede entender la forma de protección que, por la vía del derecho de propiedad, se otorga a los resultados intangibles de la capacidad creadora e inventiva humana, la cual suele implicar por definición el esfuerzo mental, sin descartar por ello la intervención de alguna clase de actividad física.

Según sus usos, este concepto puede referirse, por un lado, a los derechos que se establecen en los ordenamientos jurídicos en relación con la producción en el terreno de las artes, la literatura y la ciencia, reconocidos como el sistema de derechos de autor y Copyright, donde se distingue así por sus contenidos de la denominada propiedad industrial, relacionada con la protección de las producciones en relacionadas con la industria o el comercio; por el otro, se puede relacionar con un marco más amplio de materias y derechos, que comprende estos dos tipos de derechos. (Monotti: 2010. 52).

La propiedad intelectual se encuentra regulada como una forma especial del derecho de propiedad, el cual se asume como un derecho “... *bien conocido en la sociedad occidental. Se encuentra entre las más antiguas instituciones de la civilización humana. Es extensamente conocido que la gente puede ser titular de propiedad real y objetos tangibles. El common law y la legislación penal protegen la propiedad privada de la interferencia de otros*”²⁹ (Merges y otros: 2012. 1); protección que es otorgada a nivel internacional por diferentes instrumentos normativos, al igual que lo hace la mayoría de las legislaciones nacionales en la actualidad; como ejemplo, la 5ª Enmienda de la Constitución norteamericana, que protege el derecho de propiedad, incluso contra apropiaciones gubernamentales, sin compensación justa, o el art. 58 de la Constitución colombiana que, a su tenor, establece:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores... Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

Y, específicamente, respecto de la Propiedad Intelectual, la Constitución colombiana en su artículo 61 dispone que: “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*”, entendiéndose en

29 The concept of property is well understood in Western society. It is among the oldest institutions of human civilization. It is widely recognized that people may own real property and tangible objects. The common law and the criminal law protect private property from interference by others. Traducción libre de la autora.

el país por Propiedad Intelectual su concepto genérico, comprensivo tanto de los derechos de autor como de la propiedad industrial.

Se entiende que el derecho de propiedad privada es una de las más antiguas instituciones de las sociedades occidentales, cuyas bases filosóficas: *“están bien atrincheradas en nuestra cultura. La propiedad privada ha sido vista como resultante cuando el trabajo es aplicado a la naturaleza, como un incentivo por descubrimientos, como parte esencial de la personalidad, y como un fundamento para un sistema económico ordenado”*³⁰ (Merges: 2012. 1).

Como tipo especial del tradicional derecho de propiedad privada, la Propiedad Intelectual *“tiene la característica de ser un derecho personal (atañe a los intereses del creador/inventor) y también un derecho de carácter patrimonial”* (BORJA: 2011. 18), lo que indica que su protección jurídica abarca tanto el ámbito de la persona del creador en su sentido moral como el de su patrimonio.

Sin embargo, cuando los argumentos que han servido de sustento para la defensa e instauración del derecho de propiedad intentan aplicarse a la idea de propiedad intelectual, aparecen problemas, en tanto las ideas no cuentan con la materialidad de las cosas, sino que hacen parte del esfuerzo mental humano. Ello plantea inquietudes complejas respecto del posible sustento o fundamentación que se requiere para la protección jurídica del trabajo intelectual por la vía del derecho de propiedad. Puede pensarse que esto ha tenido mucho que ver con el hecho de que la aparición de la propiedad intelectual se diera mucho más tarde que la protección jurídica de la misma frente a objetos del mundo tangible. Algunas de esas cuestiones filosóficas complejas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual son, en palabras de Merges:

“¿Debería la primera persona en descubrir una forma de llevar a cabo una tarea importante –por ejemplo, un procedimiento para cerrar una herida- tener derecho a impedir que otros utilicen este procedimiento? ¿Debería la primera persona en escribir una frase o en tararear una melodía tener derecho a impedir que otros copien esas palabras o canten la canción? ¿Deberían estos ‘derechos de propiedad intelectual’ ser más limitados que los derechos de la propiedad tradicional (p.e. el pleno dominio)?”. (Merges y otros: 2012. 1)³¹.

30 “The philosophical bases for protection of private property are well entrenched in our culture. Private property has been viewed as resulting when labor is applied to nature, as an incentive for discovery, as an essential part of personhood, and as a foundation for an ordered economic system”. Traducción libre de la autora.

31 “Should the first person to discover a way of performing an important task – for example, a procedure for closing a wound – be entitled to prevent others from using this procedure? Should the first person to pen a phrase or hum a melody be entitled to prevent others from copying such words or singing the song? Should

Estas ideas resultan relevantes cuando se trata de enfrentar las relaciones entre la universidad y la propiedad intelectual, tratando de encontrar salidas a las posibles cuestiones de fondo que esta involucra. Especialmente, teniendo en cuenta, como algunos sostienen, que en este contexto, el papel de la universidad ha resultado instrumental, pues “... *este régimen fue construido sobre una doble paradoja: para ser útil, la universidad debe ser no útil; en nombre de una expresión pública vibrante, alguna información debe ser privatizada. Es esta doble paradoja la que ocasiona el perpetuo trabajo de frontera entre la universidad y la ley de propiedad intelectual, y a su vez su permanente crisis entrecruzada*”³² (McSherry: 2001. 64).

Y sobre la base de que el sistema de propiedad intelectual permite la existencia de un espacio en el cual ciertos hechos –los naturales- y determinados conocimientos –sobre los hechos naturales- se encuentran en el dominio público, de la mano de la suposición de que es la universidad el principal garante de dicho dominio público, algunos han puesto en evidencia el tema de la ‘ficción de la originalidad’, según la cual es posible el trabajo creativo y original de algunos, sobre la base del dominio público:

“La localización de los hechos en el dominio público es un poderoso mecanismo de legitimación. Desde una perspectiva utilitarista, poner los hechos en el lugar común provee a los autores e inventores de materia prima para nuevos trabajos, y justifica la privatización temporal de esos trabajos... al consignar los hechos en el dominio público también se permite que jueces, abogados y autores mantengan la ficción legal de la ‘originalidad’. La expresión del autor se expresa en sus propias experiencias _cosas que ha leído, visto y escuchado, es decir, sus memorias_ y esa expresión es extraordinariamente difícil de analizar en los borrosos y ‘realmente originales’ elementos. El dominio público le permite a los autores y juristas ‘evitar la ardua labor de una búsqueda genuina de la ‘proveniencia’ u originalidad... una dinámica similar es evidente en la ley de patentes. Aunque se realiza una genuina búsqueda de la originalidad por parte de abogados y examinadores de patentes, la distinción legal entre hechos no patentables sobre la naturaleza y aplicaciones patentables sobre esos hechos le permite a los inventores reclamar que ellos pueden ser los únicos que poseen sus propias creaciones”³³ (McSherry: 2001. 192)

such “intellectual property rights” be more limited than traditional property rights (i.e. the fee simple?)”
Traducción libre de la autora.

- 32 “... this regime was built on a double paradox: to be useful, the university must be useless; in the name of a vibrant public expression, some information must be privatized. It is this double paradox that occasions the perpetual boundary work of both the university and intellectual property law and, in turn, their perennial, overlapping crises”.
- 33 The location of facts in the public domain is a powerful legitimating mechanism. From a utilitarian perspective, putting facts in the commons provides authors and inventors with the raw material for new works and justifies the temporary privatization of those works... consigning facts to the public domain also allow

Ello en tanto, dentro del sistema se parte, como regla general, de aceptar que la idea de originalidad es importante como criterio de protección del derecho de autor, en el entendido de que el mismo puede comprenderse de dos formas diferentes:

“En sentido subjetivo se concibe obra original cuando ésta refleja la personalidad del autor; con sus rasgos definitorios que convierte la obra en algo individualizado. Y desde un punto de vista objetivo se concibe la originalidad como ‘novedad objetiva’ que incorpora un cierto nivel de singularidad y novedad que antes no existía, puesto que no se protege lo que pueda ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos” (Castillo, 2013, p. 18)

CONCLUSIONES

Se puede concluir que la propiedad intelectual funciona en varios sentidos: como una estrategia que motiva la investigación; como factor que promueve la creación de valor en el nivel institucional; como insumo para los procesos de innovación; como un elemento sistémico que propicia la creación de nuevos productos, sistemas, empresas o procesos que promueven el desarrollo económico, como base del avance social y las políticas de bienestar. En este aspecto, algunos retos importantes son, la definición de áreas de aprovechamiento social y comercial del conocimiento universitario, la generación de unas políticas de adecuación sistémica con las el entorno interno, local, regional y nacional, así como con los objetivos misionales de las instituciones y su correspondiente visión; y algunas oportunidades que se pueden vislumbrar consisten en la identificación de los logros obtenidos mediante la investigación en términos de resultados y productos, así como los mejores mecanismos para hacerlo, a la luz de las necesidades y vocaciones de las regiones, entre otros asuntos.

Para la universidad, la propiedad intelectual resulta ser un componente importante, ligado a su cotidiano quehacer como institución promotora de la cultura, la formación humana y el conocimiento. Especialmente como garante de ese repositorio de

judges, lawyers, and authors to maintain the legal fiction of ‘originality’. Authorial expression draws on the author’s experiences _ things she has read, seen, and heard, her memories thereof_ and that expression is extraordinarily difficult to parse into borrowed and ‘truly original’ elements. A public domain allows authors and jurists to ‘avoid the harsh light of a genuine search of provenance’ or originality ... a similar dynamic is evident in patent law. Although a genuine search for provenance is undertaken by attorneys and patent examiners, the legal distinction between unpatentable facts about nature and patentable applications of those facts allow inventors to claim they are only proprietizing their own creations.

saberes que está llamado a integrar ese denominado “*espacio público*”, del cual la misma sociedad puede nutrirse libremente.

Por ello, se entiende que la propiedad intelectual actúa como uno de los principales mecanismos de legitimación de estas instituciones, especialmente en cuanto atañe a su financiación con recursos públicos, dirigidos al bienestar colectivo, en tanto son estas instituciones quienes por vocación tienen a su cargo la guarda de ese espacio común y de libre acceso al conocimiento, lo que lleva a concluir que la universidad no podría renunciar al mismo.

Como tal, este tipo de propiedad sobre intangibles resulta determinante de las actividades de investigación e innovación que en estos espacios se diseñan, pues actúa simultáneamente como condicionante e incentivo de las mismas. Por ello, las universidades se ven enfrentadas en la actualidad al reto de establecer políticas claras respecto de la protección del conocimiento, que involucra, por supuesto, la consagración y preservación de ese espacio público como algo inalienable.

Adicionalmente, se requiere de un apropiado diseño de políticas y normatividad que permitan una gestión ágil de la propiedad intelectual, de manera que se facilite la interacción con los grupos, entre éstos y ente ellos y sus miembros, al a vez que de todos ellos en los distintos niveles con los demás actores del sistema, tanto en lo que tienen que ver con la financiación, la producción del conocimiento, como con su apropiación social y adecuada transferencia en ambos sentidos.

Para ello, será necesario pensar en el diseño participativo de políticas integrales que comprendan por lo menos, la discusión, revisión y posible re-definición del Papel de la Universidad en temas claves como la innovación, el emprendimiento, la transferencia tecnológica y de conocimientos y la apropiación social del conocimiento; además de la construcción de unos lineamientos para la relación Universidad-Sociedad respecto del conocimiento que la universidad produce y recibe; al igual que para los procesos concretos de gestión de esos intercambios de conocimientos desde la propiedad intelectual; la identificación de necesidades en esta materia según actores y necesidades específicas en áreas como la sensibilización, mecanismos de protección, procesos de vigilancia y acceso a la información y formación en distintos grados de especificidad, que sean pertinentes y diferenciados para los distintos actores, tales como los órganos de decisión y definición de políticas, investigadores y personal relacionado con la investigación y la innovación, docentes y estudiantes de los distintos niveles: pregrado y posgrado.

Así mismo, en materia de políticas, orientaciones y estrategias relacionadas con la propiedad intelectual, es necesario plantearse abiertamente el tema de las relaciones entre la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación; el tema de la pro-

ducción del conocimiento y sus límites en cuanto a la divulgación o la protección que pueden estar relacionados con temas como su valor económico y social.

Igualmente importantes resultan temas como los de la asignación de recursos para investigación e innovación según distintas tipologías y procesos, y el diseño de instrumentos institucionales que faciliten esta gestión, como podrían ser las convocatorias por tipos: investigación, innovación tecnológica, innovación económica, innovación social, entre otros. Y, también de capital importancia, la clarificación de las relaciones entre la Propiedad Intelectual y los ejes misionales universitarios, como escenarios de producción de diversas modalidades de conocimiento, valioso y susceptible de protección, desde la docencia, la investigación, la extensión y la gestión universitaria y del conocimiento.

Para ello, es necesario que la universidad afronte el reto de la necesidad de creación y consolidación de cultura sobre la propiedad intelectual en su interior, a través de los mecanismos de formación con que cuenta. De manera que los actores internos y externos, conozcan no sólo los límites y cuestiones de fondo sobre esta materia, sino que también cuente con un más fácil acceso al sistema de protección y sus requisitos y procedimientos, además de generar las capacidades de toma de decisiones en los distintos niveles dentro del marco de la política nacional y universitaria.

Este último plantea el reto de consolidar su liderazgo en el cumplimiento de los propósitos que le han sido encomendados, relacionados con la transferencia de tecnología, la creación de *spin off*, el fortalecimiento del emprendimiento empresarial y el asesoramiento a los grupos de investigación en temas como: propiedad intelectual mecanismos de protección y las relaciones Universidad-Empresa-Estado, en el entendido de que la propiedad intelectual resulta ser una actividad central para la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación al interior de la universidad, que requiere de un necesario y urgente un liderazgo que articule dichas funciones con el Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación y el contexto nacional, regional y local.

También resulta importante capacitar a los distintos actores en cuanto a los mecanismos de prevención y solución de diferencias o conflictos en materia de propiedad intelectual, así como los distintos modos de infracción y violación a éstos, como mecanismo que permita agilizar y clarificar las relaciones al interior de los grupos de investigación y entre sus miembros, y la consolidación de los espacios universitarios existentes para la gestión de estos asuntos y las relaciones con los actores externos, como es el caso del Programa de Gestión Tecnológica en el caso de la Universidad de Antioquia.

De otro lado, también se plantea la necesidad de formar a los públicos externos, de manera que en conjunto se pueda consolidar una masa crítica que incluya no sólo a los actores universitarios y productores de conocimientos sino también a los ciudadanos, abogados, jueces y demás actores del sistema, como emprendedores y agentes de intermediación, entre otros. Se trataría de construir espacios de formación en los distintos niveles, desde la divulgación hasta el posgrado, que permita generar capacidades especializadas según necesidades diversas.

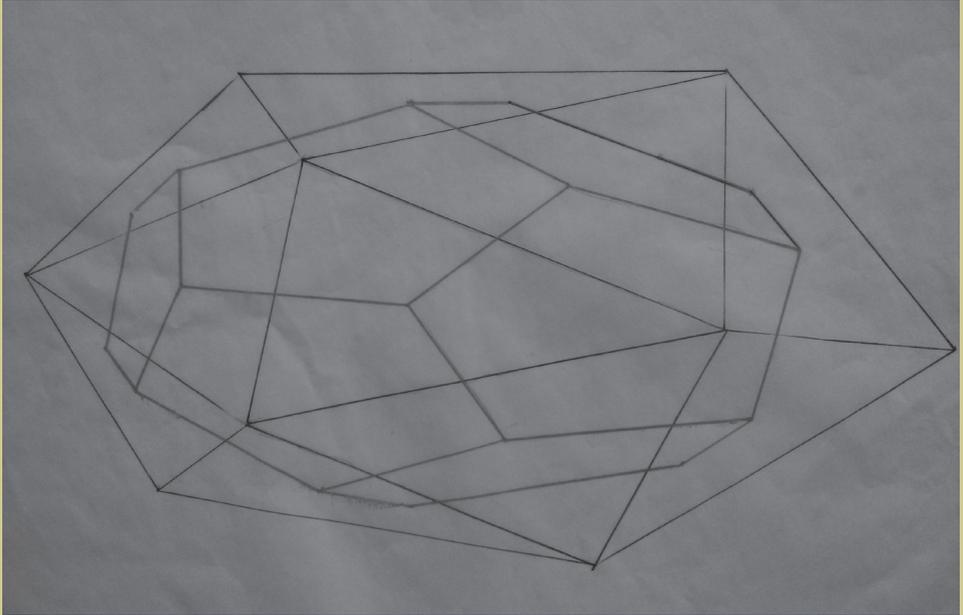
También se pudo encontrar que, de las formas de protección a la propiedad intelectual aplicables al ámbito universitario, los principales son los derechos de autor y las patentes, al ser éstos los que con mayor intensidad pueden producirse en el interior de estas instituciones o como resultado de su quehacer. Ello, sin descartar que también en el tema de los diseños, que aparece como de poca relevancia en el ámbito universitario, se encuentra que existe algún margen de protección, especialmente sobre los resultados de investigación que dan lugar a prototipos y modelos, en los cuales la protección primordial serían las patentes, pero sin excluir la protección de la apariencia estética o visual de los mismos por la vía de los diseños, así como el cuidado del buen nombre de la institución y los productos que pueda generar, por la vía marcaria.

También resulta necesaria la generación y fortalecimiento de los espacios de articulación entre actores del sistema de propiedad intelectual en los niveles universitarios interno _administración, investigadores, innovadores, estudiantes en los distintos grados de formación, entre otros_ y externo _actores del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación, del Sistema de Propiedad Intelectual, entre otros_. Y, por otro lado, se hace necesario clarificar y definir las políticas que determinen las relaciones entre investigación e innovación, las cuales pueden generar no sólo demandas en cuanto a sus procesos de diseño diferenciados sino también en cuanto a las distintas formas apropiadas de protección y devolución al espacio público.

BIBLIOGRAFÍA

- OROZCO SILVA, Luis Enrique. Escenarios y función de la universidad pública. Aspectos ético-políticos. En línea en: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/publicacionesyMedios/Memorias/gestionIESPublicas/Luis_Enrique_Orozco_Silva.pdf
- MCSHERRY, Corynne. Who owns Academic Work? Battling for control of Intellectual Property. Massachusetts, Harvard University Press, 2001. Pp. 275.
- Merges, Robert. P., Menell, Peter S. and Lemley, Mark A. Intellectual Property in the New Technological Age. Sixth Edition. New York. Wolters Kluwer Law & Business. 2012. Pp. 1156.

- MATEO, José Luis. Sociedad del conocimiento. En: Revista Ciencia, Pensamiento y Cultura. Madrid. Volumen CLXXXII. No. 718. Marzo-abril de 2006. p. 145.
- TAMAYO VALENCIA, Alfonso. Sentido y significado de la Universidad Pública. En: El Observatorio de la Universidad colombiana. En línea en: http://universidad.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=362&Itemid=81.
- RESTREPO OSPINA, Adriana María. Innovación. Concepto y retos en la agenda universitaria. En: Revista Estudios de Derecho. Año LXX –segunda época-. Volumen LXX. No. 156. Diciembre de 2013. Pp. 185-211.
- MONOTTI, Ann y RICKERTSON, Sam. Universities and Intellectual Property. Ownership and Exploitation. Reimpresión. Oxford. Oxford University Press. 2010. Pp. 626.
- BIAGIOLI, M. The instability of authorship: Credit and responsibility in contemporary biomedicine. *Faseb Journal*. 12. P. 3-16.
- BORJA BARRUTIETA. (2008). Los activos intangibles y sus retos. Horizontes para los próximos modelos productivos. La Rioja, España: Fundación Riojana para la innovación.
- KINSELLA, N. Stephan. Against Intellectual Property. *Journal of Libertarian Studies* Volume 15, no. 2 (Spring 2001): 1–53. En línea, en: <https://mises.org/books/against.pdf>
- Universidad Externado de Colombia, Hoja de Ruta de la Propiedad Industrial. Recuperado de: http://190.7.110.123/pdf/2_propiedadIntelectual/2012/09/Documento-SIC.pdf
- CHOMSKY, Noham. (2011) Academic Freedom and the Corporatization of Universities. University of Toronto, Scarborough. Recuperado de: <http://www.chomsky.info/talks/20110406.htm>
- Castillo, del, Isabel-Cecilia. Propiedad Intelectual, investigación y tesis doctorales. Madrid. Marcial-Pons. 2013. Pp. 113, p. 18, citando la Sentencia SSTs de 20 de febrero y 26 de octubre de 1992, entre otras como
- Montenegro Trujillo, Iván. Transferencia tecnológica e innovación: para no seguir inventando la rueda. En línea, en: Razonpublica.com. Acceso el 25 de junio de 2011.



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

***LOS CONFLICTOS
EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA:
ADMINISTRACIÓN CENTRAL
VS ESTUDIANTES, 2006-2012.
FUENTES Y TIPOLOGÍA****

* El objeto de la Investigación se centró en analizar los contextos, las causas, las tipologías y formas de tratamiento de los conflictos que se presentan entre estudiantes y administración central en la Universidad de Antioquia en el período 2006-2012.

Fecha de recepción: julio 30 de 2014

Fecha de aprobación: septiembre 30 de 2014

LOS CONFLICTOS EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: ADMINISTRACIÓN CENTRAL VS ESTUDIANTES, 2006-2012. FUENTES Y TIPOLOGÍA

*Miguel Ángel Montoya Sánchez**, *Nora Alba Cossio Acevedo**
*Jhon Byron Montoya Gutiérrez**

RESUMEN

Este texto se deriva de la investigación “Los Conflictos en la Universidad de Antioquia: Administración Central vs Estudiantes, período 2006-2012, en él se abordan en el mismo orden, las categorías *fuentes* y *tipología de conflictos*, en la idea de intentar un abordaje a las causas y clasificación de los conflictos que vive la Universidad de Antioquia y las formas en que la Administración Central y los Estudiantes los han entendido y tratado; el escrito reliva para el caso, la falta de una metodología propia de la Universidad para el tratamiento de sus conflictos y presenta las conclusiones y la recomendación. Las fuentes fueron fundamentalmente las entrevistas semiestructuradas aplicadas a estudiantes organizados y a algunos directivos de la Administración Central de la Universidad y el referente teórico de autores como Redorta (2004); Schellenberg (1996); Ruiz Restrepo (2005); Fisas (2004); Correa Ochoa (2003); Gómez García (2012), Alcover de la Hera (2004) y Puerta Lopera (2014).

Palabras clave: Conflictos, fuentes, tipología de los conflictos universitarios y formas de entenderlos.

THE CONFLICTS IN THE UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: STUDENTS VS ADMINISTRATION

ABSTRACT

This paper is a result of the research project: “Los Conflictos en la Universidad de Antioquia: Administración Central vs Estudiantes, período 2006-2012” in this develops in the same order the categories: sources and conflict typology, in the idea of make a perspective to the causes and classifications of the conflicts that lives the Universidad de Antioquia and the ways how the Central Administration and the students had been understood and tried; the paper shows for this case, the fault of a methodology of the University for the treatment of their own conflicts, shows a conclusion and a recommendation. The sources was interviews semi-structured application to organization of students and some administration directors of the Universidad de Antioquia and the theoretical reference where authors like Redorta (2004); Schellenberg (1996); Ruiz Restrepo (2005); Fisas (2004); Correa Ochoa (2003); Gómez García (2012), Alcover de la Hera (2004) y Puerta Lopera (2014).

Key words: Conflicts, sources, typology of academic conflicts and ways to fix it

** Investigador principal. Abogado, Especialista en Derecho de Familia, Magister en Derecho; Mediador del Centro de Mediación de la U. de A. Coordinador del Área de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U. de A e integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la referida U, categoría B en Colciencias,. E-mail: miguel.montoya@udea.edu.co

*** Co-investigadora. Abogada, Especialista en Derecho de Familia, Magister en Derecho con énfasis en Investigación. Coordinadora del Área de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A., e integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, categoría B en Colciencias. E-mail: nora.cossio@udea.edu.co

**** Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U. de A; abogado, Doctor en Educación y Pedagogía Social de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla – España. E-mail: byronm@une.net.co

LOS CONFLICTOS EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: ADMINISTRACIÓN CENTRAL VS ESTUDIANTES, 2006-2012. FUENTES Y TIPOLOGÍA

INTRODUCCIÓN

El interés de una investigación reside en su capacidad de desvelar la estructura subyacente que hace inteligibles los fenómenos.

René Thom

Este texto pretende analizar las magnitudes del conflicto en la Universidad de Antioquia, sus fuentes, tipología y las formas cómo los actores los explican o entienden y los mecanismos que reconocen para su tratamiento.

Al enmarcarse en una investigación de tipo cualitativo con enfoque hermenéutico, las fuentes principales fueron los actores mismos del conflicto, esto es, la Administración Central de la Universidad de Antioquia y los Estudiantes (organizados, no organizados y clandestinos); de los cuales se recogieron sus percepciones y posturas a efectos de comprender la dinámica del conflicto al interior de la Universidad.

El acercamiento realizado a las fuentes documentales actas del Consejo Superior Universitario, actas del Consejo Académico, comunicados de prensa de la Administración Central, comunicados de los estudiantes y artículos de prensa local, se hizo con apoyo en las categorías *fuentes, intereses, conflictos, contexto, formas de resolución, formas de tratamiento y metodologías*.

Posteriormente, al realizar el muestreo de los conflictos de mayor ocurrencia en la Universidad, se pudo constatar que estos resistían una clasificación o tipología propia: conflictos estructurales, conflictos cotidianos, conflictos académicos, conflictos administrativos y conflictos políticos. Estos últimos muy influenciados por el contexto.

Para la construcción del referente teórico se acudió a Redorta (2004), el cual para el análisis de los conflictos ofrece una tipología, traducida en la expresión “si usted sabe qué conflicto tiene, sabe qué hacer con él”. De igual manera, Redorta (2004), citando a Ibañez (1998), habla de la existencia de sistemas auto-organizativos, a efectos de detectar el punto ciego que caracteriza el enfoque habitual del conflicto.

Schellenberg (1996), por su lado, plantea la complejidad del conflicto, y de allí la importancia de estudiarlo abandonando el pensamiento lineal que ha caracterizado el análisis y su tratamiento. Wildawsky (1991), habla de los intereses como un producto cultural que incide en generar la denominada asimetría de los conflictos y Puerta Lopera (2014), que se refiere a la conflictiva de la Universidad de Antioquia, como aquella que se caracteriza entre conflictos cotidianos y conflictos estructurales.

DESARROLLO

Los conflictos presentados entre la Administración Central y los Estudiantes en el periodo 2006-2012 y las formas de entenderlos y resolverlos

El conflicto y sus diferentes formas de representarlo y tratarlo, son temas que de suyo denotan tal importancia, que desde toda cultura, tiempo o época, se ha venido recogiendo por doctos y profanos. El conflicto, por ejemplo, ha sido catalogado como hecho social (Ruiz Restrepo, 2005), o como un proceso interactivo (Fisas, 2004:29-30), el cual, según este autor, se da en un contexto determinado, como una construcción social o creación humana, diferenciada de la violencia (puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflicto) y puede ser positivo o negativo según cómo se aborde o termine; o puede ser entendido también (Correa Ochoa, 2012), como parte de la dinámica del conocimiento. En este mismo sentido, y en específico sobre los espacios de convivencia en la universidad pública, que a la postre se convierten o se podrían convertir en germen de conflictos, (Gómez García, 2003) opina que:

(...) La imposibilidad de romper con las taras del pasado universitario, pese a los avances introducidos en los años noventa, preocupa, aunque no lo suficiente a la comunidad universitaria. El efecto que los esfuerzos de modernización han tenido sobre la universidad pública, particularmente en la Universidad de Antioquia, ha sido fragmentario, y las fisuras entre lo nuevo y lo viejo se ven por todos los rincones de las facultades, departamentos e institutos. (...) lo nuevo y lo viejo se entremezclan, no tan indistintamente como se desea, pero sin embargo se toleran, se solapan sus diferencias, buscan encontrarse en furtivos espacios de convivencia semiforzosa o hasta deseada.

En la Universidad, como en toda institución de la sociedad (Correa Ochoa, 2012), es entendible que haya conflictos, no solo por la multiplicidad y heterogeneidad de las personas que la integran, sino, sobre todo, por la íntima ligazón entre creación, difusión y conservación del conocimiento que aquella genera y las expectativas y necesidades sociales que conjuga. Así, el entendimiento del

conflicto y su puesta en escena para su posible intervención, sufre o pasa por un proceso de múltiples interpretaciones, tanto como cuántos sean los intereses o expectativas de los actores, y por supuesto, que de este proceso, tampoco escapa la puesta en práctica de dicho entendimiento con miras a las disímiles posibilidades de solución existentes.

En esta misma línea, (Alcover de la Hera, 2010), afirma, que a efectos de tratar los conflictos en la universidad, se deben considerar los contextos universitarios, los cuales se caracterizan por una elevada complejidad, que suele tener su origen tanto en la gran diversidad de actividades y funciones encomendadas, como en las características y las relaciones de los diferentes colectivos o sectores que la componen. Dichas actividades, según este autor, se aglutinan en torno a las dos funciones básicas de la universidad: la docencia y la investigación, las cuales dan lugar a una enorme multiplicidad de situaciones, interacciones y relaciones en las que se encuentran implicados los miembros de la comunidad universitaria, además de provocar tensiones al establecer prioridades entre ellas.

(Alcover de la Hera, 2010), además de clasificar los conflictos que se suscitan en el contexto universitario, también refiere las fuentes o las circunstancias que dan origen a los mismos. Respecto de estas últimas, dice que “aunque el origen y los tipos de conflictos pueden ser muy diversos y pueden identificarse en diferentes niveles —individual, interpersonal —grupal y organizacional—”, refiere o identifica, citando a Holton; tres fuentes de conflictos que tienen una especial incidencia en los contextos universitarios: la existencia de metas incompatibles, la escasez de recursos y las interferencias que se producen entre los miembros. Y agrega, citando a Ostar, que el conflicto en las universidades puede verse exacerbado no sólo porque existan diferentes grupos de interés en su seno, sino también por el hecho de que cada uno de ellos reclama la “propiedad”; así: los Profesores alegan en su favor el principio de libertad académica, la existencia de autonomía universitaria en la gestión y la consideración de la universidad como una “comunidad de académicos”; los Estudiantes reclaman su participación en los procesos de toma de decisiones argumentando su apoyo financiero a las instituciones mediante pago de sus tasas académicas y en la consideración de que las universidades no existirían sin ellos y la Administración también reclama su parte de responsabilidad en virtud de sus competencias legales en lo relativo a las directrices y políticas educativas, su apoyo financiero y su obligación de supervisar la gestión de los fondos públicos.

Los conflictos que se presentaron en la Universidad de Antioquia, en el período que se analiza y a efectos de lo propuesto en el escrito, fueron:

El año de 2006 fue un período bajo en conflictos porque se caracterizó por el acompañamiento de los procesos judiciales iniciados contra los estudiantes indiciados

(14 en total) por los hechos ocurridos en febrero de 2005 (muerte de dos estudiantes por explosión de laboratorio en el Bloque 1).

El conflicto del año 2007, se evidenció en actos de violencia en contra del estamento administrativo, traducidos en “El desalojo de las aulas, y de las oficinas administrativas y de profesores, que se vio acompañado de múltiples manifestaciones de violencia verbal y física (...). Los daños causados con pintura a puertas, muros y señalizaciones (...).

El 2008 se caracterizó por una serie de movilizaciones políticas conducentes a defender las diferentes formas de organización estudiantil, la libertad de expresión y la protesta estudiantil, en particular; contra los señalamientos gubernamentales que estigmatizaron el movimiento estudiantil.

Durante el 2009 ocurrió la primera intervención de las directivas de la Universidad sobre las ventas informales; igualmente la designación del Rector para este período generó choques entre la Administración Central y los Estudiantes; en este mismo año tuvo lugar el acontecimiento en el cual la policía ingresó al campus universitario a realizar el operativo en contra de la ventas ilegales y se generó la discusión sobre el alza de la matrícula de quienes tengan segunda carrera.

Para el año de 2010, fue determinante el conflicto respecto de la elección del decano de la Facultad de Odontología y la implementación de la Tarjeta Integrada Personal TIP; conflicto este que escaló paralelo al conflicto de seguridad en la Universidad y la intervención de la fuerza pública ESMAD que generó actos de violencia (el 15 de septiembre de 2010) y el consecuente cierre de la Universidad durante dos meses.

El año de 2011, se caracterizó por la apertura de la discusión sobre el Reglamento Estudiantil y la propuesta a la reforma de la educación superior, derivada del proyecto de ley 112 de 2011 impulsada por el Gobierno Nacional.

Para el año de 2012, los conflictos que marcaron los días de la Universidad de Antioquia, fueron: la designación del rector para el período 2012-2015. Este año se caracterizó particularmente por el alto grado de violencia, producto de incursiones de grupos de encapuchados y los enfrentamientos con la fuerza pública, en específico, con el Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD, derivado de ellos; al efecto, se cita apartes del Comunicado del Consejo Superior, respecto de los hechos acaecidos el día 18 de abril de 2012:

El Consejo Superior Universitario, en sesión extraordinaria, se reunió para analizar la situación presentada el miércoles 18 de abril de 2012, cuando encapuchados con explosivos, desplegaron una acción militar en la ciudad universitaria, y de manera planeada y sincronizada procedieron a cerrar las puertas de la institución, impidiendo la salida de las miles de personas, estu-

diantes, profesores, empleados, directivos, jubilados, egresados y visitantes habituales o esporádicos del campus, al mismo tiempo que arrojaban gran cantidad de explosivos a las vías y establecían barricadas, causando confusión y pánico. Tras la reprochable actuación, absolutamente ajena a la protesta estudiantil civilista y civilizada, un integrante de la fuerza pública sufrió la mutilación de una pierna como consecuencia del impacto de un explosivo que contenía tuercas, tonillos, clavos y bolas de cristal, lo cual pudo ocurrirle a un profesor, o a un estudiante o, a cualquier visitante, mayoritariamente niños, jóvenes colegiales y adultos mayores. (Comunicado del Consejo Superior, 19 de abril de 2012).

LAS FUENTES DEL CONFLICTO EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

En la Universidad de Antioquia las fuentes del conflicto son diversas no sólo por la multiplicidad de las causas que lo generan, sino por la incidencia del contexto y por los actores y sus percepciones. Al efecto, Redorta (2004) habla de cinco fuentes del conflicto: el poder, que analiza la capacidad de coacción; las necesidades en las que se considera la búsqueda de satisfactores; los valores, en los que son determinantes las creencias; los intereses, que identifican los objetivos deseados y la percepción y comunicación, que dirige su foco a la interpretación y la expresión del otro (p. 35). En este sentido, es decir, respecto de las fuentes del conflicto en la Universidad, algunos de los entrevistados, dijeron:

Para la Administración de la Universidad de Antioquia, las principales fuentes de conflicto son: (...) la seguridad y el manejo del conflicto, (...) el problema de escasez de recursos, que es otra preocupación, el problema de la pobreza de la comunidad de estudiantes (Administrativo 5, 24 de abril de 2014).¹

Una fuente permanente de conflicto en la Universidad es la que se genera entre la Administración que representa autoridad y la posición de los jóvenes —no del todo reprochable— que ingresan con ideales de libertad (Administrativo 1, 10 de febrero de 2014).

Los conflictos que más se presentan, son aquellos por decisiones alusivas a intereses o derechos estudiantiles y el poder político de los estudiantes frente al rumbo de la Universidad (Administrativo 1, 10 de febrero de 2014).

1 Para proteger la confidencialidad de las personas entrevistadas, asignamos un código de identificación que nada tiene que ver con jerarquías de orden administrativo. Y en el caso de los estudiantes tampoco se hizo mención a su filiación política o estructura organizativa.

Una fuente del conflicto académico son las “decisiones” (...), porque en la Universidad prevalece una estructura vertical —aunque se habla de procedimientos o disposiciones democráticas— (Administrativo 1, 10 de febrero de 2014).

Una de las fuentes de conflicto en la Universidad es la idea de autoridad (...) aquí hay una concepción sobre la autoridad que es muy distinta, entonces, cuál es la característica: el poder, aquí se considera horizontal no vertical; aquí todos somos pares con el grave riesgo de que inclusive no somos pares en la vida si no en el conocimiento, entonces vos tenés el estudiante que considera que el profesor es un par, y obviamente el administrador es un par, entonces están en el mismo nivel, de suerte que ejercer la autoridad es un asunto supremamente complicado (Administrativo 2, 6 de marzo de 2014).

Colombia en sí está en este momento atravesando por muchos tipos de problemáticas y todo eso se refleja en la Universidad de Antioquia. (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

El contexto de la Universidad está conformado por personas de múltiples ideologías (...) mil posturas que tiene la Universidad de Antioquia, porque no es desconocimiento de nosotros ni de ningún estamento de la Universidad, los diferentes pensamiento en la Universidad, acá hay estudiantes normales, estudiantes organizados a nivel local y nacional, están las oficinas estudiantiles, están los grupos insurgentes, están los grupos paramilitares, está la fiscalía en la asamblea general, está la CIA, o sea, todo el mundo converge en la Universidad de Antioquia y todos los pensamientos tienen un interés particular. (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

Frente a los intereses como fuente de conflicto en la Universidad, creemos, con Redorta, (2004), que la Administración Central mantiene un interés en la defensa de la Institucionalidad, mientras que los Estudiantes tienen un interés en la libertad y en la conservación de lo público de la Universidad:

(...) Esos modelos de los que se vive en Colombia de una u otra forma se deben ver reflejados en la Universidad, entonces por ejemplo, lo que expresaba el compañero ahorita de los servicios, o sea, Colombia está —por decirlo de alguna forma— tirando a volverse una prestadora de servicios para diferentes entidades de ánimo privado, entonces eso se refleja en la Universidad de Antioquia, eso rebaja el presupuesto de la Universidad, entonces la Universidad aliarse con entidades privadas para poder seguir subsanando los gastos internos de la Universidad y esas alianzas son las que llevan a que de una u otra forma, se implementen ciertas acciones dentro de la Universidad... (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

Otro interés identificado, como fuente de conflicto por la Administración Central, radica en su propósito de que los Estudiantes participen en los órganos colegiados a

efectos de legitimar su gestión y los Estudiantes, por su lado, mantienen el interés de no participar por tres razones: primera, la desconfianza en la Administración Central; segunda, porque sus propuestas no son acogidas al momento de tomar decisiones, pues consideran que si no se atienden sus propuestas, de nada sirve participar. Y tercera, por el peso de la historia, es decir, el rosario de promesas incumplidas que ha sufrido el movimiento estudiantil por desatención de sus intereses o necesidades a través del tiempo, que generan un efecto cíclico en los mismos:

Hay muy poca gente preparada en la Universidad para prevenir y tratar los conflictos (...), ciertas cosas parecen calcadas en el tiempo y termina sucediendo lo mismo, con distintos actores (Administrativo 2, 6 de marzo de 2014).

Respecto de las *necesidades* como fuente de conflictos en la U., la Administración Central es enfática en manifestar que su propósito misional sigue siendo la formación, en tanto que para los Estudiantes, la prioridad es encontrar en la Universidad, además de su formación profesional, la garantía a sus fuentes de trabajo en el campus, sin las cuales el objetivo de formación no se podría cumplir, pues se afecta de forma directa su sustento, de allí que reclame políticas efectivas de bienestar universitario y la permisión frente a las ventas informales:

Yo creo que vivir en la Universidad de Antioquia, es vivir, no es venir a la Universidad de Antioquia sino vivir, la Universidad se convierte en un hogar porque uno esta acá con sus compañeros, actividades académicas o actividades culturales, viene y trabaja, estudia, la mitad del tiempo lo pasa en la Universidad de Antioquia y la otra mitad en la casa. (Estudiantes organizados, 14 marzo de 2014).

En este mismo sentido la Administración Central, considera que el estudiante le quiere trasladar a la Universidad obligaciones que no se corresponden con lo eminentemente académico:

(...) nosotros como Universidad no tenemos la obligación de sostener la familia del estudiante, nuestro bienestar es un tema de acompañamiento en la vida académica y durante el paso del estudiante por la Universidad (...) (Administrativo 3, abril 10 de 2014).

En cuanto al *poder*, consideramos que la Administración Central defiende el concepto y el ejercicio de autoridad, pues la liga indefectiblemente a la seguridad al interior de la Universidad; mientras que para los Estudiantes esto no es más que autoritarismo, pues para ellos dicho ejercicio se traduce no más que en control, limitación a la libertad, exclusión y ante todo, represión.

Con referencia a los *valores*, se entiende como fuente de conflicto en la perspectiva de la Administración Central, en la idea de que mientras para ésta se debe persistir

en la defensa de la legalidad, precisamente como valor, y sobre la cual se tiene la firme convicción de que no se negocia; los Estudiantes consideran que el valor primordial enfrentado a la Administración Central, es el ejercicio libre de pensar y de actuar. Dichos valores entran en tensión precisamente en los actos o eventos para los cuales los Estudiantes expresan que es válida cualquier forma de manifestación, inclusive la violenta.

Respecto de las *Percepciones y la comunicación*, consideramos que entre la Administración Central de la Universidad y los Estudiantes, no hay *un nosotros*, no existe comunicación de doble vía, sino el *otro adversario*. Los Estudiantes lo recalcan con la siguiente expresión: (...) *nosotros los estudiantes pensamos y proponemos, mientras que la Universidad impone*.

Por parte de los estudiantes la vía de los hechos es la forma de comunicación más predominante, como respuesta a la falta de reconocimiento de la Administración Central, como lo denota el siguiente texto significativo:

En el caso de la TIP, el mecanismo que adopta la administración desde los órganos de gobierno, fue la de la realización de la consulta, como mecanismo para la validez de la TIP y la reapertura, que es un mecanismo, ahí no hay un proceso, digámoslo así, de diálogo, de negociación con los actores o sectores del movimiento estudiantil o de las organizaciones estudiantiles, sino que simplemente se acude al mecanismo de consulta. (Estudiantes clandestinos, 14 de marzo de 2014).

Esta es la fuente más evidente de conflicto, pues la Universidad es muy prolija en medios de comunicación y en expedición de comunicados, no obstante los estudiantes dicen que la Administración Central no se comunica con ellos como colectivo estudiantil, al respecto, éstos manifiestan:

Si recibimos una respuesta, es con un comunicado la semana que viene y con unas respuestas muy superficiales que no responden a las peticiones o a la pregunta que se hizo desde el estudiantado (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

La Administración Central por su lado, sostiene, que se comunica ampliamente con los Estudiantes, pero no hay un interlocutor suficientemente identificado, por cuanto el movimiento estudiantil es una masa amorfa, acéfala. En este sentido se manifiestan algunos miembros de la Administración Central:

No, yo creo que es verdaderamente muy difícil [dialogar con los Estudiantes], porque en primer lugar, los estudiantes son muchos, si pensamos solamente en los estudiantes de pregrado son alrededor de treinta y seis mil en toda la Universidad, de los cuales son algo así como cinco mil en las regiones, entonces

digamos, los de Medellín que son más, (..) no siempre es fácil dialogar con ellos porque son cambiantes, a veces unos surgen como líderes y desaparecen con la misma facilidad que surgieron, entonces el cuerpo estudiantil o el estamento estudiantil, es podríamos decir, un poco amorfo y en realidad es difícil dialogar con ellos, es difícil, ellos mismos tienen concepciones distintas que es apenas natural, pero tal vez intereses diferentes y eso hace que el asunto sea problemático (...) (Administrativo 4, 13 de marzo de 2014).

En este mismo sentido, vale la pena anotar que, casi de manera unánime, las partes señalan que a efectos del acercamiento para la posible solución de los conflictos, a una de las figuras que más se acude frecuentemente, es la de conformar entre las mismas partes mesas negociadoras, comisiones negociadoras o comités de voceros, entre otras; en donde no actúa de ninguna manera un tercero neutral quien haga las veces de facilitador; condición de falencia, que por supuesto, ha conllevado al fracaso a tal forma de acercamiento, amén del alto grado de *desconfianza* que manifiestan ambas partes:

Ese ha sido, digámoslo así uno de los terrenos más difíciles, porque en parte pasa por una desconfianza, digámoslo así, grande entre el sector estudiantil, o entre sectores de los estudiantes, con obviamente, con la administración (Administrativo 1. 10 de febrero de 2014)

Ahí pues yo creo que hay un principio de acercamiento con un problema gravísimo que yo considero es el problema más grave que tenemos los colombianos, que es la desconfianza y mientras no haya confianza entre las partes pues difícilmente se puede tener un diálogo y nuestro estamento estudiantil y por qué no el profesoral, es de absoluto recelo y desconfianza frente al otro. Eso afecta totalmente la relación y la solución de conflictos. (Administrativo 5, 24 de abril de 2014)

En síntesis, en el aspecto de la comunicación entre la Administración Central y los Estudiantes, se evidencia el fortalecimiento de comunicaciones unilaterales, estratégicas, y pocas construcciones intercomunicativas, con toda la influencia que genera la desconfianza entre las partes para el tratamiento positivo y autocompositivo en la resolución de sus conflictos.

La dinámica del conflicto no permite en todos los casos la participación, la forma de observarlo y tomar medidas, es variada (Administrativo 1, 10 de febrero de 2014).

TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS

Según lo apreciado por el equipo investigador, con miras a su análisis y posterior tratamiento, podemos señalar con Redorta (2004), citado por (Montoya, Salinas,

Osorio & Martínez, 2011:24-27), la siguiente clasificación², entregada por el referido autor a partir de lo que denomina concepto de *morfología* del conflicto³:

- *Conflicto de poder*: “se disputa porque alguno de los involucrados quiere mandar, dirigir o controlar más al otro”. En esta definición se pretende que “la variable relevante” sea “la capacidad de ejercer presión o influencia sobre la otra parte”. Se trata de una percepción respecto de “las relaciones de poder entre los implicados”.
- *Conflicto estructural*: se confronta “por un problema cuya solución requiere de largo tiempo y del esfuerzo de muchas personas o de medios más allá” de las posibilidades de los involucrados. La asunción básica establecida en esta definición es que se precisa el conflicto a partir de premisas orientadas a su tratamiento. Es decir, no se define tanto el conflicto en sí, en sus características, como por la aportación de medios que requiere la intervención. La segunda asunción básica es la percepción de que el conflicto desborda las partes a título personal. Aunque se muestre a través de las relaciones personales, este tipo de conflicto habita en la estructura social, y si se opta por la acción individual en la línea metafórica de “muchas gotas de agua hacen un mar”, o bien de “pensar globalmente y actuar localmente”, etc., entonces la intervención de muchas personas en la misma dirección es imprescindible y, en general, el factor tiempo es crítico.
- *Conflicto normativo*: “se disputa porque se incumple una norma social o legal”. Esta definición se refiere al conflicto que genera tanto la distinta interpretación de las normas como el quebrantamiento de sus mandatos y la reacción que produce en los sujetos este incumplimiento. Aunque todas las normas legales son productos sociales, no todas las normas se integran en el entramado jurídico. La definición asume la norma vista desde una perspectiva social más allá del derecho, siempre y cuando exista conciencia de la legitimidad y la capacidad de obligar de dicha norma.
- *Conflicto de información*: “se disputa por algo que se dijo, se calló o se entendió de forma distinta”. La definición asume tanto la falta de información suficiente

2 Este autor, incluye además en la tipología que presenta, los siguientes conflictos: Conflicto de recursos escasos, conflicto de autoestima, conflicto de valores, conflicto de identidad, conflicto de expectativas, conflicto de inadaptación, conflicto atributivo, conflicto de relaciones personales, conflicto de inhibición y conflicto de legitimación.

3 Redorta habla de *morfología de conflictos* para referirse a la capacidad de los mismos de ser identificados por un patrón reiterativo que distingue unos conflictos de otros. Esta capacidad de distinción es lo que, con fundamento en las teorías psicológicas aplicables, hace que un interventor ajeno al conflicto sea capaz de gestionarlo con un mínimo de eficacia.

como la no pertinente o errónea respecto de la interacción, incluyendo el “exceso de información” acerca de cualquier punto controvertido. Asume igualmente las distintas valoraciones de esa información y la interpretación defectuosa o divergente del resultado.

- *Conflicto de intereses*: se “disputa porque los deseos o intereses de una persona son abiertamente contrapuestos a los de la otra”. Esta definición asume cierta igualdad entre deseos e intereses. Obviamente no son conceptos sinónimos, pero en este enfoque se admiten como tal considerando una cierta voluntad o motivación para conseguir algo. Al definir que los intereses o deseos deben ser abiertamente contrapuestos, se afirma la existencia de un conflicto, que no existiría sin los intereses o deseos fueran coincidentes. El nivel de oposición entre las partes no es preciso que sea total; los intereses o deseos pueden estar en oposición siquiera de forma parcial.

Analicemos ahora, la tipología de conflictos que se presentan en la Universidad de Antioquia.

TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

*“Sin comprender lo institucional, tampoco puede ser comprendido lo político.”
(Cerrutti; 1992: 122).*

Así entonces, en los denominados conflictos académicos y administrativos, consideramos que se ajustan, según la tipología señalada por Redorta (2004): al conflicto de intereses, al conflicto normativo y al conflicto estructural. De los conflictos políticos, se ajusta por su lado, el conflicto de poder. Respecto del conflicto de información, tenido en esta investigación como una categoría emergente, el equipo de investigación concluyó que este conflicto reviste tal importancia, que se hace necesario considerarlo para esta clasificación y análisis de forma especial.

En la comprensión de los conflictos en la Universidad, se enfrentan, por un lado, la visión administrativista que caracteriza la postura de las Directivas y por el otro, la visión social desde la cual los Estudiantes aprecian los conflictos: los conflictos de la Universidad, también son los conflictos de la sociedad. La Administración, por el contrario argumenta que los conflictos de la Universidad nada tienen que ver con las circunstancias externas o ajenas al quehacer de la Institución. Al efecto una de las Directivas entrevistadas dijo:

Los conflictos son externos a la U, entran a la U con propósitos muy claros aprovechando la vulnerabilidad de la institución (Administrativo 5, 24 de abril de 2014).

El Consejo Académico de la Universidad de Antioquia deplora y rechaza los gravísimos hechos de violencia acaecidos en el campus universitario, y aclara a la opinión pública que estas reprobables acciones en ningún caso son atribuibles al Alma Máter, sino que por el contrario, corresponden a la presencia de fuerzas externas completamente ajenas al espíritu de discusión tolerante y respetuoso que caracteriza un claustro académico como la Universidad de Antioquia. La Universidad condena enfáticamente la violencia de grupos, cualquiera sea su bandera, que aprovechan los asuntos de la agenda nacional para generar situaciones de hecho que ponen en peligro el derecho fundamental a la vida y a los bienes públicos (...). (Comunicado interno número 051 de 11 de febrero de 2005, Consejo Académico).

Para la Administración Central de la Universidad, lo que prepondera en los enfrentamientos que se generan entre esta y los Estudiantes es la falta de creencia en las instituciones, y lo que hay que defender precisamente, según la postura de aquella, es la Institucionalidad: “(...) yo creo que los organismos legal y constitucionalmente constituidos y que tienen una misión muy clara, no pueden ser parte del conflicto, entonces estamos negando la Constitución y las leyes y la institucionalidad (...)” (Administrativo 5, 24 de abril de 2014).

A partir de las entrevistas aplicadas en la investigación, se logró entonces, conocer la concepción de los actores frente a los conflictos que los enfrenta y sus formas reconocidas de resolución. La indagación por las relaciones entre los actores —desde la información recolectada y el análisis de sus discursos— desveló algunas concepciones, percepciones y/o valoraciones que estos guardan respecto del conflicto, del otro como interlocutor válido o no y las formas de abordar la resolución de los conflictos. A este menester, algunos miembros de la Administración Central y algunos Estudiantes de la Universidad dieron a conocer sus concepciones. Respecto del conflicto y sus formas de resolverlo algunos miembros de la Administración Central, dijeron:

De los conflictos que más se presentan en la Universidad, uno aprende a diferenciarlos (...) pero la diferenciación es, digamos, porque uno los aísla para entenderlos, pero en la práctica lo típico es que se mezclen siempre los problemas y se mezclan en dos sentidos: Lo primero que se mezclan son los problemas que uno podría llamar estructurales o que los abogados llaman sobrevinientes, o de larga duración, con los problemas coyunturales y podría uno decir advenedizos o circunstanciales también, y que en general hay épocas que son más sensibles que otras. Segundo, que se mezclan los problemas típicos de la universidad vistos internamente, con los problemas de la sociedad, no regional, sino más bien nacional (Administrativo 2, 6 de marzo de 2014).

Al consultársele a los Estudiantes entrevistados su apreciación sobre la tipología de conflictos, esbozaron: “están los encaminados hacia el bienestar, los diferentes aspectos de seguridad, los académicos y otros aspectos sociales y de contexto”. Y aunque no lo denominaron como conflicto estructural insistieron en que se originan en “la pérdida del carácter público de la Universidad”.

Como conflictos del contexto, reconocen los económicos y los políticos. El conflicto económico lo identifican con la problemática de la financiación de la U. pública y con las fuentes de sostenimiento del estudiante al interior de la U., dentro de las que están las ventas informales:

En cuanto a los venteros, la Universidad no está garantizando lo mínimo para la sobrevivencia de los estudiantes que permita que de alguna forma estos estudiantes traten de subsanar esos gastos, traten de sobrevivir.

Está la problemática de la desfinanciación de las universidades y por consiguiente la contratación de los profesores y la calidad en la educación que recibimos. (...) Por qué la Universidad se quiere privatizar? ¿Por qué la Universidad se está tratando de privatizar? ¿Por qué la educación en Colombia se quiere privatizar? ¿Por qué el gobierno no le da la plata que la Universidad necesita? (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

En los conflictos políticos señalan la existencia del conflicto político entre las distintas organizaciones estudiantiles y de estas con la administración:

Pero el estudiantado no lo reconocemos por la multiplicidad de expresiones (...); entonces tenemos los estudiantes organizados que son los que están influenciados por corrientes o ideologías políticas nacionales, está la organización estudiantil del POLO, la organización estudiantil del Partido Comunista, la organización estudiantil independiente con corriente maoístas, o con corrientes che guevaristas, leninistas, o los camilistas que responden a una corriente Elena. Pero está el estudiante a pie que no está organizado y crea conflicto con los estudiantes organizados, es un conflicto interno entre los estudiantes organizados, los estudiantes no organizados y las insurgencias que serían los estudiantes clandestinos, son tres perspectivas del estudiantado en la Universidad de Antioquia, y poner a converger los tres ideales para unirnos en contra del administrativo es imposible, es complicadísimo. (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

Reconocen como problemas de seguridad, los asociados a su participación en diferentes formas de organización:

Históricamente se ha dado en Colombia, en toda manifestación social contra las dinámicas del estado, sea estudiantil, sea campesina, sea profesoral, sea sindical, siempre las políticas estatales han criminalizado la izquierda y siempre la asocian a la insurgencia (...) entonces también vemos esas persecuciones

que se dan a los estudiantes de la Universidad de Antioquia, como la principal universidad pública. (Estudiantes organizados, 14 de marzo de 2014).

Por otro lado, Puerta Lopera (2014), al hacer referencia a la tipología de los conflictos que se viven en la Universidad, dice que estos se clasifican en Conflictos cotidianos y Conflictos estructurales. De los primeros manifiesta que son aquellos que se suscitan entre estudiantes, entre profesores, entre estos y aquellos y entre las personas que comparten su labor u oficio en el campus universitario. Y frente a los Estructurales, menciona los que se derivan de causas que son ajenas al ejercicio ordinario del quehacer universitario, y refiere a que frente a estos, la Universidad no tiene cómo tratarlos, pues sobrepasa sus capacidades misionales; por ejemplo, el conflicto de ventas ambulantes o el asunto problemático que hay detrás de estas, el microtráfico de sustancias estupefacientes y el enfrentamiento de las fuerzas de derecha e izquierda en la Universidad.

Por su parte, el entrevistado Administrativo 1, dice respecto de la tipología de conflictos que se presentan en la Universidad, que hay de orden estructural, político y económico. Dentro de los estructurales habla del conocimiento que se imparte, la disciplina y la restricción del control, oposición a la autoridad, la heterogeneidad del estudiantado. Dentro de los conflictos políticos distingue: la organización estudiantil y su negativa a participar en espacios institucionales colectivos en contraste con la participación activa de algunos estudiantes en órganos de decisión, el alto grado de politización de algunos, o la indiferencia por la falta de formación política y el uso de la violencia como factor legitimador por parte de los denominados estudiantes clandestinos. Dentro de los conflictos económicos identifica las ventas informales.

El entrevistado Administrativo 5, habla de conflictos del contexto, y dice que están asociados a problemáticas sociales: los TLC, la reforma a la educación superior, los paros que hacen los sectores cafetero y campesino. Existen otros conflictos que son académicos porque tiene que ver con el reglamento estudiantil, el congelamiento de matrículas, las propuestas de mejoramiento de los servicios de bienestar universitario o para normalizar el funcionamiento de la Universidad. Hace mención además de los conflictos de seguridad: implementación de la TIP, el microtráfico, la permanencia de comerciantes en la Universidad, las ventas informales e ilegales y la explotación de unos estudiantes por otros. También genera conflicto en la Universidad, la formación que impartimos los docentes, pues se ha estado generando un ambiente de animadversión por lo establecido y por la institucionalidad. Y enfatiza en que: “Los conflictos externos se nos salen de las manos porque no son nuestros”.

El entrevistado Administrativo 4, habla de las ventas informales como una problemática social; de la participación mínima de los estudiantes en los órganos colectivos institucionales de la Universidad, entre estudiantes y la Administración se toman

decisiones inconsultas, a pesar de la convicción de que lo administrativo no tiene que consultarse con estudiantes. Otra fuente de conflictos en la U. es *el problema de las falsas ideas*: la falsa idea de que la U. abandonó el pregrado; que la U. es igual a Estado; que la U. está en quiebra.

Por su lado el entrevistado Administrativo 2, dice que los conflictos de mayor ocurrencia en la U. son los que se espera ocurran siempre o que se conocen como cíclicos, entre estos se cuentan las conmemoraciones del estudiante caído, los apoyos a los paros nacionales convocados por diferentes gremios y las movilizaciones jalonadas por milicias urbanas. Igualmente, habla de los conflictos de seguridad y convivencia “porque somos menos tolerantes adentro de la Universidad”, y conflictos de autoridad y orden; generadas por el entrecruzamiento de muchas libertades y porque esto se suma a la pérdida de la cadena de autoridad que a su vez genera crisis de autoridad por la desconfianza en ella.

Con Montoya Gutiérrez (2013: 264), luego de realizar el muestreo de los conflictos de mayor ocurrencia en la Universidad en el período analizado en la presente investigación, se pudo constatar, resumidamente, que estos resistían una clasificación o tipología propia: conflicto académico, conflicto administrativo y conflicto político; estos últimos muy influenciados por el contexto.

EL TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. UNA RECOMENDACIÓN

Con base en todo lo observado y analizado en la presente investigación, consideramos que la construcción de una posible metodología para el tratamiento de los conflictos en la Universidad de Antioquia, debe partir; primero, de la identificación y categorización de las fuentes “causas”, patrones reiterativos y de las consecuencias de los mismos. Segundo, del diseño de soluciones fácilmente aplicables en el tiempo y con pautas de actuación claves y claras. Y tercero, de la definición o establecimiento de un sistema de tratamiento de los conflictos en la Universidad, en donde se contemple como forma o mecanismo, una en la que intervenga un tercero facilitador, y para el caso, la mediación.

CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente dicho, el equipo de Investigación encontró que los conflictos vividos por la Universidad en el período que se analizó, soporta la siguiente

clasificación o tipología: Conflictos académicos, que son los que se relacionan con las propuestas de reforma al Estatuto Estudiantil y que tienen que ver directamente con créditos académicos, derechos y deberes de los estudiantes y con los criterios razonables y objetivos de permanencia en la Universidad. Respecto de las actitudes asumidas frente a este conflicto, es de resaltar la asumida por la Administración Central, en el sentido de que ante la manifestación radical de los Estudiantes frente a tales propuestas, siempre termina cediendo o aplazando su discusión y decisión.

Los Conflictos administrativos son los que tienen que ver con decisiones de la Administración Central con respecto a la seguridad y orden y con las políticas de bienestar (servicio de alimentación y becas para la permanencia), frente a lo cual es importante aclarar que los Estudiantes asumen que dentro de las políticas de bienestar, se debería incluir las oportunidades derivadas de las ventas informales; mientras que para la Administración Central dicho aspecto es una cuestión de orden y organización al interior de la Institución.

Frente a los conflictos del contexto, es decir, los sociales, resulta paradójico que mientras para la Administración Central no son conflictos de la Universidad de Antioquia, los Estudiantes reclaman su *propiedad*, pues argumentan que la Universidad se debe a ellos y ellos son propios de quienes conforman la Universidad.

En relación a los conflictos denominados Estructurales y Cotidianos. Consideramos que son estructurales porque derivan o dependen de decisiones del Gobierno local o nacional, y por tanto escapan a la esfera decisional de la Administración Central. Y los conflictos cotidianos se refieren a las diferencias o choque de intereses (entre pares, entre profesores y estudiantes y entre estudiantes y la Administración Central), derivados de las circunstancias de convivencia al interior de la Universidad.

Respecto de las fuentes de los conflictos que se suscitan en el contexto universitario, encontramos que resulta determinante hablar de las necesidades, el poder, los valores, los intereses y las percepciones y la comunicación. Todas ellas afectadas, según lo hallado, por el elemento *desconfianza*. Todos los entrevistados se refirieron a la desconfianza como un aspecto nodal y perjudicial en las relaciones que deben caracterizar el cumplimiento de los acuerdos, pactos o negociaciones de sus conflictos; pero fundamentalmente en el reconocimiento del otro como interlocutor válido. Mientras La Administración Central manifiesta que los estudiantes no tienen ideales ni propuestas claras; los estudiantes dicen que la Administración Central siempre incumple los acuerdos, los ignora o no los toma en cuenta.

El referido elemento de *desconfianza*, desencadena un efecto a todas luces nocivo a cualquier intento de acercamiento, discusión o tratamiento de los conflictos en la Uni-

versidad, porque al afectarse la *legitimidad del otro* sufre la autoridad y al no respetarse la autoridad, igualmente se resta al otro su capacidad de obligarse o de cumplir.

Así pues, la conjugación de estos dos elementos –desconfianza + afectación de la autoridad– termina favoreciendo el fenómeno de *autorregulación*; entendido como aquellos conflictos, generalmente cíclicos, que escalan y desescalan sin que se asuma su resolución o tratamiento. Dicho fenómeno igualmente se presenta en el contexto de la Universidad, cuando asumimos como *normales* las situaciones de conflicto, en la idea de que el sólo paso del tiempo las disipará o agotará. Una tercera situación que encuadra dicho fenómeno, tiene que ver con el juego de búsqueda de *equilibrios políticos*, es decir, cuando se generan medidas de fuerza o de choque a la espera de la reacción del otro o de quien resiste más; por parte de los estudiantes se dan movilizaciones empleando distintas estrategias y formas (plantones, pupitrazos, jornadas de agitación, anormalidad académica, paros y mítines) y por parte de la Administración Central, los más frecuentes son los desalojos y los cierres de la Universidad.

Con fundamento en lo analizado, nuestra propuesta consiste en la implementación de un sistema de tratamiento de los conflictos en la Universidad de Antioquia bajo la forma de la mediación, y en específico, con el apoyo de la figura de la *comediación*. Consideramos que la mediación como forma autocompositiva de tratar los conflictos, es el mecanismo que más se acerca a los propósitos de tratamiento en este contexto, porque es un mecanismo: 1) suficientemente amplio en su concepción, filosofía, procedimiento y alcances; 2) no está tan exhaustivamente regulado y reglado en la ley, lo cual permite un acceso más franco y flexible en su implementación; 3) acepta la intervención de un tercero experto e imparcial, que dispone el acercamiento de las partes con miras al tratamiento del conflicto; 4) dicha intervención, a su vez, facilita que las negociaciones, que generalmente se han intentado desarrollar en forma directa, se vean desde otra perspectiva: la puesta en común de sus intereses, con la cual se intentará, además del posible acuerdo, contrarrestar la actitud dañosa de *desconfianza* que ha caracterizado la relación entre las partes y por supuesto las negociaciones.

Recomendamos que dicho mecanismo se implemente pues, con el apoyo de la figura de la comediación, en la idea de que el mediador designado al interior de la Universidad, pueda desplegar su rol conjuntamente con la designación de un tercero ajeno a la estructura de la Institución, para que, en este sentido, se pueda asumir la figura de la mediación de los mediadores mismos, como garantía de la seriedad del proceso y de la posible solución.

Por último, a efectos de darle fundamento a esta recomendación, consideramos que dicha metodología no puede soportarse, como hasta ahora informalmente se hace, desde o para circunstancias de coyuntura.

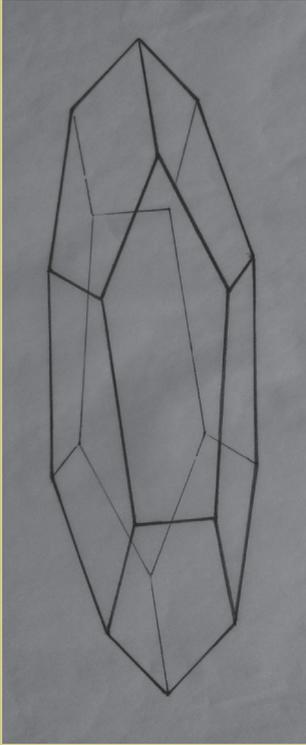
La metodología para el tratamiento de conflictos en la Universidad que se diseñe, debe propender principalmente por: 1) investigar el conflicto en la Universidad; 2) sistematizarlo y categorizarlo e 3) implementar una metodología, con carácter de permanente, para el tratamiento de los conflictos al interior de la Universidad, que para el caso, según lo ya expresado, debe diseñarse con apoyo en la figura de la mediación.

Consideramos además, que con esta estrategia, la de la mediación, se podría aportar un elemento adicional de vital importancia en la intervención de los conflictos universitarios (Alcover de la Hera, 2012): despolarizar la responsabilidad de quienes enfrentan este tipo de conflictos. Dicha estrategia le apunta a un cambio de la perspectiva unilateral de las atribuciones de culpa por el conflicto, por una perspectiva de responsabilidad compartida; pues como ya se expresó, el origen de los conflictos en la Universidad y su permanencia en el tiempo, sin resolver, es no sólo responsabilidad de una de las partes, descansa en las dos.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alcover de la Hera, C. M^a, (2010). *Alternativas de mediación en contextos universitarios: una propuesta de modelo contingente y sus aplicaciones en la resolución de conflictos a través de la figura del Defensor Universitario*. En N. González-Cuellar (director), Ágata M^a. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo (coordinadores), *Mediación. Un método de resolución de Conflictos. Estudio interdisciplinar* (pp. 267-288). Madrid: Editorial COLEX (ISBN: 978-84-8342-224-3).
- _____. 2012. *Conciliación y mediación en la resolución de los conflictos universitarios*. En: Memorias Seminario internacional sobre Derechos Humanos y Universitarios, Universidad Autónoma Metropolitana, México D.F. Disponible [en línea] <http://www.dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/2489/defunivers10.pdf>
- Correa Ochoa, P. (2012). De las universidades y sus conflictos. (U. de Antioquia, Ed.) *Alma Mater* (614).
- Entrevista semiestructurada. Administrativo 1. (10 de febrero de 2014). (N. A. Acevedo, M. Á. Sánchez, & B. M. Gutiérrez, Entrevistadores).
- Entrevista semiestructurada. Administrativo 2. (6 de marzo de 2014). (N. A. Acevedo, N. E. García, & M. Á. Sánchez, Entrevistadores).
- Entrevista semiestructurada. Administrativo 3. (10 de abril de 2014). (N. A. Acevedo, & M. Á. Sánchez, Entrevistadores).
- Entrevista semiestructurada. Administrativo 4. (13 de marzo de 2014). (M. Á. Sánchez, & B. M. Gutiérrez, Entrevistadores).

- Entrevista semiestructurada. Administrativo 5. (24 de abril de 2014). (N. A. Acevedo, M. Á. Sánchez, & B. M. Gutiérrez, Entrevistadores)
- Entrevista semiestructurada. Estudiantes Organizados y Clandestinos. (14 de marzo de 2014). (N. A. Acevedo, M. Á. Sánchez, & B. M. Gutiérrez, Entrevistadores).
- Fisas, V., (2004), *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 4.ª ed., Barcelona, Icaria.
- Gómez García, Juan Guillermo, 2003. *El bicentenario de la Universidad de Antioquia: una polémica histórica*. (E. D. Gómez, & J. G. García, Edits.) Medellín: D'vinni Ltda.
- Montoya Sánchez, Miguel Ángel, *et al.* 2011. Teoría y práctica de la conciliación. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, pp. 25-26.
- Redorta, J., (2004). *Como analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós.
- Ruiz Restrepo, Jaime, (2005), "*A propósito del conflicto*", en: Autor corporativo, Tratamiento de conflictos, Medellín, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Departamento de Sociología, Coordinación de Extensión y Prácticas de la Universidad de Antioquia, Imprenta Universidad de Antioquia, pp. 11-62.
- Schellenberg, J. A., 1996. *Conflicto y resolución: teoría, investigación y práctica*. Albany, N. Y: Universidad de New York press.



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

DE LA SOBERANÍA DE LA LEY AL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA MIRADA DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO*

- * Resultado del proyecto de investigación: ¿Es el precedente judicial, además de un nuevo paradigma jurídico, un esfuerzo por avalar los valores que otrora estuvieron salvaguardados por el fenómeno de la codificación y las garantías que este, en el campo de las relaciones económicas, suponía en términos de costos de transacción en los negocios y contratos, las necesidades de información, fiabilidad, coherencia, seguridad jurídica? Este proyecto fue financiado por el CODI y el Centro de Investigaciones de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: septiembre 10 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 19 de 2014

DE LA SOBERANÍA DE LA LEY AL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA MIRADA DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

*José Luis González Jaramillo & Octavio Macías González***

RESUMEN

Este artículo plantea el estudio de los fundamentos ideológicos que inspiraron el proceso de codificación del derecho que tuvo lugar en el siglo XIX y que tenía como máximo referente normativo la ley, este paradigma se vio superado en el siglo XX por el espectacular proceso de expedición de leyes especiales que relegaron a un segundo escalafón a los cuerpos codificados. Además se plantea el rol que en los estados constitucionales de posguerra asumieron los jueces, y por tanto el precedente judicial como fuente formal del derecho, todo lo cual supuso un cambio estratégico de la función jurisdiccional en el funcionamiento de los estados contemporáneos. El nuevo rol que la justicia y el precedente judicial asumen se ve influenciado por la teoría económica neoinstitucional, la cual centra su análisis en el estudio de las instituciones y en la relación que estas tienen con la economía de mercado. El caso del precedente judicial resulta paradigmático en la relación de derecho y economía neoinstitucional, por cuanto esta fuente de derecho creada jurisprudencialmente y respaldada legislativamente puede brindar al mercado la predictibilidad, seguridad y unidad normativa que en los inicios del siglo XIX fueron garantizados por el código.

Palabras clave: código, neoconstitucionalismo, precedente, neoinstitucionalismo, seguridad jurídica.

THE SOVEREIGNTY OF THE ABOVE LAW COURT: A VIEW FROM THE ECONOMIC NEOINSTITUTIONALISM

ABSTRACT

This paper presents the study of the ideological foundations that inspired the process of codification of the law which took place in the nineteenth century and had as a benchmark regulatory maximum the law, this paradigm was surpassed in the twentieth century by the great process of issuing special laws relegated to a second tier to the coded bodies. Besides the role in postwar constitutional states took the judges, and therefore judicial precedent as a formal source of law, all of which represented a strategic shift of the judicial function in the operation of contemporary states arises. The new role that justice and judicial precedent assume is influenced by the neo-institutional economic theory, which focuses its analysis on the study of institutions and the relationship that they have with the market economy. The case of judicial precedent is paradigmatic in the relation of law and neo-institutional economics, because this source of law established jurisprudential and backed by legislation can provide market predictability, safety and regulatory unit in the early nineteenth century were guaranteed by the code.

Key words: codex, neo-constituionalism, precedent, neo-institutionalism, law security.

** Estudiantes de la Facultad de derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DE LA SOBERANÍA DE LA LEY AL PRECEDENTE JUDICIAL: UNA MIRADA DESDE EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

INTRODUCCIÓN

El siglo XIX supuso la incursión directa del pensamiento liberal racionalista en el pensamiento jurídico, según el cual el derecho debía brindar un marco de absoluta seguridad y confianza a los sujetos, que permitiera que las transacciones, tanto sociales como económicas, se desarrollaran con absoluta previsibilidad de modo que los ciudadanos no se encontraran sorprendidos por alguna decisión del Estado previamente definida en la ley, es decir, que se contara con toda la información jurídica disponible al momento de realizar sus actividades. La herramienta para concretar las aspiraciones mencionadas no podía ser otra que el código, que de manera general garantizara los valores de seguridad y previsibilidad que se buscaba proteger.

Lo codificación fue así, durante más de un siglo, la carta que garantizaba la seguridad y fiabilidad de los ciudadanos, especialmente de los agentes que con especial interés requieren la estabilidad y certeza en el campo jurídico, esto es, los agentes económicos que realizan actividades de tipo transaccional, para quienes un mundo jurídico que no garantizara tales aspectos no les era funcional. El siglo XX, caracterizado por la mutación del Estado liberal, identificado con el paradigma codificador, a Estado social, en donde proliferan las leyes especiales y leyes mediante las cuales el Estado interviene en la economía, hicieron agua del proyecto codificador el siglo anterior, toda vez que la pluralidad jurídica provocada por la inflación legislativa remitieron a un papel no protagónico a los cuerpos normativos conocidos como códigos.

Además del proceso de descodificación, el siglo XX trae consigo la proliferación de constituciones rematerializadas, que fueron expedidas después de la segunda mitad del siglo XX; con estas aparece una nueva teoría y práctica jurídica conocida como Neoconstitucionalismo, que entre otros, significó un cambio estructural en la concepción del derecho y de los órganos del Estado. La nueva teoría jurídica planteó un cambio de fondo en la configuración y funcionamiento de las fuentes del derecho, asumiendo como punto de partida el rol activo y dinámico que cons-

titucionalmente les había sido otorgado a los jueces, de suerte que el legislador, y por tanto la ley, dejaron de ser el epicentro normativo para abrir un espacio a las providencias judiciales como fuentes formales de derecho, con carácter general y abstracto: el precedente judicial vinculante.

Esta pluralidad jurídica y por tanto el quiebre con el ideario que inspiró la codificación, reporta sus consecuencias negativas en las aspiraciones de fiabilidad de los diferentes agentes que intervienen en el mundo económico, en la medida en que una inflación legislativa significa que las relaciones económicas se ven afectadas por la falta de coherencia y unidad normativa, contrario a lo que pretendía el proyecto codificador. Por otro lado, un sistema judicial donde los jueces asumen nuevas funciones de creación jurídica que fundamentan en razones constitucionales y no simplemente legales, y por tanto se apartan de criterios tradicionales y unificados, trae consigo una alta dosis de inestabilidad en la definición de las obligaciones y el cumplimiento de los contratos.

La imposibilidad que la actualidad jurídica supone a un nuevo proceso legislativo codificador que brinde seguridad ante la proliferación legislativa, por un lado, y la producción de sentencias de los diferentes jueces de manera no uniforme e indisciplinada, por otro, plantean una alarma importante para el desempeño correcto y eficiente de la economía de mercado, de ahí que la teoría económica haya advertido tales peligros y por tanto desarrolló un arsenal teórico para hacer frente a tales desafíos jurídicos. Así aparece la teoría Neoinstitucional de la economía, la cual plantea la relación entre las instituciones jurídicas; como la administración de justicia, las sentencias judiciales y las normas en general, con el funcionamiento de la economía de mercado, de modo que haya un carácter utilitario de las primeras a este último que permita el máximo desarrollo de la economía de mercado que actualmente impera en el mundo. Este contexto pone de manifiesto el propósito de este artículo: preguntarse por el papel y la función que desempeña el precedente judicial respecto del funcionamiento eficiente de la economía de mercado.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ESTADO LIBERAL DECIMONÓNICO

El estado de derecho liberal decimonónico heredado de la Revolución Francesa creó un modelo normativo que dependía de las normas generales creadas por la asamblea u órgano democrático; la ley aprobada democráticamente era la fuente del derecho por excelencia. La ley era el producto normativo fundamental al cual se sometían los poderes públicos y las demás fuentes del derecho, como la costumbre

y la doctrina. Por su parte, la judicatura se debía limitar a ser el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres sin voluntad que no pueden moderar la fuerza ni el alcance de la voluntad democrática (Spanha, 2002: 197), pero que sólo hasta después de la Revolución iba a cobrar su verdadero alcance y significado.

La absoluta prevalencia de la ley garantizaba su supremacía gracias a encontrarse positivizada en cuerpos normativos codificados, racionalmente fundamentados y democráticamente legitimados (Spanha, 2002: 197). Con ello, en decir de Prieto Sanchís, se perseguía un triple objetivo: uno político, la unidad nacional; otro jurídico, el sometimiento de los operadores jurídicos al legislador; y uno económico, garantizar la racionalidad y seguridad de las relaciones económicas (Prieto, S. 2009: 193). Se muestra así la relación de un determinado sistema de fuentes del derecho tanto con la economía como con la política.

El movimiento codificador bebía ideológicamente de los postulados liberales racionalistas del siglo XVIII, cuya manifestación en el campo jurídico fue la racionalización de la producción normativa, expresada y positivizada en un cuerpo normativo completo y coherente. En palabras de Prieto Sanchís:

La idea de la legislación racional que pretende realizarse en la codificación tiene su origen en el racionalismo y en su anhelo por construir un sistema de leyes simples, universales, inmutables, abstractas y generales que aseguren la igualdad jurídica de todos los individuos, así como el libre desarrollo de su autonomía en la sociedad civil. (Sanchís P. , 2009: 31)

El naciente mercado, que fundamentará sus bases en el derecho moderno codificado, busca que el tráfico de mercancías se encuentre libre de incertidumbres normativas, por lo que el derecho, en su pretensión de suficiencia y racionalidad, va a ofrecerle a través del código la cualificación jurídica de cualquier cosa imaginable (Capella, 1995: 132). Gracias a la codificación normativa, el desarrollo del capitalismo logra tener un útil aliado en sus bases teóricas: asegurar la propiedad privada mediante la definición estricta de los derechos del propietario, por un lado, y asegurar el cumplimiento de las relaciones jurídicas contractuales, por el otro, todo lo cual se encuentra garantizado gracias a las reglas tipificadas en fórmulas jurídicas y aseguradas por los tribunales sometidos ciegamente a la ley.

Los códigos del siglo XIX operaban como catalizadores de un programa jurídico, político y económico, que está en estrecha relación con el ideal burgués de perdurar, de estabilidad. El código no cambia con facilidad o rapidez mérito de sus características de generalidad, suficiencia y carácter estructurante de los más variados ámbitos normativos de la vida de los individuos (Capella, 1995: 140), además de ofrecer un marco general para las relaciones de la esfera privada. Ejemplo de ello

son las funciones económicas de los bienes en una economía concurrencial, la titularidad del patrimonio y la base general de todos los actos jurídicos que implique intercambio de bienes (Capella, 1995: 135).

Como lo señala acertadamente Capella, la nueva clase empresarial emergía de la Revolución Francesa demandaba un mundo donde la estabilidad fuera la medida de la vida económica y social:

El empresario precisa saber de antemano el costo de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costos transaccionales. Estos últimos dependen principalmente del derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia económica de calculabilidad se traduce en el plano del derecho en la exigencia de seguridad jurídica. (Capella, 1995: 136-137).

1.1 La descodificación

La idea de la codificación como inspiradora y centralizadora de la producción legislativa tuvo un amplio periodo de supremacía en el control de la creación jurídica y en el plano de la teoría del derecho, pero el siglo XX trajo consigo reformas y cambios políticos y económicos, que como normalmente sucede, iban a tener sus repercusiones en el ámbito jurídico (Pelayo, 1977: 13-21). Las repercusiones serían tan ondas que darían al traste con la idea central de la aspiración jurídica racionalista, esto es con el código, pero sobre todo, terminaría acabando con los valores y parte de la ideología que estaba representada en estos cuerpos normativos.

La transformación de los estados europeos a partir de la Primera Guerra Mundial, que implicó ocuparse de las necesidades sociales de la población y la función de dirigir, o al menos, intervenir en la economía, supuso que el Estado se viera en la necesidad de usar de una manera exponencial la producción legislativa como su más importante herramienta de transformación; el Estado empezó a expedir leyes especiales para las más variadas materias de la vida social y política, que ponía a las obras legislativas codificadas en un segundo lugar en lo que a la especialidad de la regulación normativa respecta. Como lo señala Corral Talciani:

El desarrollo de la sociedad industrial, los movimientos obreros, la necesidad de atender al crecimiento de la población urbana, los procesos de distribución de las tierras determinan a los órganos legislativos de diversos países a dictar legislaciones especiales que, si bien se refieren a materias que tradicionalmente correspondían al derecho privado, pasan a regularse por disposiciones autónomas. En las últimas décadas del siglo XX este proceso se acelera y comienza una verdadera proliferación de leyes especiales que se apartan de los contenidos del Código. (2007: 3)

Las leyes especiales se encargaron de minar las tradicionales instituciones, principios y soluciones que se habían creado racional y sistemáticamente desde la época de la codificación legislativa, por lo cual se dio lugar a una cantidad de islas normativas que se alejaban del continente del derecho estipulado en los códigos. El código deja de ofrecer las soluciones normativas que una sociedad cada vez más diversificada y menos homogénea demanda, dejan de ser el centro del mundo normativo para tornarse en una pieza más en la diversidad que compone el mundo jurídico de las sociedades de la segunda mitad del siglo XX (Irti, 1992: 93).

2. El (neo) constitucionalismo

Dentro del ambiente de inestabilidad jurídica suscitada por los cambios que trajo la segunda mitad del siglo XX, así como de los nuevos roles del Estado y del derecho en la sociedad, se abrió paso una nueva teoría y práctica jurídica, que se presenta como paradigma del pensamiento jurídico contemporáneo, tanto a nivel internacional como local. Es el llamado Nuevo Derecho o Neoconstitucionalismo, que siendo un concepto relativamente joven dentro del constitucionalismo ya ha logrado un importante impacto en las culturas jurídicas de España e Italia, como en gran parte de Latinoamérica (Carbonell, 2009:161).

Desde el momento en que el término neoconstitucionalismo fue acuñado por S. Pozzolo (Pulido, 2007: 301) ha sido usado para referirse al constitucionalismo europeo contemporáneo, pero en estricto sentido es imposible hablar de una versión más o menos estandarizada de lo que se entiende por Neoconstitucionalismo (Pulido, 2007: 301). No obstante se han realizado esfuerzos como el de Miguel Carbonell (2003: 165), para quien en principio, pueden alinearse bajo el rótulo de neoconstitucionalismo aportes como los de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Barroso, Nino, Prieto Sanchís, e inclusive, con reparos y matices, el mismo Ferrajoli. Todos ellos han ayudado a explicar y comprender las nuevas prácticas constitucionales, inclusive a crearlas.

Para Bernal Pulido (2007: 301) existe un núcleo en el que hay una convergencia sobre los contenidos de esta teoría, que se refiere al carácter de principios de los derechos fundamentales contenidos en la constitución; la posibilidad de aplicar tales derechos directamente en sede jurisdiccional y el método de la ponderación como método de interpretación de las disposiciones constitucionales y especialmente de los derechos fundamentales. Así mismo, Manuel Aragón Reyes (2007: 36), sostiene que el constitucionalismo es la teoría y práctica jurídica de un auténtico y genuino Estado constitucional, que se encuentra limitado verdaderamente, y no solo formalmente, por el derecho. Para que se hable de un estado constitucional

es necesario que se cuente con instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación y por tanto la vigencia de la Constitución, esto es el mediante el ejercicio de un control jurisdiccional.

Miguel Carbonell, tratando de dar respuesta a la pregunta sobre qué se entiende por neoconstitucionalismo o nuevo derecho señala que este se refiere a textos constitucionales y a prácticas jurisprudenciales (2003: 61). Respecto de los textos constitucionales, el neoconstitucionalismo es la argamasa teórica que da cuenta de las constituciones de posguerra, las cuales no se limitan a establecer o separar a los poderes públicos, sino que contienen normas de carácter material que establecen fines y objetivos al Estado y por tanto a los poderes públicos, así como una gama de derechos fundamentales; ejemplos de estos textos son la Constitución española de 1978, portuguesa de 1976, brasileña de 1988, colombiana de 1991, venezolana de 1999 y la ecuatoriana de 2008 (Carbonell, 2003: 162).

En cuanto a las prácticas jurisprudenciales, el constitucionalismo ha significado un resurgimiento del papel de la institución judicial y el ascenso de los tribunales constitucionales, así como una modificación de las formas en que estos actúan. Se han establecido nuevos parámetros de interpretación que han modificado y tornado complejos los razonamientos de los jueces, para adaptarlos a las exigencias de los nuevos textos constitucionales; por lo tanto se potencializan técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, esto es ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, las cuales, según se dice, llevan a la maximización de la efectividad de los derechos fundamentales (Carbonell, 2003: 162).

El neoconstitucionalismo sostiene que la Constitución no tiene una formulación rígida en sus disposiciones, pues optó por una regulación principialista de los derechos fundamentales y de otras normas constitucionales, sin especificar límites o condiciones de primacía de una norma sobre otra. Dado que tratándose de normas de igual grado, no pueden ser usados los criterios tradicionales de temporalidad y jerarquía normativa. En la Constitución también se fijan límites y objetivos, pero no se dice nada sobre el grado o umbral mínimo de cumplimiento que han de buscar los poderes públicos en la realización de las finalidades constitucionales. Como sostiene Zagrebelsky, la Constitución ofrece una “pluralidad de mundos constitucionalmente posibles” (Sanchís P., 2007: 218).

2.1 Las fuentes del derecho a la luz del neoconstitucionalismo

Uno de los aspectos de especial importancia para la configuración y teorización del nuevo derecho neoconstitucionalismo, es sin duda el tema de las fuentes del derecho, en la medida en que el tipo de Constituciones que trata de teorizar el

neoconstitucionalismo han realizado una reingeniería en el diseño de las instituciones y los poderes del Estado, que en todos los casos se encuentran condicionados por los fines y objetivos trazados por la Constitución y especialmente por la efectiva realización de los derechos fundamentales.

Las fuentes del derecho y su configuración han sido históricamente uno de los aspectos más importantes que se han tratado por la doctrina jurídica y ha ocupado un lugar privilegiado en el diseño de las instituciones jurídicas y desempeña un papel central de cara a la organización del poder dentro de un estado de derecho y del funcionamiento del sistema judicial.

Uno de los cambios más significativos que plantea la teoría del neoconstitucionalismo, es la revisión de la teoría de las fuentes del derecho, una premisa del constitucionalismo es cuestionar la supremacía de la ley como expresión de la soberanía que encarna el parlamento en los estados democráticos (Sánchez P., 2005: 34). La arremetida del neoconstitucionalismo contra el liberalismo decimonónico parte de cuestionar la supremacía de la ley como fuente prevalente y casi exclusiva del derecho. En su lugar, el constitucionalismo propone que la ley, como la fórmula por excelencia de la producción normativa, continúe siendo una expresión legítima y válida de la autoridad democrática, pero en todo caso una autoridad sometida a una verdad normativa (Sánchez P., 2005: 35), cuyo referente es el contenido de la Constitución, en el que la jurisprudencia de un Tribunal Constitucional guarda un papel central en cuanto a la definición de los alcances de las disposiciones constitucionales.

Así, la ley se ve sometida a una medida de validez que se encuentra en la Constitución y que contiene una validez formal, la tradicional del estado de derecho decimonónico, pero además, una validez material que implica el respeto por parte del legislador de los contenidos sustanciales de la norma superior. El constitucionalismo ha marcado una fuerte condición para que la ley se adecue a la constitución, condición que no es otra que la garantía jurisdiccional de la Constitución. Mediante este se verifica si las condiciones de validez han sido o no respetadas, restringiendo de este modo el poder normativo de la ley como fuente de derecho, además, condicionando positivamente el contenido de las disposiciones legislativas, como es el caso de las inconstitucionalidades por omisión (Ferrajoli, 2011: 24-30).

Como lo sostiene Zagrebelsky (1997: 153) el constitucionalismo ha significado una redefinición del equilibrio entre jurisdicción y legislación que ha favorecido la fuerza de la primera, aunque no busca que la ley sea remplazada por la justicia, sino que advierte al legislador de que en el estado constitucional las leyes que produce son una de las varias partes del derecho y no todo el derecho. No obstante hace la salvedad de que las posibilidades normativas continúan abiertas a la deliberación

política siempre que se respeten los contenidos que la constitución señala. De tal suerte que el legislador no es más el señor del derecho y la ley no es ahora la única forma válida de producción jurídica.

A partir de la relación entre ley y Constitución, se ha planteado el carácter vinculante de la jurisprudencia, principalmente la jurisprudencia constitucional emanada de un tribunal constitucional. Estas providencias en la mayoría de los casos, tienen efectos generales y profuturo que serán aplicados por otros operadores jurídicos, es decir efectos *erga omnes*, tal como lo haría una ley aprobada democráticamente y según las prescripciones procedimentales para la producción normativa.

El nuevo derecho ha puesto de manifiesto una tensión entre democracia y constitución. Por medio de los procesos democráticos se delibera y se crean las normas, mientras que la Constitución, a través de los derechos fundamentales y demás principios constitucionales, interpone límites a las posibilidades decisorias de los órganos colegiados y democráticamente elegidos (Sanchís P., 2007: 221). En la tensión entre fuerzas democráticas y límites constitucionales miden fuerzas el legislador y los tribunales constitucionales, o lo que es lo mismo, la prevalencia de una fuente del derecho sobre otra: legislación o jurisprudencia.

El activismo judicial que hoy se encuentra abanderado por el neoconstitucionalismo no es un invento puro y simple de esta corriente teórica¹; es innegable que una variación como la que supone que los jueces dejen de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley para transformarse en actores más activos en la creación del derecho, debe tomar insumos, en mayor o menor grado, de las corrientes jurídicas y sociojurídicas que se han extendido por el mundo jurídico de influencia continental, además de la creciente influencia de las ideas jurídicas anglosajonas. Los aportes anglosajones se materializan tanto en el plano positivo como teórico, haciéndose evidente el fenómeno de trasplantes jurídicos, teóricos y normativos, que cada vez se extienden con más fuerza en el mundo no anglosajón, pero que recibe tales influencias foráneas, especialmente estadounidenses, gracias a la globalización (Rodríguez & Santos, 2007: 8).

En suma, el Nuevo Derecho ha planteado un reequilibrio entre las fuentes del derecho al asignarle un mayor valor a la jurisprudencia, especialmente a la jurisprudencia constitucional y de los órganos de cierre de la jurisdicción. El papel del juez se eleva a un importante actor en el funcionamiento de los asuntos del Estado en lo

1 En este punto puede resaltarse como antecedentes los trabajos realizados por la Escuela del Derecho Libre en Europa, el Realismo Jurídico en Estados Unidos. Además, son importantes los cuestionamientos que ya se venía realizando sobre el lenguaje desde la filosofía analítica y que tuvo sus desarrollos jurídicos en filósofos del derecho como Carrió, Nino, Hart y Kelsen.

que respecta a establecer el sentido y alcance del estado de derecho, de modo que la jurisdicción, encabezada por Tribunal Constitucional, da un importante paso en el control de las fuentes del derecho respecto del poder del ejecutivo y del legislativo. Dentro del estado constitucional los alcances e implicaciones del fortalecimiento del papel de los jueces ha tenido un gran desarrollo por los teóricos del derecho y los juristas en general, pero sus alcances prácticos en otras orillas del conocimiento no han sido tan estudiados, como es el caso de la relación del derecho y la economía dentro del estado constitucional y del cual este artículo da cuenta.

3. LA CERTEZA Y CALCULABILIDAD DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL SIGLO XX

El hecho de que el sistema jurídico haya pasado de ser un cuerpo hermético y cerrado, codificado, a ser un cuerpo de normas sin forma donde pululan leyes que regulan las más variadas especialidades de la vida y los negocios de la sociedad, supone que se pierda en un grado importante una de las cualidades que por excelencia reclama del derecho el capitalismo, esto es la predictibilidad, la calculabilidad, ese bien inmaterial que tan celosamente exigen de los ordenamientos jurídicos los agentes económicos para poder desarrollar tranquilamente sus actividades económicas.

Para el eficiente funcionamiento del mercado sólo pueden existir riesgos en el funcionamiento mismo del mercado; en los riesgos propios del flujo de riqueza, en modo alguno de la variación de un ordenamiento jurídico, inflación legislativa, contradicción normativa, decisiones judiciales discrecionales y no previsibles, en fin, los riesgos para el eficiente funcionamiento del mercado no deberían venir del sistema jurídico, que hasta la existencia del código como epicentro normativo se encontraban razonablemente controlados por las bases del estado liberal, pero que con su erosión puso en jaque la estimada “calculabilidad” y de paso al mismo estado liberal.

La creciente expedición de normas especiales fuera de un cuerpo normativo codificado, por un lado, y el activismo judicial, por otro, son los aspectos que principalmente pretendía erradicar el movimiento codificador racionalista, pues era claro que con un cuerpo normativo completo, pleno y coherente se evitaba la dispersión y proliferación del ordenamiento; además se ofrecía una solución clara y previamente establecida para las relaciones comerciales. A su vez los jueces, que detentaban una fuerza dispersa que podía resistirse a los designios del legislador, podían ser controlados y sometidos en virtud de la voluntad soberana que el legislador plasmaba en los códigos, de modo que no hubiera obstáculos a la ley que organizaba un

mundo que funcionara para los sujetos que intervenían en la economía. Los jueces simplemente se debían limitar a aplicar las fórmulas que previamente habían sido diseñadas en uso de la omnipotente razón legislativa que expresaba la voluntad de la mayoría y de paso aseguraba las bases jurídicas del capitalismo económico.

No obstante, esta grandiosa empresa no duraría para siempre, pues debido a procesos como los de la descodificación y el activismo judicial propiciados por las constituciones rematerializadas propias de los estados sociales, las bases ideológicas y funcionales del estado liberal y por ende de los códigos, fueron paulatinamente desmontadas debido al quiebre que en el campo jurídico trajeron los cambios sociales, económicos y políticos que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XX. Así, la pretensión de *calculabilidad y predictibilidad* que inspiró en gran medida el proceso de racionalización jurídica expresada en la codificación siguió la suerte de los códigos, es decir, dejó de ser el epicentro de las funciones del ordenamiento jurídico, para dar paso a nuevas ideas como la igualdad sustancial y la realización de otro tipo de fines del estado y del derecho, que en la contemporaneidad se encuentran definidos desde las constituciones.

4. LA TEORÍA ECONÓMICA NEOINSTITUCIONALISTA Y EL ROL DE LA JUSTICIA DE CARA AL SISTEMA ECONÓMICO

Así como la teoría jurídica reformuló varios de sus presupuestos, la teoría económica no se ha quedado atrás; como en materia jurídica y política se producen cambios, en la ciencia económica también se formulan modificaciones que se enfocan a asegurar el funcionamiento eficiente de la economía de mercado, como lo hizo el liberalismo decimonónico durante todo el siglo XIX con herramientas como los códigos y el sometimiento ciego de los jueces a la ley.

Es así como a finales del siglo XX se destaca una teoría económica que se presenta como una de las más importantes en lo que respecta a la relación de derecho y economía, pues se encarga de mostrar y teorizar el vínculo inescindible, no contingente, que existe entre las instituciones jurídicas y el funcionamiento de la economía de mercado, y como las primeras deben ser funcionales y estar al servicio de la última.

El hecho de que la justicia asumiera un papel preponderante en el rumbo de los acontecimientos jurídicos en la segunda mitad del siglo XX, supuso que se revelara su importancia de cara al funcionamiento de la economía, la cual, al igual que el derecho, había pasado por alto la gran influencia que esta rama del poder público comporta en el intercambio de riquezas y la había dejado confiada a la ficción creada por el liberalismo respecto del carácter neutral de los jueces y su estatus

de meros aplicadores de las palabras de la ley. Para la nueva teoría económica, específicamente el Neoinstitucionalismo, que como teoría ha sabido dirigir el discurso de desarrollo dominante en las últimas décadas impulsado por las agencias internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia estadounidense de desarrollo AID (Villegas, 2006: 23), el aparato de justicia desempeña varias funciones fundamentales de cara a asegurar el correcto desempeño de las fuerzas del mercado.

4.1 Neoinstitucionalismo económico y derecho.

La teoría neoinstitucional de la economía centra su estudio en la relación que existe entre el funcionamiento eficiente del mercado y la incidencia que sobre este tienen las diferentes instituciones, ya sean informales como los usos y costumbres; con origen en las prácticas sociales o en el estado; o formales como el derecho positivo producido por el aparato estatal (Ayala, 1999: 66-67). Los estudios del nuevo institucionalismo fueron propiciados por los trabajos de los premios Nobel de Economía Douglas C. North y Joseph Ztiglitz, que sentaron la piedra angular de dicha corriente, según la cual “las instituciones cuentan”(Portes & Rodríguez Garavito, 2012: 7).

Para el Neoinstitucionalismo esta relación se pone de manifiesto si se repara en la forma en la que se asignan los recursos en una sociedad no depende exclusivamente de las fuerzas naturales del mercado, como lo sostenía la economía clásica, sino que en el proceso de asignación también intervienen las estructuras de poder y el papel del estado y, por obvias razones, su herramienta por excelencia: el derecho, o mejor llamado por el Neoinstitucionalismo, instituciones formales. Gracias a las instituciones, formales e informales, se determina un mejor o peor funcionamiento del mercado, si es más o menos eficiente. Esta postura económica no rompe completamente con la economía neoclásica, pues asume muchos de sus instrumentos y comparte en buena medida sus bases teóricas, pero además asume que los enfoques convencionales, clásicos, han obviado el papel que desempeñan las instituciones en el funcionamiento de la economía de mercado (Ayala, 1999: 39).

Para North las instituciones son: “Las reglas del juego de una sociedad, más formalmente son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico.” (1993:13). No obstante, siendo North el pionero de la teoría neoinstitucional, la definición de institución que propuso se vio superada por posteriores desarrollos del neoinstitucionalismo, que se centran en subrayar las instituciones como un conjunto de reglas que articulan las interacciones econó-

micas, sociales y políticas, que circunscriben los comportamientos y restringen la conducta económica por determinados cauces gracias a cierto tipo de disposiciones e imposiciones institucionales (Espino, 1999: 63-64).

Una importante característica del neoinstitucionalismo es que vincula la idea de institución con la de restricción, porque son las instituciones las que definen los límites en las cuales se desarrollan los intercambios y las elecciones de los individuos; las restricciones son las que fijan los derechos, las prohibiciones y sanciones, por lo tanto son equivalentes al ordenamiento jurídico y al sistema de coacción del que este dispone para hacer cumplir las restricciones, esto es las normas y los acuerdos que permiten y facilitan la cooperación y coordinación entre los actores económicos. Dentro de las restricciones se encuentran las informales y las formales, las primeras están dadas por la religión, la moral, el comportamiento etc. Por su parte, las formales, que son las que más interesan en este estudio, son las reglas escritas y definidas en las normas legales (reglas políticas, judiciales, leyes, Constitución, etc.) emanadas del Estado. Este tipo de restricciones son probablemente las más importantes debido a la función que cumplen al especificar con rigor los contratos, obligaciones y las autoridades encargadas de vigilar y hacer cumplir los acuerdos, como los tribunales y juzgados (Ayala, 1999: 76-78). A esta teoría no importa el rol que como agente económico juega el Estado, sino como estructura institucional.

Las recientes teorizaciones del neoinstitucionalismo se han visto abocadas a destacar la importancia de un buen sistema judicial, el cual se muestra tan relevante para un eficiente funcionamiento de la economía como la tecnología, la disponibilidad de capital y el desarrollo de capital humano. Esto, por cuanto la definición de los derechos, obligaciones, deberes y responsabilidades de los agentes es determinante para el aprovechamiento de oportunidades de inversión o ahorro (Ayala, 1999: 316). Cuanto mejor sea el sistema judicial de una sociedad mejor su desempeño económico y viceversa. Según esta teoría, el modelo económico capitalista necesita el respaldo de un sistema jurídico que garantice la observancia de los acuerdos involucrados en las transacciones comerciales; la garantía la ofrece el poder público al actuar como tercero no sometido a la racionalidad individual de las partes. Del Estado y su poder coactivo depende la protección de los acuerdos institucionales que hacen posible la producción y la distribución (Espino, 1999: 318).

La relación entre el sistema legal y el sistema económico ha llevado a que la visión instrumentalista propia de la teoría económica neoinstitucional se vierta sobre los análisis jurídicos para promover reformas institucionales en el aparato de justicia, de modo que éste cada vez se acerque más a su función como garante de las obligaciones que los agentes contraen en las transacciones económicas. El neoinstitucionalismo ve en el sistema judicial un instrumento facilitador del mercado, que en

términos eficientes, confiables y predecibles defina las obligaciones y haga cumplir los acuerdos que se han alcanzado en virtud de las transacciones económicas; la tesis por excelencia de esta postura teórica es ver a las instituciones bajo la más estricta óptica instrumentalista, además de tener una predilección valorativa por los derechos de libertad y propiedad, de inspiración filosófica individualista (Villegas, 2006: 23). Bajo estos postulados el neoinstitucionalismo ha servido de argamasa teórica para las políticas neoliberales de reestructuración del Estado, específicamente de la justicia.

Para Cesar Rodríguez, la visión Neoinstitucionalista se puede advertir en los programas de reforma judicial de las últimas décadas (Rodríguez, 2006: 24-25) pues se caracterizan por una fuerte orientación hacia la protección de los derechos de propiedad mediante un sistema judicial con reglas claras, predecibles y efectivas; reducción de los costos de transacción, con celeridad y menos trámites; reducción de congestión y manejo gerencial de la justicia, además se advierte una gran propensión por dotar al sistema judicial de una mayor predecibilidad de sus decisiones, que entre otros, implica el fortalecimiento de un sistema de precedente judicial sólido y fuerte que limite el activismo de muchos jueces en materia de derechos sociales y de decisiones que resultan impredecibles por sus argumentaciones y concepciones sobre el derecho y la justicia (Villegas, 2006: 75).

Si los actores económicos saben de antemano cómo procederán los jueces a la hora de resolver y definir sobre los derechos y controversias, tendrán la confianza necesaria para hacer negocios y para invertir, si la justicia reduce costos de transacción el mercado será más eficiente. Por lo tanto la elección, mantenimiento y modificación de las normas y la forma en la que se comportan los operadores jurídicos que definen el sistema legal vigente, tiene un efecto inmediato sobre las decisiones que toman los agentes económicos.

La relación de reciprocidad en la que se encuentra el modelo económico y el ordenamiento jurídico se ve afectado seriamente por el cambio legal, por el cambio en las instituciones jurídicas, dado que como lo señala Ayala: "...diferentes estructuras legales conducen a diferentes tipos de desempeño económico, y distintas configuraciones legales incluyendo definiciones y asignaciones de derechos diversos, conducen a diferentes resultados económicos."(1999: 342). La relación entre las diferentes fuentes del derecho y la prevalencia de una sobre otra o de una sobre todas las demás, evidencia las consecuencias directas que el ordenamiento jurídico tiene sobre el sistema económico, esto por cuenta un determinado sistema de derechos, jerarquía de fuentes del derecho y modalidades de solución de conflictos ofrecidas por el sistema judicial, lleva a un determinado efecto en el funcionamiento del sistema económico.

Así, el neoinstitucionalismo explica desde la teoría económica la relación y efectos que el diseño y funcionamiento de las diferentes instituciones jurídicas implica para el funcionamiento del modelo de economía de mercado. El marco legal para el intercambio comercial, la racionalidad y la conducta de los agentes económicos, el acceso a la información, los costos de transacción, los derechos de propiedad y de libertad, los contratos, la resolución de conflictos y la forma en la que se aplican las fuentes del derecho y se comportan las decisiones judiciales, este último el objeto de más atención para el presente trabajo. Como lo señalan Rodríguez y Uprimny: "...las visiones neoinstitucionalistas muestran el papel central de la administración de justicia en la disminución de los costos de transacción, la definición de los derechos de propiedad y la protección de la seguridad de los contrato..." (2006: 119). El Neoinstitucionalismo requiere por tanto un aparato de justicia que funcione al servicio del mercado y por tanto propenda a su maximización, garantizando estabilidad, predecibilidad, eficiencia y sobre todo, seguridad jurídica para los intercambios económicos.

Para las empresas y demás actores económicos un poder judicial que, además de rápido, barato, ágil y eficiente, propenda y garantice en el mayor grado posible la seguridad jurídica, es un factor que advierte del ambiente institucional estable y propicio para el mundo de los negocios y de la inversión, (Pacheco, 2000: 150); la incertidumbre de las decisiones judiciales no es un riesgo que el mercado tolere fácilmente, la falta de seguridad jurídica es tan lesiva al mercado como la falta de un buen capital humano, recursos o tecnología. Un sistema judicial que no sea lo suficientemente predecible es un sistema que crea riesgo, peligro y que aumenta considerablemente los costos de las transacciones económicas, poniendo trabas a los flujos económicos y por tanto a la generación de riqueza y desarrollo del capitalismo. Por este motivo el diseño institucional y el funcionamiento del aparato de justicia deben estar orientados a generar la estabilidad jurídica necesaria y la credibilidad en las regulaciones para favorecer la seguridad de los negocios, proteger la propiedad privada y asegurar las demás condiciones necesarias para fortalecer la economía de mercado (Lista, 2009: 744).

5. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

Con la expedición de la Carta de 1991 y los ulteriores desarrollos que la Corte Constitucional le dio a las disposiciones constitucionales mediante la jurisprudencia, se avivó en el país un debate en torno al estatus y diseño constitucional de las fuentes del derecho reconocidas por el constituyente y la forma en la que estas debían relacionarse, teniendo como panorama el arsenal teórico que había sido de-

sarrollado en Europa y Estados Unidos sobre la base de los estados constitucionales, de los cuales el Estado colombiano parecía ser parte gracias a su nueva y moderna constitución, situándose dentro de los Estados que han adoptado la más avanzada fórmula Constitucional de las democracias occidentales, esto es las constitucionales rematerializadas. La Constitución de 1991 planteó la redefinición del mundo jurídico que había sido construido a la luz de los postulados del pensamiento jurídico y político propios del siglo XIX y que en gran parte quedaban caducos a la luz del nuevo constitucionalismo. Obviamente a semejante ruptura en el suelo jurídico no escaparían las fuentes del derecho, que como se sabe, fue uno de los objetivos más importantes de la nueva teorización jurídica.

Dentro de los muchos cambios que se dieron con la expedición de la Constitución de 1991 se destaca la forma en la que se redefinió el sistema de fuentes del derecho, que supuso un cambio de la omnipotencia legislativa y la sumisión de los jueces a la ley, a un modelo donde el legislador dejó de ser el todo poderoso creador de la ley, para verse obligado a ceder ante los embates de la nueva fuerza que los jueces obtuvieron en virtud de las cláusulas constitucionales, especialmente del poder cobrado por la Corte Constitucional en virtud de su potestad de control de validez material de las leyes. Este entorno constitucional permitió el nacimiento de un sistema de fuentes del derecho que da prevalencia al precedente judicial, especialmente a la jurisprudencia constitucional que de manera jerárquica se impone al resto de los jueces.

Dejando de lado todo el debate en torno a si del texto constitucional se desprende o no un sistema de precedente vinculante, se tomará como punto de referencia la posición de la Corte Constitucional al respecto, dado que es la doctrina constitucional vigente respecto a dicho asunto. Así, se obviarán los antecedentes que Diego López (2006: 29-71) referencia como la lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes del derecho, que terminó en inicios del siglo XXI con un fortalecimiento más que evidente del poder judicial gracias a la posición de la Corte Constitucional como intérprete último del texto constitucional, por un lado y a su posición como órgano de cierre de todo el ordenamiento, por otro. Se pasa a referenciar las sentencias hito en la consolidación del precedente judicial.

La Corte Constitucional, a partir de 1995 inicia una línea argumentativa que se fortaleció progresivamente en torno a la relevancia constitucional de tener y hacer respetar un sistema de precedentes que se desprende del art. 230 de la Constitución, que plantea la necesidad de una conciliación entre los valores de autonomía judicial y coherencia jurisprudencial (García & Rodríguez, 2004: 443). El primer sustento es el concepto de “doctrina probable”, bajo cuyo entendido constitucional se podía dar pie al respeto de un precedente vinculante; posteriormente se acudió

a la cláusula constitucional o principio de igualdad, el cual permitía que la Corte hiciera extensivos los efectos de sus providencias a los caos similares que cono- cieran los demás jueces. (López Medina, 2007: 50-67). Para finales de la década del noventa y principios del 2000 se podía advertir cada vez con mayor fuerza que la Corte Constitucional se inclinaba de manera decidida por el valor vinculante de la jurisprudencia y sus efectos generales y abstractos, sosteniendo que los jueces tienen el deber de acatar la *ratio decidendi* de los fallos, tanto de control como de tutela (López Medina, 2007: 67-71). El argumento central de este desarrollo judicial es el valor de la igualdad consagrada en la Constitución y la confianza legítima.

No obstante los desarrollos referidos, puede sostenerse que el carácter vinculante del precedente se encuentra definitivamente afinado en la sentencia C-836 de 2001, debido a que en esta además de hacer una profunda argumentación respecto del carácter vinculante del precedente judicial, tanto constitucional como de la jurisdicción ordinaria, se ofrecen las más sólidas bases para sustentar el carácter de fuente formal del derecho del precedente judicial. En este fallo también se sientan los lineamientos sobre las modalidades del precedente, además de definir con claridad las posibilidades de los jueces para apartarse de éste (López Medina, 2007: 73-74). Uno de los aspectos más importantes de la referida sentencia es que en ella la Corte sostiene que la doctrina del precedente judicial es aplicable, además de la jurisdicción constitucional, a la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, siendo que las mismas razones que sustentan la aplicación del precedente constitucional son aplicables para sustentar el carácter vinculante del precedente de las demás altas corporaciones de la judicatura².

En esta sentencia se hace una fuerte defensa del precedente horizontal, obviamente además del vertical, pues se sostiene que los jueces se encuentran sometidos a los derechos y garantías que la Constitución consagra y por lo tanto tienen el deber jurídico de respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales resolvieron casos jurídicos similares (López Medina, 2007, pág. 84). De este modo, la Corte Constitucional establece que en el sistema de fuentes vigente en la Constitución de 1991 se dispone un sistema de precedente relativo, dado que los jueces *prima facie*, tienen el deber de respetar el precedente, y es así porque el deber no es absoluto en virtud de la autonomía judicial, siempre y cuando se esgriman suficientes razones. Este modalidad de precedente impone a los jueces una doble carga: la carga

2 En este mismo sentido se han proferido las sentencias C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 donde la Corte ha sido reiterativa en considerar la obligatoriedad de los precedentes judiciales de los órganos de cierre en diversos escenarios (entre ellos la jurisdicción ordinaria, la contencioso administrativa o las entidades de la Rama Ejecutiva), al tiempo que ha destacado la necesidad de que también se tenga en cuenta los precedentes que integran la jurisprudencia constitucional de una manera prevalente.

de transparencia, que significa que es menester que el juez conozca el precedente vigente y la carga de argumentación, que es el deber de motivar suficientemente que su posición es jurídica y moralmente superior a la previamente establecida por un precedente (López Medina, 2007: 85).

Respecto de la prevalencia de la jurisprudencia de un órgano de cierre sobre otro, la Corte Constitucional tuvo a bien sentar que en todo caso prevalece la que ella profiera mediante sentencia C-634 de 2011³, en donde sostiene que en caso de una contradicción entre la interpretación realizada por ésta y las demás corporaciones, la regla que debe prevalecer es la sentada por el precedente constitucional, pues comporta un carácter preferente debido a su función de garante último de la constitución, es decir en todo caso prevalece la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha instaurado mediante su jurisprudencia un sistema de precedente que respeta el valor de la ley pero que le da un carácter de fuente formal del derecho a la jurisprudencia, y que dentro de todo el sistema normativo la jurisprudencia constitucional es la que tiene la última palabra y por tanto debe ser acatado por todos los órganos del estado, so pena de prevaricato (sentencia C-335 de 2008)⁴. Esta modificación del sistema de fuentes ha tenido un respaldo por el mismo legislador; no hay que pasar por alto que la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, señalan como deber de los jueces y de las autoridades administrativas el respeto del precedente judicial emanado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El precedente judicial como fuente formal del derecho ha sido creado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero reforzado y garantizado por el legislador mediante ley (Tamayo Jaramillo & Jaramillo J., 2012: 3).

6. LAS FUENTES DEL DERECHO, LA DESCODIFICACIÓN, EL ACTIVISMO DE LOS JUECES Y EL NEOINSTITUCIONALISMO

Como se ha advertido, los cambios que trajo el siglo XX para el derecho significaron un quiebre con muchas de las ideas que fueron hegemónicas en el ámbito jurídico durante el siglo XIX y que dieron forma a los modelos jurídicos de Europa conti-

3 En el mismo sentido se han proferido las sentencias C- 539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012, y C-588 de 2012.

4 Esta posición de la Corte, un caso claro en el que actúa como legislador penal positivo, pues incluye en el tipo penal a los jueces que desconocen el precedente judicial, se ha reiterado en las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011.

mental y que se exportaron en masa al sur del nuevo mundo. Los sistemas jurídicos que se estructuraban en torno a las obras codificadas que contenían la máxima expresión de la razón dejaron de ser el epicentro jurídico y se vieron superados por un universo jurídico de leyes especiales que no rendía culto a la coherencia y plenitud normativa. Gracias a nuevas teorías jurídicas y nuevo derecho los jueces empezaron a resolver los casos de manera poco homogénea un juez de otro, pues decidían partiendo de postulados que los sacaba del letargo de ser la boca de la ley y, aprovechando las brechas y oportunidades que brinda el lenguaje; todos y cada uno de los jueces se situaba en un lugar privilegiado en el sistema de producción normativa. El legislador y la ley dejaron de ser el epicentro del sistema normativo.

El hecho de que los códigos perdieran paulatinamente su poder dentro del universo normativo, trajo consigo que los valores que tan celosamente eran protegidos se vieran socavados y puestos en riesgo, la coherencia garantizada por un único cuerpo normativo que estipulaba soluciones para todo se vio superada por las contradicciones que supone la inflación legislativa propia de un estado intervencionista y que buscaba garantizar derechos sociales. El carácter cada vez más especializado de las leyes reemplazaba las fórmulas clásicas del Código por un subsistema normativo que se ocupaba de una única materia, además, en la desconfiguración de la coherencia, plenitud y predictibilidad de los códigos influyó fuertemente el cambio del papel institucional de los jueces; de ser simples operadores del derecho que se encargaban de garantizar la aplicación de la ley, pasaron a ser creadores de derecho en sentido estricto. Haciendo uso de herramientas sociológicas y del análisis del lenguaje, los jueces se transformaron en productores de derecho que disputan al legislador la supremacía en la producción normativa.

El desplazamiento de los códigos como centro normativo a manos de los factores que se han señalado, trajo como consecuencias la tan indeseable inseguridad jurídica con un alto impacto negativo para los actores económicos, dado que ante este horizonte de cambio constante la racionalidad de los agentes económicos percibe un desincentivo para hacer transacciones económicas, negocios, inversiones, etc. La percepción de inseguridad jurídica tiene en los agentes un efecto inmediato de desconfianza y por lo tanto frena la iniciativa privada y el emprendimiento. Sin seguridad jurídica que garantice el efectivo cumplimiento de los contratos se genera una alza en los costos de transacción (Consejo Privado de Competitividad, 2011-2012, 200), pues no se conoce de antemano la forma en la que en caso dado sean resueltas las disputas de los diferentes agentes, lo que de suyo incrementa el riesgo y las posibilidades de que se generen pérdidas o ganancias por debajo de lo esperado, según las expectativas que racionalmente motivan a los agentes a incursionar con ánimo de lucro en el flujo económico.

Respecto de las decisiones judiciales, el hecho de que estos gocen de un grado de independencia en la aplicación e interpretación de la ley, conlleva una consecuencia negativa para las transacciones económicas, dado que decidiendo de manera autónoma e independiente pueden dar un sentido a la ley que no se ajusta a la voluntad del legislador y que es la que ordinariamente toman en cuenta los agentes económicos para guiar su conducta. Los jueces que fallan conforme a su criterio jurídico tampoco se someten normalmente a las decisiones que toman los superiores jerárquicos en similares supuestos de hecho; la inseguridad jurídica deviene como consecuencia inmediata de decisiones jurídicas diferentes y no disciplinadas conforme a un criterio único y concentrado de interpretación y aplicación de la ley. Como lo señala el Informe del Consejo de Competitividad: (2011-2012: 206): “El vaivén de las decisiones judiciales no permite a los empresarios tomar decisiones con certeza. El precedente obligatorio, por el contrario aumenta la seguridad jurídica y disminuye los incentivos a la corrupción en la justicia”.

Las decisiones judiciales no sólo son importantes por las consecuencias directas que de ellas se desprenden sobre las diferentes transacciones económicas, sino que principalmente irradian sus efectos sobre el comportamiento ex ante que realizan los actores económicos, las decisiones judiciales constantemente envían señales e información del estado del sistema jurídico al mercado (Lista, 2009: 747). La información contenida en las sentencias es relevante para el mercado, debido a que es un valioso presupuesto para sopesar las diferentes decisiones y acciones racionalizadas en clave económica, en una palabra, la credibilidad de los agentes en el sistema judicial oscila ostensiblemente entre la confianza o la desconfianza, tomando como criterio de medida el grado de discrecionalidad y autonomía de los jueces, así como el carácter uniforme y coherente de las diferentes decisiones judiciales (Lista, 2009: 747). Como se puede advertir, el camino más idóneo y expedito para lograr las exigencias de estabilidad que el mercado reclama de la economía es un sistema de precedente que unifique, controle y discipline la unidad de las decisiones de los jueces en el mayor grado posible, y solucione de esta forma la inestabilidad jurídica que trajo el siglo XX con los fenómenos referidos.

El sistema de precedente judicial obligatorio se ha fortalecido ostensiblemente en lo que va corrido de este milenio, el fortalecimiento se ha caracterizado por la concentración del poder normativo del precedente en los tres órganos de cierre del sistema normativo y en último término en la Corte Constitucional. Tiene además un tinte marcadamente jerarquizado y unificado en un solo órgano, al cual se deben someter y plegar disciplinadamente todos los demás jueces que integran el sistema judicial. Los principales titulares del poder normativo del precedente, que en muchos aspectos se iguala al poder normativo del Congreso e incluso lo supera,

se encuentra en titularidad de los tres órganos judiciales de cierre, y finalmente en cabeza de la Corte Constitucional gracias a su doble función de Juez Constitucional de Control de constitucionalidad y de juez de revisión de todas las acciones de tutela de que conocen los jueces en las diferentes especialidades. De modo que ante la proliferación de leyes especiales que desconfiguran la unidad sistemática de los códigos y la proliferación de jueces activistas de posición humilde dentro de la estructura del aparato de justicia, el precedente y los órganos judiciales de cierre y especialmente la Corte Constitucional, se erigen como el nuevo epicentro de la producción normativa dentro del estado de derecho constitucional.

7. CONCLUSIÓN

El desmonte teórico del estado liberal decimonónico y del positivismo jurídico a manos del neoconstitucionalismo, ha traído consigo a un nuevo señor del derecho, un nuevo centro de referencia jurídico, una nueva dispositivo que agrupa el derecho al reconducirlo a un órgano que tiene la última palabra y a quien no se puede hacer oposición dentro del sistema normativo o político. Es, de este modo, que en torno a la jurisprudencia se han reagrupado, reunificado e inclusive, racionalizado nuevamente las normas jurídicas. Prueba de lo anterior es que el mismo legislador mediante la expedición de los nuevos Código de Procedimiento Administrativo y Código General del Proceso, ha declarado el valor vinculante del precedente judicial emanado de las altas corporaciones, dando respaldo legislativo a una realidad jurídica que se había labrado a fuerza de sentencias de la Corte Constitucional.

El precedente judicial creador de normas jurídicas generales y abstractas, a diferencia de las leyes, no debe surtir largos trámites y debates legislativos, oposición de las fuerzas sociales y políticas y controles jurídicos de validez. Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, las cuales crean situaciones jurídicas que vinculan en términos de generalidad y abstracción, se encuentran revestidas de la garantía de la cosa juzgada, además de no ser susceptibles de control político o jurídico en una instancia superior. Por esta razón si el precedente se hace respetar por los órganos judiciales siendo el máximo garante la misma Corte Constitucional, este puede ofrecer un grado muy alto de estabilidad y predecibilidad de las decisiones judiciales, pues todos los jueces del aparato de justicia se deben ceñir a lo que sea establecido por los precedentes de las altas corporaciones, en sus respectivas especialidades y jurisdicciones. Así, puede advertirse como los valores que la economía de mercado reclama del sistema jurídico están mejor asegurados y garantizados por un sistema de precedente fuerte que por leyes que pueden ser interpretadas de manera autónoma y con criterios diferentes por cada juez de la República.

Varios han sido los mecanismos que tanto la jurisprudencia como la legislación han desarrollado para asegurar el sometimiento disciplinado de los jueces al precedente jerárquico, entre estos vale la pena resaltar la tutela contra sentencias (ver: Quinche Ramírez, 2011) por desconocer el precedente judicial y la procedencia del recurso de casación por el mismo motivo que trajo el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Para hacer respetar el precedente judicial y garantizar su fuerza dentro del sistema de fuentes del derecho, se dispusieron dos modalidades de garantía; una expedita, acción de tutela, y otra propia del sistema de recursos, casación. Ambas se enderezan a garantizar, como en sus tiempos lo hizo el *refere legislativo* respecto de la ley, que los jueces disciplinen y estructuren sus decisiones en torno a una fuente del derecho, sobre un mismo criterio y bajo las mismas consideraciones. La racionalidad de las decisiones judiciales está dado por su grado de acople con los criterios que fueron definidos por los superiores funcionales, similar a los tiempos de la omnipotencia legislativa donde la racionalidad y validez de las decisiones estaba dado por el respeto ciego a la ley y al legislador: la medida de la razón ya estaba expresada en la ley, en el Código, ahora lo está en la jurisprudencia de los órganos jerárquicamente superiores de la jurisdicción. Un valor agregado del precedente respecto de la leyes es que mientras una sentencia de la Corte Constitucional sobre una materia no puede ser eliminada del ordenamiento jurídico por otro órgano, la ley sí lo puede ser, obviamente por la Corte misma.

El hecho de que en sus tiempos los Códigos fueran la expresión de la ideología liberal, no significaba que con ellos no se hubiera ganado en garantías y libertades, así como el hecho de que el precedente judicial sea altamente funcional a las fuerzas que operan en el mercado no quita mérito al hecho de que, gracias al activismo de la Corte Constitucional, se hayan realizado algunas mejoras en campos como el laboral, penal y familia en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, cómo se mostró, paralelamente a los fenómenos y procesos propiamente jurídicos, como el de las fuentes del derecho, se desarrollan procesos económicos y sociales, los cuales se encuentran inescindiblemente ligados a los fenómenos jurídicos y tienen importantes implicaciones recíprocas. Con este trabajo se trató de analizar cómo temas que normalmente han sido dominados por filósofos, teóricos del derecho y operadores jurídicos, puede tener unas implicaciones en otros campos del deber y del funcionamiento de la sociedad, en este caso el sistema económico.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Capella, J. R. (1995). *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico teórico al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2003). El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. C. (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2009). *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. (Cuarta ed.). Madrid: Trotta.
- Consejo Privado de Competitividad. (2011-2012). *Consejo Privado de Competitividad*. Recuperado el 28 de 7 de 2014, de Consejo Privado de Competitividad. Recuperado el 20 junio de: <http://www.compite.com.co/site/wp-content/uploads/2011/11/INC2011-2012.pdf>
- Espino, J. A. (1999). *Instituciones y economía. una introducción al neoinstitucionalismo económico*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 1. Toria del derecho*. Madrid, Trotta.
- Hespanha, A. M. (2002). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- Irti, N. (1992). *La edad de la descodificación*. Bcelona: Bosh.
- Lista, c. A. (2009). *Consejo latinoamericano de ciencias sociales*. Recuperado el 29 de julio de 2014 de, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr025/elotrdr025-04.pdf>
- López Medina, D. E. (2007). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis, Universidad de los Andes.
- López, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Pacheco, C. C. (DICIEMBRE de 2000). *ILSA*. Recuperado el 29 de julio de 2014, de ILSA: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr025/elotrdr025-04.pdf>
- Pelayo, M. G. (1977). *Las transformaciones del estado contemporaneo*. Madrid: Alianza.
- Portes, A., & Rodriguez Garavito, C. (2012). Una nueva mirada a las instituciones colombianas: el contexto, el diseño y la metodología del estudio. En A. Portes, & C. Rodriguez Garavito, *las instituciones en colombia un análisis sociologico* (págs. 6-20). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. *DOXA*, 339-353.
- Pulido, C. B. (2007). Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. En M. C. (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Quinche Ramírez, M. F. (2011). *Vías de hecho: Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Ibañez.

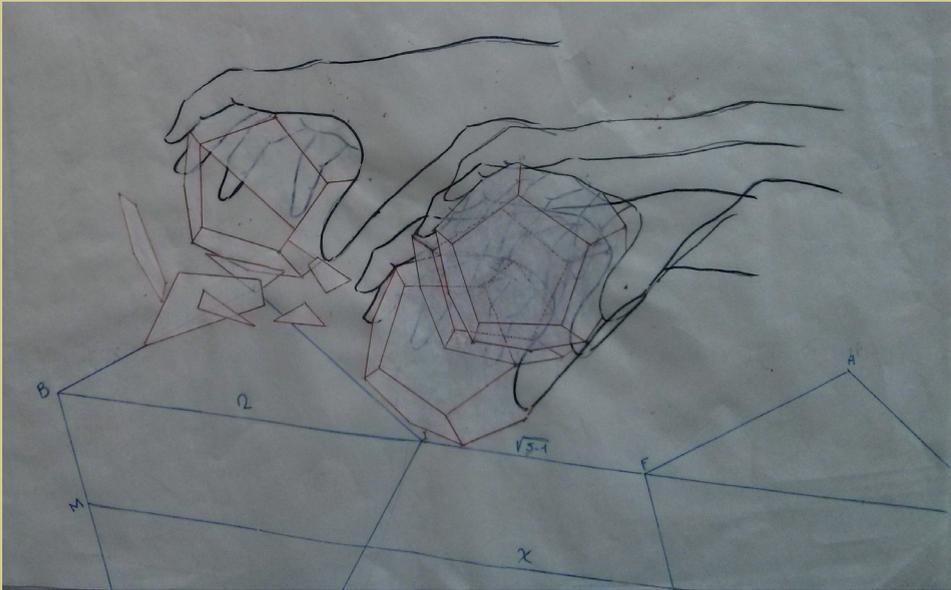
- Reyes, M. A. (2007). La constitución como paradigma. En M. A. Reyes, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Rodriguez, C. G., & Santos, B. d. (2007). el derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En C. R. Boaventura de Sousa Santos, *El derecho y la globalización desde abajo* (págs. 7-28). Barcelona: Anthopos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Sanchís, L. P. (2005). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara.
- Sanchís, L. P. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. C. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Sanchís, L. P. (2009). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trota.
- Spanha., A. M. (2002). *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos. .
- Talciani, H. C. (2007). *Derecho y academia. el blog de Hernán Corral*. Recuperado el 10 de julio de 2014, de sitio wed de Hernan Corral Talciani: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/descodificacion.pdf>
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo J., C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia. papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibañez.
- Villegas, M. G. (2006). En R. G. Uprimny, *¿ Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. (págs. 15-45). Bogotá: Editorial Norma.
- Zaglebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Legislación

- Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Ley 1564 de 2014, Código General del Proceso.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-335 de 2008, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-836 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-539 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-634 de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva;
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-816 de 2011, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-588 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

DERECHO Y CONTEXTO: ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO*

* El presente artículo se desprende del proceso de investigación que permitió a su autor obtener el título de Magister en Ciencia Política.

Fecha de recepción: agosto 13 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 19 de 2014

**DERECHO Y CONTEXTO: ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO
EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL,
EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO**

*Julián Andrés Muñoz Tejada***

RESUMEN

Este artículo muestra, en términos generales, algunos ejemplos de las relaciones entre el derecho y la guerra en algunas áreas como el derecho constitucional, derecho penal y derecho privado. Adicionalmente, este artículo enfatiza en la manera como el derecho ha implicado lógicas de continuidad con la guerra y llama la atención sobre el papel que puede cumplir el derecho en un eventual escenario de posconflicto.

Palabras clave: derecho y ciencias sociales, derecho y guerra, posconflicto.

**LAW AND CONTEXT: SOME PROBLEMS IN COLOMBIA RELATIONATED
WITH THE CONSTITUTIONAL LAW,
THE PENAL LAW AND THE PRIVATE LAW**

ABSTRACT

This article shows, in general terms, some examples of the relations between the law and the war in some areas like constitutional law, criminal law and private law. In addition, this article emphasize in the way which the law has implied logics of continuity with war and draw attention to the role of law in a possible post-conflict scenario.

Key words: law and social sciences, law and war, post-conflict.

** Abogado (UdeA), especialista en derecho penal (Universidad Eafit), Magíster en Ciencia Política (UdeA).

DERECHO Y CONTEXTO: ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO

INTRODUCCIÓN

El derecho no es un dato ontológico que de manera neutral regula comportamientos humanos. Aunque la formación del derecho en Occidente se ha erigido sobre la base de una serie de ficciones –como la igualdad y acaso la naturalidad de cierto estado de cosas- (Schiavone, 2012, págs. 526-527), en particular para el caso colombiano, los antecedentes y contextos de normatividades relevantes en ámbitos como el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho privado, evidencian que la guerra desempeña un papel fundamental en su creación y aplicación. Y aunque en ocasiones se configura una situación amnésica frente a la guerra¹, dicho “olvido” como ha indicado Iván Orozco, lo único que posibilita es una lectura distorsionada de nuestro contexto².

En este escrito se mostrará cómo el derecho ha estado vinculado a las guerras que se han librado en Colombia en las áreas del derecho constitucional, penal y privado. En efecto, las guerras civiles del siglo XIX, las confrontaciones del siglo XX -identificables en episodios como la “Violencia” y las cruzadas contra el comunismo y el narcotráfico-, y más recientemente la lucha contra el terrorismo han posibilitado que las normas jurídicas se produzcan según las dinámicas e intereses de los actores involucrados en la confrontación armada.

Se propone una reflexión acerca de la manera como la creación –y en algunos casos también aplicación- de las normas jurídicas ha estado relacionada con el contexto de soberanía en vilo al que asiste Colombia por cuenta del conflicto interno. En otras palabras, se mirará el contexto de indefinición soberana con el fin de comprender problemas del derecho en Colombia asociados a preguntas como las siguientes: en cuanto a las normas constitucionales: ¿Cómo ha incidido el contexto de guerra en

1 Tal como ocurrió durante la administración del ex presidente Álvaro Uribe, para quien en Colombia no había guerra, sino una amenaza de grupos terroristas, frente a los cuales sólo cabía recurrir a las vías militares.

2 Sobre el “olvido de la guerra”, se puede consultar: (Orozco, 2005) y (Orozco, 2006).

su producción? ¿Acaso los textos constitucionales –aunados a otros factores- no han propiciado, así mismo, el inicio de las confrontaciones? O, en otras palabras, ¿cómo ha incidido el diseño institucional trazado en los textos constitucionales en el surgimiento y desarrollo del conflicto armado?; en cuanto al derecho penal: ¿Ha existido alguna ruptura entre los medios que del derecho y los propuestos por la guerra para hacerle frente a ciertos desórdenes? o, al contrario, ¿podría afirmarse que en Colombia la definición y aplicación del castigo ha estado marcada por la constante creación, adición y renovación de enemigos convenientes?; finalmente, en cuanto al derecho privado: ¿existe alguna relación entre modelo de desarrollo y tenencia de la tierra?, si tal relación existe, ¿cuál ha sido el papel de la guerra en la creación de políticas orientadas a regular el derecho de propiedad sobre la tierra?, ¿podría afirmarse que dichas políticas han alimentado la persistencia de la guerra en nuestro país?

Esta mirada al derecho desde la guerra recurrirá a marcos interpretativos de otras disciplinas sociales. Pensar el derecho desde las ciencias sociales permite construir perspectivas de contexto sobre las racionalidades que determinan la creación y aplicación de las normas jurídicas. En particular, pensar al derecho desde la Ciencia Política o los Estudios Políticos³ hace posible comprender fenómenos como la soberanía y el Estado, y de una manera más concreta, las rupturas y continuidades entre el derecho, la guerra y la política en materias como los textos constitucionales, el derecho penal y el derecho privado. Para ello –como se anunció-, se partirá del concepto de *soberanía en vilo* propuesto por la profesora María Teresa Uribe para el caso colombiano.

El interés por comprender contextos del derecho asociados a un concepto como el de soberanía suponen precisiones como las siguientes:

- Sería incorrecto asumir en la actualidad un concepto como el de soberanía idéntica al propuesto por Bodino hace varios siglos. En el actual mundo globalizado –donde los Estados nacionales tienen cada vez menos autonomía para resolver sus asuntos internos- sería difícil afirmar con Bodino que la soberanía es aquel “poder absoluto y perpetuo de una república” (Bodino, 1997, pág. 120) pues incluso el mismo Bodino estableció límites al poder soberano, asociados al derecho divino, las leyes fundamentales del reino y los derechos naturales de los súbditos (De Gabriel, 2009, pág. 45). Como diría Vallés, hoy no podría asumirse que un Estado es más o menos soberano comprenderse el ejercicio de

3 Para ahondar en los criterios de diferenciación entre las disciplinas referidas, ver: (Pasquino, 2011, págs. 11-38). Se puede encontrar una lectura crítica acerca de la corrección de estos criterios en el contexto colombiano en: (Tabares, 2013)

poder político en la estatalidad sin reconocer el amplio espectro de limitaciones a las que están sujetas los Estados (Vallés, 2000, pág. 135).

- Como se mostrará más adelante, la soberanía sigue siendo un elemento que sólo puede entenderse en el ámbito de la estatalidad, pues aunque en las relaciones internacionales se evidencia cierto poderío por parte de organismos internacionales, difícilmente podría hablarse de una soberanía transnacional⁴.
- Aunque a partir la Paz de Westfalia se afirmó el principio de autonomía de los Estados para resolver sus asuntos internos⁵, recientes elaboraciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y las correlativas obligaciones que han implicado para los Estados que suscriben los tratados internacionales que les dan forma, nos enseñan que la soberanía estatal es presa de una injerencia humanitaria, en virtud de la cual se construye un catálogo de motivos para justificar “la intervención de un poder exterior—de un estado o de una organización interestatal— en el interior de otro estado con objeto de asegurar el respeto de los derechos fundamentales y condiciones de vida amenazados o vulnerados por su propio gobierno” (Vallés, 2000, pág. 162).
- Con base en lo anterior, la comunidad internacional impone restricciones a la soberanía de los Estados, pero esa no es la única limitación que la soberanía tiene en el caso colombiano; así mismo, la guerra le propone retos y restricciones al dominio hegemónico del Estado frente a territorios y poblaciones.

Como ha señalado la profesora María Teresa Uribe:

-
- 4 “Tal vez nuestros regímenes de derecho internacional y nuestras instituciones jurídicas internacionales continúen funcionando sin soberanía, y de hecho es muy probable que así sea. No hay poder soberano en las Naciones Unidas; no tienen capacidad de proteger el orden del derecho internacional frente a la amenaza contra su propia existencia. Es improbable que su disolución lleve a la guerra civil entre grupos que reivindicquen ser la voz de un soberano global. Los Estados participan en Naciones Unidas porque beneficia sus intereses, pero no definen sus amigos y enemigos en función de esa institución. Esta es una observación empírica, no un juicio normativo.” (Kahn, 2012, pág. 92) En contra, Hardt y Negri, para quienes es posible hablar de una nueva forma de soberanía de alcance planteario a la que denominan “Imperio”. (Hardt & Negri, 2001)
 - 5 “La Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma—el modelo de Westfalia— difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional—histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica— por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio*, basado en tratados bilaterales *Inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico *ordenamiento jurídico* supraestatal: ya no un simple *pactum associationis*, sino además un *pactum subiectionis*. También porque la comunidad internacional, que hasta la Primera Guerra Mundial se había identificado con la comunidad de las «naciones cristianas» o «civilizadas»—Europa y América—, se extiende por vez primera a todo el mundo como orden jurídico mundial”. (Ferrajoli, 2004, pág. 145)

Volver sobre el tema de las soberanías en tiempos de globalización económica y de internacionalización del derecho, parecería anacrónico por decir lo menos y, más aún, cuando el Estado nacional –depositario de la soberanía y su representante legal- parecería terminar su ciclo histórico para dar paso a formas nuevas de integración económica y de organización política, a otras territorialidades y a una creciente complejidad y diferenciación culturales que se estarían *llevando de la calle* la pretendida homogeneidad de las sociedades modernas. No obstante, ese concepto decimonónico y aparentemente anticuado, puede ofrecer algunas claves para interpretar la gramática de la guerra en Colombia y para situar las perspectivas de la paz en horizontes quizá más realistas. (Uribe de Hincapié, 1998, pág. 11)

Las reflexiones que se proponen en este escrito, son relevantes, precisamente, ante lo improbable de que emerja un gran Leviatán que se abrogue para sí el monopolio del uso de la fuerza (Uribe de Hincapié, 1998, págs. 35-36).

Así las cosas, el texto estará compuesto por cinco partes: en la primera, se presentará un panorama general sobre la manera como la guerra y la indefinición soberana inciden en la producción del derecho; en la segunda, se mostrarán algunas relaciones entre guerra y textos constitucionales; en la tercera, la imbricación entre guerra y derecho en la definición de la cuestión penal; en la cuarta, el papel de la guerra en la definición de políticas relacionadas con el derecho de propiedad sobre la tierra; y, finalmente, unas conclusiones sobre la importancia de estudiar y comprender el contexto bélico del derecho en un país como Colombia.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA INDEFINICIÓN SOBERANA EN COLOMBIA Y LAS RELACIONES ENTRE LA GUERRA, EL DERECHO Y LA POLÍTICA

En torno al caso colombiano, algunos autores han entendido que la existencia del Estado-nación se expresa en el concepto de soberanía (Alonso & Vélez, 1998). Ésta se refiere a la concentración de recursos de coerción y capital (Tilly, 1992), a la conformación de monopolios,⁶ la imposición de referentes de autoridad en torno a la ley y a la definición del delito (Alonso & Vélez, 1998, pág. 43) .

A su vez, la profesora María Teresa Uribe, señala que la soberanía de un orden político reside en

la omnipresencia pero, más que eso, [se funda en] la omnipotencia del Estado (...); es decir, en su capacidad para someter a su dominio y control,

6 Al respecto Weber sostiene que Estado es: “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio –el concepto de “territorio” es esencial a la definición- reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima (...)”. (Weber, 2005, pág. 1056)

a diferentes sectores sociales, agrupaciones territoriales, bandas armadas, asociaciones religiosas, grupos étnicos, estamentos particulares, poderes locales o regionales e individuos aislados, situándose por encima de ellos y en condición de neutralidad frente a sus disputas y tensiones (Uribe de Hincapié, 1998, pág. 13).

Con base en lo anterior, puede afirmarse que, en el caso colombiano, se ha puesto en vilo la soberanía del Estado, y ello se explica –entre otras razones- por la persistencia de la guerra y la capacidad de diversos actores para definir –de manera paralela al Estado- el orden en ámbitos tan diversos como la movilidad de personas y recursos, o incluso los criterios utilizados para castigar a los habitantes de un territorio. (Uribe de Hincapié, 1998, pág. 19). Por ello, el Estado en Colombia no ha sido ese gran pacificador al que aludía Hobbes, ni tampoco la existencia de normas jurídicas ha implicado la negación guerra (Hobbes, 2010, págs. 102-177).

En este contexto de indefinición soberana, la guerra no solo impacta el castigo, negando la pretensión soberana de disuasión frente al delito e induciendo una reacción bélica institucional que coloniza todo el sistema penal⁷; así mismo, la guerra incide en cuestiones como las normas constitucionales y el derecho sobre la propiedad. Como se mostrará, la guerra no ha sido necesariamente la antítesis del derecho constitucional, pues en ocasiones las normas de este tipo han obedecido a pactos por los cuales se termina una guerra civil (Valencia, 2010); de la misma forma, la propiedad –y en especial las regulaciones sobre el derecho de propiedad referido a la tierra- han propiciado o justificado el alzamiento en armas por parte de algunos actores del conflicto.⁸

7 A este fenómeno William Pérez lo ha llamado arrastre de la excepción. (Pérez W. e., 1997). Dicha indefinición soberana tiene efectos en cuanto a la cuestión criminal, pues el orden jurídico institucional es sólo uno de los escenarios en los que se aplica el castigo y sólo una de las vías por las cuales se procura tramitar los conflictos. (Pérez W. , 2000, pág. 33)

De este mismo autor, se puede consultar Sobre la manera como la legislación penal ordinaria sigue una especie de arrastre de la excepción, es decir, una situación en la cual la legislación penal de emergencia coloniza todo el sistema penal institucional, véase: *Id.*, p. 37; igualmente: William Fredy Pérez; Alba Lucía Vanegas, y Carlos Mario Álvarez. *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, Biblioteca jurídica Diké –Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 1997.

8 Advierte Marco Palacios que “[d]etrás de la concentración de la tierra hay derechos de propiedad de tipo “oligárquico” que alimentan el conflicto, abierto o soterrado, violento o legal. Cualquier manual de derecho agrario de hoy día enumera y describe un conjunto de normas y jurisprudencias sobre la cuestión de los baldíos, definitivamente incorporados al campo agrario, al derecho ambiental y a la territorialidad que corresponde al pluralismo étnico y cultural de la nación redefinida en 1991. Pero la mentalidad propietaria de los abogados y jueces que se forman en esos manuales no difiere de la que predominó en los años treinta, ni tampoco difieren las expectativas de los empresarios, ávidos ahora de explotar las reservas territoriales indígenas y afrocolombianas.” (Palacios, 2011, pág. 215)

Ahora bien, como se indicó en otra ocasión a propósito del castigo (Muñoz, 2012), la erosión de la soberanía también está asociada a ciertas presiones de la comunidad internacional⁹. Con ello, si a un Estado como el colombiano, se le dificulta monopolizar el ejercicio de la violencia legítima o ejercer autoridad sobre flujos de personas y recursos, dichas presiones internacionales hacen que nuestra soberanía sea mucho más modesta (Mann, 1999, pág. 26), porque no se trata únicamente de limitaciones impuestas por organismos públicos, sino que también organizaciones o corporaciones de carácter privado -soberano supranacional de carácter difuso- (Capella, 1997, págs. 260-265) han demostrado que tienen capacidad de injerencia en los asuntos del Estado¹⁰.

En este contexto de indefinición soberana, no existe realmente una oposición entre guerra y derecho y ello podría explicarse con Bobbio, quien sugiere cuatro tipos de relaciones: “la guerra como *medio* para establecer el derecho, la guerra como *objeto* de reglamentación jurídica, la guerra como *fuerza* del derecho y la guerra como *antítesis* del derecho” (Bobbio, 2009, pág. 599). Aunque estas relaciones son presentadas por el autor italiano para comprender cierta complejidad de las relaciones internacionales, son pertinentes, así mismo, para interpretar el contexto de guerra en el que se encuentra Colombia.

En el discurso hobbesiano de la soberanía, hablar de Estado y de derecho, sugería la negación de la guerra (Bobbio N. , 2009, pág. 604), pues en ello residía el poder soberano; sin embargo, en casos como el colombiano, la guerra coexiste junto al derecho y al Estado. Por ello, resulta difícil comprender al Estado y al derecho a partir de metáforas políticas como el contrato, como si fueran el resultado de cándidos acuerdos entre partes completamente libres para contratar¹¹, precisamente por ello un autor como Foucault advierte lo siguiente: “la ley nace de las batallas

9 Se entiende por comunidad internacional como aquel conjunto de instituciones políticas relevantes internacionalmente y por lo general vinculadas a los Estados Unidos o Europa. (Restrepo, 2001, pág. 98) Se precisa entonces, que la así llamada comunidad internacional no está conformada únicamente por Estados u organizaciones de Estados, pues también hacen parte de ella diversas Organizaciones No Gubernamentales ocupadas de la defensa y promoción de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sobre la injerencia de la comunidad internacional en el caso concreto de la ley 975 –o ley de justicia y paz-, ver: (González, 2005)

10 Tal es el caso, como se ha venido sugiriendo, de algunas organizaciones no gubernamentales ocupadas de la defensa y promoción de los derechos humanos o incluso de empresas transnacionales que por cuenta de su poder económico influyen en la definición de los asuntos públicos (Capella, 1997).

11 Señaló Nietzsche: “(...) El Estado más antiguo apareció, en consecuencia, como una horrible tiranía, como una maquinaria trituradora y desconsiderada. (...) Así es como, en efecto, se inicia en la tierra el «Estado»: yo pienso que así queda refutada aquella fantasía que le hacía comenzar con un «contrato». Quien puede mandar, quien por naturaleza es señor, quien aparece despótico en obras y gestos ¡qué tiene él que ver con contratos! Con tales seres no se cuenta, llegan igual que el destino, sin motivo, razón, consideración, pretexto,

reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de horror” (Foucault, 2008, pág. 53) .

En el mejor de los casos, como sugiere Mauricio Uribe, en Colombia hemos tenido pactos de fortalecimiento de las élites políticas, pero no del Estado (Uribe, 2013, págs. 196-197); así pues, pactismo en lugar de contractualismo. Según este autor, a las élites les ha interesado más el reparto de esferas de gestión que afianzar el fortalecimiento del Estado¹². Tales acuerdos entre élites han propiciado una suerte de veto a la nación que ha impedido construir referentes identitarios más o menos sólidos, y esta carencia ha dificultado la terminación de la guerra (Uribe, 2013, pág. 287).

De esta manera, en el caso colombiano se evidencia un contexto en el cual se evidencian continuidades en lugar de rupturas entre guerra y derecho, y es precisamente, a mostrar algunos ejemplos de esta relación que se dedica el presente escrito.

2. LA GUERRA Y LAS CONSTITUCIONES

Ya ha sido documentada la relación entre guerra y derecho a propósito de las constituciones políticas para mostrar, por ejemplo que: a) los textos constitucionales han sido cartas de batalla que en verdad no implican un tránsito del estado de guerra a una situación de paz representada en el derecho (Valencia, 2010); y, b) la introducción de amnistías e indultos (o armisticios) en los textos constitucionales facilita a los guerreros enfrentados en las contiendas transitar de un contexto de guerra a otro de paz (Orozco, 2006a, pág. 119). En esta oportunidad interesa hacer explícitos tales escenarios de creación y aplicación de las normas constitucionales.

2.1. La creación de las normas constitucionales y las lógicas de la excepción

Para la tradición liberal es posible plantear una relación antitética entre derecho y guerra; o incluso suponer que el derecho está en capacidad de limitar la guerra si se acotan al máximo los poderes excepcionales y se fortalece por esa vía el Estado

existen como existe el rayo demasiado terribles, demasiado súbitos, demasiado convincentes, demasiado «distintos»”. (Nietzsche, 2006, pág. 111)

12 “El antiestatismo de las élites es fruto de su preferencia por el statu quo y para preservarlo, optaron por un *pactismo* político. Así, en lugar de de un contrato fiscal que condujera al fortalecimiento del Estado, sus incentivos los condujeron –sin pensarlo- a un “pacto de reparto” consistente en “entregar cada esfera de gestión (la política económica, la administración de justicia, la política social, las relaciones exteriores, etc.) al sector interesado de la élite para que la administre en forma autónoma.” (Uribe, 2013, pág. 196)

de derecho, en lugar de la razón de estado¹³. Sin embargo, cuando es el derecho el que posibilita la emergencia de las confrontaciones, dicha asunción liberal es insostenible. Tal fue el caso, por ejemplo, de las restricciones a la democracia propias del pacto frente nacionalista, y la manera como decretaron por vía de reforma a la Constitución de 1886¹⁴, la alternancia de candidatos del partido liberal y conservador en la presidencia de la república. Así lo dispuso el Acto Legislativo 01 de 1959:

ARTÍCULO 1o. En los tres (3) periodos constitucionales comprendidos entre el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962) y el siete (7) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), el cargo de Presidente de la República será desempeñado, alternativamente, por ciudadanos que pertenezcan a los dos partidos tradicionales, el conservador y el liberal; de tal manera que el Presidente que se elija para uno cualquiera de dichos periodos, pertenezca al partido distinto del de su inmediato antecesor. Por consiguiente, para iniciar la alternación a que se refiere este artículo, el cargo de Presidente de la República en el periodo constitucional comprendido entre el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962) y el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966), será desempeñado por un ciudadano que pertenezca al partido conservador¹⁵.

Como han manifestado diversos estudiosos de la violencia en Colombia, la anterior reforma supuso una restricción a la democracia que posibilitó la emergencia de grupos subversivos, que ante la dificultad de participar en el sistema político, decidieron ejercer oposición armada al Estado, (Sánchez, 2009, págs. 47-48). De esta manera, como afirma García, ante la degradación del régimen democrático, opciones ilegales como la subversión armada se impusieron frente a la política tradicional:

-
- 13 “El derecho no es simplemente la manifestación del poder estatal; también representa el ideal de limitar dicho poder, “de hacer tolerable la autoridad estatal”. Así, la solución no consiste en romantizar la violencia que acompaña la excepción política, como lo hace Schmitt, ni en priorizar la lógica de la razón de Estado –la cual parece guiar el uso de los estados de excepción en Colombia– donde el derecho ha sucumbido ante la fuerza al convertirse en un instrumento de esta. Una forma legal, –el estado de excepción–, ha sido usada, de manera paradójica, en contra de la integridad del orden jurídico y de la democracia. Esta es precisamente lo opuesto: un ejercicio razonable y controlado de la autoridad estatal a través de formas jurídicas; una estructura que intensifica la libre competencia de las diversas opiniones –para utilizar una expresión de Mill–, donde las minorías y las voces disidentes son integradas, no eliminadas. El monopolio estatal de la fuerza únicamente es aceptable, si el derecho formal lo apacigua” (Iturralde, 2003, pág. 43).
- 14 Ahora bien, aunque el ejemplo propuesto refiere a la Constitución de 1886, ello en modo alguno supone que la Constitución de 1991 haya quedado por fuera de la aludida imbricación entre derecho y guerra. De hecho, esta nueva Constitución se expide como resultado de una serie de negociaciones con grupos guerrilleros como el M-19.
- 15 Congreso de Colombia, *Acto Legislativo 01 de 1959*, Diario Oficial 30051. En: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc%2016-12-10/cp/ACTO_LEGISLATIVO_01_1959.HTML, sitio web consultado el 18 de enero de 2014.

En síntesis, (...) la movilización política es controlada, atenuada y casi eliminada en Colombia, tal como sucedía en muchas otras partes del mundo. El hecho de que ello se haya logrado violentamente por “las vías democráticas”, degradó la alternativa de lucha democrática, aumentó la movilización política ilegal (guerrilla y guerra sucia) y creó una situación institucional de maridaje y tensión a la vez entre régimen constitucional y régimen militar (...) que puede ser caracterizada como democracia de bajísima intensidad. (Gacía, 2000, pág. 18)

Nótese cómo cuestiones de diseño institucional introducidas por una reforma a la Constitución implicaron restricciones democráticas que alentaron la formación de grupos insurgentes. Adicionalmente, en el período aludido, se fortaleció la autonomía de los militares para conjurar problemas de orden público (Leal, 1994, págs. 70-71). El uso privilegiado de figuras de excepción como el estado de sitio¹⁶ permitieron hacerle frente a ese nuevo enemigo interno —el subversivo—, que representó un relevo en el combate del enemigo partidista (Orozco, 2006a). Precisamente, en torno al uso recurrente de las medidas excepcionales se refiere la tercera parte de este escrito.

2.2. La aplicación de las normas constitucionales o el rol de la Corte Constitucional

Las normas constitucionales no sólo evidencian su vinculación con la guerra cuando son creadas. De igual forma, con la promulgación de una nueva Constitución Política como la de 1991, pese a sus intentos por invisibilizar la guerra y ficcionar un inexistente estado de paz fundado en la operancia efectiva del derecho (Montoya, 2008, pág. 49), la Corte Constitucional colombiana ha venido desempeñando un papel fundamental en la definición de los marcos normativos por medio de los cuales se debe entender el conflicto armado desde el derecho; por ello, un autor como Mario Montoya, afirma:

En este contexto constitucional en el que la guerra es invisibilizada, tratada excepcionalmente y subconstitucionalizada no extraña que por efectos de las maniobras y presiones gubernamentales, las debilidades en la formación

16 Dentro del repertorio de medidas para combatir al enemigo interno, se destaca el uso y abuso de la justicia penal militar para el juzgamiento de civiles, la cual sólo fue declarada inconstitucional en el año 1987. Sobre lo problemático de que los militares asumieran el juzgamiento de civiles, se ha entendido que: “Esta extensión de la justicia penal militar para muchos delitos, en especial aquellos vinculados a conflictos sociales como huelgas o pedreas estudiantiles, resultó muy problemática pues afectaba gravemente el debido proceso, por cuanto los jueces militares estaban integrados, y aún hoy lo están, a las estructuras jerárquicas del Ejército, por lo cual carecen de la imparcialidad e independencia necesarias para administrar justicia. Además, la regulación procesal de los Consejos de Guerra Verbales impedía a los acusados un ejercicio efectivo del derecho de defensa.” (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 207)

de los propios jueces constitucionales, o por simple convicción personal, la Corte Constitucional vaya perfilando su propia Constitución Política de la guerra y para la guerra. Se trata de una Constitución basada en el recorte de derechos y garantías de las personas, en el robustecimiento de los poderes presidenciales en el marco de los estados de excepción, en la defensa de la tesis militarista para dar fin al conflicto armado (Montoya, 2008, págs. 59-60).

En este sentido, la Corte Constitucional no se ha ocupado en realidad de controlar al Estado cuando hace la guerra, sino que en ocasiones los fallos que profiere se pliegan a las necesidades de la confrontación¹⁷, de suerte que, por ejemplo: a) usa un lenguaje asimétrico para referirse a los actores de la contienda; b) no obstante ejercer una función jurisdiccional, pierde su neutralidad al proferir sus fallos; c) a menudo, reduce la complejidad de la guerra y la confunde con la violencia; d) sus fallos, normalmente, caen en cierta rutinización, es decir, recurren con frecuencia a las citas de fallos en los que previamente se aludió a la contienda armada (Montoya, 2012).

Aunado a lo anterior, la coexistencia de orden constitucional y guerra posibilita que las mismas decisiones de la Corte Constitucional asociadas al modelo de decisión propio del neoconstitucionalismo, terminen ponderando garantías -como la libertad individual-, en lo que supone una “dictadura del ejecutivo legitimada por los jueces” (Orozco & Albarello, 1999, pág. 26), lo cual contraría aquel valor mínimo absoluto que se reclama para dichas garantías en materia penal, incluso cuando generan tensiones con la seguridad pública¹⁸.

3. LA GUERRA Y EL DERECHO PENAL

El castigo es uno de aquellos ámbitos en los cuales ha sido más ampliamente analizada la relación entre guerra y derecho. Con base en la literatura consultada se

17 Es ilustrativo en este sentido la manera como la Corte Constitucional no se ha ocupado de ejercer control constitucional al Estado guerrero, sino que sus fallos se adaptan a lo que el Gobierno Nacional quiere en momentos determinados. (Montoya, 2012)

18 En este sentido, vale la pena recordar a Juan Fernández cuando indica que: “Las normas de garantía poseen un valor mínimo absoluto: Por debajo de ellas el poder deja de ser legítimo; el ciudadano posee siempre el derecho inalienable a que el poder del Estado se ejerza en todo caso y momento de conformidad con las reglas objetivas del derecho. Esto es lo propio de un Estado de derecho y tiene que ser respetado, a fuerza de dejar de serlo, por todo Estado que pretenda constituirse y preservarse como Estado de derecho (Const. Pol., artículo 1°). El poder estatal no sólo ha de ejercerse con respeto a la legalidad formal, sino también de la legalidad material, esto es, de los valores contenidos en las normas, principios y valores superiores del sistema, los cuales están obligados a desarrollar como uno de sus objetivos esenciales (Const. Pol. Artículo 2°.)” (Fernández, 1998, pág. 83)

pueden identificar al menos dos escenarios en los cuales se evidencia dicha relación: en primer lugar, la negociación del castigo que involucra, entre otros asuntos a las transformaciones asociadas a la noción de delito político y la manera como éste posibilita un juego constante de amnistías e indultos; y, en segundo lugar, el uso bélico del derecho penal, o dicho de otra forma, aquella manera como el ejercicio de poder político referido al fenómeno criminal –la política criminal (Grosso, 1999, pág. 16)- ha permitido una permanente construcción y adición de enemigos convenientes¹⁹.

3.1. La negociación del castigo

La pervivencia -desde el siglo XIX- de condiciones de guerra en Colombia posibilitó el desarrollo de una tradición según la cual, una vez culminaba una confrontación armada se concedían amnistías o indultos a los miembros del bando “perdedor” de la contienda, con el fin de garantizar condiciones que posibilitaran una paz más o menos estable y duradera. Sin embargo, los efectos de las amnistías y los indultos – es decir, la renuncia total o parcial del castigo- no han sido exclusivos de los delincuentes políticos²⁰ pues dichos beneficios se han concedido incluso a delincuentes comunes –que actúan por móviles egoístas- como lo ilustra la normatividad de excepción expedida para hacerle frente a fenómenos como el narcotráfico (Iturralde, 2010) o la más reciente tendencia de ordinarizar la justicia premial por cuenta de instituciones procesales como los preacuerdos, allanamientos o el principio de oportunidad en el nuevo Código de Procedimiento Penal –ley 906 de 2004-.

Y es que al revisar la abundante legislación que existe en Colombia sobre procesos de negociación del castigo –en escenarios como los de desarme, desmovilización y reinserción- (Pérez, 2005) se hace aún más evidente la imbricación entre derecho y guerra, pues no sólo se trata de la construcción de criterios para tratar con delincuentes políticos, sino también de procesos de renuncia al castigo frente a actores que en la lógica de “señores de la guerra” ejercen coerción, extraen recursos y en general instituyen criterios de orden y autoridad en aquellos contextos en los que le Estado no hace presencia (Duncan, 2006).

19 La aludida construcción y adición de enemigos convenientes se puede revisar en: (González, 2009) y (Muñoz, 2012)

20 En este sentido: (Orozco, 2006a).

En este orden de ideas, el Estado prefiere en ocasiones negociar, y, aunque se discuta la crisis del delito político -principalmente desde la sentencia C-456 de 1997²¹-, no ha sido la única vía para negociar el castigo. Las guerras desatadas contra diversos enemigos han mostrado que al delito político se recurre, pero no siempre para dar un tratamiento punitivo privilegiado al enemigo²².

3.2 La construcción de enemigos convenientes

Al uso bélico del derecho penal se le conoce como “derecho penal del enemigo”²³. Para el caso colombiano, trabajos de autores como (Aponte, 2006) y (Cote, 2010) han mostrado la instrumentalización de las normas penales en función de la guerra, destacando que un derecho penal así reglado corresponde a una patología o desviación del sistema penal ordinario. Adicionalmente, el derecho penal de enemigo se vale de la legislación penal de emergencia, con lo cual si hablamos de derecho penal de enemigo, por lo general estamos refiriendo a la excepción y la forma como ésta irrumpe en la manera de hacerle frente al fenómeno criminal.

Sin embargo, en Colombia ni la emergencia ni el uso bélico de las normas penales que ésta ha posibilitado han sido simples anormalidades; al contrario, el denominado sistema penal de emergencia o paralelo²⁴ ha sido recurrente (Pérez W. e., 1997) y en

21 Se trató de una sentencia en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la conexidad, una institución que permitía la inmunidad de aquellos delitos cometidos en combate y que guardaran relación directa con el delito de rebelión. En algún momento el expresidente Uribe Vélez llegó incluso a proponer la eliminación del delito político ante lo que para él no era una guerra sino una mera amenaza terrorista. Afirmó el ex presidente: “(...) Uno ve las democracias avanzadas de Europa: eliminaron el delito político. Por qué lo eliminaron? Primero, porque hay una democracia profunda; segundo, cuando frente a una democracia profunda se aspira a acceder al poder, con apoyo en las armas, el delito deja de ser político y pasa a ser terrorismo”, *Uribe busca eliminar de la Constitución el delito político* en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1621294>, noticia publicada el 19 de mayo de 2005. Sitio web consultado el 9 de febrero de 2011. Sin embargo, esta lectura no fue coherente pues el mismo gobierno nacional impulsó una negociación con miembros de las AUC –Autodefensas Unidas de Colombia-, frente a quienes sí manifestó que se trataba de delincuentes políticos, concretamente de sediciosos. Producto de dicha negociación se expidió la ley 975 de 2004 o ley de justicia y paz que brindó un marco normativo para investigar y juzgar los delitos que hubieran cometidos los desmovilizados de las AUC en el desarrollo del conflicto armado.

22 El delito político también ha sido usado como ámbito general de criminalización, es decir, como criterio de expansión del derecho penal. En este sentido ver: (Aponte, 2006), (Muñoz, 2009) y (González, 2010).

23 La producción bibliográfica sobre esta materia es cada vez más profusa. Se recomienda la lectura de: (Aponte, 2006), (Cancio, 2006) y (Zafaroni, 2006)

24 “*Sistema penal paralelo*: es aquel sistema penal de carácter legal, que sin embargo aparece como una segregación derivada algunas veces del propio discurso jurídico, al excluirlo de la lógica propia del *sistema penal ordinario* y someterlo a reglas propias que, por lo general, aparecen justificadas como “excepciones” a los principios de los cuales se dice partir. Aunque siendo estrictos habría que utilizar esta categoría en plural y no en singular, en mayor o menor grado tales sistemas paralelos se autojustifican frente al sistema ordinario

algunos eventos sus disposiciones se han incorporando al sistema penal ordinario (Orozco, 2006a, pág. 162)²⁵. Esta situación hace problemático el uso de un concepto como el de derecho penal de enemigo para interpretar el contexto colombiano, pues -cabe recordarlo-, cuando se enuncia por primera vez en la década de los ochenta, quería evidenciarse la manera como el sistema penal de algunos Estados europeos reaccionaba frente a determinados sujetos a quienes se les trataba como enemigos en lo que parecía ser una guerra, en un contexto en el cual el Estado en efecto reclamaba para sí el monopolio del uso de la fuerza (González, 2009).

No obstante, en Colombia el contexto de producción de las normas de excepción por medio de las cuales se han querido librar sucesivas batallas no corresponde al europeo (González, 2009). En nuestro caso, la guerra no es una metáfora y las normas penales son usadas –en efecto- como medios para derrotar enemigos; por ello, así como en algunos círculos académicos se habla de “guerras jurídicas”²⁶ o “guerras judiciales”²⁷ para referir la manera como las normas son usadas por los

como “sistemas de emergencia”; característica principal es su ruptura con los principios informadores del derecho penal moderno, motivo por el cual la denominada “legislación de orden público” constituye el mejor ejemplo.” (Sotomayor, 2006, págs. 106-107). En general, en la lógica del garantismo penal, para que sea legítima, la intervención del Estado al castigar debe estar sujeta a estrictos límites. Sobre el papel limitador del derecho, ver: (Ferrajoli, Derecho y razón, 2006).

- 25 Una detallada caracterización de tal proceso de ordinarización de la legislación penal de emergencia a propósito de la jurisdicción especial de orden público y su incidencia en la creación de los jueces penales de circuito especializado se puede leer en (Iturralde, 2010).
- 26 “Se entiende por guerra jurídica la utilización de la normativa de un Estado o la de la comunidad internacional con el fin de obtener victorias psicológicas sobre el enemigo. La guerra jurídica plantea la penetración o infiltración en los centros de producción normativa; verbigracia, en el legislativo, en la administración pública y en la rama judicial. Igualmente, existirá guerra jurídica en los órganos de control. La guerra jurídica dentro del ámbito de la lucha popular prolongada ha evolucionado en su definición, lo que ha permitido separarla de la guerra política de la que se hablaba en los años cincuenta. La guerra jurídica permite crear un marco normativo que sirva a los propósitos del enemigo; en este tipo de guerra se persigue, en primer término, brindar a los capturados por delitos políticos y conexos garantías inimaginables dentro de un conflicto armado; se persigue dejar sin piso todas las medidas excepcionales so pretexto de una sistemática violación de los derechos humanos; se busca desprestigiar a los organismos de seguridad del Estado a fin de maniatarlos frente a las operaciones.” (Mejía, 2009, pág. 61)
- 27 La guerra judicial, dentro de la combinación de las formas de lucha, es el resultado práctico del marco normativo creado por la guerra jurídica; se puede decir que una de las consecuencias de esta guerra es la judicial. En otros términos, la guerra judicial es la especie y la jurídica es el género. (...)La guerra judicial cobra todo su esplendor en los juzgados, tribunales y cortes; la guerra judicial internacional se plasma como el juzgamiento de sujetos de derecho público internacional o de personas naturales en el caso de la jurisdicción penal internacional; así la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un escenario de guerra judicial, ya que sus sentencias son fruto de un debate de tal naturaleza (judicial); empero, la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la del Comité de Derechos Humanos de la ONU, entre otros, es la típica actividad de guerra jurídica. La guerra judicial permite la persecución directa o indirecta de funcionarios estatales, principalmente pertenecientes a las fuerzas armadas” (Mejía, 2009, pág. 62).

actores del conflicto con el fin de combatir el Estado, un uso idéntico parece darle éste a las normas penales.

Y aunque la imagen del enemigo haya cambiado como lo evidencia el catálogo de enemigos de los discursos securitarios²⁸, la guerra está presente en la creación y aplicación de las normas penales para definir prioridades y sujetos a quienes castigar. Así, estatutos como el de Seguridad –Decreto 1923 de 1978- proferido para derrotar al terrorismo, los de seguridad ciudadana, defensa de la democracia y antiterrorista –de finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa- para derrotar el narcotráfico, o el más reciente Estatuto Antiterrorista del año 2003, sugieren evidencias de la profunda relación que existe entre derecho y guerra²⁹.

4. La guerra y la propiedad

Recientemente el Grupo de Memoria Histórica señaló que, junto a otros factores³⁰, el problema agrario está en la raíz del conflicto en Colombia (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 111). Esta aseveración es reafirmada en el más reciente Acuerdo General para la Terminación del Conflicto, suscrito entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC, en cuya agenda el problema de la tierra es el primero que debe ser abordado³¹ y como ha sido documentado por autores como Palacios o Uribe, han sido disputas por el derecho de propiedad las que han precipitado el surgimiento de grupos insurgentes, con lo cual, siguiendo nuevamente a Norberto Bobbio, en relación con la propiedad, la manera como jurídicamente se han regulado los conflictos (con reformas y contrarreformas agrarias) es una de las razones que explica por qué hoy reviste tanta importancia en la mesa de negociaciones entre el Gobierno y la guerrilla el tema agrario.

28 La doctrina de la seguridad nacional articuló un discurso para derrotar al subversivo o comunista en el período de la Guerra Fría (Muñoz, 2006); la doctrina de la seguridad ciudadana lo hizo frente al crimen organizado y, por último, la política de defensa y seguridad democrática construyó uno relacionado con el terrorista (Muñoz, 2012).

29 En todos estos decretos se apela a situaciones de excepción para dar un trato punitivo diverso a quienes son criminalizados por ellos.

30 Concretamente, el Grupo de Memoria Histórica señala: “la irrupción y la propagación del narcotráfico; las limitaciones y posibilidades de participación política; las influencias y presiones del contexto internacional; la fragmentación institucional y territorial del Estado”. (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 111)

31 Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>, consulta efectuada el 23 de enero de 2014.

En ese aparatado se mostrará, en primer lugar, la correlación que existe entre modelo de desarrollo y guerra, y, en segundo lugar, la incidencia que ello ha tendido en la manera como el derecho regula las relaciones de propiedad respecto a la tierra.

4.1. La guerra y el modelo de desarrollo

Como se indicó en la parte inicial del presente escrito, el colombiano es un contexto en el cual no ha sido posible la construcción de un Estado fuerte, y a ello han contribuido probablemente fenómenos como la globalización y la pervivencia de la guerra. Sin embargo, aquellos no han sido los únicos factores que explican dicha debilidad, pues de acuerdo con la indagación de Uribe López, las élites políticas del país han propiciado una situación de acumulación de la tierra con un marcado sesgo “anticampesino” que ni siquiera tuvieron un verdadero interés en llevar a cabo los programas de la Alianza para el Progreso, desplegados en el período de la Guerra Fría para contener la amenaza comunista (Uribe, 2013).

Nuestras élites, como lo muestra dicho autor, han facilitado un contexto en el cual las posibilidades de acceso a subsidios o beneficios tributarios son mucho más gravosas para el pequeño propietario que para el gran terrateniente. Por ello, a propósito de los escándalos desatados por algunos programas del ex presidente Uribe Vélez, señala:

Los dueños de la tierra no solo aportaban una tributación exigua sino que también eran los grandes beneficiarios del crédito preferencial del Estado, al cual accedían de manera muy fácil. El “continuismo colombiano” al que se refiere el historiador Marco Palacios (...) no es una fórmula retórica: Casi cincuenta años después, el Ministro de Agricultura de la administración de Álvaro Uribe Vélez defendió el argumento de subsidiar a la gente adinerada para reducir la desigualdad en el campo. (Uribe, 2013, págs. 209-210)

Adicionalmente, nuestro modelo de desarrollo ha permitido la coexistencia de la guerra con episodios de crecimiento económico, lo que según Rettberg evidencia el desinterés de las élites por la terminación del conflicto, ya que sus negocios siguen siendo prósperos aunque la guerra continúe. Y aunque esta autora no generaliza a todos los empresarios rurales, manifiesta que a algunos de ellos, “(...) no es que les favorezca la guerra en sí, pero sí les convienen formas de protección que fomentan la guerra”. (Citado por: Uribe, 2013, pág. 235).

Así las cosas, nuestras élites se mueven entre el desinterés por acabar con la guerra y acuerdos internos al interior del régimen político para diseñar, según intereses privados, políticas relacionadas con un asunto público como debería serlo el acceso a la propiedad de la tierra.

4.2. La reforma y la contrarreforma agraria

El acceso a la propiedad de la tierra ha estado atravesado por los usos y abusos del derecho de determinados grupos en el país. A partir de demandas particulares que formulan nuestras élites, el sistema político ha generado respuestas que desde el derecho han querido definir asuntos fundamentales sobre la manera como se debe acceder al derecho de propiedad sobre la tierra y los usos legítimos que se le pueden dar. De ello da cuenta la historia de reformas y contrarreformas agrarias.

Es en la década de 1930 cuando empieza a aparecer en la agenda política nacional la necesidad de reformar el derecho para que campesinos y trabajadores de las ciudades estuvieran en un plano de igualdad política con los grupos de propietarios. No obstante, las reformas adoptadas fueron realmente tímidas y no bastaron para que la “función social de la propiedad”, anunciada con el Acto Legislativo 01 de 1936³² y desarrollada con la ley 200 del mismo año, implicara en efecto un transformación profunda de las estructuras mentales, jurídicas y políticas que posibilitaban el fenómeno de concentración sobre la propiedad (Palacios, 2011, págs. 24-26).

Si entendemos con Palacios que una reforma agraria, se refiere al régimen de titularidad jurídica y de tenencia de la tierra, pero que exige, así mismo, la transformación de aspectos como el grado de concentración de la tierra cultivable, la gestión y escala del manejo de predios, la estructura sociopolítica y tensiones entre el campo y la ciudad, los resultados que arroja la experiencia de la reforma legal y constitucional de 1936, no permiten afirmar que en Colombia operó en efecto una reforma agraria (Palacios, 2011, pág. 211). Ni en ese momento ni después fue una prioridad para el régimen político modificar tales asuntos.

Ahora bien, si por un momento ficcionamos y asumimos que las reformas que desde el punto de vista legal y constitucional se adoptaron en 1936 en efecto implicaron una reforma agraria, lo que sí tenemos años más tarde es una verdadera contrarreforma, producto del llamado Acuerdo de Chicoral con el cual se debilitó el INCORA (Instituto Colombiano de Reforma Agraria). Como resultado de este acuerdo se expidieron leyes como las siguientes:

(...)4 de 1973 que hizo más exigentes y burocratizados los requisitos de expropiación (...), la ley 5 de 1973 que “creó los mecanismos financieros para incentivar la modernización de la gran hacienda tradicional” (...) y la en la ley 6 de 1976 o “ley de aparcería”, expedida esta última durante el gobierno

32 Acto Legislativo 01 de 1936, Artículo 10: “La propiedad es una función social que implica obligaciones”. En: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc%2016-12-10/cp/ACTO_LEGISLATIVO_01_1936.HTML, sitio web consultado el 25 de enero de 2014.

de Alfonso López Michelsen (1974-1978) y que retomó esa figura de la ley 100 de 1944 (...) Estas leyes modificaron las leyes 35 de 1961 y 1 de 1968, de la misma forma que la ley 100 de 1944, había reformado –favoreciendo aún más a los terratenientes- la ley 200 de 1936. (Uribe, 2013, págs. 275-276)

Con base en lo anterior, tenemos un panorama en el cual las formas jurídicas de regular la titularidad y tenencia sobre la tierra en Colombia se han enfocado en reforzar la concentración de la propiedad y de ello da cuenta la dinámica de reforma y contrarreforma que se acabó de enunciar.

CONCLUSIONES

Según el orden en el que fueron presentadas las diversas relaciones entre guerra y derecho se puede concluir lo siguiente:

En cuanto al derecho constitucional

Las constituciones en Colombia no sólo han estado relacionadas con la guerra en su acto de creación –la guerra como origen del derecho–, sino que también la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control ha revestido de juridicidad el accionar bélico del Estado, sobre todo en lo que respecta a figuras que como la conmoción interior o los estados de emergencia, sugieren una prevalencia de la razón de estado sobre el estado de derecho.

En cuanto al derecho penal

El contexto de guerra en Colombia incide en la manera como se define el derecho penal. Por un lado, ha sido una práctica ordinaria en nuestro medio el recurso a figuras como la amnistía o el indulto, la cuales son propias de una situación de guerra; y, por el otro, a las normas penales se les ha utilizado como armas de guerra, no en sentido metafórico como cuando en otras latitudes de habla de derecho penal de enemigo. En nuestro medio, en efecto se quiere llevar la confrontación a escenarios jurídicos –en general- y judiciales –en concreto-.

En cuanto al derecho privado

Ha sido públicamente reconocido que el problema agrario está en la raíz del conflicto armado en Colombia. Y ello ocurre básicamente por dos razones: en primer lugar, porque se ha impulsado un modelo de desarrollo en el que nuestras élites políticas han sido incapaces de gestionar políticamente de manera exitosa el problema agrario; y en segundo lugar, porque a raíz de lo anterior, el derecho que se ha expedido no ha hecho otra cosa que propiciar privilegios y estímulos

que protegen a los grandes terratenientes y le restan posibilidades de acción a los pequeños propietarios y tenedores de tierra en el país.

En este sentido, de cara a los diálogos que en estos momentos sostienen en La Habana el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC, cabría preguntar ¿cuál será el papel del derecho en la regulación de materias como las que fueron objeto de reflexión en este escrito? En otras palabras, en un eventual escenario de transición o terminación del conflicto político militar al que ha asistido Colombia por cuenta de la confrontación entre Estado e insurgencia, ¿el diseño institucional resultante tendrá, por fin, la capacidad de gestar un sistema democrático más abierto, en el cual ahora sí sea innecesaria la oposición armada?, ¿la terminación del conflicto asegurará en efecto que el derecho penal deje ser usado como un arma más en la confrontación?, ¿un acuerdo de paz podrá al fin posibilitar la reforma agraria tan anunciada desde la década de 1930?

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M., & Vélez, J. C. (1998). Guerra, soberanía y órdenes alternos. *Estudios Políticos* (13), 41-71.
- Aponte, A. (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Bobbio, N. e. (2011). *Diccionario de política*. México: Siglo XXI.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- Bodino, J. (1997). *Los seis libros de la República*. Madrid : Tecnos.
- Cancio, M. (2006). *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*. (M. (. Cancio, Ed.) Buenos Aires: BdeF.
- Capella, J. R. (1997). *La fruta prohibida. Una aproximación histórico teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta.
- Cote, G. (2010). *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1997
- De Gabriel, J. (2009). La formación del Estado moderno. En R. Del Águila, *Manual de Ciencia Política* (págs. 35-52). Madrid: Trotta.
- Duncan, G. (2006). *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Fernández, J. (1998). *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Bogotá: Leyer.

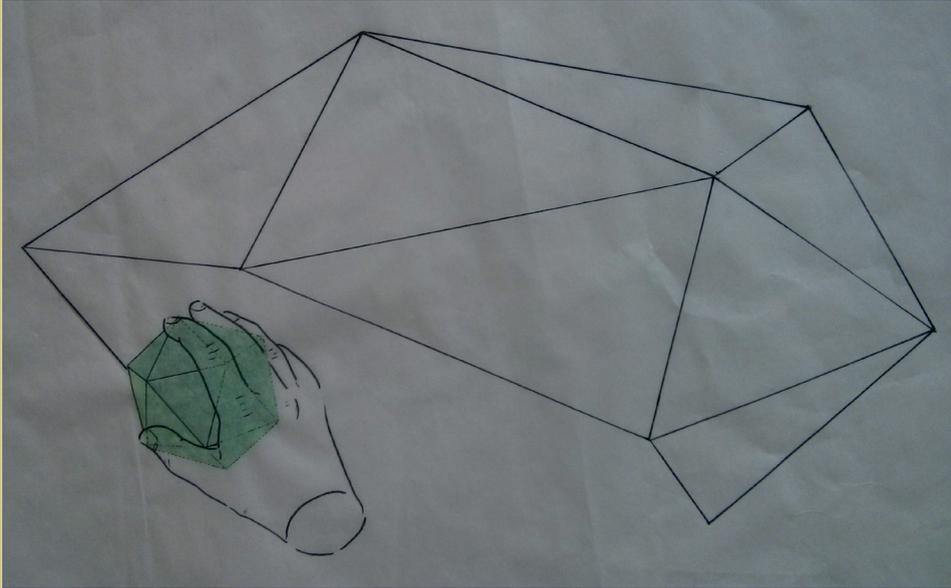
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2008). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gacía, M. (2000). Estado, derecho y crisis en Colombia. *Estudios Políticos* (17), 11-44.
- González, J. (2010). Criminalización de la crítica. *Estudios Políticos* (36), 95-109.
- González, J. (2009). La política criminal en Colombia o cómo se construye un enemigo. En A. Calle, *El estado actual de las ciencias penales* (págs. 133-152). Medellín: Grupo Editorial Ibáñez.
- González, J. (2005). Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005. *Estudios Políticos* (27), 45-63.
- Grosso, M. (1999). *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Hardt, M., & Negri, A. (2001). *Imperio*. Bogotá: Desde abajo.
- Hobbes, T. (2010). *Leviatán. O la materia, forma y poder una república eclesiástica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes- Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar.
- Iturralde, M. (2003). Guerra y derecho en Colombia: el decicionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. *Revista de Estudios Sociales* (15), 29-46.
- Kahn, P. (2012). *Teología Política. Cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Leal, F. (1994). *El oficio de la guerra. La seguridad nacional en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Mann, M. (1999). El futuro global del Estado-nación. *Análisis político* (38), 1-17.
- Mejía, J. (2009). *Sin eufemismos. Conflicto y paz en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Montoya, M. (2008). Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. *Estudios de Derecho* (145), 31-66.
- Montoya, M. (2012). Percepciones de la Corte Constitucional sobre la guerra. Especialización en Derecho penal - Universidad de Antioquia.
- Muñoz, J. (2006). Doctrina de la Seguridad Nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas. *Estudios de Derecho* (142), 185-209.
- Muñoz, J. (2009). El delito político, la política criminal y la criminalización de actividades lícitas en Colombia. *Diálogos de Derecho y Política* (1).

- Muñoz, J. (2012). *Saber y poder en el discurso de la seguridad democrática, o el diseño de una política criminal: Colombia 2002-2006*. Trabajo presentado para optar al título de Magíster en Ciencia Política, Medellín.
- Nietzsche, F. (2006). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- Orozco, I. (2006a). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Orozco, I. (2006). Soberanía interior y garantismo. Sobre la guerra y el derecho en Colombia. En J. Sotomayor, *Garantismo y derecho penal* (págs. 37-56). Bogotá: Temis.
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes.
- Orozco, I., & Albarello, G. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis.
- Palacios, M. (2011). *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*. Bogotá: FCE, Universidad de los Andes.
- Pasquino, G. (2011). *Nuevo Curso de Ciencia Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pérez, W. e. (1997). *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín: Diké.
- Pérez, W. (2000). Guerra y delito en Colombia. *Estudios Políticos* (16), 11-41.
- Pérez, W. (2005). Orden jurídico, negociación, paz y reinserción. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia. *Estudios Políticos* (27), 67-100.
- Restrepo, W. (2001). Colombia: proceso de paz e internacionalización del conflicto. *Estudios Políticos* (19), 93-118.
- Sánchez, G. (2009). En *Colombia: violencia y democracia*. Medellín : La Carreta Editores – IEPRI.
- Schiavone, A. (2012). *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Sotomayor, J. (2006). Garantismo y derecho penal en Colombia. En J. Sotomayor, *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Tabares, C. e. (2013). ¿De qué ciencia política estamos hablando?, ponencia presentada en el II V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Bogotá, 26,27 y 28 de septiembre de 2013. Bogotá.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y Estados europeos, 990-1990*. Madrid: Alianza.
- Uribe de Hincapié, M. T. (1998). Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. *Estudios Políticos* (13), 11-37.
- Uribe, M. (2013). *La nación vetada: Estado, desarrollo y guerra civil en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Valencia, H. (2010). *Cartas de batalla*. Bogotá: Panamericana.
- Vallés, J. (2000). *Ciencia Política. Una introducción*. Barcelona: Ariel.
- Weber, M. (2005). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zafaroni, E. (2006). *El enemigo en el derecho pena*. Bogotá: Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás.

Internet:

- Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 1936, Artículo 10: “La propiedad es una función social que implica obligaciones”. En: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/base-doc%2016-12-10/cp/ACTO_LEGISLATIVO_01_1936.HTML, sitio web consultado el 25 de enero de 2014.
- Mesa de Conversaciones. Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>, consulta efectuada el 23 de enero de 2014.



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO*

* Artículo resultado de la investigación terminada por el autor en el mes de marzo de 2014, y de la cual fue el investigador principal, denominada: FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA, PERÍODO 2006-2011, aprobada por el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia, mediante Acta CODI No.655 de abril 30 de 2013. Financiada por la Universidad de Antioquia..

Fecha de recepción: agosto 15 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 22 de 2014

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

*Hernán Darío Vergara Mesa***

RESUMEN

El artículo hace una reflexión acerca de la práctica judicial, evidenciada al interior de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana, de inaplicar, suspender o anular los actos administrativos emanados de autoridades territoriales, mediante los cuales se regulan aspectos concernientes al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Desde una perspectiva crítica, el estudio plantea que tan conforme con la Constitución es una decisión que asegure la integridad del principio de legalidad y de la jerarquía normativa, tal como lo viene haciendo la citada jurisdicción en reiterados fallos, como también lo es la obligación de darle efectividad al principio de protección especial al trabajo, específicamente respecto de la regla de la favorabilidad laboral. Así entonces, no siempre resulta acorde con el modelo constitucional que acoge el Estado colombiano otorgarle primacía a los principios y valores del derecho público en detrimento de los principios e instituciones del derecho del trabajo, los cuales poseen razones de peso suficientes para prevalecer en este tipo de casos.

Palabras claves: Régimen salarial y prestacional, Estado constitucional de derecho, protección al trabajo, legalidad administrativa, favorabilidad laboral.

THE WAGE SYSTEM AND LABOR PROTECTION OF TERRITORIAL PUBLIC EMPLOYEES: A READING SINCE THE LABOR LAW

ABSTRACT

The article is to think about judicial practice, evidenced within the Colombian administrative jurisdiction, refrain from applying, suspend or revoke administrative act issued by local authorities, through which issues concerning the salary and benefits scheme regulating employee public. From a critical perspective, the study suggests that as in accordance with the Constitution is a decision that ensures the integrity of the principle of legality and legal hierarchy, as it has done the aforementioned jurisdiction repeated failures, as is the obligation of give effect to the principle of special labor protection, specifically with regard to the rule of labor favorability. So then, not always consistent with the constitutional model that welcomes the Colombian State grant primacy to the principles and values of public law at the expense of the principles and institutions of labor law, which have sufficient reasons to prevail in this type case.

Key Words: Wage and labor protection system, constitutional state, administrative law, labor favorability.

** Abogado y magíster de la Universidad de Antioquia, candidato a doctor en derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor asociado de la Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Docente de derecho administrativo y del módulo de función pública en las especializaciones de las Universidades Pontificia Bolivariana, Eafit, Medellín y de Antioquia. Integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, Línea de derecho público. E-mail: hernandariovergara@gmail.com

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES: UNA LECTURA DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

La protección especial al trabajo que ordena la Carta Política en el artículo 25 y que se intenta hacer operativa mediante una serie de reglas consagradas en el artículo 53, como las de la favorabilidad laboral y el no menoscabo de los derechos de los trabajadores, parece tener relevancia sólo en aquellos casos concretos en los que se controvierte la aplicación o interpretación de normas de carácter laboral contenidas en una ley, en una convención colectiva o en contrato de trabajo, así como también reducida usualmente al campo de las relaciones laborales privadas, si se tiene en cuenta la escasa aplicación que se ha observado de las mismas en el ámbito de las relaciones públicas de trabajo y propiamente en las de naturaleza estatutaria.

Por esa razón, el objeto de este trabajo es poner en perspectiva las citadas reglas del principio protectorio del trabajo y, con ellas, plantear una lectura laboral al ejercicio de una de las más importantes competencias constitucionales en materia de derecho administrativo laboral colombiano, como es la definición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Esta reflexión se deriva de una investigación efectuada sobre el tema, y en la que se indagó por el grado de aplicación que han tenido las fuentes del derecho laboral en la función pública colombiana, específicamente en la máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa, el Consejo de Estado en su Sección Segunda, que para efectos de las controversias de los empleados públicos cumple el papel de juez laboral. Uno de los aspectos que más llamó la atención de la pesquisa fue la sistemática inaplicación de normas laborales expedidas por diversas autoridades públicas que, como empleadores, creaban o regulaban conceptos salariales y prestacionales que favorecerían a sus servidores; inaplicación que se fundamentó invariablemente en el argumento de que tales autoridades eran incompetentes para definir esta clase de materias, dadas las reglas constitucionales y legales que se refieren al asunto.

Lo particular de los casos examinados es que todo el análisis se realizó a partir de fuentes del derecho público, como los que hacen relación con la legalidad

constitucional y la jerarquía normativa, sin que se hayan incorporado al mismo las instituciones, principios o fuentes del derecho laboral que pudieran estar allí implicadas, ante todo las reglas ya citadas del artículo 53 constitucional.

¿Es admisible, en un modelo de Estado constitucional como el que acoge la Carta Política colombiana, que los argumentos ofrecidos por la justicia administrativa a la hora de fallar asuntos laborales como estos y que son propuestos por los empleados públicos, sean exclusivamente sustentados en normas, principios y fuentes del derecho público, desconociendo de esa manera las propias del derecho del trabajo?

En resolver esta inquietud se concentrará este breve estudio del tema.

2. EL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA PROTECCIÓN AL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Parece haber un cierto consenso en la doctrina del derecho constitucional y entre los mismos teóricos del derecho, en cuanto que con posterioridad a la segunda guerra mundial, existe una tendencia generalizada en los distintos países europeos y, en las últimas décadas en los latinoamericanos, a la institucionalización o adopción del llamado modelo Estado constitucional democrático de derecho. Como lo destaca Aguiló Regla (2004, pág. 51), este es un modelo que se caracteriza por el diseño de sistemas jurídico-políticos que cuentan con una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal ordinaria; que así mismo responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, esto es, a la limitación del poder político y también a la garantía de los derechos, y que finalmente propone a la Constitución como norma fundadora del orden jurídico, esto es, como máximo referente de identificación, unidad y continuidad.

El referido modelo parece ofrecer una explicación satisfactoria para entender los profundos cambios que se han venido dando en el derecho colombiano desde la expedición de la Carta Política de 1991, así como en el de otros países latinoamericanos, como es el caso de Brasil desde la expedición de la Constitución de 1988 y en Argentina desde la reforma constitucional de 1994.

Colombia, por ejemplo, ha venido transitando paulatinamente hacia la consolidación, de un Estado constitucional de derecho. Al menos la expedición una Constitución Política que se proclama fundada en el respeto de la dignidad humana, en la vigencia de un orden económico y social justo y en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, sugiere un cambio de rumbo en relación con el estado de cosas que se tenían bajo la antigua Carta de 1886

(Corte Constitucional Colombia, sentencia C-288 de 2012). Si a ello se suma la persistente labor cumplida hasta ahora por la Corte Constitucional en darle efectividad a los derechos y demás garantías previstas en la Carta (Rodríguez, 2009, pág. 38ss), podría aceptarse como una premisa de trabajo la adopción de dicho modelo para nuestro país.

Dentro de los variados aspectos que el modelo de Estado constitucional de derecho exige tener cuenta, de acuerdo con los desarrollos teóricos y dogmáticos que lo han abordado, se encuentran: i) la caracterización de las Constituciones como Cartas de derechos, de principios y de valores que inciden definitivamente en la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del sistema jurídico (Guastini, 2009, pág. 50ss); ii) la permanente apelación de dichos textos a referentes normativos sustanciales que se reconocen por su indeterminación, generalidad, vaguedad o textura abierta, como es el caso de los principios; (Alexy, 1994, pág. 159); iii) que al tener rango constitucional o equivalente, descartan inicialmente una jerarquía entre ellos (Guastini R. , 2010, pág. 88ss); iv) lo cual implica la inevitabilidad de los conflictos o, mejor, tensiones constitucionales, entre principios, entre valores, entre derechos, o entre unos y otros (Alexy, 2008, pág. 70); y, v) que para solucionar tales tensiones plantea la necesidad de utilizar la ponderación como mecanismo que permite establecer el grado de precedencia entre unos y otros, atendiendo a las particularidades de los casos concretos (Prieto Sanchis, 2010, pág. 136).

Dentro de estos aspectos hay uno particularmente relevante para el análisis del problema propuesto, y es el relativo a la comprensión de la naturaleza y el papel de los principios y derechos fundamentales dentro de dicho modelo, toda vez que existen diversas concepciones al respecto, como por ejemplo la de Alexy (2008, pág. 80), para quien los derechos fundamentales son principios, y éstos a su vez, son mandatos de optimización en cuanto ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes; de manera que ellos no contienen mandatos definitivos sino prima facie, o sea que no existen entre ellos relaciones de precedencia absoluta y que para darles una prevalencia debe realizarse una ponderación en el caso concreto. Pero también, como lo señala Alfonso da Silva, existen otras concepciones con implicaciones diferentes, como aquella que los entiende como “mandamientos nucleares” o ‘disposiciones fundamentales’ de un sistema, de modo tal que “*principios serían, las normas más fundamentales del sistema, mientras que las reglas suelen ser definidas como una concretización de esos principios y tendrían por eso, un carácter más instrumental y menos fundamental*” (2011, pág. 123); entendiéndolos de esa manera, los principios

siempre deberán prevalecer sobre las restantes normas o reglas que se le enfrenten en los casos concretos¹.

Desde la perspectiva que asume la investigación, en cuanto intenta debatir la prevalencia que usualmente se da a los llamados principios de derecho público y repensar el papel que tienen en las relaciones de trabajo de carácter público los principios e instituciones del derecho laboral, se acoge para el análisis la teoría de los principios jurídicos de Robert Alexy. Con ello se acepta que la realización completa de un principio puede ser relativizada por la realización de otro principio o derecho fundamental; de esta manera se descartan principios de precedencia absoluta, y en esa misma medida, que los llamados “principios” duros del derecho público administrativo, como el del interés general o el de legalidad, siempre deban prevalecer sobre los derechos fundamentales laborales que se le contraponen en los casos concretos. Una consecuencia de adoptar esta teoría es que “los derechos deben ceder ante los bienes colectivos sólo cuando la precedencia de un bien colectivo ‘pueda fundamentarse a la luz de principios’ y bajo el entendido de que el “problema de la restricción de los derechos individuales en razón de bienes colectivos no puede resolverse mediante una prioridad absoluta de aquellos sobre estos” (Alexy, 2009, pág. 133ss).

Ahora bien, una de las consecuencias del modelo de Estado constitucional que debe resaltarse es la resignificación del papel de los jueces en la protección de los derechos constitucionales; papel muy significativo en el en el caso de los jueces contencioso administrativos que, en su carácter de contralores de la actividad administrativa, enfrentan permanentemente los conflictos que ocasionan las tradicionales prerrogativas estatales que intentan desplazar los derechos bajo el argumento de la primacía de los intereses generales sobre los particulares. Ese es un tópico central para la discusión, toda vez que el plano público en el que se desenvuelven las relaciones de trabajo que estamos estudiando les hace ser permanentes focos de tensión, que regularmente se solucionan con el sacrificio -justificado o no- de los derechos de los trabajadores públicos, atendiendo prioritariamente a los reclamos del interés general, de la legalidad o de la supremacía normativa, que no siempre aparecen lo suficientemente razonables. El modelo citado implica todo un redireccionamiento de la justicia que juzga al mismo Estado, esto es, a la justicia administrativa entre nosotros, pues ella es la que enfrenta los juicios en los que son frecuentes los conflictos entre los intereses generales y particulares.

1 Los intentos por delimitar los sentidos y alcances de los principios jurídicos han sido diversos. Por todos cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Sobre principios y reglas, 1991, pág. 103 y ss.

Sarmiento expresa que “la justicia administrativa de un Estado democrático y de derecho destaca la naturaleza conflictual del Derecho público, en una permanente tensión entre intereses públicos e intereses particulares. Los logros del grupo se manifiestan, democráticamente, mediante sacrificios para otros. Este conflicto, la inherente tensión detrás de toda decisión pública, es siempre la última realidad en un proceso contencioso administrativa” (2007, pág. 309). Y enfatiza el mismo autor, que esa característica del derecho público que debe operar el juez administrativo frecuentemente, le exige sacar a la luz el conflicto, no esconderlo, pasando a ser el primer plano de la resolución de los diferentes casos: destapar el conflicto implica analizar las razones detrás de cada parte, en donde juega un papel importante el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, este modelo de Estado proclama una especial protección al trabajo, al cual la Carta colombiana le confiere la triple condición de valor, principio y derecho fundamental, y la Corte Constitucional así lo ha defendido en casos concretos que, incluso, atañían a los servidores públicos:

En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución, pues define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social. La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-614 de 2009)

Y en otra oportunidad expresó:

...el derecho al trabajo es un elemento esencial inspirador del Estado Social de Derecho, pues como lo establece la disposición constitucional, es una obligación y un derecho de todo ciudadano y por esto el Estado Colombiano, en todos sus niveles, debe protegerlo y garantizarlo bajo condiciones dignas y justas. Para el efecto, la misma Constitución ha establecido unos principios garantes de este derecho. Sin embargo, estos no son los únicos principios que se deben tener en cuenta, ya que

el trabajo comprende la garantía de otros derechos como la integridad tanto física como moral, el derecho a la igualdad, la intimidad, el buen nombre, y la libertad sexual, entre otros. (Corte Constitucional Colombia, sentencia T-881 de 2009)

Hay en todo el discurso del juez constitucional una férrea defensa del trabajo como fundamento del orden político concebido en la Carta de 1991 y ello no puede pasar inadvertido para el ámbito de las relaciones de trabajo que se desarrollan al interior del Estado, y particularmente las de carácter estatutario, las cuales se han categorizado como simples relaciones de servicio, sujetas a la primacía y a la voluntad unilateral del Estado. El redimensionamiento que adquiere este derecho promueve una consideración de esta clase de vinculaciones como verdaderas relaciones de trabajo, susceptibles de ser protegidas tanto como las que se desarrollan en otros ámbitos, lo que a su vez puede poner en términos también diferentes las potestades administrativas que las afectan.

En resumidas cuentas, el Estado constitucional de derecho, que no solamente es un concepto teórico más dentro del discurso jurídico, sino que se vislumbra como una realidad que, con mayores o menores grados de aplicación, es operable en un significativo número de países del mundo, entre ellos Colombia, proporciona elementos muy valiosos para analizar el fenómeno de las fuentes del derecho que son aplicable a las relaciones laborales estatales. Ello es así, en razón de que uno de los capítulos que mayor fuerza cobra en esta forma de Estado es el de los derecho laborales, que son consagrados generosamente por las Cartas Políticas al más alto nivel y con características que le imprimen un rango al menos igual al de otras normas y relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas. A lo cual habría de añadir el plus de protección que esta clase de derechos tiene en el ámbito internacional –que valga agregar no se dispensa a todos los derechos- el cual consiste en su reconocimiento como derecho humano, cuya defensa trasciende al ámbito nacional y se proyecta en los marcos de la convencionalidad que haya sido aceptada voluntariamente por el Estado Colombiano (Molina, 2005, pág. 195).

Si eso es así, debe existir la oportunidad de discutir, desde una perspectiva como ésta, el por qué las normas protectoras del trabajo humano terminan siendo desplazadas constantemente por otras que, como los principios del derecho público administrativo, han sido prevalentes para garantizar los ámbitos de actuación estatal con miras a la protección de la legalidad y del interés general.

3. EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.

La remuneración y las prestaciones sociales son elementos tradicionalmente derivados del derecho laboral, porque suponen la retribución por los servicios prestados

a favor de otro o la protección frente a las diversas contingencias que los mismos puede acarrear para el trabajador; ello cual implica que representan sin más la contra prestación directa por el trabajo humano. No obstante, estos son componentes colmados de restricciones en el ámbito público, porque están sujetos a unos principios presupuestales y de competencias que no se hallan en el orden común, en el cual los empleadores pueden fijar de manera más o menos amplia la remuneración y demás reconocimientos que van a otorgar a sus trabajadores.

Para el efecto, ha de tenerse en cuenta que la remuneración y las prestaciones de los servidores del Estado se constituyen en un gasto público, precisamente porque afectan el presupuesto público, y en esa materia existen una serie de reglas constitucionales que limitan la libertad de concertación o asignación de la remuneración que corresponde a cada empleo. Es así como el artículo 345 de la Carta determina que no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro público que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, el cual debe haber sido previamente aprobado por la corporación pública del respectivo nivel administrativo (Congreso, Asambleas o Concejos), y sólo a iniciativa del gobierno nacional. Es por este cuadro de competencias y de autorizaciones que el procedimiento de asignación de los salarios en el sector público es estrictamente reglado, y responde fundamentalmente a uno de los elementos integrantes del procedimiento de creación de los empleos públicos, al punto de que es a estos empleos a los que se les fija una remuneración determinada -tanto como se hace con las funciones- y no a los empleados que los ocupan, individualmente considerados.

Para dar cumplimiento a estos mandatos constitucionales, la técnica de definición y regulación de los salarios en el sector público y fundamentalmente en el caso del grupo de empleados públicos, debe obedecer a una nomenclatura predeterminada de los empleos, es decir, a una organización jerárquica de los mismos de acuerdo con unos niveles de competencia y de responsabilidad que, como todo lo que se refiere al empleo, debe estar previamente fijado en la ley o en los reglamentos correspondientes.

No existe entonces la libertad que se reconoce a cualquier empleador para que se pacten por las autoridades respectivas los salarios, remuneraciones u otros conceptos que contraprestan el servicio.

Ahora bien, en lo que respecta a la definición de dicho régimen, es importante anotar que desde la misma Carta Política (artículo 150-19) se definen una serie de competencias concurrente entre el Congreso de la República y el Presidente para establecer los diferentes aspectos que lo comprenden, mediante la técnica de la ley cuadro. En virtud de la misma, al primero le corresponde definir las políticas y objetivos generales a los cuales el segundo debe sujetarse para regular el referido

régimen, estando entonces a su cargo la determinación de los diferentes componentes salariales y prestacionales que corresponde reconocer a los empleados públicos de distinto orden. Solo en la materia salarial existe la posibilidad de que las autoridades territoriales puedan intervenir, determinado las escalas de remuneración de las dependencias en el caso de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, y fijando las asignaciones básicas de los empleos en el caso de los gobernadores y alcaldes.

Este marco de competencias, de rigurosa configuración legal, es el que la justicia administrativa ha custodiado celosamente de manera reiterada (Consejo de Estado, radicación 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11), 15 septiembre 2011), planteando categóricamente que la determinación de los salarios y las prestaciones compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela. En esto, dicha corporación ha sido coincidente con la Corte Constitucional, quien resume su posición de la siguiente manera:

En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dictan las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional. (sentencia C-510 de 1999)

Estamos entonces ante un asunto de mucha importancia para orden constitucional, en la medida en que no sólo se comprometen competencias de distintas autoridades públicas, sino también diversos factores incidentes en la sostenibilidad financiera del Estado y en el orden administrativo que este dispone para el cumplimiento de la función pública a su cargo.

Por estas y otras razones se puede afirmar que los regímenes salarial y prestacional de los empleados públicos son un verdadero monopolio presidencial, que se traduce en la necesidad de que las diferentes iniciativas de remuneración que se requieran aprobar al interior de la administración pública, tanto nacional como territorial,

deban ser aprobadas mediante actos administrativos emitidos por el Presidente de la República. Ejemplo de ello son los incrementos anuales de las asignaciones básicas de los empleos públicos, que no pueden reconocerse a los servidores titulares de los mismos hasta tanto se hayan expedido los decretos presidenciales correspondientes, en los cuales se fijen bien los porcentajes de incremento, bien los montos máximos, ora la cuantía que corresponde a ciertos conceptos en particular.

4. EL DILEMA JURISDICCIONAL: ¿PROTEGER LA LEGALIDAD O PROTEGER EL TRABAJO HUMANO?

La relevancia del tema que se viene comentando para la organización estatal es evidente, y quizás por eso se hallan múltiples decisiones del Consejo de Estado colombiano, como juez de instancia en los procesos de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que se percibe una defensa categórica del principio de legalidad y de la competencia en materia de definición del régimen salarial y los prestacional de los empleados públicos². Valga decir sin embargo, que dicha Corporación ha sustentado esta defensa a partir de un único argumento: sólo los órganos constitucionalmente establecidos pueden regular el asunto, de acuerdo con la repartición de competencias que en este caso existe, por un lado entre el Congreso de la República y el ejecutivo nacional, y entre los anteriores y las corporaciones públicas y autoridades ejecutivas del nivel territorial, estas últimas cuando se trata exclusivamente del tema salarial y con alcances muy restringidos.

Sin excepción, en todos aquellos casos –de los revisados- en los que esta Corporación conoció de pretensiones de empleados que se sustentaban en conceptos salariales o prestacionales creados por asambleas departamentales o concejos municipales, determinó que éstas no tienen la competencia para establecer salarios ni prestaciones sociales, dadas la exclusividad que la Carta de 1991 dispuso para que este asunto fuera definido concurrentemente por el Congreso y por el Presidente mediante la técnica de la ley marco.

2 Se destacan las siguientes sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo: Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez; Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 15 de abril de 2010. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, También la sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A”, Radicación número (0515-07). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, marzo 06 de 2008; la de la Subsección “B”. Radicación número (4688-05). Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, de febrero 25 de 2007, y la de enero 26 de 2006, Radicación número (5719-05). Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

Esta conclusión, y el mandato imperativo de la Constitución en cuanto que aparte de estas autoridades ninguna otra puede arrogarse tal facultad, le valió como motivo suficiente al Consejo de Estado para fallar negativamente las pretensiones así sustentadas, como también para declarar, aún *oficiosamente*, la inaplicación por inconstitucionalidad, la suspensión provisional o la nulidad de los actos departamentales o municipales que contemplaban tales conceptos, según fuera el caso. En manifestaciones como esta se resume tal posición: "...las autoridades Departamentales no tienen competencia para crear salarios ni prestaciones y, en consecuencia, cualquier disposición de esa jerarquía que establezca salarios o prestaciones, desbordando lo legal, debe ser inaplicada por inconstitucional." (Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 15 de abril de 2010)

Este modo de proceder del Consejo de Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa en su conjunto, supuso entonces anteponer, de forma absoluta, los así llamados "principios" de legalidad y jerarquía normativa –que son muy propios del derecho público– sobre los de índole laboral, como el de favorabilidad y el de no menoscabo de las condiciones laborales de los trabajadores, pues en ningún evento la aplicación de los mismos se relativizó o se moduló de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

En efecto, puede acordarse si reparo la falta de competencia de las asambleas departamentales y de los concejos municipales para regular los asuntos salariales y prestacionales de los empleados públicos, al menos desde la expedición de la Carta Política actual. Ello sin embargo no conduce necesariamente a afirmar que la norma derivada de estas autoridades deba siempre ser inaplicada o anulada y por tanto carente de fuerza para regir el caso concreto, bajo el argumento de que este proceder es el que resulta conforme con la Carta (en tanto ésta prohibió que las competencias relativas a dicho campo pudieran ser ejercidas y/o delegadas a las corporaciones públicas territoriales). Ese modo de proceder desconocería otras lecturas igualmente válidas a la luz de la misma Carta y de otros instrumentos jurídicos que avalarían opciones diferentes.

Una lectura desde el modelo de Estado constitucional de derecho al que ya hicimos mención anteriormente y desde el plus de protección que se contempla para el derecho del trabajo integralmente considerado, puede poner las cosas en una dimensión diferente.

Con relación al modelo constitucional, baste recordar que la complejidad del orden constitucional actual genera la idea de un marco axiológico en el que resulta problemática una jerarquización a priori y absoluta de las normas que en ese nivel consagran valores, principios y derechos, lo cual obliga, como lo expresa Alexy (2008, pág. 81), a asignar un peso sólo preliminar a cada uno de ellos, de modo tal

que atendiendo a las circunstancias del caso concreto pueda definirse la prevalencia definitiva que tendrían los derechos y/o principios enfrentados.

¿Por qué concluir que los -así llamados- “principios” de legalidad y jerarquía deben primar siempre sobre cualesquiera otros derechos o principios, si a la larga tiene una consagración al mismo nivel constitucional y la Carta no ha prohijado expresamente una preferencia de unos sobre otros? Podría afirmarse que esa preferencia deriva en gran parte de la práctica judicial, pues si se repara bien el texto Constitucional, tan imperativa resulta la disposición constitucional que expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” o la relativa a la regulación salarial y prestacional anotada, como aquella que expresa que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”, así como también que son principios mínimos fundamentales del trabajo, entre otros, la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho” y el que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (Carta Política, 1991).

Es más, analizando con mayor atención uno de los textos referidos, se puede concluir que en el artículo 53 constitucional no sólo hay disposiciones que ordenan acciones positivas necesarias a cargo de las autoridades públicas y de los empleadores en general, sino que se introduce también un verdadero derecho de defensa a favor de los trabajadores, que se enmarca claramente en la categoría jurídica de prohibición (Alexy, 2009, pág. 54): “*no pueden menoscabar... los derechos de los trabajadores*”. Esta expresión es denotativa de algo que resulta imposible, es decir, que no puede ser decidido, y que en los términos del derecho administrativo se traduce en un objeto jurídicamente imposible para los actos de naturaleza pública, entre ellos los administrativos (Gordillo, 2007, pág. 263). Es razonable entonces pensar que en el leguaje constitucional dicha prohibición se traduce en una predilección por la protección del trabajo humano, al menos en aquellos aspectos que se refieren a la no desmejora de sus condiciones laborales.

De dónde resulta la habitual preferencia por la legalidad o por la jerarquía normativa sobre las reglas específicas del principio protectorio del trabajo, es algo que escapa a los términos de esta reflexión, pero lo que sí es cierto es que no parecen existir razones lo suficientemente contundentes, dogmáticas o teóricas, que reclamen tal preferencia, mucho más si se ofrece en este punto algunas razones adicionales.

La primera se encuentra en la ya mencionada relación que existe entre el modelo de Estado constitucional y social de derecho y la protección del trabajo humano. La Corte Constitucional lo ha resumido del siguiente modo, resaltando lo que significa este derecho y las implicaciones que tiene para los diferentes poderes públicos:

4.1. Desde el Acto Legislativo No. 1 de 1936, artículo 17, el valor del trabajo ha sido uno de los elementos esenciales que orienta las instituciones del Estado, al ser considerado como una obligación social que goza de la especial protección del Estado. El Constituyente de 1991 siguiendo esa línea de pensamiento, consagró desde el Preámbulo de la Carta el deber del Estado de asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, así como el conocimiento, la libertad y la paz, valores que fueron refrendados en el artículo 1 de la Constitución, al disponer que Colombia como Estado social de derecho se funda 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. La especial protección del trabajo se consagra en la Carta de 1991, en su artículo 25, al disponer que no sólo se trata de un derecho sino de un deber que debe ser garantizado a todas las personas en condiciones dignas y justas. Para completar esa especial protección, se señalaron por el Constituyente unos principios mínimos fundamentales que han de ser observados, entre los cuales se encuentran la igualdad de oportunidades laborales, y una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

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 (...).”

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. (Sentencia SU-484 de 2008)

Tal relación puede ofrecernos una idea de la fundamentalidad que ha venido adquiriendo paulatinamente el derecho del trabajo en Colombia, lo cual no puede pasar inadvertido a la hora de aplicar el derecho, independientemente de cuál sea el ámbito en el que se opere.

La segunda razón tiene que ver con la ya también anotada dimensión que ha logrado el trabajo en el orden jurídico internacional. Baste recordar que el derecho del trabajo se encuentra inmerso en un marco de protección jurídica, una especie de blindaje desacostumbrado para los derechos -pero que los laborales lo tienen- y es que su origen, consagración, perfeccionamiento y protección se dispensa desde normas

internacionales que lo califican como derecho humano, en cuya garantía se entiende comprometida la humanidad entera. Ello no quiere decir que necesariamente los derechos laborales sean todos derechos humanos; tal planteamiento ha sido objeto de muchos debates (Conferencia Internacional del Trabajo, 2012). Sin embargo, como lo señala Canessa Montejo (pág. 144), “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”, y ello mismo puede ser considerado como argumento normativo a favor de un mayor peso de los principios y derechos de contenido laboral frente a otros que no lo tienen, como es el caso de los que pertenecen al orden administrativo³.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es absurdo afirmar que en ese escenario, en el que se hallan en conflicto los “principios” de legalidad y de jerarquía normativa con principios básicos del derecho al trabajo como el de la favorabilidad en la aplicación de las fuentes del derecho y el de no desmejora de las condiciones laborales, el contexto jurídico –nacional e internacional- que protege a este último le otorgaría un peso abstracto especial, y sólo ante mejores razones y argumentos, verificables en el caso concreto, podría decirse que debe ceder ante aquéllos. De ahí la razón por la que no se entienda suficientemente por qué el juez contencioso, en este caso el Consejo de Estado en su Sección Segunda, no pone de presente este conflicto y pondera los principios y derechos que están allí comprometidos.

Pero precisemos brevemente cuáles son estos principios, al menos en lo que respecta a la regulación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y más específicamente los territoriales.

Por un lado están los principios de legalidad y jerarquía normativa; por el otro, el de protección al trabajo, especificado en la regla de favorecimiento al trabajador en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho. Valga señalar que sólo en el caso de laboral referido existe una expresa mención constitucional de su carácter de principio, algo ausente en lo que respecta a la legalidad y a la jerarquía normativa, lo cual supone que frente a éstos no existe la suficiente certeza en cuanto a su valor jurídico. Aún así hay que convenir sobre su importancia, dado el carácter fundamental que tanto la doctrina como la jurisprudencia les otorga en la conformación y dinámica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y que

3 En este punto es bueno recordar, que Alexy utiliza los conceptos del “carácter prima facie” de los principios, y de los principios como “razones para normas”, a efectos de ser utilizadas dentro de la fórmula del peso, propiamente en aquel punto que responde a la pregunta por el grado de importancia de los principios en colisión y por el peso abstracto que representan. Cfr. (Bernal Pulido, 2009, pág. 37ss)

se respalda en normas como las previstas en los artículos 6, 121 y 150 de la Carta Política. En la práctica judicial, en lo tiene que ver con el tema que nos concierne, se ha hecho notoria su categoría.

Para los efectos de este análisis, y siguiendo a Parejo Alfonso (2009, pág. 26ss), puede decirse que los principios de legalidad y de jerarquía normativa no son en modo alguno referentes jurídicos independientes sino expresión del mismo mandato constitucional consistente en la sumisión de todas las actividades de los órganos del Estado, de sus autoridades y funcionarios al derecho, esto es, a un ordenamiento jurídico que se organiza jerárquicamente por grados, de modo tal que existen normas de un nivel superior, como las constitucionales, las cuales siempre prevalecen sobre otras normas de nivel inferior, cuya característica reside en ser dictadas en virtud de poderes derivados de la Constitución. De suerte que, que en virtud de estos principios, una norma puede ser declarada nula por el organismo judicial competente, tanto porque haya sido dictada sin tener una previa autorización constitucional o legal, como por ser incompatible con normas superiores. En estos casos, se habla regularmente de vicios de incompetencia, bien porque la potestad no ha sido asignada a ninguna autoridad, ora porque se haya otorgado a otra diferente de la que expidió la norma.

Si se observa bien, el problema que presentan los actos expedidos por autoridades territoriales pretendiendo regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en sus respectivas jurisdicciones, es el de usurpación de competencias, pues de acuerdo con la Carta Política esta facultad está asignada al Congreso y al Ejecutivo, según lo dispone su artículo 150-19. Siendo así, y si tenemos en cuenta que el artículo 4º de la Constitución consagra la supremacía de las normas constitucionales sobre cualquiera otras del ordenamiento jurídico y su aplicación preferente en caso de incompatibilidad, resulta entonces entendible que haya una línea de razonamiento que indique y exija la sanción de los actos departamentales y municipales comentados mediante figuras como la inaplicación, la suspensión provisional o la nulidad, según el caso.

Sin embargo, lo anterior debe contrastarse con el otro extremo, que es el laboral propiamente dicho. Este extremo lo constituye la favorabilidad laboral que, se repite, es enunciado como principio mínimo laboral en nuestra Carta, pero que la doctrina lo ha entendido como una verdadera regla que garantiza la vigencia del que parece ser el único principio del derecho del trabajo: el principio protectorio (Vázquez Vialard, 1982, pág. 191). Teniendo en cuenta esta consideración, la favorabilidad se entiende como aquella regla según la cual “en el supuesto de que una misma situación de hecho sea regulada por dos o más normas que no admiten su aplicación conjunta, debe ser preferida aquella que resulte más favorable para el

trabajador” (Ackerman, 2008, pág. 328). Regla que en palabras de la Corte Constitucional implica que “cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador” (sentencia T-1166 de 2004). A quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es la más benéfica para el trabajador es a quien debe aplicarla o interpretarla (Guerrero Figueroa, 2013, pág. 87), que bien puede ser directamente la administración como empleador o el juez cuando resuelve los conflictos que se le plantean.

Con este entendimiento, es de destacar que el principio de favorabilidad hace abstracción de la jerarquía y de la potencial capacidad que tiene un acto cualquiera de violentar el ordenamiento jurídico. Lo que le interesa al citado principio es que la norma se instale como una fuente formal de derecho laboral, porque regula asuntos concernientes al trabajo humano, además de que ella exista y se encuentre vigente, lo que conducirá a que entre en el cuadro comparativo del conjunto de normas que disciplinan el tema, para que el operador jurídico determine cuál es la más favorable a la situación del trabajador y la aplique efectivamente.

Si bien al hablar de la favorabilidad usualmente se hace mención sólo de las fuentes expresadas en la ley, en los contratos de trabajo y en las convenciones colectivas, no puede desconocerse que en el ámbito público existen multiplicidad de actos jurídicos que tienen el alcance de definir y regular aspectos relativos al trabajo y que ordinariamente se expresan bajo la categoría de *actos administrativos*, denominados formalmente de diversas maneras: decretos reglamentarios, estatutos generales, resoluciones, reglamentos internos, acuerdos municipales, ordenanzas departamentales, directivas, reglamentos de trabajo, circulares y manuales de funciones, entre otros. No puede desconocerse que ellos pueden ser reputados como verdaderas fuentes formales del derecho laboral, pues reglamentan, como ya se dijo, aspectos generales y/o concretos del trabajo humano que se desarrolla en una entidad pública, tanto desde la organización, como de la gestión, la disciplina y los reconocimientos salariales y prestacionales, etc. Piénsese por ejemplo en el acuerdo expedido por el consejo directivo de un establecimiento público, mediante el cual se determina una jornada laboral para dicha entidad de 40 horas semanales (y no de 44 como lo determina la norma general), o de un resolución de director general que aprueba el reconocimiento de estímulos pecuniarios o no pecuniarios a favor de los empleados según los índices de desempeño; o una en la que se definen períodos de pago del salario; o una circular en la que distribuyen cargas de trabajo entre diferentes funcionarios que cumplen el mismo tipo de oficios dentro de una dependencia.

Los ejemplos pueden multiplicarse atendiendo al grado de autonomía que se le otorga a los diferentes organismos públicos en sus actos de creación y al régimen

constitucional y legal al que se adscriben. Si estos actos no son fuentes del derecho del trabajo para esa entidad específica, ¿cómo explicar el carácter obligatorio que tienen para sus destinatarios y los efectos jurídicos que produce su incumplimiento?

La misma teoría de los actos administrativos prohijada por el ordenamiento jurídico colombiano da motivos suficientes para ubicar esta clase de actos dentro de las fuentes del derecho, y mucho más en materia laboral en la que impera la realidad sobre las formas. En efecto, desde una tesis voluntarista (Consejo de Estado, 2013), si bien se consideran actos administrativos sólo aquellas manifestaciones de voluntad que producen efectos jurídicos, en cuanto tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, bien sea de carácter general, ora de carácter particular, lo cierto es que esa condición la cumplen gran variedad de actuaciones administrativas expresadas de distintas maneras, sean escritas o verbales y hasta las implícitas o tácitas, las cuales pueden incidir directamente en la forma como el empleado: ingresa al servicio (vg. un acto de nombramiento); realiza su labor de acuerdo con unos parámetros de cumplimiento (vg. una circular, directiva, orden de trabajo, reglamento); es evaluado en su desempeño (vg: resolución de calificación); o es retirado del servicio (vg. resolución de insubsistencia), entre otras muchas. Para el derecho del trabajo lo que cuenta es el acto que tiene la virtud de regular las condiciones de trabajo de los empleados, proveniente de una autoridad legal o empleadora, del cual se pueda predicar obligatoriedad, exigibilidad, ejecutoriedad y, en general, consecuencias jurídicas que pueden derivar en una situación favorable o desfavorable sujeta a comparación en un caso concreto.

Ahora bien, la situación problemática que interesa la encontramos en aquellos casos en los que actos jurídicos públicos como estos definen materias que han sido reservadas a otras normas o a otras autoridades. Es el caso del régimen salarial y prestacional que, según las normas citadas antes, es del resorte de las principales autoridades nacionales, en un ejercicio normativo concurrente mediante la técnica de la norma marco, que en materia salarial acepta cierta participación de las autoridades territoriales. Este ha sido un hecho generalizado en nuestro país, en el que prácticamente todas las entidades territoriales, desde hace décadas, regularon aspectos salariales y prestacionales para sus respectivos empleados, pero cuya irregularidad sólo logró completa evidencia desde la expedición de la Carta Política de 1991, y no porque su texto fuera lo suficientemente claro a ese respecto, sino por los desarrollos jurisprudenciales que fueron clarificando el marco de competencias que fijaba la Constitución para dicho asunto.

En materia prestacional, por ejemplo, la notoriedad de la incompetencia sólo vino a resolverse plenamente con la expedición del Decreto 1919 de 2002, por el cual se fijó el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se reguló el

régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial. Antes de estos textos no había la suficiente certeza -como sí parece que la hay hoy- de que las entidades territoriales estaban imposibilitadas para referirse a estos temas; era tal el grado de incertidumbre, y también de aceptación de la utilización de esta potestad por aquéllas, que en materia pensional –punto muy sensible dentro del campo de las prestaciones sociales- la Ley 100 de 1993, ley general de seguridad social integral, convalidó las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad por disposiciones municipales o departamentales.

A ello se suma la tradicional práctica administrativa de nuestro país de regular los diferentes regímenes laborales de los empleados públicos de acuerdo con los niveles administrativos a los que ellos se adscriben, esto es, el nivel nacional y el nivel territorial, de manera tal que se expidieron decretos para fijar uno y otro de manera diferentes y soportados también en diferentes presupuestos. Es el caso de los decretos del año 1968, como el 3135 y el 2400, así como el Decreto 1848 de 1969; o los del año 1978, como el 1042 y el 1045; todos estos regularon asuntos salariales y prestacionales en el orden nacional, sin que se hiciera lo propio para el nivel territorial, algo que dejaba la idea de que éstas entidades podían establecerlos. Sólo para el caso prestacional se logró alguna unificación por virtud del Decreto 1919 ya citado; pero en materia salarial no ha existido uno con el mismo alcance.

Por razones como esas, y no necesariamente por el capricho de las autoridades territoriales, aun subsisten normas que han venido regulando el tema salarial y prestacional para los empleados del Estado en su ámbito territorial. Circunstancias todas estas que exigen ser tenidas en cuenta a la hora de evaluar una decisión judicial mediante la cual -sin más- se inaplica, suspende o anula un acto municipal o departamental que define salarios o prestaciones sociales. Piénsese por ejemplo en el caso de que la jurisdicción contencioso administrativa adopte una de estas decisiones con respecto a la pretensión de que se pague la “prima de vida cara” que un municipio del Departamento de Antioquia reconoce a sus empleados por virtud de acuerdo municipal⁴. La prima de vida cara es, para esa entidad y para sus servidores, *mutatis mutandi*, lo equivalente a la prima de servicios que dispone el Decreto 1042 de 1978 para los empleados del orden nacional. Una decisión de inaplicación, suspensión o nulidad generaría, entre otras cosas, un tratamiento desigual porque estos servidores municipales no tendrían derecho a la prima de vida cara en razón de la inaplicación, suspensión o anulación de la norma que la consagra; pero tampoco tendrían derecho a la prima de servicios porque ésta está

4 Este es un caso real, propiamente el debatido en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de julio de 2012, radicado: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11), Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez.

consagrada sólo para los empleados nacionales. Y el mismo ejercicio puede hacerse en relación con otros conceptos.

Este no es el lugar para resolver concretamente este tipo de conflictos, pero lo que sí puede advertirse es que es exigible a la jurisdicción contenciosa la evidencia del conflicto entre los diferentes principios y derechos que están allí comprometidos; que no lo invisibilice, pues allí hay más que una simple inconstitucionalidad de normas: hay derechos adquiridos, situaciones jurídicas reconocidas, expectativas legítimas de los trabajadores que pueden ser frustradas con la decisión; y qué decir de otros mandatos constitucionales incumplidos, como el no menoscabo de la dignidad y de los derechos de los empleados, igualdad de oportunidades y remuneración mínima, entre otros.

Es más, desde la misma teoría de los actos administrativos resulta incongruente este modo de actuar, si se tiene en cuenta, como ya se dijo, que estos se presumen legales y son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o anulados por el juez competente (Colombia, 2011); nulidad o suspensión que por las implicaciones que tiene, no debe adoptarse en un procedimiento incidental en donde se discute una causa entablada por el empleado, sino en una independiente en la que la pretensión principal sea el juicio de constitucionalidad del acto, y en el que se puedan advertir con mayor amplitud los efectos que una nulidad en tal caso tendría sobre los derechos del grupo trabajadores públicos que se benefician de la norma, ante todo en términos de igualdad en relación con sus pares del ámbito público⁵.

Este proceder se hace necesario atendiendo al modelo constitucional que adopta nuestra Carta Política y a la protección que ella misma y las normas internacionales del trabajo dispensan para el trabajo humano, independientemente del ámbito y de las condiciones en que se desarrolle.

En definitiva, en lo que concierne a la definición abstracta del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, se constata en todos los casos que fueron objeto de revisión una ausencia total de aplicación de las fuentes del derecho laboral y, por lo menos, de razonamientos que pusieran en evidencia la existencia de colisiones entre los “principios” del derecho público y los principios y/o derechos de carácter laboral. El Consejo de Estado se percibe en estos casos como un tribunal que realiza una labor de aseguramiento de la integridad abstracta del ordenamiento

5 Este proceder no es exótico en el ámbito judicial colombiano, cuando se trata del control de constitucionalidad de las leyes, pues la Corte Constitucional en muchos casos ha hecho pronunciamientos que intentan moderar los efectos de sus fallos de inexequibilidad, buscando que el ordenamiento jurídico constitucional quede salvaguardado integralmente. Cfr. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*. En: *Universitas*, 2004.

jurídico, sin preocuparse por advertir los grados de afectación que sus decisiones conllevaban para las garantías fundamentales, específicamente laborales, que ese mismo ordenamiento prevé para quienes tienen la condición de trabajadores.

Ahora bien, se podría decir que eso es lo que se espera de un juez que controla la actividad administrativa y que, como tal, debe velar porque el ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico ha consagrado a favor de las autoridades sea estricto, pues de otra manera se comprometerían los fundamentos mismos de Estado de derecho, que sustenta también al modelo constitucional, en el cual las funciones y competencias son regladas, improrrogables e indisponibles; y de hecho es así como lo disponen las normas que ordenan el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, en la cuales se contiene un mandato claro de preservación del orden jurídico (Colombia, 2011, art. 103). Sin embargo, es de tener en cuenta que esas mismas disposiciones le imponen al tiempo el deber de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, y esa es la disyuntiva a la que permanentemente se ve sometido el juez administrativo que, por un lado, es tutor de los derechos ciudadanos, pero por el otro, es igualmente protector de las prerrogativas de la administración, que tienen como propósito facilitarle la consecución del interés público (Cassese, 1994, pág. 57).

Se trata en tales casos de una tarea jurisdiccional manifiestamente paradójica -que no se halla propiamente en otros ámbitos-, pues las prerrogativas y potestades administrativas difícilmente pueden subsistir al margen del sacrificio de los derechos e intereses particulares que se le enfrentan. Como lo recuerda Sarmiento (2007, pág. 309), el contenido conflictual es una condición casi natural del derecho público, y las tensiones que allí se presentan hacen inevitable la utilización de herramientas que aseguren la menor afectación de los derechos cuando se concluya que ellos deben ceder ante los intereses generales que representa el Estado.

Es forzoso, por tanto, y en un contexto en el que los derechos son un fundamento de legitimidad del Estado, que en este tipo de casos el juez recurra a las metodologías de la proporcionalidad. Esto, no sólo porque es un proceder necesario en el contexto de Estado constitucional de derecho que se proclama en nuestra Carta Política -al punto de que ya es una metodología usual en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, operada en todos aquellos casos en que se utilizan potestades administrativas en detrimento de derechos e intereses particulares o subjetivos⁶- sino también porque se trata de una de las reglas que el ordenamiento

6 Entre otras muchas, en la sentencia C-309 de 1997, la Corte expresó al respecto: “Esta Corporación recurrirá al llamado juicio de proporcionalidad, el cual ha sido ampliamente utilizado en anteriores ocasiones con el fin de determinar si un trato diferente o una restricción de un derecho se ajustan a la Carta. Según tal juicio,

jurídico-administrativo colombiano tradicionalmente ha previsto para el control la actividad administrativa, ante todo cuando ella es marcadamente discrecional⁷.

Y teniendo en cuenta lo anterior, cuando de lo que se trata es de apelar a la proporcionalidad, principio consustancial al modelo de Estado social y constitucional de derecho (Alexy, 1994, pág. 159), resulta ineludible aceptar que los principios y los derechos que se le asimilan no guardan entre sí relaciones de precedencia absoluta, sino de precedencia condicionada (Alexy, 2008, pág. 76), cuya prevalencia sólo puede establecerse en los casos concretos, a partir de la realización de tres clases de juicios: i) el de adecuación, ii) el de necesidad y iii) el de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2009, pág. 101).

Hacer el análisis puntual del ejercicio de las potestades públicas que se involucran en la definición del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, a la luz del principio de proporcionalidad que plantea la teoría más aceptada sobre el tema, escapa a los términos del presente estudio, al cual le ha interesado, ante todo, poner en evidencia parte de los problemas que acarrea para la protección de los derechos -en este caso los laborales- la continuidad de un control jurisdiccional de los actos administrativos ajeno a las circunstancias y a los intereses legítimos de los empleados del Estado, con mucha mayor razón cuando él está sustentado en fuentes exclusivamente de derecho público, sin reparar en la existencia de otro conjunto normativo que tiene allí una legítima vocación de aplicabilidad y puede provocar, bajo el carácter tuitivo que lo caracteriza y desde el nivel de garantía que se le dispensa, otras conclusiones menos onerosas para los derechos que resguardan al trabajo humano, y por qué no, de su carácter prevalente.

Seguramente que un análisis de esta índole provocará serias reflexiones sobre el papel que ha venido cumpliendo el juez administrativo cuando juzga causas laborales que derivan su origen conflictivo del ejercicio de potestades administrativas que, a su vez, se presumen realizadas con una finalidad de interés general. La respuesta

cuando diversos principios constitucionales entran en colisión, corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son “adecuados” para lograr el fin perseguido, segundo si son “necesarios”, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son “proporcionados stricto sensu”, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer”.

7 Ley 1437 de 2011 (CPACA): “Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Esta es la misma regla que figuraba en el anterior CCA (Decreto 01 de 1984), artículo 36.

al menos simple a las preguntas formuladas desde los tres juicios antes citados exigiría grados de argumentación superiores a los que se hallan actualmente en las decisiones que adopta esta jurisdicción. Y esta propuesta debería no sólo abarcar las medidas legislativas o administrativas que se adoptan en materia de regulación laboral, sino las mismas sentencias en las que se hacen juicios abstractos de legalidad y que, por ende, operan a la manera de legislación negativa (Kelsen, 1995, pág. 318), en cuanto producen la no aplicación de la norma administrativa territorial, o la suspensión de sus efectos o, lo que es recurrente, su retiro del ordenamiento jurídico. (Carta Política, 1991, pág. arts. 236 y 237)

CONCLUSIÓN.

La posición que ha mantenido el Consejo de Estado como juez de las causas laborales de los empleados públicos, en el punto relativo a la definición abstracta del régimen salarial y prestacional que les es propio, puede caracterizarse del siguiente modo:

Primero, no se sustenta en un discurso de la Constitución como Carta de derechos, de principios y de valores que pudieran incidir en la interpretación y aplicación de las restantes normas del sistema jurídico, entre ellas, las concernientes al marco de competencias establecido para fijar los más importantes conceptos laborales que retribuyen el trabajo realizado por los empleados públicos a favor del Estado.

Segundo, no visibiliza el conflicto existente entre el llamado “principio” de legalidad y los derechos laborales implicados en una situación en la que se hace control de la legalidad de actos administrativos que fijan el citado régimen.

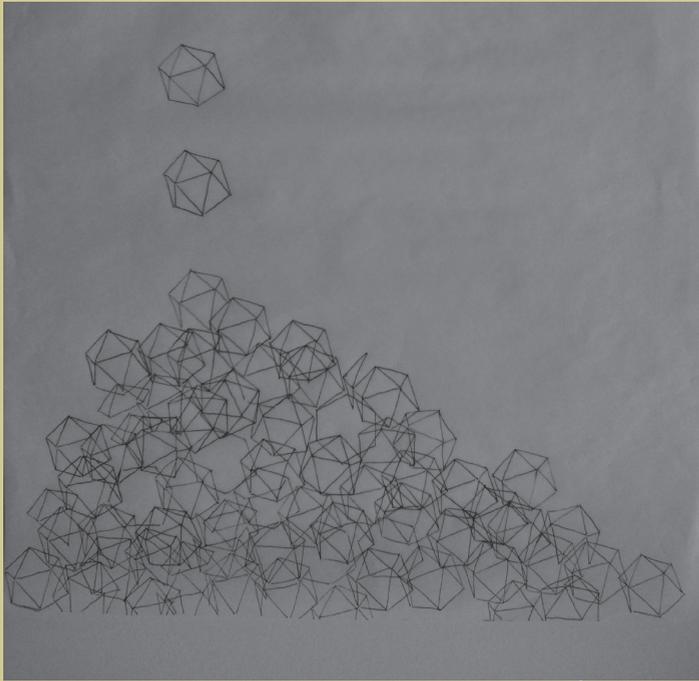
Tercero, no determina el peso que cada uno de estos principios y derechos tiene a la hora ordenar la primacía de unos sobre otros, con lo cual da la impresión de que maneja una teoría de los principios cercana a la de la *fundamentalidad*, y por tanto alejada de la concepción plural de los derechos que sustenta la Carta de 1991. De esa manera, el Consejo de Estado parece aceptar que el “principio” de legalidad tiene una connotación absoluta y siempre prevalente, en cualquier circunstancia, sobre los derechos laborales de los empleados públicos.

Y, cuarto, no justifica con una base teórica explícita las razones que le conducen a ordenar la primacía anotada. Lejana está entonces esta corporación judicial de una metodología de la proporcionalidad que ofrezca mayores niveles de razonabilidad a sus decisiones, y en particular, en todos aquellos eventos en los que tales decisiones constituyen directamente el factor de sacrificio de garantías laborales consagradas en la Constitución y en las normas internacionales del trabajo suscritas por Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Ackerman, M. (2008). Los principios del derecho del trabajo. En M. Ackerman, *Tratado de derecho del trabajo. Teoría general del derecho del trabajo* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-culzoni.
- Aguiló Regla, J. (2004). *La constitución del estado constitucional*. Lima: Pelestra-Temis.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alfonso da Silva, V. (2011). Principios y reglas: mitos y equívocos acerca de una distinción. En G. y. Beade, *Desafioso a la ponderación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. y. (1991). Sobre principios y reglas. *Cuadernos de Filosofía do*(10).
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Canessa Montejó, M. (s.f.). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*.
- Carta Política, C. (1991).
- Cassese, S. (1994). *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: INAP.
- Colombia, R. d. (2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Colombia.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Conferencia Internacional del Trabajo, I. r. (2012).
- Consejo de Estado, Rad.15001-23-31-000-2007-00621-01(1449-12) (Sección Segunda 7 de Marzo de 2013).
- Consejo de Estado, radicación 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11), 15 septiembre 2011.
- Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 15 de abril de 2010 (Sección Segunda).
- Corte Constitucional Colombia, sentencia C-288 de 2012.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia C-510 de 1999 .
- Corte Constitucional Colombia, sentencia C-614 de 2009.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-1166 de 2004.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-447 de 2008.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-881 de 2009.

- Corte Constitucional Colombia, sentencia T-881 de 2009.
- Corte Constitucional Colombia, sentencia SU-484 de 2008.
- Gordillo, A. (2007). *Tratado de derecho administrativo* (9 ed., Vol. 3). Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo.
- Guastini, R. . (2009). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2010). *Teoría de la interpretación constitucional* (2ª ed.). Madrid: Trotta.
- Guerrero Figueroa, G. (2013). *Principios fundamentales del derecho del trabajo* (1ª ed.). Bogotá : Leyer.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado* (2 ed.). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Molina, C. (2005). *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis.
- OIT. (2012). Conferencia Internacional del Trabajo 101.
- Parejo Alfonso, L. (2009). *El concepto de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prieto Sanchis, L. (2010). Principia iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional. En M. y. Carbonell, *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, C. (2009). *La globalización del Estado de derecho*. Bogotá: Unidandes.
- Sarmiento R, D. (2007). *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo – un análisis jurídico desde el derecho español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vázquez Vialard, A. (1982). *Tratado de Derecho del Trabajo* (Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Astrea.



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

EN LOS PAPELES: DE SERVIDORAS DOMÉSTICAS A TRABAJADORAS. EL CASO ARGENTINO*

* Artículo de investigación científica y tecnológica. Este artículo se vincula con el trabajo doctoral la primera autora y se enmarca en un proyecto de investigación en curso dirigido por la segunda autora titulado: Primeras y “segundas” generaciones de migrantes internos e internacionales. La configuración de sus afincamientos en territorios de pobreza urbana (financiado por CONICET PIP 2010 N° 0035 y ANPCyT FONCyT PICT 2010 N° 1179).

Fecha de recepción: septiembre 4 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 22 de 2014

EN LOS PAPELES: DE SERVIDORAS DOMÉSTICAS A TRABAJADORAS. EL CASO ARGENTINO

RESUMEN

El trabajo doméstico es una labor que históricamente ha sido ejecutada por mujeres con enormes carencias sociales y económicas. En la Argentina, hasta 2013 la situación de estas trabajadoras estuvo signada por la permanencia de un decreto-ley sumamente restrictivo en cuanto a derechos. Con el fin de evidenciar los recientes cambios legales instituidos por el Estado argentino, este artículo se propone caracterizar brevemente el fenómeno del trabajo del hogar en ese país y realizar un análisis comparativo entre la antigua ley que consideraba “servidoras” a este grupo de mujeres, y la actual ley que las considera “trabajadoras”. Para ello, se realiza un análisis socio-jurídico que aborda los principales avances registrados en dimensiones clave del fenómeno (la relación de dependencia, la extensión de la jornada laboral y los tiempos de descanso, la maternidad, los riesgos y enfermedades en el trabajo, entre otras) a la vez que se discuten los aspectos que permanecen pendientes y deben ser atendidos para garantizar el acceso a derechos laborales plenos.

Palabras clave: trabajo doméstico, derechos laborales, discriminación, cambios legales.

ON PAPER: FROM DOMESTIC SERVANTS TO WORKERS. THE ARGENTINE CASE

ABSTRACT

The domestic work is a labor that has historically been performed by women with enormous social and economic deprivations. In Argentina, until 2013, the situation of these workers was marked by a current decree-law extremely restrictive in terms of rights. Through this article, and in order to show the recent legal changes carried out by the Argentinian state, we will try to briefly characterize the phenomenon of domestic work in this country and provide a comparative analysis between the old laws, which considered this group of women “servants”, and the current law, which considers them “workers”. For that, we will make a socio-legal analysis to address the important improvements registered in specific key themes (work dependence, the extension of working hours, break hours, maternity leave, occupational risk prevention and sick leave, among others) and, at the same time, we will discuss other pending aspects which must be addressed in order to ensure the access to full employment rights.

Keywords: domestic work, labor rights, discrimination, legal changes.

EN LOS PAPELES: DE SERVIDORAS DOMÉSTICAS A TRABAJADORAS. EL CASO ARGENTINO

1. INTRODUCCIÓN

En nuestras sociedades el trabajo doméstico y las tareas de cuidado están caracterizados por condiciones laborales sumamente vulneradoras de derechos básicos (Amorós, 2008; Blackett, 1998; Cortés, 2004; Parreñas, 2001; Pautassi, 2004; Pérez Orozco, 2010). Es sabido que quienes desarrollan este tipo de actividades son principalmente las mujeres de los estratos sociales más desfavorecidos, es decir, con escaso capital económico y educativo. En la práctica, ellas tienen serias limitantes para reclamar políticamente, o para demandar a sus empleadores y litigar ante las instancias judiciales. Precisamente, una de las múltiples razones que explica esas situaciones de vulneración es la falta de normativas legales que protejan y garanticen sus derechos laborales. Sin embargo, eso parece haber comenzado a cambiar.

Después de sesenta años de debate internacional, en junio del año 2011 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó un Convenio Internacional –numerado “Convenio N° 189”– que considera la necesidad de implementar el trabajo decente para las personas que se desempeñan como trabajadoras domésticas. Allí se promueve la equiparación de los derechos de este sector con los del resto de las/los trabajadoras/es. En el caso de la normativa Argentina, ese mismo debate se intensificó a partir del año 2010, y se vio especialmente impulsado a raíz de la aprobación del mencionado Convenio de la OIT, de la presión de algunos sindicatos, de varias organizaciones de la sociedad civil –incluidas algunas de mujeres migrantes– y de la comunidad académica. Es así como en marzo de 2013 se sancionó la Ley 26.844/13 –denominada Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares– y al mes siguiente fue promulgada. En el año 2014 Argentina reglamentó dicha Ley por medio del decreto 467/14, y ratificó el Convenio internacional.

El Convenio 189 de la OIT y la ley 26.844 de la Argentina incluyen similares tareas dentro del denominado “trabajo doméstico”. Específicamente, el Convenio internacional define el trabajo doméstico como “el trabajo realizado para o dentro de un hogar o varios hogares”. Eso incluye tareas de limpieza en las casas, cocinar, lavar y planchar la ropa, el cuidado de los niños, ancianos o enfermos de una

familia, así como la jardinería, la vigilancia de la casa, desempeñarse como chofer de la familia, e incluso el cuidando los animales domésticos. Por su parte, la Ley argentina explicita que “se considerará trabajo en casas particulares a toda prestación de servicios o ejecución de tareas de limpieza, de mantenimiento u otras actividades típicas del hogar. Se entenderá como tales también a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad”.

Este artículo se propone, en primer lugar, caracterizar brevemente el fenómeno del trabajo del hogar en la Argentina. Para ello se analizará información cuantitativa y cualitativa recabada antes de la reciente sanción de la reciente Ley 26.844, lo cual contribuye a mostrar las condiciones de trabajo previas a la normativa, así como la necesidad de ese cambio legal. En segundo lugar, y principalmente, se realizará un análisis comparativo entre la antigua ley que consideraba “servidoras” a este grupo de mujeres, y la ley que ahora las considera “trabajadoras”. Para ello se abordarán dimensiones clave de la normativa jurídica: la relación de dependencia, la extensión de la jornada laboral y los tiempos de descanso, la maternidad, los riesgos y enfermedades en el trabajo, entre otras. También, pondremos una serie de interrogantes que emanan de ciertos vacíos que permanecen en la nueva ley, y finalmente se hará un breve balance de la situación actual.

Para alcanzar los objetivos mencionados nos valdremos de hallazgos que hemos producido en los últimos años. Los mismos provienen, por un lado, de un análisis jurídico crítico de las normativas internacionales, regionales y nacionales relacionadas con el empleo doméstico durante todo el Siglo XX y comienzos del XXI. Por otro lado, nos valdremos de información recabada en el marco de estudios cualitativos y cuantitativos acerca de las trayectorias y condiciones laborales de mujeres empleadas domésticas migrantes de origen peruano, así como de entrevistas a profundidad realizadas a empleadas domésticas de origen argentino y migrantes (bolivianas y paraguayas) en una investigación en curso. Además, para una mejor caracterización del fenómeno se describirá cuantitativamente su configuración a partir de datos censales y de encuestas.

Consideramos que la actual coyuntura argentina brinda la posibilidad de analizar procesos de construcción legislativos pioneros al interior de la región latinoamericana, debido a sus avances en materias como la migratoria, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la identidad de género y el trabajo doméstico. Si se tiene en cuenta que “[l]as normas jurídicas -consideradas como textos políticos- construyen la realidad y, asimismo, proveen a los actores sociales de modelos interpretativos para comprender y modificar esa realidad, así como orientar su propia acción”

(Vasilachis de Gialdino, 1997 citado en Novick, 2008:133) es posible comprender la importancia simbólica y material de estos nuevos paradigmas legales.

En lo que respecta al tema abordado en este artículo, debe señalarse que, dentro del feminismo, las teóricas del derecho sostienen que la ley suele reforzar los roles de género. Por ello, ha sido un interés constante el de analizar la discriminación legal contra ellas, así como reflexionar y accionar para combatir esa situación (Calavita, 2006; Facio Montejo, 1999). Por otro lado, también se debe señalar la importancia de considerar en nuestros análisis los efectos combinados de distintas dimensiones de desigualdad (género, clase, etnicidad, condición de extranjería, etc.) con el fin de evitar diversos “esencialismos de género” (Calavita, 2006). Es decir, “no podemos pensar el género sin pensar también en su sentido etnizado, racializado y de clase” del mismo modo que “no podemos pensar en la etnicidad y la migración sin pensar en el género y la clase” (Anthias, 2006:66-67). Será, quizás, porque las trabajadoras domésticas han reunido históricamente atributos no hegemónicos de género, clase y etnia que han tenido que aguardar hasta el siglo XXI para que los organismos internacionales reconozcan finalmente sus derechos laborales básicos, y para que un puñado de países comience a propiciar cambios normativos. En el campo académico, a pesar de que esta temática va concitando creciente interés, Hondagneu Sotelo (2011) manifiesta que todavía sigue siendo marginal, lo cual podría explicarse por el hecho de que el tema reúne tres elementos que generalmente se creen de poca importancia: las mujeres, la esfera doméstica y el trabajo de cuidado.

2. ANTES DE LA LEY 26844: CIFRAS Y RELATOS EN TORNO AL TRABAJO DEL HOGAR

Como hemos dicho en la introducción, el trabajo doméstico ha sido y es una actividad casi exclusivamente femenina. Rosalía Cortés (2009) muestra que desde 1970 y hasta 2001 en Argentina el porcentaje de mujeres insertas en esa actividad no ha bajado del 92%. Algo similar puede decirse para la primera década del Siglo XXI, estimándose que existen alrededor de un millón de estas trabajadoras (Groisman y Sconfienza, 2012).

Tomando en consideración datos censales acerca del total de las mujeres ocupadas en todo el país, Cortés advierte que en 1947 un 30,5% se desempeñaba en el servicio doméstico. Sin embargo, para 1970 ese porcentaje había disminuido a alrededor de 23% y continuó disminuyendo hasta llegar a un 17% en 2001. No conocemos todavía los datos del Censo 2010 referidos a las variables ocupacionales, pero

estimaciones realizadas por Groisman y Sconfienza para las principales áreas urbanas de la Argentina a partir de la Encuesta Permanente de Hogares permiten conocer que para los años 2008 y 2012 ellas seguían representando alrededor del 17% de la Población Económicamente Activa (PEA) femenina ocupada. Por otra parte, y en cuanto a su composición etaria, entre 2004 y 2012 se ha profundizado la preponderancia de mujeres en edad adulta. Para 2012, cerca de la mitad tenía entre 30 y 49 años, mientras que algo más del 30% tenía más de 50 años, y sólo una de cada 5 tenía menos de 30 años.

Se trata, como sabemos, de un sector que concentra mujeres de los estratos socioeconómicos más desfavorecidos, está altamente desprestigiado y ofrece condiciones laborales desfavorables. Precisamente, una de cada dos mujeres con bajo nivel educativo (hasta secundario incompleto) se desempeña como trabajadora doméstica. Entre 2004 y 2012 este porcentaje se incrementó al pasar de 36,3% al 49,6%, lo cual refleja las dificultades de las trabajadoras con escasas credenciales educativas para acceder a empleos de mejor calidad, aun en un contexto de fuerte crecimiento económico como el que experimentó Argentina en esos años (Groisman y Sconfienza, 2012).

Con respecto a la modalidad de trabajo, cerca del 80% trabajaba para sólo un empleador/a, y la gran mayoría lo hacía en la modalidad “con retiro”, es decir no pernoctaban en su lugar de trabajo. También se ha documentado que las empleadas domésticas han experimentado una mayor subocupación horaria y una mayor demanda de trabajo (desocupación) que el resto de las trabajadoras (SPTTEL, 2006). Otro aspecto que nuestros estudios cualitativos han hallado, y que también merece señalarse, es la alta rotación laboral que han padecido estas empleadas. Muchas de nuestras entrevistadas comprendían que tenían escaso o nulo poder de negociación frente a sus empleadores, ya que eran fácilmente reemplazables dada la oferta disponible y no existía una Ley que las protegiera. Por eso, cuando no estaban conformes con sus condiciones laborales muchas optaban por dejar de concurrir al lugar de trabajo, sin previo aviso. Por otra parte, a la inestabilidad e irregularidad generalizadas que han caracterizado esta labor, se agregan las interrupciones que sufren quienes se dedican a cuidar ancianos cuando se produce la muerte de éstos. Es decir, esta última tarea de cuidado involucra una posibilidad extra de interrumpirse, como ilustra Lola.

Estuve un mes con los doctores. De ahí, empecé con un abuelo como seis meses. Después en San Isidro con una familia muy numerosa, con cama adentro también; estuve como 6 meses. Después entré en un geriátrico por Flores; estuve ahí 6 meses. Después de eso encontré trabajo con una abuela, por Flores también, 6 meses. Después encontré otro trabajo en un geriátrico. Después, con otra abuela estuve tres años y medio; también se me murió esa

abuela. Y después de esa señora que murió, vine a trabajar con esta abuela que estuve siete meses; murió ella. Y después de eso el trabajo que tengo ahora (Lola)

Por nuestros análisis cualitativos sabemos que, en la práctica, una misma mujer desempeña múltiples tareas en el hogar de sus empleadores. Hemos entrevistado a mujeres que fueron contratadas como cuidadoras de niños o ancianos, pero una vez en el lugar de trabajo sus empleadores intentaron obligarlas a realizar otras tareas (limpieza, planchado de ropa, etc.). Las migrantes parecen estar especialmente afectadas por este tipo de situación, tal como lo indicó Ana en su entrevista¹. Diversos informes de organizaciones internacionales concluyen que la feminización de la pobreza a nivel global ha contribuido a que mujeres provenientes de países pobres, con altas tasas de desempleo y bajos niveles de escolaridad, migren a otros países “desarrollados” o con poblaciones envejecidas para encargarse del servicio, la limpieza, y el cuidado de ancianos y niños (OIT, 2009). Así, las mujeres migrantes² encuentran una forma de inclusión social trabajando en estos sectores, y son buscadas específicamente por su condición de vulnerabilidad, de minoría social y por su poca capacidad de decisión y acción política (Sassen, 1998; Canales, 2007; Beck, 2000).

[Me dijo:] tenés que limpiar las cosas de la cocina. Yo le dije: señora, yo no vine para hacer limpieza acá, yo vine para acompañarla y para estar con usted. ¡Qué insolente que sos!, me dice. Y ya me había retenido mi documento. Me dice: vos vas a hacer lo que yo te diga, aparte acá estás ilegal (...) Y llamé al hombre de la agencia [de empleo] y le dije: usted me saca ya mismo de acá o yo me tiro por la ventana (Ana)

No podemos realizar generalizaciones con nuestra información cualitativa, pero podemos suponer que pocas mujeres, tanto argentinas como migrantes, son las que han podido oponerse a cambios forzados de condiciones laborales y, por lo tanto, a una polifuncionalidad que puede ser altamente dañina para su bienestar.

Otro aspecto en el cual las empleadas del hogar se han encontrado ampliamente en desventaja es en el salario. Para 2012, según Groisman y Sconfienza las traba-

-
- 1 “El servicio doméstico es una actividad en la que se constata una importante proporción de trabajadoras migrantes, tanto internas como provenientes del extranjero. Es posible estimar que más de la mitad de las empleadas domésticas que residen en el Gran Buenos Aires nacieron en otras provincias del país –35,3%– o en otro país –19,4%” (Groisman y Sconfienza, 2012: 5).
 - 2 El campo de los estudios de las migraciones internacionales, ha sido especialmente sensible a las temáticas de las cadenas de cuidado y del trabajo doméstico: Parella, 2003; Cerrutti, 2009; Rosas, 2010a; Ariza, 2011; Herrera, 2008 y 2013; Jaramillo Fonnegra, 2013a; Jelin, 1977, Martínez-Buján en prensa; entre otras.

jadoras no registradas percibían una remuneración de alrededor del 50% de la que obtenían quienes estaban registradas. Asimismo, la remuneración de las trabajadoras no registradas alcanzaba a alrededor del 20% de la que perciben en promedio los asalariados registrados del conjunto de la economía.

Además, la amplia mayoría de las trabajadoras doméstica no estaban formalizadas: para 2012 más del 80% de las trabajadoras del sector se encontraban en esa condición. Sin embargo, los autores destacan que entre 2004 y 2012 se produjo un fuerte descenso de la informalidad del servicio doméstico que pasó del 93% al 81,5%. Y es esperable que luego de la sanción de la nueva legislación, en 2013, el descenso de la informalidad del sector haya disminuido aún más.

Tal como muestran los datos anteriores y las palabras de una de nuestras entrevistadas (Juanita), la falta de protección por enfermedad, la falta de seguridad social y la imposibilidad de llegar a un juicio justo, constituían algunos de los aspectos más problemáticos bajo el anterior régimen legal.

[Le dije a mi patrón] “¿Usted por qué me mandó una carta de despido?, porque yo creo que tengo una licencia por un mes.” Yo no podía mover los brazos, si hacía una semana me habían dado de alta (...) Yo estaba a punto de lágrimas; llorando porque me veía que estaba recién operada del corazón, sin trabajo, tenía que pagar el alquiler y todo, me estaba quedando en la calle prácticamente (...) Yo nunca le falté; en los 6 años que le trabajé nunca le falté; que me diga un motivo por lo menos (...) No me daba justificaciones de por qué el despido (...) Él tiene que pensar que mi vida estaba en juego. O sea si yo me hubiera muerto ahí, a él no le importaba. Él prefería que vos estuvieras ahí trabajando dejando tu hogar. El hecho de que te pague, no quiere decir que sos esclavo (...) [Mi patrón me dijo] “*Vos poné todos los abogados que vos quieras, que vas a perder la plata*”. Entonces fui a Tribunales del Servicio Doméstico y me dijeron: “*no te vamos a poder ayudar; eso tratá de solucionarlo con tu jefe, porque eso está dentro de la Ley de los 30 días*” (Juanita).

Finalmente, nuestros estudios han documentado el maltrato que sufren muchas mujeres en los lugares de trabajo. En estudios realizados en el Área Metropolitana de Buenos Aires con mujeres argentinas, peruanas y paraguayas encontramos que varias de quienes estaban insertas en el trabajo doméstico sufrieron maltrato verbal por parte de sus empleadores, y a algunas migrantes les habían retenido su pasaporte con el fin de obligarlas a aceptar condiciones laborales diferentes (peores) a las que habían sido pautadas. Otras no mencionan directamente haber sido maltratadas, pero de sus relatos puede inferirse que debían trabajar en condiciones insalubres: una de ellas sólo podía alimentarse cuando la empleadora estaba en la casa y permitía la apertura del refrigerador; otras tenían que comenzar a trabajar de madrugada y continuaban haciéndolo hasta altas horas de la noche, de modo que su tiempo de

descanso se reducía a unas pocas horas; otra entrevistada debía desarrollar todas las tareas descalza para no hacer ruido al caminar, de modo que su presencia pasara inadvertida; ésta tampoco podía mirar al esposo de la empleadora a los ojos y siempre tenía que sonreír cuando estuviera en presencia de las hijas de su patrona.

Las estadísticas y relatos descriptos en este apartado muestran contundentemente las condiciones de trabajo deplorables a la que eran sometidas las trabajadoras domésticas en general. Sin duda, esas condiciones están explicadas en gran parte por la normativa sumamente restrictiva que estuvo en vigencia durante las últimas décadas. Muestran, además, la necesidad de un cambio legal que protegiera los derechos de este colectivo. Por eso, a continuación se analizan los aspectos más sobresalientes de dicho cambio.

3. DEL VIEJO RÉGIMEN A LA NUEVA LEY: LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

El trabajo, como derecho humano, es parte integrante de los tratados de Derechos Económicos y Sociales y culturales (DESC), los cuales contienen obligaciones específicas de respeto y garantía para los Estados. El derecho al trabajo, además, está permeado por otros derechos, como la no discriminación, la libertad y la prohibición de esclavitud. Igualmente, se constituye como un derecho necesario para la realización de otros, como la libertad sindical, la seguridad social, la jubilación y el acceso a la salud. Para avanzar en el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras domésticas se deben abolir las distinciones que generan formas de discriminación; y un buen comienzo es adecuar la norma nacional a las normas internacionales que plantean avances en ese sentido. Es decir, consagrar normas conforme a derechos humanos laborales es un primer paso para luchar contra la discriminación en diversas esferas de la vida social (Abramovich y Curtis, 2004; Hopenhayn, 2008); ese paso fue dado recientemente por Argentina.

Consolidar los cambios normativos que se gestaron recientemente no fue tarea fácil. Desde 1956 existía el Régimen del Servicio Doméstico (RSD) –sancionado durante la dictadura militar de Pedro E. Aramburu– compuesto por el Decreto Ley 326/56 y el Decreto Reglamentario 7.979/56. Dicho Régimen establecía serias diferencias entre el servicio doméstico y el resto de los trabajos³, excluyendo a estas trabajadoras de la mayoría de los beneficios legales y de la seguridad social. Además, se encontraba por fuera de la normativa laboral (denominada Ley de

3 El derecho al trabajo está regulado en la Constitución Nacional.

Contrato de Trabajo-LCT). Su distinción empezaba desde la forma en que la ley nombraba a esta labor: “servicio” en lugar de trabajo.

El estar excluida de la LCT no es una cuestión menor, ya que esta normativa contempla un sistema de protección legal especial, donde el Estado tiene el poder de regular la relación que nace por naturaleza desigual, con el fin de vigilar los abusos, el régimen prestacional y de seguridad social. Bajo la LCT el Estado puede, entre otras cosas, presumir la relación de contrato laboral, hacer inspecciones, revisar los aportes de las y los trabajadores y sancionar por el incumplimiento de derechos ciertos e indiscutibles.

La mencionada exclusión estaba en flagrante contradicción con la misma LCT. Esta última estipula que las condiciones que configuran una “relación de trabajo” están dadas cuando una persona “realice actos, ejecute obras o preste servicios en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen” (art.22 Ley 20.744). A partir de lo anterior, puede concluirse que las personas que trabajan en casas particulares se encuadran perfectamente bajo los supuestos de la “relación de trabajo”, ya que prestan un servicio, bajo la dependencia voluntaria y recibiendo una remuneración por su labor.

Una de las principales razones por las que se aducía la necesidad de diferenciar el trabajo doméstico del resto de los trabajos es porque la familia no es una unidad productiva (donde se supone que no existe ánimo de lucro), como lo es una fábrica. Así lo evidenciaba el anterior Decreto-ley (art.1) al decir que “regula las relaciones de trabajo que los empleados de ambos sexos presten dentro de la vida doméstica y no importen para el empleador lucro o beneficio económico”.

De igual forma lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Palavecino, Sarita del Carmen c/ Messina, Luisa Susana y otros/ Despido». El juez sustentó la constitucionalidad del decreto 326/56 aduciendo que no existe finalidad lucrativa por lo que no se altera el principio de igualdad ante la ley, y así lo expresó:

“la garantía de igualdad no debe ser confundida con la uniformidad de los distintos contratos laborales y es admisible un tratamiento normativo diferenciado en lo que respecta a los derechos y deberes, en la medida en que, obviamente, no exista una discriminación arbitraria, aunque su fundamento sea debatible. Desde esta perspectiva de análisis, no es posible inferir un reproche constitucional en el decreto 326/56, en particular si se tiene en cuenta que el trabajo doméstico tiene una escenografía particular y características disímiles al que se lleva a cabo en unidades productivas, en especial si se destaca que la figura del empleador carece de teleología lucrativa.” CNAT (2005).

Como se dijo, en el año 2013 se derogó el RSD y se sancionó la Ley 26.844/13 que da entidad al nuevo Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. A comienzos de 2014 dicha Ley se reglamentó por medio del Decreto 467/14, el cual operativiza la mayoría de las cuestiones consignadas en la ley. Esta nueva norma opta por continuar considerando al trabajo doméstico bajo un régimen independiente, distinto del resto de trabajadores/as, pero equipara en la mayoría de los derechos a la Ley Contrato de Trabajo. A continuación analizaremos algunos de los aspectos más significativos que pretenden revelar gran parte de los avances contenidos en la nueva normativa argentina.

a. Relación de dependencia

Antes señalamos que el trabajo a tiempo parcial es una modalidad muy difundida en el sector analizado. Pese a esto, el anterior RSD indicaba que para existir relación laboral se debía trabajar más de 4 horas por día y más de 4 días a la semana para el mismo/a empleador/a, y eso durante más de un mes consecutivo⁴. Como consecuencia de este requisito, las personas que trabajaban menos tiempo del establecido no se encontraban bajo relación de dependencia y automáticamente estaban por fuera del RSD; por lo cual sólo estaban cubiertas por la norma civil del contrato de locación⁵.

Esta situación acarreó por muchos años consecuencias muy graves porque existe una gran diferencia entre una protección laboral y una civil. La última provee una protección menor puesto que el Estado no regula la voluntad de las partes. Claramente, la relación que se entabla entre una trabajadora del hogar y su empleador/a está signada por una profunda desigualdad; y al ser llevada ante el fuero civil como si fuese un contrato entre iguales, los derechos de estas mujeres resultaban aún más vulnerados (Pautassi, Faur y Gherardi, 2005).

Este fue uno de los avances más importantes consagrados en la Ley 26.844, ya que ahora se considera trabajo a cualquiera de las modalidades posibles. Es decir, ya no se requiere una cantidad de horas mínimas trabajadas para que sean consideradas/os trabajadoras/es en relación de dependencia y para tener plenos derechos laborales.

4 Desde el año 1999 se dieron varios cambios legislativos en materia tributaria como, por ejemplo, exigir a los empleadores contribuciones a la seguridad social desde las 6 horas a la semana trabajadas. Sin embargo, eso no reflejó mejoras sustantivas para las trabajadoras en cuanto a la adquisición de más derechos laborales.

5 El contrato de locación es un contrato de prestación de servicios, enmarcado en el derecho civil dentro de las obligaciones de hacer, donde una parte se compromete a realizar una obra o servicio y la otra a pagar un precio por su labor.

b. El período de prueba

Con respecto al período de prueba, el mismo no se consagraba plenamente en la derogada norma; sólo se estipulaba que después de 90 días de trabajo se debía preavisar para el despido. Pero con la nueva Ley el período de prueba será de 30 días para el personal sin retiro y de 15 días para el personal con retiro, los cuales no serán necesariamente continuos, pero no podrán superar los 3 meses. Durante este tiempo cualquiera de las partes podrá solicitar terminación de la relación de trabajo sin expresión de causa y sin derecho a indemnización. El empleador no podrá contratar al mismo empleado/a por más de una vez bajo periodo de prueba (art 7). Con este artículo, la protección para las trabajadoras domésticas es incluso mayor a la estipulada por la Ley de Contrato de Trabajo. Esta fue una decisión dirigida a proteger al sector, ya que muchas veces invocando el periodo de prueba se priva de derechos a estas trabajadoras. De hecho, ahora se estipula que si la relación laboral no está registrada el empleador perderá la posibilidad de alegar que la trabajadora se encontraba en el periodo de prueba frente a la terminación del contrato.⁶

c. La extensión de la jornada laboral y los tiempos de descanso

Respecto de la jornada laboral máxima, el RSD establecía un período de 12 horas diarias para el trabajo doméstico sin retiro, es decir, muy superior a la jornada de 8 horas permitida para el resto de los trabajadores. Además, en cuanto al pago de las horas extraordinarias, nocturnas y por trabajo en día feriado, el RSD no contemplaba alguna posibilidad de hacerlas efectivas.

Para las trabajadoras mayores de edad, la nueva Ley fija una jornada laboral de 8 horas por día con un máximo de 9 horas diarias, y 48 horas semanales, con una distribución acordada por las partes. También se especifica que el personal sin retiro gozará también de los siguientes derechos: 9 horas de reposo nocturno, así como un descanso durante la jornada de 3 horas. Mientras que para las empleadas con retiro se establece que deben mediar, por lo menos, 12 horas entre jornada y jornada.

Por otra parte, el RSD sólo contemplaba la posibilidad de vacaciones para quienes trabajaban sin retiro. Además, no se abonaban vacaciones si no tenían al menos un año de antigüedad en el trabajo; es decir el empleador no pagaba las fracciones proporcionales. Y tenían solamente 10 días de vacaciones por 5 años o menos de trabajo, 15 días por más de 5 años y menos de 10 años de trabajo y 20 días por más de 10 años de trabajo.

6 Artículo 7 Decreto 467/14. "El empleador perderá la facultad de valerse del período de prueba cuando no registrare la relación laboral. Durante dicho período regirán las disposiciones relativas a la cobertura de las enfermedades y los accidentes no vinculados al trabajo."

En cambio, la actual Ley establece una licencia anual habitual y que las vacaciones serán gozadas proporcionalmente. En el siguiente cuadro se incluyen las vacaciones previstas por la Ley 26.844 de 2013 y por el decreto 467 de 2014, para tener un panorama general de cuántos son los días de vacaciones desde la cuarta semana de trabajo hasta los 20 años según las nuevas disposiciones.

**VACACIONES SEGÚN LA LEY 26.844/2013
Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 467/2014**

Tiempo de trabajo	Tiempo de vacaciones
Entre 4 y 7 semanas	1 día
Entre 8 y 11 semanas	2 días
Entre 12 y 15 semanas	3 días
Entre 16 y 19 semanas	4 días
Entre 20 semanas y hasta 6 meses	5 días
Más de 6 meses y hasta 5 años	14 días
Más de 5 años y hasta 10 años	21 días
Más de 10 años y hasta 20 años	28 días
Más de 20 años	35 días

d. La maternidad y el matrimonio

El acceso a la licencia por maternidad no estaba contemplado en el RSD, aun cuando se trata de una protección fundamental, en particular en una profesión sumamente feminizada. Tampoco se establecía el descanso diario por lactancia; ni se incluía el fuero que prohíbe ser despedida en embarazo, lactancia o después del matrimonio. Llama la atención que hasta el año 2013 las trabajadoras de casas particulares no contaran con estos derechos, en especial cuando se conoce que casi el 40% de estas trabajadoras son pobres o extremadamente pobres (OIT, 2011). El no contar con estas licencias hacía aún más desventajosa su situación.

La actual Ley 26.844 incluyó la protección de la licencia por maternidad la cual será pagada por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES). Además, consagró la prohibición de despido por embarazo, so pena de una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, aunada a la del despido sin justa causa. Por otro lado, para el despido por causa de matrimonio consagró una estabilidad de 3 meses antes o 6 después contraerlo. Estas cláusulas, sin duda, contienen unos de los avances legales más esperados.

e. Trabajo de adolescentes

Con respecto al trabajo de adolescentes, la derogada ley establecía que los niños menores de 14 años no podrían dedicarse a estas labores. Pero de 14 a 18 años no se establecían criterios diferenciadores ni protectores. En la nueva Ley se estableció la prohibición de contratar a menores de 16 años, mientras que quienes tienen entre 16 y 18 años podrán trabajar un máximo de 6 horas diarias y 36 horas semanales. Se prohíbe expresamente el trabajo nocturno, entre las 8 pm y las 6 am.

Cuando la/el trabajador sea adolescente se deberá labrar un contrato por escrito y registrado ante autoridad administrativa del trabajo; adjuntando, además, un certificado de aptitud física, el cual tendrá que ser renovado cada 12 meses. De igual manera, el empleador/a deberá solicitar el certificado de estudios que por ley se consideran obligatorios y de no contar con dicho certificado se deberá elaborar un acuerdo para establecer los horarios de asistencia a la escuela. El empleador tendrá que exigir a la trabajadora un certificado a comienzo y al final del ciclo lectivo y deberá llevarlo al Ministerio de Trabajo para continuar con el contrato. En caso de no cumplirse con estos requerimientos la relación laboral se considerará deficientemente registrada y el empleador podrá ser sancionado con una doble indemnización a favor de la trabajadora.

f. Los riesgos y enfermedades en el trabajo

En relación a la licencia paga por enfermedad, el RSD establecía que sólo podían solicitarla las trabajadoras sin retiro, y sólo después de brindar un mes de servicio. Además, si la trabajadora permanecía enferma se contemplaba la posibilidad de despidos sin indemnización después de los 30 días de licencia, computables de forma continua o de forma interrumpida durante un mismo año. Al establecer la posibilidad de despido con justa causa, la normativa dejaba desprotegidas a las trabajadoras y sin posibilidad de solicitar una pensión por discapacidad, pues bajo esta ley no contaban con la posibilidad de hacer un reclamo laboral al contraer una enfermedad profesional o un accidente laboral.

El RDS también omitía referirse a los accidentes o enfermedades laborales, por lo cual los expertos remitían estos casos al régimen civil de indemnización, el cual, como se señaló, es menos garantista que el laboral. Es decir, estas trabajadoras, al enfermarse o accidentarse en su lugar de trabajo, no contaban con los recursos necesarios como para subsistir o mantener a sus familias.

El tratamiento de las enfermedades o accidentes laborales en el Decreto-ley de 1956 constituía uno de los aspectos más contrarios a Derechos Humanos y a las garantías constitucionales, en la medida que dejaba totalmente desprotegidas a personas que generalmente se encuentran en situación de pobreza. Lo mismo sucede al quedar por fuera de la seguridad social y sin posibilidad de obtener un subsidio de desempleo.

Con acertada razón la Ley 26.844 incluye la obligación de que el empleador contrate un seguro de riesgos del trabajo. Sin embargo, en el texto de la nueva ley no está claro de dónde provendrá el dinero para las licencias -como la de enfermedad-, ni dónde deben afiliarse las trabajadoras a la Aseguradora de Riesgos de Trabajo (ART). Por ello, la reglamentación de 2014 instó a tres organismos públicos para que adopten las medidas para regular la Aseguradora de Riesgos de Trabajo: a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y se está a la espera de que decidan cómo serán los trámites y alícuotas para el pago y el goce de este derecho.

g. Finalización de la relación laboral

En el RSD la indemnización se podía reclamar cuando la ruptura del contrato fuera por iniciativa del empleador o empleadora y cuando la empleada tuviere una antigüedad mayor a 1 año de trabajo continuado. La misma debía abonarse en dinero y era equivalente a medio mes del sueldo convenido, por cada año de trabajo o fracción superior a 3 meses.

En cambio, la nueva ley contempla que se deberá dar un preaviso 10 días antes de la finalización de la relación laboral por parte de los/las trabajadores/as o de los empleadores, siempre y cuando la antigüedad fuera inferior a 1 año, y de 30 días si fuera mayor al año. Cuando el empleador omita su deber legal de avisar o despida sin justa causa, deberá pagar una indemnización equivalente a un mes de salario por cada año de trabajo, igual que en la LCT.

La nueva Ley incluye diversas causas de finalización de la relación laboral, tales como: 1). El mutuo acuerdo de las partes, debiendo formalizarse el acto sólo y exclusivamente ante la autoridad judicial o administrativa competente. 2). Por renuncia del dependiente, quien deberá formalizarla mediante telegrama cursado personalmente. 3). Por abandono de trabajo: para que sea válido el empleador/a deberá constituir en mora a la trabajadora para que regrese al lugar de trabajo; y sólo se entenderá abandono dos días después de que no se concurrió a la labor sin razón. 4). Por muerte del empleador: bajo este supuesto el personal tendrá derecho a percibir el 50% de la indemnización. 5) Por jubilación de la empleada/o. 6). Por despido dispuesto por el empleador sin expresión de causa o sin justificación.

4. ALGUNOS ASUNTOS PENDIENTES

Aun cuando deben reconocerse los grandes avances legales, también debe indicarse que quedan pendientes cuestiones esenciales para garantizar la efectivización de los

derechos consagrados, lo cual en muchos casos obedece al carácter reciente de la normativa. Por un lado, hay que tener en cuenta que, para hacer efectivas algunas de las normas, el Estado argentino deberá establecer el origen de los fondos necesarios o bien proveer los recursos. Es decir, deberá haber partidas presupuestarias para la licencias, las pensiones por discapacidad, para la Aseguradoras de Riesgo del Trabajo y para garantizar el acceso a los recursos judiciales. Por otro lado, el subsidio de desempleo es un beneficio sobre el cual no se legisló y es necesario expresarse al respecto. A continuación nos detendremos en otros aspectos pendientes.

El Tribunal que entiende en los reclamos en la Ciudad de Buenos Aires

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) es el distrito argentino que tiene más demanda de trabajo doméstico, y por lo tanto es el que observa mayor cantidad de litigios. Sin embargo, según la antigua Ley, en la CABA el sometimiento a la justicia laboral por parte de una persona trabajadora doméstica debía litigarse inicialmente ante el denominado Tribunal del Servicio Doméstico (TSD). Este Tribunal era un ente administrativo que se constituyó como el encargado de dirimir los conflictos en primera instancia (instancia administrativa), entendiendo que sólo si existía una apelación el conflicto pasaría a cargo de los Jueces Nacionales de Primera Instancia del Trabajo (instancia judicial).

La imposibilidad de acceder directamente a una instancia judicial constituye una negación al derecho a la igualdad de las personas trabajadoras en el servicio doméstico, al tiempo que evidenciaba una subvaloración de esta ocupación desde la consagración normativa. Además, el acceso a la doble instancia en la justicia laboral estaba restringido porque la empleada solo podía acudir cuando pretendía apelar la resolución administrativa dictada en el TSD⁷, teniendo la posibilidad de apelar por única vez. Es decir, en sentido estricto el juez laboral era tribunal de cierre en única instancia para los juicios sobre trabajo doméstico en Capital Federal.

Con la nueva ley este tribunal pasó a llamarse Tribunal de Trabajo para el Personal de Casas Particulares y continúa cumpliendo funciones administrativas, y no judiciales. Por esta razón, se mantienen algunas de las dificultades para acceder a una justicia laboral plena. La gran diferencia es que los derechos que hoy son exigidos en dicho ente son más garantistas. Con la reciente reglamentación de la Ley por medio del Decreto 467/14 se estableció una instancia de conciliación obligatoria previa

7 Para poder acceder a la jurisdicción laboral se exige que la demanda verse sobre una suma específica de dinero. De no llegarse a dicha suma, no se podrá apelar ante la jurisdicción; es decir, los casos de “poca monta” no tiene derecho al acceso a tribunales laborales.

a la llegada de dicho Tribunal y para ello se estableció el Servicio de Conciliación Obligatoria para el Personal de Casas Particulares (SECOPECP) dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Inspecciones en el ámbito laboral

Las inspecciones laborales son la única posibilidad del Estado de verificar las situaciones de explotación a las que podrían ser sometidas las trabajadoras. En el RSD se contemplaba esta posibilidad pero los inspectores no podían penetrar en el domicilio sin expresa autorización del dueño de casa (Pereira y Valiente, 2007). Lamentablemente, el texto de la nueva norma argentina tampoco alude a este tipo de inspecciones, pese a que el Convenio 189 de la OIT estipula la necesidad de fiscalización de esta labor por medio de inspecciones dentro de las viviendas para regular los abusos en la actividad. De lograrse estas inspecciones se establecerían métodos más fiables para asegurar el disfrute de los derechos de este colectivo de personas.

En diversos países se ha documentado que existen trabas o prohibiciones a la sindicalización⁸ de las trabajadoras domésticas, al tiempo que también se excluyen las inspecciones laborales en las unidades domésticas. Una cuestión central en este sentido es la “naturaleza oculta” del trabajo doméstico, que dificulta la reivindicación de los derechos de este sector de la población. En la medida que este trabajo se realiza a puerta cerrada, lejos de la vista del público, se produce una situación de aislamiento físico y social, que obstaculiza la acción colectiva e individual en términos de reivindicación de los derechos de estas personas. Además, las necesarias leyes de protección de la privacidad de las familias empleadoras entran en tensión con las, también necesarias, inspecciones o controles eficaces para asegurar el bienestar de las trabajadoras del sector (Jaramillo Fonnegra, 2013a).

Los derechos previsionales de las migrantes internacionales

La normativa migratoria argentina presenta un contexto legal muy favorable para los y las migrantes del MERCOSUR y Estados Asociados. La Ley 25.871, en vigencia desde el año 2004, brinda un marco garantista que consagra que “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona, y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Con esta Ley,

8 Cabe indicar que en Argentina no existen trabas a la sindicalización de las trabajadoras domésticas. De hecho en este país existe uno de los sindicatos del rubro más antiguos a nivel mundial: la Unión de Personal de Trabajadores en Casas Particulares (UPACP) tiene más de 100 años.

que reconoce a la migración como un Derecho Humano, la norma del país austral se ubica por encima de los estándares de protección establecidos en los instrumentos internacionales (Novick 2008; Jaramillo Fonnegra, 2013b).⁹

Si bien la Ley de migraciones reconoce a los migrantes de la región iguales derechos que a los nacionales (excepto en el ámbito político), cabe señalar que en la nueva Ley sobre trabajo en casas particulares no se reconoció el hecho de que muchas de estas trabajadoras son extranjeras y, en tanto tales, necesitan protecciones específicas. Sabemos que el proyecto migratorio constituye para muchas mujeres una posibilidad de escapar de situaciones de pobreza o exclusión en sus países de origen, pero las características que con mucha frecuencia adquiere su inserción laboral en los países de destino reproducen situaciones de similar marginación (Jaramillo Fonnegra, 2013a).

Con respecto a los derechos previsionales, por ejemplo, las trabajadoras migrantes que pretendan acceder a prestaciones (como la pensión por discapacidad o por ser madre de siete hijos) necesitan acreditar una residencia legal de 20 años; mientras que para la pensión por vejez el tiempo requerido es de 40 años de permanencia en el país (Ceriani y otros, 2009). Claramente estos son algunos de los aspectos que deben ser tratados por el Estado argentino si pretende garantizar a los y las migrantes el acceso a derechos en condición de igualdad.

5. CONCLUSIONES

Insertas en una labor históricamente asociada con las tareas “tradicionales” de las mujeres -lo que suele naturalizar la existencia de peores condiciones laborales y la negación de derechos- las trabajadoras domésticas se ven expuestas a constantes situaciones de vulnerabilidad y maltrato. Las estadísticas y relatos contenidos en la primera parte de este artículo dan cuenta de ello. La pobreza, el haber nacido en otro lugar y la identificación étnica suelen articularse con la condición de mujer, produciendo un entramado discriminatorio de efectos poderosos.

En la segunda parte hemos mostrado los principales cambios legislativos que se han venido dando en la normativa sobre los derechos de las trabajadoras domésticas

9 A pesar de ello, la posibilidad de efectivizar este derecho depende de un cambio social más amplio, en la medida que en muchas instancias del gobierno y la sociedad civil se continúan repitiendo prácticas discriminatorias y limitantes para el acceso pleno de los derechos. Es decir, la vigencia de una normativa favorable en materia migratoria es un gran paso, pero por sí sola no puede garantizar la efectivización de los derechos en ella consagrados (Domenech, 2007).

en Argentina a partir de la sanción de la Ley 26.844 en 2013. Pese a lo anterior, el extenso período en el que estuvo en vigencia el anterior Régimen –más de 56 años– ha dejado serias huellas en las condiciones de vida de estas mujeres y en su constitución como sujetos de derecho. Será necesario analizar estos aspectos en el futuro y cotejar cómo evoluciona la transición de “servidoras” a “trabajadoras” formalizadas.

A pesar de los asuntos pendientes que hemos señalado, uno de los balances positivos es que sin duda el Estado argentino ha realizado importantes esfuerzos en los últimos años. La reciente reglamentación de la ley y la ratificación en 2014 del Convenio 189 de OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores doméstico son sin lugar a duda dos pasos fundamentales para consolidar la estrategia de protección en este sector. La bancarización de estas trabajadoras y la prohibición de trabajo infantil, sumado a los programas de regularización del trabajo en el sector ayudan al reconocimiento del trabajo doméstico y a la consolidación de sociedades más inclusivas.

Además del importante cambio normativo, el Estado ha realizado campañas para la inscripción de toda relación laboral dentro del Registro Especial de Seguridad Social. Asimismo, se preocupa por incentivar el registro con campañas publicitarias dirigidas a los/as empleadores/as, con consignas como: “*Regístrá* a la persona que trabaja en tu casa” o “*Dale derechos*”. Estas campañas de concientización y sensibilización social son imprescindibles para que los cambios normativos puedan consolidarse.

Por todo lo anterior, queremos insistir en la importancia de poner al descubierto las íntimas relaciones que se establecen entre los “con-textos legales” y la vulneración de derechos económicos y sociales que experimentan determinadas poblaciones. Estos abordajes socio-jurídicos son necesarios para trabajar contra la legitimación y la legalización de condiciones abusivas que están presentes en diversas esferas de nuestra vida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. En *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. (Editado. Renovar, Rio de Janeiro – Sao Paulo, 2003).
- Amorós, C. (2008). *Mujeres e imaginarios de la globalización: Reflexiones para una agenda teórica global del feminismo*. Rosario: Ed. Homosapiens.
- Anthias, F. (2006). “Género, etnicidad, clase y migración: interseccionalidad y pertenencia transnacional”. En *Feminismos periféricos*, editado por P Rodríguez. Granada: Alhulia.

- Ariza, M. (2011). "Mercados de trabajo secundarios e inmigración: el servicio doméstico en Estados Unidos", *Reis-Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 136, (3-24).
- Beck, U. (2000). *The Brave New World of Work*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Blackett, A. (1998). "Making domestic work visible: The case for specific regulation". In *Labour law and labour relations Programme*. Ginebra: Documento de trabajo No. 2.
- Calavita, K. (2006). "Gender, Migration, and Law: Crossing Borders and Bridging Disciplines". In *International Migration Review*. Nueva York. Volumen 40, Número 1.
- Canales, A. I. (2007). Migrant Remittances; Savings Funds or Wage Income. In Zárate-Hoyos G. *Multidisciplinary Perspectives on Remittances from Migrant Workers in the United States*. (59-98). Alemania, Kassel University Press.
- Ceriani, P., Courtis, C., Pacceca, M.I., Asa, P., & Pautassi, L. (2009). "Migración y Trabajo doméstico en Argentina: Las precariedades en el marco global". En C, Mora y M.E, Valenzuela, (Eds.). *Trabajo doméstico: Un largo camino hacia el trabajo decente*. (147-190). Santiago de Chile: Organización Internacional del Trabajo.
- Cerrutti, M. (2009). "Gender and Intra-Regional Migration in South America". In *Human Development Research Paper* (2009/12), New York, E.U.: United Nations Development Programme.
- Cortés, R. (2009) "Labour regulations' ambiguity and quality of working life: domestic servants in Argentina" en *Conference on Regulating Decent Work*, Geneva, 8-10 de Julio.
- (2004). "Salarios y marco regulatorio del trabajo en el Servicio Doméstico". En *Enfrentando los retos al trabajo decente en la crisis argentina*. Proyecto de cooperación técnica OIT/MTEySS.
- Domenech, E. (2007). La agenda política sobre migraciones en América del sur: El caso de Argentina. En: *Revue Européenne des migration internationales*. (71-94).
- Eisenstein, Z. R. (1988). *The female Body and the law*. California: University of California.
- Facio Montejó, A. (1999). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: Editorial ILANUD 3er.
- Groisman, F; Sconfianza; M. (2012). "El servicio doméstico en Argentina. Informa de situación 2004-2012", Centro de Investigación en Trabajo Distribución y Sociedad, CITRADIS.
- Herrera, G. (2013). *Lejos de tus pupilas" Familias transnacionales, cuidados y desigualdad social en Ecuador*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador.
- (2008). "Mujeres Ecuatorianas en el trabajo doméstico en España. Prácticas y representación de exclusión e inclusión". En Novick, S. (editora). *Las Migraciones en América Latina: Políticas Cultura y Estrategias* (73-92). Buenos Aires: Catálogos.
- Hondagneu Sotelo, P. (2011). *Doméstica. Trabajadoras, inmigrantes a cargo de la limpieza y el cuidado. A la sombra de la abundancia*. Instituto Nacional de Migración; Centro de Estudios Migratorios, Miguel Ángel Porrúa. México D.F.

- Hopenhayn, M. (2008). "Derechos sociales, deudas pendientes y necesidad de un nuevo pacto social". En *Notas de Población N° 85 CEPAL*. (15-30).
- Jaramillo Fonnegra, V. (2013a). "Las trabajadoras migrantes del servicio doméstico en la Ciudad de Buenos Aires a comienzos del siglo XXI: un análisis de las normas de Derechos Humanos laborales y de las instituciones involucradas en su efectivización". *Repositorio SeDiCI*. (Tesis de Maestría) Universidad Nacional de la Plata, Argentina.
- (2013b). "Cuáles son los Derechos Humanos de las personas migrantes vigentes en Argentina?". En *Argumentos N° 15*, Instituto de Investigaciones Gino Germani y Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, (1-30).
- Jelin, E. (1977). "Migration and Labor Force Participation of Latin America Women: The Domestic Servants in the Cities" In *Signs*, 3. (129-141).
- Jiménez Tostón, G. (2001). "Servicio Doméstico y Desigualdad" en *Revista Géneros*, Asociación Colimense de Universitarias, Universidad de Colima, México, Año 8, Número 24.
- Martínez-Buján, R. (en prensa). "¿Hogar dulce hogar? Las nuevas tendencias del servicio doméstico en España" en S. Durin, M.E. De la O y S. Bastos (coords.), *Trabajadoras en la sombra. Dimensiones del servicio doméstico latinoamericano*, México DF: CIESAS, EGAP/ITESM.
- Novick, S. (2008). *Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)*. Buenos Aires: Editorial Catálogos-CLACSO.
- Organización Internacional del Trabajo -OIT-(2011). *La 100ª Conferencia de la OIT adoptó normas laborales para proteger a entre 53 y 100 millones de trabajadores domésticos en el mundo*.
- (2010). *Trabajo Decente para los trabajadores domésticos*. Conferencia Internacional del trabajo, 99ª reunión.
- (2009). *Trabajo doméstico: Un largo camino hacia el trabajo decente* Mora, C. y Valenzuela, M. E. (Editoras). Santiago de Chile: Organización Internacional del Trabajo.
- Parella, S. (2003). *Mujer, Inmigrante y Trabajadora: La Triple Discriminación*, España: Anthropos.
- Parreñas, R. (2001). *Servants of Globalization: Women, Migration and Domestic Work*. California: Stanford University Press.
- Pautassi, L. (2004). *Regulación del trabajo y relaciones sociales de género en América latina*. En Seminario Internacional: Mujeres, economía y pobreza en América Latina. (1-33). Quito, Ecuador.
- Pautassi, L.; Faur, L. y Gherardi, N. (2005). "Legislación laboral y género en América Latina: avances y omisiones". En Arraigada, I. (editora). *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*. Serie Seminarios y Conferencias N° 46, Santiago de Chile: CEPAL.

- Pereira, M. y Valiente, H. (2007). *Regímenes jurídicos sobre trabajo doméstico remunerado en los estados del MERCOSUR*. Asunción: OXFAM/AFM.
- Pérez Orozco, A. (2010) “Cadenas Globales de cuidado: ¿Qué derechos para un régimen global de cuidados justo?” En: *Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (UN-INSTRAW)*.
- Rosas, C. (2010a). *Implicaciones mutuas entre el género y la migración. Mujeres y varones peruanos arribados a Buenos Aires entre 1990 y 2003*. Buenos Aires: EUDEBA.
- (2010b). *Primeras y “segundas” generaciones de migrantes internos e internacionales. La configuración de sus afincamientos en territorios de pobreza urbana*. Proyecto de investigación CONICET y ANPCyT/FONCyT.
- Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales (SPTTEL). (2006). *Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina.
- Sassen, S. (1998). *Globalization and its Discontents*. New York: New York Press.

Instrumentos legales citados:

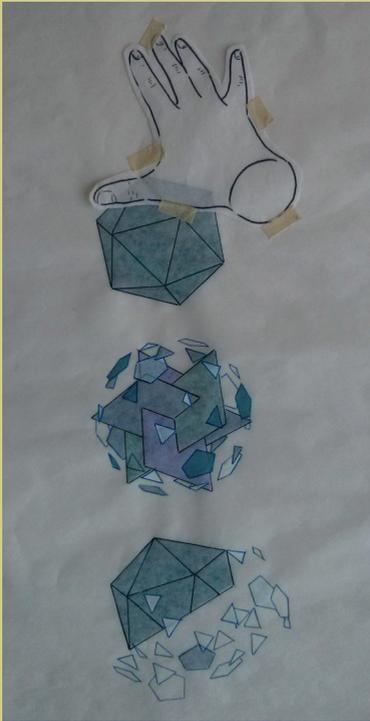
Internacionales:

- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos C- N° 189-OIT, Organización Internacional del Trabajo. Naciones Unidas (2011).
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Organización Internacional del Trabajo. Naciones Unidas (1991).

Instrumentos del orden interno (Argentino)

- Decreto nacional 467/14 por medio del cual se reglamenta la Ley N° 26.844 que instituyó el Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares en Argentina (2014).
- Decreto-Ley 326/56. Beneficios, obligaciones y derechos para el personal que presta servicios en casa de familia en Argentina (1956).
- Decreto nacional 7.979/56. Por medio del cual se reglamenta el Decreto-Ley 326/56 del servicio doméstico en Argentina (1956).
- Ley 26.844/13. Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares en Argentina (2013).

- Ley 25.239/99. Reforma tributaria sobre el impuesto a las ganancias y modifica al Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados del Servicio Doméstico en Argentina (1999).
- Ley 25.871/04. Política Migratoria Argentina. Derechos y obligaciones de los extranjeros. Atribuciones del Estado. Admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones. Ingreso y egreso de personas. Obligaciones de los medios de transporte internacional. Permanencia de los extranjeros. Legalidad e ilegalidad de la permanencia. Régimen de los recursos. Competencia. Tasas. Argentinos en el exterior. Autoridad de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias. “Ley de Migraciones Argentina”(2004).
- Ley 22.439/81. Ley General de Migraciones y de Fomento a la Inmigración en Argentina (1981).
- Ley N° 20.744 “Ley de Contrato de Trabajo de la Argentina”(1976).
- Resolución 886 Por medio de la cual se establecen las bases salariales para las trabajadoras de casas particulares. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Argentina (2013).
- Resolución 886 Por medio de la cual se establecen las bases salariales para las trabajadoras de casas particulares. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Argentina (2013).
- Expediente: 31845/02 del 9/02/05. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –CNAT-. Número de (2005).



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

LOS FALSOS DILEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: UNIÓN NECESARIA VS SEPARACIÓN RADICAL *

* Este artículo es producto del proyecto de investigación “*Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una revisión a las grandes corrientes jurídicas*” desarrollado por el Semillero de Teoría y Filosofía del Derecho, perteneciente al Grupo Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El proyecto se encuentra inscrito en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la misma Universidad.

Fecha de recepción: agosto 21 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 30 de 2014

LOS FALSOS DILEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO
RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL:
UNIÓN NECESARIA VS SEPARACIÓN RADICAL

*Luz Astrid Álvarez Patiño***

RESUMEN

Este trabajo presenta la relación actual entre derecho y moral, bajo el prisma de las corrientes teóricas del neoconstitucionalismo y el positivismo, a partir del cual se presenta dos posiciones antagónicas: una conexión necesaria vs una separación radical. No obstante, ante el dilema de esta relación se presenta una posición intermedia, denominada positivismo incluyente, postpositivismo o constitucionalismo positivista, que se concreta en los ámbitos de creación, existencia, validez, interpretación y justificación del derecho.

Palabras Clave: Derecho y moral, Positivism, Neoconstitucionalismo, Tesis de la unión, Tesis de la separación

FALSE DILEMMA OF THE NEO CONSTITUTIONALISM:
RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORAL.
NECESSARY UNION VS RADICAL SEPARATION

ABSTRACT

This paper presents the actual relationship between right and morality, under the theoretical currents of neoconstitutionalism and positivism, from which two opposing positions are presented: a necessary connection vs a radical separation. However, between this relationship it is presented an intermediate position, called inclusive positivism, post-positivism or positivist constitutionalism; as embodied in the areas of creation, existence, validity, interpretation and justification of the right.

Key words: Law and moral, Positivism, Neoconstitutionalism, Thesis of the union, Thesis of the separation

** Coinvestigadora del proyecto: “Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una revisión a las grandes corrientes jurídicas”. Estudiante del Decimo Semestre del pregrado de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.

LOS FALSOS DILEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: UNIÓN NECESARIA VS SEPARACIÓN RADICAL

1. INTRODUCCIÓN

Son numerosas las controversias que suscita la relación entre derecho y moral, así como numerosos los teóricos que la han discutido, las perspectivas analizadas y las posiciones asumidas por investigadores, juristas, jueces y abogados. Precisamente, en virtud de la sensibilidad que suscita el tema donde ya han sido derramados tantos ríos de tinta, se hace necesario precisar los términos de la discusión en el contexto actual, pues el tema no es de poca complejidad y la falta de distinciones teóricas sólo ha dado pie a mayores confusiones.

En primer lugar, la doctrina ha dicho, tradicionalmente, que existen diferencias evidentes entre el derecho y moral, representadas por conceptos contrapuestos, así: i) la moral es autónoma, porque se la impone el hombre, mientras el derecho es heterónomo, porque lo dicta un órgano público que lo atribuye aún contra su voluntad¹; ii) la moral es incoercible, porque de su inobservancia no se sigue un castigo institucional, mientras el derecho es coercible, porque se puede recurrir a la fuerza para hacer cumplir su contenido²; iii) La moral es interna, porque está

1 Carlos Gaviria Díaz presenta este criterio de diferenciación en los siguientes términos: “Para Kant, conducta heterónoma es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, la relación que entre ellos se establece es en principio de orden vertical: el legislador impone su voluntad al destinatario.” (1992, pág. 47)

2 Este criterio es presentado por el mismo autor así: “Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzosa.

“Pero en el ámbito de lo jurídico las cosas suceden de otro modo: el derecho regula el empleo de la fuerza, para lograr la concordancia de las conductas que rige con las prescripciones que impone, y esta posibilidad de constreñir a la observancia de la norma no quita el sello de la juridicidad de la conducta, sino que lo destaca, porque el derecho –insistimos–, en razón de los intereses que tutela, exige de modo preferente –casi exclusivo– la conformidad externa de la conducta con la norma.” (Óp. cit. pág. 46)

dirigida a la conciencia individual -fuero interno-, mientras el derecho es externo, porque se ocupa principalmente de la regulación exterior del comportamiento humano -fuero externo-³; iv) la moral es unilateral porque las desventajas no son correlativas a las ventajas de otro individuo, mientras el derecho es bilateral, porque establece ventajas para una persona y en forma correlativa desventajas para otra⁴. No obstante, estos criterios no son tan tajantes ni objetivos como parecen; de hecho, varios autores desmienten esta división tan radical⁵.

Estas distinciones tan frecuentes en las facultades y diferentes ámbitos jurídicos obedecían a una corriente jurídica dominante, el positivismo; sin embargo, desde el principio de esta tendencia y el movimiento constitucional de las posguerras mundiales se presentan críticas al modelo imperante y se adopta una posición diferente, en la cual el derecho y la moral encuentran puntos de unión, cada vez más crecientes, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Así surge una nueva corriente denominada (neo) constitucionalismo que propende por una conexión entre derecho y moral como una antítesis de la separación adoptada por el positivismo. Cada tendencia iustéorica y filosófica parece adoptar una de las antípodas de una contradicción o dilema: la conexión o la separación. No obstante, las dificultades para adoptar un punto de vista no son tan sencillas, objetivas y absolutas.

Por ello, en el presente trabajo, se abordará la discusión entre derecho y moral distinguiendo las posiciones asumidas por las grandes corrientes del derecho: el positivismo, supuestamente en decadencia y el neoconstitucionalismo, tendencia en vanguardia, para mirar hasta qué punto las posiciones asumidas coinciden o son divergentes, claramente superadoras o simplemente distorsionadoras. Ello con el fin de demostrar que la tesis del famoso imperialismo de la moral defendido por el neoconstitucionalismo no es tal, pues las características esenciales del cambio de paradigma no son diversas de las propuestas por el positivismo. De hecho, en

3 El profesor Gaviria, presenta éste criterio así: “Para Kant, la interioridad de la moral consiste en que la conducta éticamente plausible no sólo se ajusta al deber contenido en la norma sino que encuentra en él su motivo determinante; correlativamente, la exterioridad del derecho consiste en que la conducta obediente a la norma debe ajustarse a la prescripción, sin que importen los motivos de la obediencia, porque pueden ser, entonces, exteriores al deber.” (Ob. Cit. pág. 33)

4 El autor aludido, presenta este criterio, así: “En lenguaje Kantiano puede expresarse esa misma idea con sutilismo y significativo cambio de matiz, diciendo- como lo expusimos más atrás- que la moral prescribe comportamientos buenos en sí mismos, mientras que el derecho los prescribe como buenos para algo y con respecto de alguien. Es decir la moral toma en cuenta la bondad de la conducta en sí misma, referida a un sujeto cuya condición inalienable es la dignidad (imposibilidad de que otro lo sustituya), mientras que el derecho considera al destinatario como un sujeto social, con obligaciones relativas a esa condición.” (Ob. Cit. pág. 37-38)

5 Al respecto, véase: Vega Gómez, Juan. (2013). García Máñez y la diferencia entre normas jurídicas y morales: Un análisis crítico. En: González de la Vega, R. & Lariguet, G. (2013). Problemas de filosofía del derecho. Nuevas Perspectivas. Bogotá: Temis.

algunos casos son defendidas por algunos de los positivistas hasta el punto de surgir una nueva tendencia intermedia, denominada: positivismo incluyente (Waluchow, 2007), positivismo dúctil (Peces Barba en: Zagrebelsky, 1997), post-positivismo (Cal-samiglia, 1998) o incluso un constitucionalismo positivista (Prieto Sanchís, 1997).

En efecto, algunos autores tras adoptar la clásica distinción del positivismo -en metodología, teoría e ideología- (Bobbio, 1998), la trasladan al análisis del neoconstitucionalismo, para afirmar respecto al derecho y la moral que “«el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, *la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo de nuestros días*” (Comanducci, 2002, pág. 102.). Y en relación, con la metodología e ideología, aspectos en los que subyace la relación entre derecho y moral, afirman con cierta vehemencia que “*es preferible abandonar del todo la etiqueta «neoconstitucionalismo metodológico» y adoptar, en cambio, a falta de mejor, aquella de post-positivismo, o anti-positivismo, o no-positivismo*” (Pino, 2011, pág. 207.)

Así las cosas, para demostrar este falso dilema de la separación tajante y la inescindibilidad de la moral y el derecho, se plantean los siguientes interrogantes ¿cuáles son los puntos de partida de las grandes tendencias jurídicas en torno a la relación entre derecho y moral? ¿Cuáles son los representantes de cada tendencia? ¿Qué tanto se conecta la moral con el derecho? ¿Son las conexiones totales, parciales o inexistentes? ¿En qué puntos se conectan? Estas preguntas se resolverán en tres momentos: primero, se plantean tres puntos de partida, relacionados con las dos posiciones extremas del dilema y el enfoque intermedio que lo desvirtúa; en segundo lugar, se analiza la relación entre derecho y moral en los momentos jurídicos de la creación, identificación –en cuanto existencia y validez-, interpretación y justificación del derecho; y, finalmente, se proponen algunas conclusiones sobre la relación entre derecho y moral

2. TRES PUNTOS DE PARTIDA EN LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

De la relación entre derecho y moral se puede afirmar en principio la existencia de dos grandes posiciones: la primera, afirma una conexión entre estas esferas normativas, y, la segunda, niega tal conexión. No obstante, en la primera posición se encuentran dos tendencias claramente diferenciadas, la de aquellos que defienden una conexión necesaria y la de los otros que postulan una conexión contingente.

La tendencia que defiende una separación es el positivismo excluyente, dentro del que se ubican autores como Joseph Raz, Neil MacCormick⁶, Eugenio Bulygin (Atienza & Ruiz Manero, Octubre 2007); por otra parte, una conexión necesaria es defendida por el iusnaturalismo clásico y el neoconstitucionalismo, de la mano de autores como: Robert Alexy, Dworkin y Carlos Santiago Nino; y, finalmente, defienden una conexión contingente, un grupo de autores como Bentham, Austin, Hart, Coleman, (Waluchow, 2007, pág. 17) Carrió, Juan José Moreso, Comanducci, Ferrajoli y Prieto Sanchís (Atienza & Ruiz Manero, Octubre 2007).

La tesis del positivismo es la no conexión necesaria entre el derecho y moral -Ferrajoli, Prieto, Kelsen, Hart, entre otros-, posición defendida en su afán cientificista para aproximarse al derecho de forma neutral y avalorativa, distinguiendo el derecho como un hecho social idéntico a un hecho natural y por ende susceptible de estudio científico con independencia de la valoración que merezca su contenido. Por ello, los criterios distintivos del derecho son únicamente formales y se consolidan en una determinada teoría de la validez sustentada en las formas, procesos y requisitos de producción del derecho que el mismo se prescribe. Teoría que prescinde de toda valoración del contenido, pues cual vaya a ser éste es algo histórico y contingente.

Este punto de partida es inicialmente aceptado por todos los autores denominados positivistas; sin embargo, de negar una conexión no necesaria no se deriva su total negación: en este punto es donde surge los matices. Inicialmente se considera que el positivismo clásico defendía la total separación de estas esferas normativas, incluso, los críticos acusaban a sus representantes de escepticismo ético. Sin embargo, como afirma Carlos Santiago Nino:

“no todos los positivistas son escépticos en materia ética. Ciertamente no lo fueron Bentham, Austin, quienes estuvieron entre los fundadores del positivismo jurídico. Y autores contemporáneos que son representantes preeminentes del positivismo, como Hart, Bobbio, Carrió, Raz no defendieron posiciones escépticas en materia ética al exponer su posición positivista. Aún quienes son efectivamente escépticos, como Kelsen, Ross, Alchourron y Bulygin no es cierto que sean indiferentes al origen y contenido de los sistemas jurídicos, ni legitiman cualquier configuración del poder político, (...). Ellos dirían que su posición puramente <<científica>> sobre la naturaleza del derecho y la moral no tiene nada que ver con las actitudes que hay que tomar frente a un derecho que uno vive como inmoral, ante el que puede plantearse combatir con todas sus fuerzas”. (Nino, 1994, pág. 19)

6 Sin embargo, proclaman que es consistente con el positivismo la idea de que el derecho como importante institución social, tiene necesariamente algún valor moral que se radicaría en virtud del carácter formal, un valor claramente amoral (Waluchow, 2007, pág. 15)

Este argumento es fidedigno de que el positivismo ha sido tergiversado, incluso en una versión estática de sus postulados; no obstante, el positivismo ha evolucionado y se ha adaptado a los ordenamientos contemporáneos, por eso la gran mayoría de positivistas ya no están dispuestos a defender esta tesis. Sin embargo, aún existe una pequeña oposición que la defiende. Este movimiento es reconocido como el positivismo excluyente, el cual es liderado por Joseph Raz (1986).

A diferencia de los positivistas excluyentes, la unión entre derecho y moral es defendida por el neoconstitucionalismo; sin embargo, la relación no se presenta de norma a norma, como en el iusnaturalismo, sino que se da en el centro del ordenamiento jurídico, por medio de lo que Habermas denomina “*la emigración de la moral al seno del derecho positivo*”, (Prieto Sanchís, 1997, pág. 66). Emigración que se plasma en las normas de reconocimiento, a través de la Constitución, que establece las condiciones de validez, no sólo formales sino también materiales del resto de las normas del ordenamiento.

Dicha unión, se manifiesta según Alexy por “*la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, (que) incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo.*” (Alexy, 1993, pág. 526). En palabras de Prieto Sanchís “*en una simbiosis entre Constitución y Jurisdicción, es decir, entre valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación*” (Prieto Sanchís, 1997, pág. 23); *principios constitucionales* que con su contenido moral impregnan todo el ordenamiento jurídico, especialmente por medio del control constitucional y la aplicación directa de la constitución como fuente suprema de derecho; y *racionalidad práctica*, que se refiere a la actividad interpretativa del operador jurídico que se ve modificada ante la novedad del objeto de aplicación, principios constitucionales, que se aplican vía ponderación.

En relación con esta segunda tendencia, es forzoso precaver que no todos los neoconstitucionalistas defienden una conexión necesaria. Si bien la tesis de una unión necesaria entre derecho y moral es uno de los *puntos fuertes* de esta tendencia vanguardista, hay autores que se separan de esta afirmación tan radical y se unen a una tendencia intermedia. En este sentido, se presenta el positivismo inclusivo, el cual asume como el positivismo, la negación de una conexión necesaria entre derecho y moral, diferentes conceptualmente entre sí; pero, por otra parte, considera que la moral podría ser contingentemente incluida en el derecho como se presenta en las constituciones actuales.

Con fundamento en esta corriente, se plantea un punto intermedio entre positivismo y neoconstitucionalismo, que se distingue del segundo, por no constituir una conexión necesaria y, del primero, por no defender una separación radical. Asimismo,

se diferencia del iusnaturalismo tradicional en cuanto sitúa tal nexo en los principios fundamentales o constitucionales (Barberis, 2005, pág. 264).

No obstante, se debe advertir que ante estas tres posiciones hay quienes sostienen que es incompatible un neoconstitucionalismo que acepte una conexión contingente entre derecho y moral, como la defienden Ferrajoli y Prieto Sanchís con su visión de un constitucionalismo positivista, por considerarlo un contrasentido (García Figueroa, 2009, p.19). Ahora bien, con estos presupuestos teóricos, se analizará la relación entre derecho y moral en los puntos o momentos de mayor relevancia en el quehacer del jurista, estos son: la creación, la identificación de la existencia y validez, la interpretación y la justificación del derecho.

3. PANORÁMICA DE LA RELACIÓN DERECHO Y MORAL EN LOS DIVERSOS MOMENTOS JURÍDICOS.

Sólo se tendrá claridad de la relación entre derecho y moral si se muestran sus conexiones en sus justas dimensiones, por ello se analizará cómo estas esferas normativas se articulan en diferentes momentos jurídicos como son: la creación del derecho, la identificación de su existencia y validez, la interpretación y justificación del mismo

Así, en primer lugar, es ineludible que el derecho como mecanismo de control social refleja una cierta moral: la moral social o institucional. Ello se manifiesta en la *creación del derecho* donde el legislador al crear una norma privilegia ciertos valores y bienes jurídicos en relación con otros. Aquí se hace evidente una conexión empírica entre derecho y moral, dado que cuales vayan a ser los valores preferidos es algo contingente que depende del contexto filosófico, económico y político de la sociedad. Por ello, se puede imponer una moral privada como la de un grupo económico, una clase política o incluso un grupo racial, o una moral pública, inclusiva y plural.

En este sentido, la época medieval se caracterizó por la prevalencia de la moral como determinante del derecho, tanto así que ambos conceptos alcanzaban a confundirse; en cambio, la ilustración se levantó contra ese modo de ver la moral y estableció condiciones para objetivarla, llevando la reflexión ética a la norma, e impidiendo que pudiera construirse por fuera de ella. De esta manera, las normas expresaban la concreción moral de la sociedad –ej. la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)–, y quiso evitarse que la tiranía de los valores individuales –incluido el religioso– sorprendiera a los individuos.

En la historia de Colombia, también se aprecia el impacto de la moral en la formulación de las normas jurídicas; en efecto, la Constitución Política de 1991 incluye

la moral como un principio de la función administrativa -art. 209- y como un derecho colectivo -art.88-. A partir de ella, se deriva varias consecuencias como la protección de las acciones populares y un importante movimiento en pro de la transparencia institucional con la consagración de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal y en la función pública⁷.

Sin embargo, la moral tiene una impronta bastante fuerte en varias normas preconstitucionales. Así, basta ver la referencia de la “moral cristiana” como condicionante de la validez de la costumbre, como fuente de derecho, bajo la Constitución Nacional de 1886⁸; la posterior lectura de la Corte Constitucional al afirmar que “la expresión ‘moral cristiana’ designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana”(1994). Adicionalmente, como antecedentes la Constitución de 1886 establecía múltiples referencias a la moralidad no sólo referentes a la religión -art.40-, sino también, al ejercicio de las profesiones -art. 44 y-, y el derecho de asociación -art.47-.

Es que incluso el Código Civil, la norma de mayor usanza y tradición, se refiere a la moral con una definición negativa, esto es que la define a partir de lo inmoral, como aquello que atenta contra la ley, el orden público y las buenas costumbres. Concepto que condiciona la validez de la ley, al condicionar el contrato, definido expresamente como “ley para las partes” a su conformidad con la moral. En este sentido, se consagra vicios de nulidad como el objeto moralmente imposible e ilícito -art.1518- y la causa ilícita -art. 1524-; las sanciones al modo y las condiciones –suspensivas o resolutorias- que atenten contra la moral -arts. 1151, 1532, 1533 y 1537-; la obligación de declarar la nulidad absoluta -art. 1742-, entre otras sanciones y estipulaciones.

En fin, esta conexión empírica y conceptual se hace evidente en Colombia; de hecho, en esta etapa de construcción jurídica ninguna de las teorías niega dicha relación, porque, el derecho y la moral son mecanismo de control social y como tales siempre tienden a preferir ciertas pautas sociales. Vale la pena aclarar que esa relación necesaria entre derecho y moral en el plano empírico también se presenta cuando se defiende la existencia de un derecho preconstituido, preestatal

7 Al respecto, se encuentran los diferentes estatutos anticorrupción, cuya última versión Ley 1474 de 2011 consagra una gran cantidad de inhabilidades en la contratación estatal para financiadores de campañas, interventores, ex servidores públicos y contratistas incumplidos. Incluso una ilustración más impactante del valor de la moral reside en la consagración constitucional de inhabilidades permanentes para quienes sean condenados por delitos contra el patrimonio público o por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico– art. 122.C.P.-

8 Art. 13. Ley 153 de 1887. "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva".

o previo a la tarea legislativa. Prueba de ello, se encuentra en las multitudinarias declaraciones de derechos, como: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; entre otros.

En el plano teórico, Robert Alexy argumenta que hay una relación necesaria entre derecho y moral porque *“el juez o el legislador que no erigiera una pretensión de corrección (al establecer o aplicar normas) incurriría en una especie de contradicción performativa”* (Atienza & Ruiz Manero, Octubre 2007) (Alexy & Bulygin, 2001). En este sentido, otros autores consideran que *“Desde este punto de vista, la corrección de las normas se nos revela como una disposición que éstas necesitan para ser operativas”* (García, 2009, pág. 22). En efecto, para Alfonso García Figueroa, la inclusión de la moralidad como pretensión de corrección, en esta esfera de creación jurídica, es una exigencia para la operatividad del derecho. Al respecto, señala:

“En consecuencia, los teóricos del Derecho no deberíamos desatender el aspecto interno de las normas y la relevancia de su aceptación, según aprendimos (parece que paradójicamente) del positivista Herbert L. A. Hart ¿Qué sucedería entonces si una norma no pudiera incorporarse a las inferencias prácticas de un ser humano razonable porque su contenido fuera inaceptable? ¿Qué sucedería si una norma careciera completamente de esta disposición a insertarse en el razonamiento práctico de un individuo razonable? Desde luego, tal norma devendría inoperante en algún sentido, lo cual es particularmente grave tratándose de normas cuyo propósito consiste en ser operativas, en modificar la conducta de alguien” (García, 2009, pág. 22).

Ahora bien, es innegable la relación entre derecho y moral en la deliberación y creación de las normas jurídicas, en el cual no sólo se vislumbran referencias indirectas e imprecisas, sino referencias claras y concretas. Pretensión de corrección, operatividad o aceptabilidad de las normas por sus destinatarios, son consecuencias ineludibles de esta relación. En este punto, se afirma que tanto positivistas como neoconstitucionalistas están de acuerdo en afirmar la conexión entre derecho y moral.

En segundo lugar, la complejidad de la relación entre derecho y moral se presenta en la **identificación del derecho**, momento jurídico donde se presentan las mayores controversias. No obstante, para vislumbrar su alcance se hace necesario diferenciar la existencia y la validez jurídica, con el fin de demostrar que el neoconstitucionalismo no plantea nada novedoso, pues aunque revalúa el positivismo clásico, él mismo no se ve superado, ya que las premisas adoptadas

por esta tendencia vanguardista son defendidas por el positivismo, en su versión débil o inclusivo.

En el estudio de la existencia del derecho tanto el positivismo, versión clásica e incluyente, como el neoconstitucionalismo recurren a criterios formales, es decir, a la verificación de ciertas condiciones como competencias, procesos y demás requisitos de producción del derecho; de modo que, al cumplir esas estipulaciones, se está en presencia de una norma jurídica. De hecho “*el mínimo común denominador de los principales exponentes del positivismo jurídico, desde Bentham y Austin hasta Carrió, Bulygin y Raz, pasando por Kelsen, Ross y Hart, (...) es que el derecho puede definirse, identificarse y describirse sólo en términos fácticos, tomando en cuenta ciertas propiedades que son valorativamente neutras*” (Nino, 1994, pág. 23)

La mayoría de neoconstitucionalistas no radicales están dispuestos a admitir esta consideración en cuanto a la identificación de la existencia del derecho, aun cuando cuestiona las susodichas *propiedades neutras*. Pero dejando a un lado las objeciones, en este punto, se presenta una frontera entre la moral que se excluye e incluye en el derecho. Así, por una parte, se encuentra la moral social, institucional o legalizada, y por otra, se encuentra la moral que queda por fuera del derecho, esta es, la moral crítica.

Ahora bien, a pesar del acuerdo entre las diferentes corrientes, se presentan varias diferencias. En principio, se parte de una premisa general, según la cual *sólo es derecho aquellas pautas que cumplan con los requisitos de producción establecidos en la norma básica de identificación, sino cumple esos requisitos será cualquier cosa, menos derecho*. Sin embargo, un autor que se puede incluir entre los neoconstitucionalistas, no asume esta posición: es el caso de Dworkin, quien, de hecho, critica la teoría del linaje, pedigrí, origen o autoridad, la cual establece test de contenidos neutros para la identificación del derecho existente, cuya satisfacción es independiente de toda consideración moral.

Dworkin aduce que los principios jurídicos no podrían satisfacer los test de linaje, que su existencia y naturaleza moral es incompatible con el positivismo, de tal manera que una versión de esta tendencia que admita la existencia y naturaleza moral de los principios es incoherente (Waluchow, 2007, pág. 190). En este sentido, afirma que “*Junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa*” (Calsamiglia. En: Dworkin, 1995, pág. 9).

Al parecer, el argumento de Dworkin es muy persuasivo, pero pasa por alto que el positivismo no es una tendencia estática y, una de sus versiones desarrolladas es compatible con los principios de naturaleza moral; que de hecho, la presencia de estos no es incompatible con la tesis defendida de una relación contingente entre

derecho y moral. En este sentido, es importante diferenciar entre principio moral (independientemente de cuál sea la moral defendida) y principio jurídico, pues si bien puede darse el caso de que todos los principios jurídicos sean morales, no todos los principios morales son jurídicos, la existencia de un principio como jurídico depende del cumplimiento de ciertos requisitos de existencia.

Ahora bien, una cosa es la identificación de un principio como jurídico y otra, muy diferente, la determinación de su contenido, pues se puede tener claridad sobre la formulación de un principio jurídico de naturaleza moral, ej, dignidad humana, contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, pero muy poca claridad sobre su alcance que en muchas ocasiones requerirá de una deliberación moral; sin embargo, esta deliberación no es condición *sine qua non* de su calificación como derecho existente.

Tras el análisis de la relación entre derecho y moral en la determinación de la existencia del derecho, se evidencia que el positivismo al menos en su versión incluyente, dúctil, corregido o postpositivista, no ha sido derrotado, pues los críticos han atacado un enemigo fantasma, ya que aceptar una naturaleza moral de los principios jurídicos, la cual se evidencia al vislumbrar su alcance y aplicación en el caso concreto, no es incompatible con las posiciones que defienden una posición contingente entre el derecho y la moral. Es así como muchos neoconstitucionalistas están de acuerdo en alejarse de la argumentación de Dworkin, y en este sentido hay una gran compatibilidad entre las premisas adoptadas por varios neoconstitucionalistas como Prieto Sanchís, Peces Barba, y varios positivistas como Hart, Kelsen, e incluso Luigi Ferrajoli.

Pero dejando atrás la identificación de la existencia, se pasa a la identificación de la validez del derecho, un punto álgido en la controversia, pues “*el concepto de validez jurídica es crucial en el discurso justificatorio (pero también en el interpretativo y en la identificación del derecho), ya que es el concepto que hace de puente entre ese discurso (jurídico) y el discurso moral más amplio*” (Nino, 1994, pág. 72)

En la validez del derecho, las relaciones entre derecho y moral varían considerablemente del positivismo clásico y excluyente, al inclusivo y por supuesto al neoconstitucionalismo. Así, en el primero, la validez del derecho tiende a confundirse con el juicio de existencia del mismo debido a que su teoría se limita a la verificación de aspectos formales, mejor dicho a la comprobación de que la norma fuera dictada efectivamente por quien tenía la competencia y siguiendo el proceso estipulado, independientemente del mérito o desmérito de su contenido (Hart, 1968; Kelsen, 2009, pág. 112-113).

En este sentido, se presenta una situación de separación entre el derecho y la moral, pues tal como afirma Raz la moral esta necesariamente excluida del concepto de

derecho, a diferencia de las otras tendencias donde la moral empieza a jugar un rol protagónico (Alexy, 2008, pág. 80). No obstante, aunque en ambos casos se requieren satisfacer requisitos sustanciales que miran el contenido de la normativa, dichos requerimientos tienen que ver con el respeto de los principios o valores fundamentales que se han instaurado en la regla de reconocimiento (Prieto Sanchís, 1997). En este punto, surge una diferenciación importante con el iusnaturalismo, pues no es la concordancia frente a cualquier principio moral o valor lo que se verifica al realizar el juicio de validez, sino el respeto por los principios y valores que cumplan una condición especial: que hagan parte de la regla de reconocimiento que ha establecido el ordenamiento jurídico.

Así para el positivismo clásico el examen de validez del derecho sólo tiene en cuenta parámetros formales, pues no interesa cuales sean los principios, postulados o valores que defiendan el ordenamiento jurídico. En cambio, en el iusnaturalismo, si bien se puede realizar el examen de validez con la misma metodología, los postulados, principios o valores que sustentan todo el ordenamiento jurídico tienen una naturaleza moral que debe ser respetada por toda norma, pues en caso contrario, aun cuando cumpla con los demás requisitos de validez, será considerada como una norma existente pero no válida.

En este contexto, la indiferencia del positivismo clásico por el mérito de las normas jurídicas, abre las puertas a la tendencia incluyente, que defiende una conexión contingente entre la moral y el derecho, de manera que no serán sólo criterios formales o materiales los que se han de utilizar para realizar el examen de validez de las normas jurídicas, sino que se han de tener en cuenta ambos criterios. Así, la consideración de parámetros morales para invalidar algunas normas jurídicas, cuando estos se encuentran consagrados en el sistema jurídico, es claramente compatible con el positivismo incluyente.

En esta última parte las fronteras entre el neoconstitucionalismo y el positivismo incluyente tienden a desaparecer; sin embargo, es importante advertir que, así como hay varias tendencias del positivismo, también hay varias del neoconstitucionalismo. En efecto, una de estas corrientes defiende una conexión necesaria, es el caso de Dworkin, y la otra, proponen una conexión condicionada a que esas reglas o principios hagan parte de la regla de reconocimiento, tesis afirmada por la gran mayoría de autores.

En efecto, en los ordenamientos jurídicos actuales, el análisis de validez implica la conformidad con los principios y derechos fundamentales de las cartas constitucionales, y más específicamente, de los bloques de constitucionalidad; por tanto, se presenta no sólo una validez formal sino también una sustancial (Ferrajoli, 2007). En este sentido, se afirma que *“la validez de las normas jurídicas no puede*

derivar de meras circunstancias de hecho, [...pues] tiene necesariamente que derivar de valoraciones extrajurídicas como es la legitimidad de las autoridades supremas del orden jurídico para prescribir normas jurídicas” (Nino, 1994, pág. 66). Además de este argumento, la incidencia de la moral o defectos morales en la validez se prueba con actuaciones institucionales de los ordenamientos jurídicos al descalificar las normas de facto y al realizar el control de constitucionalidad sobre la normativa infraconstitucional.

Una clara ilustración de estas premisas se encuentra en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en casos tan controvertidos como la reelección presidencial donde plantea la tesis de la sustitución de la constitución (2003, 2005, 2010), según la cual el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar la Constitución, más no para sustituirla. Por tanto, todo cambio en la identidad del texto constitucional que desnaturalice su contenido esencial implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformatorio. Planteamiento del que se deriva la existencia moderada de unos contenidos intangibles o cláusulas pétreas conformadas por los principios fundantes o definitorios de la Constitución.

En el ámbito teórico, Robert Alexy distingue tres formas en que los defectos morales del derecho afectan la validez jurídica: i) perdiéndola en todos los casos; ii) perdiéndola sólo en algunos casos; y, iii) no afectándola. Así en la primera se dice que *“las reglas inmorales no son jurídicamente válidas”* (Alexy, 2008, pág. 81); en la segunda, ni siempre, ni nunca se socava la validez, pues los defectos jurídicos sólo la afectan *“si y sólo si se traspasa el umbral de la injusticia extrema”* (Alexy, 2008, pág. 83); y, la tercera, que postula que no se afecta la validez jurídica, porque *“la conexión entre derecho y moral no es de naturaleza clasificatoria sino sólo de tipo ideal o cualificatoria”* (Alexy, 2008, pág. 85).

En este sentido, la Corte Constitucional y otros tribunales constitucionales han implementado la teoría de las sentencias condicionadas para modular el efecto de sus sentencias; en efecto, en lo que ha validez respecta, la alta Corte en algunos casos suprime, adiciona o interpreta una disposición jurídica de modo que la norma respete los postulados superiores. Así los parámetros de injusticia y demérito de una disposición se relacionan con la vulneración a principios y derechos fundamentales, tales como la igualdad en casos relacionados con la equiparación de derechos y garantías de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales⁹; de las parejas del mismo sexo, la unión marital de hecho y las parejas con vínculo matrimonial¹⁰. Así como,

9 Corte Constitucional. Sentencia C- 105 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

10 Al respecto, Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

en los asuntos relacionados con el intérprete autorizado de la Carta Constitucional, la defensa del precedente judicial y administrativo¹¹.

Por ello, hoy no existe duda de que los principios constitucionales y los derechos fundamentales han dado un giro al análisis de la validez, cambio que enfatiza el neoconstitucionalismo y, al que se adapta el positivismo. Es así como el positivismo no es indiferente a la transformación de los sistemas jurídicos y al análisis de validez, por ello, una de sus versiones -positivismo inclusivo- admite la introducción de parámetros morales en este juicio, estableciéndose un claro punto de encuentro y conexión, no sólo entre el derecho y la moral, sino también, entre el neoconstitucionalismo y el positivismo, reconocido por todos los operadores jurídicos¹².

En tercer lugar, y luego de estudiar los parámetros de validez, surge en la empresa del jurista un momento crucial de su quehacer, la tarea de asignar significado a los actos lingüísticos, textos y prácticas como paso ineludible para la efectiva aplicación del derecho, es el momento de *la interpretación jurídica*.

En este campo el neoconstitucionalismo con su imperialismo de la moral cree derribar al positivismo al criticar un razonamiento cognoscitivo y propender por un razonamiento práctico, complejo o simplemente moral. Lo cierto es que si bien arremete contra la versión clásica, deja incólume al positivismo incluyente, pues desde esta postura también se puede recurrir a este razonamiento, de hecho no hay muchas diferencias entre esta tendencia y el neoconstitucionalismo, quizás la más importante sea que la primera asume una conexión contingente del derecho y la moral, mientras, la segunda defiende *supuestamente* una relación necesaria, una postura claramente sostenida por Alexy y Carlos Santiago Nino (Barberis, 2005, pág. 265).

Sin embargo, esta relación se torna problemática en virtud de la división entre casos fáciles y difíciles, pues se consideraba –por el positivismo- que sólo se apelaba a un razonamiento moral en los casos difíciles cuando la decisión estaba a discreción del juez, ésta era al menos la postura inicialmente propuesta por Hart (Waluchow, 2007, pág. 284) Ello es así, pues no se contrasta la tarea cognoscitiva frente a la volitiva del operador jurídico, ya que el positivismo al aceptar la textura abierta no sólo acepta la discreción sino el carácter creativo de la tarea judicial, sólo que, el razonamiento práctico que se pretendía tener sólo en los casos difíciles se extendió

11 Al respecto, Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

12 Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado que: “No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.” (1994).

a todos los casos, sean fáciles o difíciles, pues los factores morales determinan el real significado y alcance de las reglas jurídicas (Waluchow, 2007, pág. 277).

Tal situación encuentra justificación en la necesidad de evitar absurdos manifiestos o resultados moralmente repugnantes (Waluchow, 2007, pág. 287). En esta medida, un razonamiento práctico se vislumbra en las controversias jurídicas, y con él, ciertos argumentos que apelan al espíritu de la ley, pues se ha revaluado la reducción a una interpretación meramente cognoscitiva y literalista, para pasar a una interpretación que delimite el alcance normativo teniendo en cuenta los propósitos del legislador, las finalidades de la norma y las consecuencias de la misma en determinado contexto.

En este sentido la interpretación deja de fundarse en la subsunción para adoptar la ponderación, pues la textura de las normas ya no de reglas sino de principios exige adoptar nuevos modelos de interpretación que permitan la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos. En este sentido, se presenta múltiples casos donde la razón práctica y moral justifican la adopción de las normas jurídicamente válidas, como acontece en decisiones de gran impacto moral como:

- i. La despenalización del aborto tras la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, en tres casos: a) cuando el embarazo constituya peligro para la salud o la vida de la mujer; b) cuando exista graves malformaciones del feto que hagan inviable su vida; y, c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento (violación), abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto (Corte Constitucional, 2006).
- ii. La Sentencia C-239 de 1997, en la que se pondera la vida como valor constitucional, el deber del Estado de protegerla *Vs* la autonomía individual y la dignidad humana, y se decide exhortar al legislador a regular la muerte digna. En ella se pone de presente, que el homicidio por piedad no es en todos los casos una conducta antijurídica, se debe valorar el caso concreto y por ello, realza el valor de la dignidad de la persona, pues no se trata de vivir como un solo hecho biológico, sino de vivir con dignidad. Es así como afirma la Corte que: *“El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad”*.
- iii. La Sentencia C-221 de 1994, pronunciamiento en que la Corte Constitucional despenaliza la dosis mínima. En esta providencia se analiza el artículo 51 de la

Ley 30 de 1986 que penaliza de diversas formas el consumo de drogas¹³, y tras ponderar los derechos a la salud *V/s* la autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, la Corte concluye que el Estado no es el dueño de la voluntad y la vida de las personas, por tanto, no puede obligar a las personas a recibir tratamientos médicos en contra de su voluntad.

En síntesis, en el campo interpretativo el neoconstitucionalismo si bien propende por un discurso práctico y por la consideración de aspectos valorativos, los positivistas tampoco desconocen estos aspectos; de hecho, ya habían reconocido la dimensión valorativa en esta tarea, pues al decir de Carlos Santiago Nino:

“Sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas, sufren ellos mismos, de indeterminaciones, y, dadas sus propias inconsistencias, ..., no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa” (Nino, 1994, pág. 95) “...el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral. El reconocimiento de esta última (...) conexión (...) implica descalificar el encubrimiento de la dogmática jurídica y otras alternativas de reconstrucción jurídica...” (Nino, 1994, pág. 128).

Ahora bien, es claro que la interpretación del derecho no es igual a la de antaño, la nueva estructura de las normas y las dificultades propias de la hermenéutica exigen recurrir a parámetros como la ponderación, a razonamientos prácticos como la

13 Art. 51. Ley 30 de 1986. “Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

“a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

“b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

“c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

“La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de ésta a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva Seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

moral. En este punto, neoconstitucionalistas y positivistas, generalmente, están de acuerdo, salvo algunas personas que defienden un razonamiento silogístico como García Amado y Luigi Ferrajoli (García Amado, 2007; Ferrajoli, 2001)□.

En cuarto lugar, el neoconstitucionalismo defiende un nexo necesario en la *justificación del derecho*, Barberis citando a Nino argumenta que “*el derecho, en cuanto hecho, sólo pueda considerarse obligatorio si está justificado, o sea si está apoyado en premisas morales*” (Barberis, 2005, pág. 265). En este sentido, es más enfático Nino, al considerar que:

“Este imperialismo del discurso moral implica que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales” (Nino, 1994, pág. 82) “...indudablemente que el derecho tiene una conexión justificatoria esencial con la moral, y que las necesidades de los diferentes discursos exigen, (...) que esa conexión se vea reflejada de forma apropiada en los esquemas conceptuales que se ofrecen para servirlos” (Nino, 1994, pág. 83).

Esta posición no es opuesta al positivismo metodológico, pues si bien éste no es enfático en la justificación del derecho, reconoce que el derecho como hecho social, no podría ser concebido intrínsecamente como obligatorio, de ahí que “*la única justificación de la obligatoriedad del Derecho se debe, en última instancia, a su conformidad con la moral*” (Barberis, 2005, pág. 265)

Ahora bien, se considera que quienes atribuyen al positivismo una negación de la relación entre derecho y moral, parten del supuesto equivocado de “*que los positivistas verían al derecho como un sistema normativo que provee razones para justificar acciones y decisiones, sin necesidad de servirse de consideraciones externas a ese derecho(...)*los positivistas recurrían al derecho positivo de una sociedad en su razonamiento práctico (...) como fuente autosuficiente y final de justificación” (Nino, 1994, pág. 21).

Pero, como se evidencia hasta los positivistas consideran que el derecho se provee de justificaciones morales, por lo tanto, no hay una innovación del neoconstitucionalismo. Incluso se vislumbra que los iusnaturalistas y neoconstitucionalistas, al criticar al positivismo, parten de una falsa premisa y es que “*el concepto puramente descriptivo de derecho del positivismo conceptual lleva implícitamente al positivismo ideológico, o sea, a la tesis de que un sistema que satisface las condiciones fácticas de juridicidad provee razones autónomas para justificar acciones o decisiones, cualquiera que sea la justicia o legitimidad de las prescripciones que constituyen ese sistema*” (Nino, 1994, pág. 26).

No obstante, se puede evidenciar que en el plano de la justificación tanto el neoconstitucionalismo como el positivismo apelan a la moral.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad es común encontrar afirmaciones sobre el estado agonizante del positivismo jurídico; sin embargo, en la mayoría de los casos se debe a un análisis somero del asunto, a la elaboración de un enemigo fantasma, de un hombre de paja, sobre el cual se alzan victoriosos con argumentos poco innovadores, con presupuestos poco admisibles como la estaticidad de la corrientes jurídicas, la univocidad de sus premisas y la defensa unánime de las mismas por quienes dicen ser positivistas.

Pero realmente se hace necesario matizar las apreciaciones, pues las posturas no son tan radicales; de hecho, se ha demostrado que las tesis del neoconstitucionalismo que vanaglorian una moralización de los ordenamientos jurídicos no revalúan radicalmente al positivismo, pues éste —al menos un gran sector del mismo— ha sobrevivido y se ha adaptado a las nuevas condiciones del orden jurídico, de ahí la calificación de positivismo inclusivo.

Es así como se ha demostrado que la superación radical del positivismo (Zagrebelsky, 1997) no es más que un falso dilema, una falsa apreciación que se ha develado en los momentos jurídicos de mayor transcendencia. Así, en la creación del derecho, donde los presupuestos morales son ineludibles para la elección de las pautas que se consideraran derecho.

Con la identificación del derecho, se presenta cierta novedad, pero no en la determinación de la existencia del derecho, sino en la determinación de su validez donde se insertan consideraciones de tipo sustancial; sin embargo, el positivismo en su versión incluyente se adapta a los nuevos presupuestos de los ordenamientos jurídicos.

En el momento interpretativo, si las grandes críticas al positivismo habían sido recogidas por sus representantes, el neoconstitucionalismo no promueve algo novedoso al abrir la interpretación a consideraciones valorativas. Su novedad radica en el gran énfasis que impone en este punto, así como la relevancia que tiene estas consideraciones en el derecho práctico, una importancia que no deriva tanto de la tarea interpretativa como del valor normativo que han adquirido principios y postulados de contenido moral por el cambio paradigmático que ha sufrido la cultura jurídica después de las posguerras mundiales.

Frente a la justificación, es claro que no hay una superación del positivismo, pues de hecho éste nunca defendió tener razones autónomas para justificar el derecho, a excepción del positivismo ideológico. Sin embargo, como la doctrina lo afirma, éste último fue más una creación de los críticos que de los defensores del positivismo (Bobbio, 1999), por lo tanto no hay una controversia sino un acuerdo entre las tendencias para justificar el derecho en consideraciones extrajurídicas.

Por lo antes expuesto, se demuestra que en la teoría jurídica entre el derecho y la moral no hay una relación tan contradictoria y antagónica, pues esa adversidad de la tesis de la unión y de la separación, no constituye más, que un falso dilema. En efecto, el antagonismo presupone los postulados de un iuspositivismo del siglo XVIII, sin tener en cuenta su evolución y adaptación a la nueva cultura jurídica: la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

Además, los juicios de decadencia del positivismo desconocen que en el (neo) constitucionalismo existen peligros y contradicciones internas, similares a las del propio iuspositivismo. Es así, como uno de los mayores peligros que se divisan, en esta tendencia, es el de hacer referencia a una moral, sin hacer distinciones entre una moral positivizada y una crítica, pues al no diferenciar se corre el riesgo de caer en arbitrariedades, que eximen al operador jurídico de su responsabilidad política y social hasta el punto de eliminar la crítica. Además de caer en una ideología para nada diferenciable de la acuñada al positivismo, de la cual supuestamente derivaría una obligación incondicionada de obediencia, donde el derecho representaría el carácter de lo justo y de lo injusto, debido a que el criterio de justicia como calificativo del derecho se reduce a la noción de validez, que vendría acuñada en las constituciones, de ahí que sólo sería derecho justo el válido. Como se aprecia, una tendencia poco diferenciable del denominado positivismo ideológico o legalismo, tendencia donde el derecho se reduce a la ley, y el juicio de legalidad se confunde con el juicio de justicia (Bobbio, 1998, pág. 231).

Tal peligro es claramente viable, pues la defensa de la moral positivizada implica para un sector de la doctrina una *ciencia jurídica comprometida*, en la cual se confunde el juicio de constitucionalidad con el juicio moral, y donde toda decadencia moral se reduce en una decadencia jurídica. No obstante, no se debe pasar por alto la existencia de una moral crítica, que permite perfeccionar el juicio constitucional sobre el de legalidad; asimismo, sobresalen los múltiples casos en que la moral influye en el derecho, como en los ámbitos de creación, identificación de la existencia y validez, interpretación y justificación del derecho. Por ello, se concluye que la conexión entre el derecho y la moral no es necesaria, aun cuando la defiendan algunos neoconstitucionalistas; tampoco es una conexión inexistente, a pesar de la defensa del positivismo excluyente, sino una conexión contingente como en la teoría y la praxis se presenta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto de validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

- Alexy, R., & Bulygin, E. (2001). *La pretension de corrección del derecho : la polémica Alexy -Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (Octubre 2007). *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. *ISONOMÍA* (27).
- Bayón, J. C. (2002). *El contenido mínimo del positivismo jurídico*. En: Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá. Vol. 2, 33-54.
- Barberis, M. (2005). *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral*. En: M. Carbonell, *(Neo)constitucionalismo* (págs. 259-278). Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (1998). *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (1999). *El problema del positivismo jurídico*. Sexta edición. México: Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1998). *Postpositivismo*. *Doxa*, I (21), 209-220.
- Carbonell, M. & García, L. (Ed). (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, P. (2002). *Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico*. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (16), 90-112.
- Comanducci, P. (2003). *Las conexiones entre el derecho y la moral*. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Vol. VIII, (12), 15-26.
- Consejo de Estado. (2007) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Rad. 88001233100020040000901. Acción Popular.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-221. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- _____ (1994). Sentencia C-224. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía
- _____ (1997). Sentencia C-239. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- _____ (2003). Sentencia C-551. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- _____ (2005). Sentencia C-1040. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa y otros.
- _____ (2006). Sentencia C-355. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería & Clara Inés Vargas Hernández
- _____ (2010). Sentencia C-141. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2001). *Pasado y futuro del estado de derecho*. *Revista Internacional de Filosofía Política*. Julio (17), 31-46.

- _____ (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- _____ (2001). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- _____ (2007). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- _____ & otros. (2012). Un debate sobre el constitucionalismo: monográfico revista Doxa, núm. 34. Madrid : Marcial Pons.
- García Amado, J. A. (2007). *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. En: *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo. En línea: [<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>]
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Garzón Valdés, E. (1990). *Algo más acerca de la relación entre derecho y moral*. Doxa, (8), 111-130.
- Gaviria Díaz, C. (1992). *Temas de Introducción al Derecho*. Medellín: Señal Editora.
- González de la Vega, R. & Lariguet, G. (2013). *Problemas de filosofía del derecho. Nuevas Perspectivas*. Bogotá: Temis.
- Guastini, R. (2005). *La constitucionalización del Ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición. Editorial Trotta. Madrid.
- Hart, H. L. A. (1968). *El concepto de derecho*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. 4ª ed. 9ª reimp. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires -Eudeba-.
- Nino, C. S. (1994). *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pino, G. (2011). *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa, (34), 201-228.
- Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y Positivismo*. México: Fontamara.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derecho y Moral en la época del Constitucionalismo Jurídico*. Revista Brasileira de Direito Constitucional , 67-85.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación*. (trad. Vilajosana, J.). Doxa, (21), 339-353.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Roca, V. (2007). *Una mirada a “algo más acerca de la relación entre derecho y moral” (1992) de Ernesto Garzón Valdés*. Doxa, (30), 165-170.
- Waluchow, W. J. (2007). *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Madrid: Trotta.



Título: Rata Calva

Técnica: dibujo acrílico dorado
más lápiz

Año: 2014

LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO Y SU VALORACIÓN FRENTE A LAS PERSONAS INJUSTAMENTE PRIVADAS DE LA LIBERTAD*

* Este escrito se deriva del proyecto de investigación en curso denominado: “La privación injusta de la libertad como riesgo asegurable”, financiado por la facultad de Derecho e inscrito en la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Católica de Oriente.

Fecha de recepción: septiembre 3 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 22 de 2014

LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO Y SU VALORACIÓN FRENTE A LAS PERSONAS INJUSTAMENTE PRIVADAS DE LA LIBERTAD

*Libardo Quintero Salazar***

RESUMEN

El presente artículo, busca dar un manejo sencillo y práctico de la prescripción extintiva en el contrato de seguro, pero especialmente cuando esté vinculada con personas que actúen como interesadas en el contrato de seguro y estén privadas injustamente de su libertad, especialmente por medio del secuestro.

Palabras clave: Contrato de seguro, prescripción ordinaria, prescripción extraordinaria, secuestrados, personas injustamente privadas de la libertad.

THE PRESCRIPTION OF THE INSURANCE CONTRACT, AND THE ASSEMENT IN FRONT OF THE PEOPLE UNJUSTLY DEPRIVED OF LIBERTY

ABSTRACT

This article attempts to provide a simple and practical management statute of limitations in the insurance contract, but especially when linked with people who act as interested in the insurance contract and they are unjustly deprived of their liberty, especially by kidnapping.

Keywords: insurance, ordinary prescription, prescription extraordinary Agreement kidnapped unjustly deprived of liberty.

** Abogado de la Universidad Católica de Oriente, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Magister en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca-España. Docente investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas -Línea Justicia y Sociedad- de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Oriente-Colombia.

LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO Y SU VALORACIÓN FRENTE A LAS PERSONAS INJUSTAMENTE PRIVADAS DE LA LIBERTAD

INTRODUCCIÓN

Por medio de este artículo, se pretende abordar por un lado la problemática suscitada en materia de prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro en general y por el otro, cuál es su aplicación en tratándose de personas privadas injustamente de la libertad mediante secuestro y que actúan como interesados en un contrato de seguro.

Frente a lo primero cabe decir, que se ha generado una controversia a partir de la división bipartita de la prescripción extintiva de las acciones en el Código de Comercio. Ello, porque siendo un mismo hecho generador desde el cual nace el derecho a exigir una determinada prestación, puede ejercerse desde momentos diferentes, haciéndola depender o bien de un elemento subjetivo o bien de un elemento objetivo. En otras palabras, en materia del contrato de seguro se manejan las llamadas: prescripción ordinaria y extraordinaria. La primera tiene un plazo corto de 2 años, que se cuenta a partir de que el titular del derecho tiene conocimiento (de ahí el elemento subjetivo) del hecho que genera la acción o el derecho a reclamar. Pero también, corre paralelamente la prescripción extraordinaria que tiene un término de 5 años y la que se cuenta desde el momento en que ocurre el hecho que genera la acción (elemento objetivo). Ésta última prescripción entra a operar, en caso de que el titular del derecho no haya tenido conocimiento de ese hecho, o que teniéndolo, no ejerció su derecho dentro de los términos de la misma prescripción extraordinaria.

Como se puede observar, es una forma diferente y compleja de ver la prescripción extintiva, en la medida que en Colombia se ha manejado la institución especialmente en materia de contratos, por medio de un solo término de prescripción, sin entrar en juego especialmente algún elemento subjetivo, volviendo la prescripción en materia de seguros una regulación muy particular dentro de las de su especie.

Lo anterior pareciera una problemática meramente técnica y solo aplicable a las relaciones generadas en un contrato de seguro en circunstancias normales. Pero el tema puede tomar una mayor relevancia e interés cuando es aplicado a situaciones específicas, como sería el caso de tomadores y beneficiarios de contratos de seguros,

que se encuentran privados injustamente de su libertad y en especial mediante el delito de secuestro.

El contrato de seguro es por antonomasia el instrumento jurídico de prevención del riesgo más importante y utilizado hoy en día por las personas. Es muy normal que una persona sea o tomador o beneficiario de algún tipo de seguro. Por ello y porque desafortunadamente la privación injusta de la libertad en mayor o menor medida le puede suceder a cualquier ciudadano en nuestro país por razones particularmente de orden público, de todas maneras ante tan desventurada circunstancia hay que seguir pensando en los derechos y deberes económicos que se siguen ejecutando en virtud del contrato de seguro.

Por lo anterior es válido preguntarnos a efectos de este trabajo de qué manera corren los términos de prescripción: ¿Siguen en todo o parte las mismas reglas del código de comercio, o deben matizarse con normas especiales que tienen en cuenta las especiales circunstancias en que se encuentran éstas personas? Por ello, en este último aspecto, intentaremos armonizar las normas propias de la prescripción en el contrato de seguro, con otras que hagan relación al tema, cuando se trate relaciones jurídicas enmarcadas en el contrato de seguro y personas privadas injustamente de la libertad y en especial la ley 986 de 2005 que trae un régimen proteccionista del injustamente privado de la libertad, entre el que se encuentra una especie de interrupción de la prescripción que hemos denominado *legal*, que puede permear el manejo de los términos prescriptivos propios del Código de Comercio, dándoles un alcance diferente. En este último aspecto, si bien se ha entendido que los términos de prescripción en el contrato de seguro son inmodificables y en especial por las partes, la norma “no lo hace de una manera exclusiva y excluyente que permita pensar en la imposibilidad de modificar la forma de contabilizarlos” (Fajardo & Collazos Rivera, 2010) y más en una situación tan particular, pues como veremos, se trata de una norma que emana directamente del postulado de solidaridad como fundamento del Estado Social de Derecho y que rediseña para el caso, el sistema de fuentes.

En ese orden de ideas, el trabajo se compone de dos partes principales: La primera, hace relación en general a la problemática propia de la prescripción extintiva, abordada única y exclusivamente desde las normas del Código de Comercio y en lo pertinente del Código Civil. Y en la segunda, abordaremos el tema en especial de las personas privadas de injustamente de la libertad y, la prescripción en el contrato de seguro con las demás normas afines aplicables a este caso concreto. La primera parte, hace como base de la segunda, pues sería imposible abordar la problemática de la prescripción en materia de seguros cuando esté relacionado en sus efectos con personas privadas injustamente de la libertad, sin que previamente se entienda de manera fundamental los elementos propios de la prescripción extintiva en ma-

teria del contrato de seguro, en la medida que aun en esa especialísima situación, los efectos de sus normas no se eliminan, si no que eventualmente se modifican o cambian la manera de leerse, dependiendo de las diferentes hipótesis en las que se encuentre el injustamente privada de la libertad, mediante secuestro.

Con el ánimo de procurar un buen entendimiento del tema, abordaremos el estudio de estas problemáticas a partir principalmente de estudios hipotéticos de casos con la intención de ser más ilustrativos que exhaustivos.

1. LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO

Cualquiera que aborde el estudio de la institución de la prescripción extintiva de las acciones derivadas en materia de seguros, no negará de entrada lo complejo que ha sido la interpretación y alcance del artículo 1081 del Código de Comercio Colombiano (Colombia, Decreto 410 , 1971) Y es que su sola redacción ha dado lugar a disímiles y variadas interpretaciones, siendo la Corte Suprema de Justicia a nuestro parecer la que más ha intentado sostener sistemáticamente el alcance de la norma desde el año de 1977 fecha desde la cual, se expide una sentencia de esa Corporación en sede de Casación Civil y la misma que ha marcado una carta de navegación para las demás sentencias que han tenido que ver con el tema de la prescripción que comentamos hasta el día de hoy, como pasaremos a verlo.

Expresa el comentado artículo:

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Como se puede detallar de la literalidad del artículo, la prescripción puede ser ordinaria o extraordinaria, cada una con un término, momento y sujetos que determina su aplicación. La primera se comenzará a contar desde que se tuvo un conocimiento real o presunto (carácter subjetivo) del hecho que da base a la acción. Por ejemplo para el caso del seguro de vida, el hecho que da base la acción sería la muerte del asegurado, lo que vendría a materializar el siniestro, tiempo desde el cual frente a los interesados comenzará a correr el término de dos años para reclamar la indem-

nización (bajo el supuesto que conocieron la muerte de aquel). No obstante se debe advertir desde ya que el siniestro no es el único hecho que según la norma da base a la acción, sino como lo veremos más adelante existen otros *hechos* desde los cuales se cuenta este mismo termino prescriptivo y que se encuentran subsumidos dentro del artículo, porque también el asegurador tiene acciones derivadas del contrato de seguro que comienzan a correr desde momentos diferentes al siniestro.

Por otro lado, la prescripción extraordinaria es de un carácter eminentemente objetivo, es decir, será un término fatal que corre paralelo a la prescripción ordinaria, y el que se contará ya no desde que se tiene el real o presunto conocimiento del hecho que da base la acción, sino desde el mismo momento en que nace el derecho, que para el ejemplo propuesto con las salvedades dadas, sería el día de la ocurrencia de la muerte del asegurado; y que beneficiaría con un término amplio de 5 años a las personas que no hayan tenido por alguna razón, forma de enterarse de aquel siniestro o fueran personas legalmente incapaces al tenor de las normas del Código Civil¹.

Pese a la especialísima regulación de la prescripción de las acciones en el contrato de seguro, la misma no alcanza a regular todos tópicos que se puedan ver involucrados en el caso concreto, por ello cuando quiera que aquellas circunstancias que no sean del alcance del artículo 1081 del C. de Co serán complementadas con las disposiciones que sobre la prescripción uniforma el Código Civil Colombiano en cuanto no le sean contrarias, lo que da vía libre a la aplicación por ejemplo de instituciones tales como suspensión, interrupción, alegación de la prescripción etc; todo en virtud de la remisión permitida por el artículo 822 del Código de Comercio.

Abordemos a continuación cada una de las prescripciones en particular:

1.1 La prescripción ordinaria

....La prescripción ordinaria será de dos años y empezará correr desde el momento que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción....

1 Lo anterior es lo que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia, sobre la conveniencia o no del artículo. Para unos es una completa innovación frente al régimen tradicional de la prescripción y frente a la extraordinaria se ha justificado en que “ventajoso para el asegurador, porque después de transcurridos cinco años desde la fecha del siniestro, puede disponer de la reserva correspondiente. Desventajoso, porque al vencerse ese término, ya no podrá alegar nulidad del contrato por vicios en la declaración de asegurabilidad” (Ministerio de Justicia, 1958). Otros propugnan por una reforma a la norma con el ánimo de establecer solo un término de prescripción, lo que se intentó según el anteproyecto de lo que hoy es la ley 791 de 2003, reformativa de los plazos de prescripción, donde se contempló la posibilidad de manejar un término de prescripción de 2 años, circunstancia que sin embargo no se logró (López Blanco, 2004).

Al señalar la disposición transcrita, el parámetro para la determinación del tiempo a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción, se fundamenta en el momento en que el interesado quien deriva un derecho del contrato de seguro, ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, lo que constituye el elemento subjetivo “conocimiento”, cuya prueba incumbe a quien lo alega como punto de partida de la prescripción ordinaria. De lo contrario, no tiene otra alternativa que acogerse a la extraordinaria (Ossa Gómez, 1981). Además, como lo indica el profesor Carlos Ignacio Jaramillo (2012) “En la ordinaria, los dos años están atados al conocimiento, real o presunto, como lo han reconocido la ley, la jurisprudencia y la doctrina, pues el enteramiento puede deducirse de hechos inequívocos o de omisiones indicativas de la falta de diligencia, razón por la cual se emplea la expresión...*debido tener conocimiento*”.

1.1.2 *Personas frente a las que corre*

La norma habla de *interesado*, que es toda aquella persona natural o jurídica, que deriva alguna ventaja o beneficio económico, cuyo plazo extintivo corre en favor o en contra, bien sea frente a una indemnización cuando se trate del tomador, el asegurado o el beneficiario; o frente al asegurador que también es un interesado y quien también la prescripción o le perjudica, como en el caso de que no ejerciera en tiempo la acción de rescisión del contrato por reticencia o inexactitud, o que lo benefició porque en el primer caso los otros interesados (tomador, asegurado, beneficiarios), no ejercieron las correspondientes acciones para reclamar una indemnización o un derecho.

La Corte Suprema de Justicia (Sentencia, 1977) ha manifestado que “por interesado debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que a las voces de los numerales 1 y 2 del artículo 1047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador.....” éstas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria porque no se trata de una acción pública que puede ejercitar cualquier persona”.

1.1.3 *Elemento subjetivo*

Como se había manifestado la prescripción ordinaria conlleva un elemento subjetivo conformado por el *conocimiento real o presunto* del hecho que da *base a la acción*, como momento a partir del cual va a empezar a transcurrir el tiempo de prescripción bienal. Hecho que da base a la acción este, por el que debe entenderse no solo el siniestro como base del ejercicio de las acciones que por ejemplo se ejerzan por parte de un beneficiario de un seguro, sino como lo ha dicho la honorable Corte de

Justicia (Sentencia, 1977) “esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador; asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima etc”. Por lo cual debe entenderse que el hecho que da base a la acción, también se aplica al asegurador, pues este igualmente puede ejercer acciones, frente a las que corre un término ordinario para ejercerlas.

Valga aclarar, que en la prescripción ordinaria importa es el momento en que el interesado conoce el hecho que da base la acción y no desde que ocurre el mismo, de suerte que si se conoce (porque por algún motivo no se conoció antes) pasado un tiempo, es desde ese momento donde comenzara a correr los 2 años, pero sin que desborde o sobrepase cinco años después de acaecido ese “hecho”, tiempo después del cual habrá corrido la prescripción extraordinaria, tal como lo pasamos a explicar.

1.1.4 ¿Cómo se cuenta?

Supongamos que “A”, contrató un seguro donde el riesgo y el interés asegurable recaen sobre su propia vida, y donde el beneficiario es “B”. El 1 de enero de 2005, “A” muere o lo que es lo mismo en materia de seguros, ocurre el siniestro. Conforme a lo anterior, “B” tendrá 2 años a partir del conocimiento del siniestro para reclamar la indemnización a la aseguradora, es decir, tendrá 2 años desde el momento en que tenga el conocimiento real o presunto de la muerte de “A”. Si el conocimiento de la muerte lo tuvo el mismo día del siniestro, tendrá hasta el 1 de enero de 2007 para ejercitar su pretensión, tiempo después del cual su acción habrá fenecido por la prescripción ordinaria (figura 1).

Pero si ese conocimiento del siniestro solo pudo por alguna razón ser conocido por el interesado un año después, desde aquí se empezara a contar el término de 2 años de la prescripción ordinaria, pues como lo hemos manifestado por esa calidad subjetiva de ésta prescripción, ese conocimiento se entiende obtenido, desde que “B” se enteró de la muerte de “A”, que para esta supuesto se insiste, fue un año después o sea el 1 de enero de 2006. Así las cosas en éste último caso y subsumiéndola en el inciso segundo del art. 1081 del C.Co. el *momento en que el interesado tuvo o haya debido tener conocimiento* es el 1 de enero de 2006, sin dejar de lado que el hecho que dio base a la acción es el 1 de enero de 2005, fecha del siniestro (figura 2).

Pero si resulta que “B” tuvo conocimiento del hecho 4 años después de ocurrido la muerte de “A”, es decir el 1 de enero de 2009, solo tendrá un año (hasta el 2010)

para reclamar la indemnización pues en ningún caso se podrá sobrepasar el término de 5 años desde la muerte de “A”, porque recordemos que la prescripción extraordinaria venía corriendo paralelamente y esta es de carácter objetivo, o sea, no se cuenta desde el conocimiento que tuvo “B” del siniestro, sino valga la reiteración, desde la muerte de “A” (figura 3).

Veamos las tres figuras representativas de las tres hipótesis, donde cada número representa un año.

Figura 1.

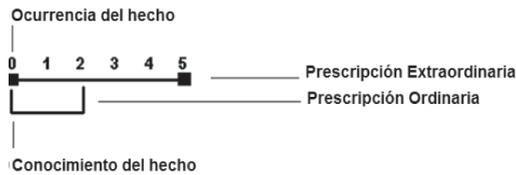


Figura 2.

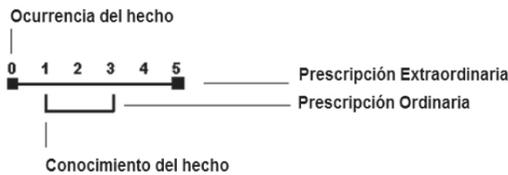
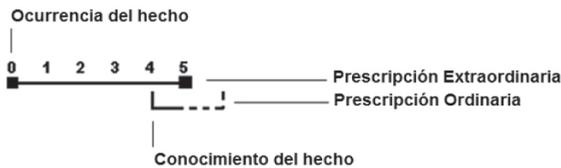


Figura 3.



También habíamos manifestado que el asegurador es interesado, por lo tanto este también tiene acciones en contra del tomador, o tomador-asegurado-beneficiario, según sea la relación contractual y que deben hacerse valer en un determinado tiempo. Una de las más comunes es la acción que puede ejercer el asegurador por el incumplimiento en el pago de la prima como obligación del tomador art. 1066 C.Co., la cual puede ejercerse salvo pacto en contrario, desde el mes siguiente a la expedición de la póliza si se está en mora, caso en el cual, el tiempo que tiene el asegurador para reclamar judicialmente el pago de la prima, es de dos años contados después de que pase

el mes en que se expidió la póliza (fecha en que se hace exigible) y desde el cual correrá la prescripción ordinaria. Así por ejemplo si entre “A” y “C”, este último quien es el asegurador, se celebra un contrato de seguro y posteriormente dentro del término legal (quince días después de la celebración del contrato) el asegurador entrega la póliza, digamos que el 1 de junio de 2005, “A” está obligado a cancelar la prima establecida en la póliza en el término de un mes si no se estableció otro plazo, de tal suerte que si se constituye en mora, el asegurador estará facultado para demandarlo judicialmente si es el caso, para lo cual tendrá el plazo de dos años contados desde el 1 de junio (prescripción ordinaria), fecha en que se *presume que tuvo conocimiento* (elemento subjetivo) y que coincide *con el hecho que da base a la acción* (exigibilidad de la prima y el no pago de la misma), pues no sería ni al menos probable que fuera otra fecha en la que la aseguradora tuviera dicho conocimiento, pues se presume que una aseguradora medianamente diligente está en capacidad de saber en este caso, quien no ha honrado su obligación contractual de pagarla y máxime cuando es el principal beneficio económico que recibe del contrato. En últimas, en este caso en particular se cree, sería extraño hablar de prescripción extraordinaria.

Otra acción muy común en favor de la empresa aseguradora es la de rescisión del contrato por reticencia o inexactitud por parte del tomador, regulada por el art. 1058 del C. de Co. Tomando el primer ejemplo de este numeral, referente al seguro de vida y agregando al caso hipotético, pensemos en que “A” al momento de celebrar el contrato (se celebró el 1 de enero de 2004) con “C” que es la aseguradora, es una persona que tiene graves problemas cardíacos, pero que no obstante lo anterior no establece con sinceridad esas circunstancias que determinan el estado de riesgo, según el cuestionario propuesto por “C”, por lo que está siendo reticente e inexacto en esa declaración. Posteriormente el día 1 de enero de 2005, “A” muere a causa de un paro cardíaco. Se pregunta ¿qué tiempo y desde cuándo puede ejercer la acción para buscar la rescisión del contrato por reticencia o inexactitud? ¿Cuál es el hecho que da base a la acción? Antes de dar respuesta a estas preguntas del ejemplo propuesto demos una mirada a la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia, 2000):

En efecto, en el primer caso, como lo dijo la Corte en sentencia de 7 de julio de 1977 (G.J. Tomo CIV, pág. 139 ss), el término prescriptivo ordinario correrá a partir del conocimiento –real o presunto- y el extraordinario a partir del acaecimiento del siniestro; mientras que en el segundo caso, operará a partir del momento en que el asegurador conoció o debió conocer el hecho generador de la rescisión del contrato, es decir la inexactitud o reticencia comentadas; la misma distinción es preciso hacer, en el ejemplo referido, respecto del término prescriptivo extraordinario, porque, en el primer caso, ese término correrá contra el asegurado demandante a partir del acaecimiento del

sinistro, cual lo precisó igualmente esta Corporación en la sentencia señalada; mientras que, en el segundo caso, los cinco años con los que se consuma dicha prescripción extraordinaria correrán contra el asegurador desde la fecha de materialización de la inexactitud o reticencia que, en sede contractual, será estrictamente aquella en la cual se perfeccione el contrato viciado por la mediación de tales irregularidades, llamadas a eclipsar el asentimiento de la entidad aseguradora que, aun cuando ontológicamente son anteriores, no puede perderse de vista que el derecho a impugnarlo, surge luego de su celebración, de suerte que con antelación, en puridad, no hay aún contrato y, por sustracción de materia, nada que atacar. Al fin y al cabo, dicha acción persigue impugnar la eficacia de un negocio jurídico previamente viciado. De ahí que cuando el inciso 3º del artículo 1.081 del Código de Comercio alude al nacimiento del respectivo derecho, hay que entender que se está refiriendo al derecho de impugnar su validez a través de las formulaciones de una acción o de una excepción orientadas a su declaratoria por el aparato judicial, lo cual supone su perfeccionamiento. Por ello es por lo que la reticencia o la inexactitud adquirirán virtualidad negocial y, por tanto, relevancia jurídica, en la medida en que efectivamente se celebre el contrato de seguro.

Y más adelante agrega:

Luego de fenecido el quinquenio en referencia, la relación jurídica se tornará inescrutable, con todo lo que ello supone, como quiera que no podrá acudirse, con éxito, al expediente prescriptivo, así se compruebe fehacientemente que el asegurador, por vía de elocuente ejemplo, no conoció el hecho detonante del surgimiento de su derecho impugnatorio (la reticencia o la inexactitud), que autorizan la petición de nulidad relativa del contrato celebrado (art. 1058, del C. de Co.), sino luego de expirado dicho período, en tal virtud fatal, concretamente cuando se le formuló la reclamación respectiva, acto éste que, de ordinario, es el que le permite enterarse al empresario, según las específicas circunstancias, de que su asentimiento fue arrancado en desarrollo de una declaración de asegurabilidad vacía de fidelidad o de sinceridad (art. 1.058, *ibidem*).

Una vez mirada los extractos de esta sentencia podemos responder los cuestionamientos de nuestro ejemplo. *El hecho que da base a la acción* es la reticencia y la inexactitud, el que se tiene en cuenta aún para contar la prescripción extraordinaria de 5 años, por lo cual toma relevancia desde el momento de la celebración del contrato, es decir el día 1 de enero de 2004. En la práctica, el conocimiento *real o presunto* en estos casos por parte de la aseguradora, se da generalmente después que el beneficiario hace la reclamación de la indemnización, pues es desde este momento en que la aseguradora empieza a “investigar” para el caso, la causa de la muerte; y si encuentra (supongamos el 1 de agosto de 2005) que la misma se debió a causa de un paro cardíaco o por problemas de salud imputables antes de la celebración del contrato, es desde aquí donde empezará a correr la prescripción ordinaria de 2 años, valga repetir porque es el momento donde tiene el conocimiento del hecho

(elemento subjetivo). De tal gracia que la prescripción ordinaria de la acción se dará el 1 de agosto de 2007; pero reiteramos, sin que se sobrepasen 5 años desde la celebración del contrato, pues es esta la fecha en que la reticencia e inexactitud como hecho que da base a la acción se genera, en favor de la empresa aseguradora.

1.2.4. Interrupción de la prescripción ordinaria

Por medio de la interrupción de la prescripción se busca suprimir el tiempo que ya había comenzado a contarse para la extinción de la acción, para que esta vuelva a iniciar. Una vez se ha generado la causa interruptora, el término que venía corriendo, queda definitivamente perdido y no se puede computar en el cálculo del plazo de la prescripción (Alessandri & Somarriva A., 2001) La prescripción extintiva se interrumpe ya de una manera natural o de una manera civil.

La interrupción natural se genera según el artículo 2539 del Código Civil (Colombia, Ley 57, 1886), por el hecho del deudor reconocer expresa o tácitamente la obligación. Así por ejemplo, si el asegurador que tenía un término de 2 años a partir del mes siguiente para demandar el cobro de una prima no pagada, deja transcurrir el término de prescripción, pero no obstante el tomador que debía pagarla envía una carta al asegurador, en la que manifiesta su deseo de cancelar dicho dinero, desde ese mismo momento se interrumpe el término de prescripción, es decir, comienza a correr a favor de la aseguradora un nuevo término de 2 años para ejercer la acción ordinaria.

Por su parte, la interrupción civil se genera cuando iniciado una reclamación judicial, bien sea por el beneficiario o por la aseguradora según el caso, se cumplen con ciertos requisitos contemplados en el artículo 94 del Código General del Proceso (Colombia, Ley 1564 de 2012)².

Con todo, se considera que es importante aclarar desde este estadio, la interrupción de la prescripción extintiva que de manera especial trae la ley 986 de 2005 (Colombia, Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones., 2005), en favor de las

2 Dicho artículo hace operar la interrupción de la prescripción, según una de estas dos hipótesis: Se interrumpe la prescripción civilmente desde la presentación de la demanda, si una vez notificada la admisión de la misma o el mandamiento de pago al demandante, éste desde ese mismo momento y dentro del año siguiente, logra que la demanda o el mandamiento de pago, sean notificadas al demandado. Si no se logra lo anterior, es decir, que se le notifique la demanda o el mandamiento de pago al demandado en los términos antes vistos sino después, entonces la interrupción civil de la prescripción se entenderá generada desde que se le notifique la demanda o el mandamiento de pago al demandado.

personas privadas injustamente de la libertad. La que si bien no se encuentra dentro de la clasificación tradicional entre natural y civil, si conlleva los mismos efectos. Por ello, se considera que se trata de una interrupción *legal* de la prescripción. Tema este que abordaremos en la parte final.

1.2.4 Suspensión de la prescripción ordinaria

Contrario a la interrupción de la prescripción, la suspensión, no suprime el termino corrido de prescripción, sino como su nombre lo indica la suspende o la deja “estático” hasta que cese la causa o la circunstancia que dio lugar a ella. El artículo 2530 del C.C. por ejemplo, se encarga de manifestar algunos casos en qué se suspende, dentro de los que menciona el de los incapaces³. Con todo, no solo debe entenderse que la prescripción se suspende en los casos mencionados en el Código Civil, sino que también se suspende en favor de aquellas personas que no hayan tenido la oportunidad de conocer el siniestro (Jaramillo, 2012).

La prescripción ordinaria se suspendería solo hasta que cesare la causa que la produjo, que de no ocurrir de todas maneras correrá la prescripción extraordinaria de 5 años, así no se detenga la mencionada causa que dio lugar a la incapacidad.

Si por ejemplo “A” es menor adulto, tiene 16 años cumplidos y ese mismo día (con el ánimo de ejemplificar) muere “B” quien es su padre (y tuvo conocimiento real de ello el mismo día de su muerte) y quien a la vez lo dejó como beneficiario de un seguro de vida, la prescripción ordinaria no corre para él desde el siniestro y su conocimiento, pues se encuentra paralizada o suspendida por su especial estado de incapacidad. Pero de todas maneras y como se explicará más adelante, sí comienza a correr la prescripción extraordinaria, porque esta se cuenta sin solución de continuidad desde el momento que nace el respectivo derecho que para el caso es la muerte de “B”. Si en el ejemplo la muerte de de “B” fue el 1 de enero de 2005, el mismo día en que “A” cumplió 16 años, cuando cumpla la mayoría de edad el día 1 de enero de 2007, allí cesará la suspensión de la prescripción ordinaria,

3 Otra forma de suspensión de la prescripción ordinaria, sería la contemplada en el artículo 21 de la ley 640 de 2001, referente a la conciliación extrajudicial en derecho y la que anuncia que la presentación de la solicitud de la conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad. La norma trae las siguientes dos hipótesis:

Se suspende la prescripción desde que se presenta la solicitud de la conciliación, hasta el momento en que se expida una constancia de no comparecencia o de no acuerdo, siempre y cuando la misma se expida dentro de un término de tres meses.

Si la audiencia no se ha programado y no se ha realizado por algún motivo dentro de los tres meses siguientes a la solicitud, será éste el término máximo de suspensión, sin importar si posteriormente se realiza una audiencia y se expide la correspondiente constancia.

momento desde el cual comenzara a correr los dos años para ejercer la acción (sin que sobrepase la extraordinaria) en busca de la indemnización (si es que no lo hizo antes, por medio de su representante legal), la que prescribirá el 1 de enero de 2009.

Tomando el ejemplo anterior, pero modificando la edad de “A” que tiene ahora 10 años (al momento de fallecer el padre), la suspensión en nada le beneficia, ya que para cuando cumpla la mayoría de edad, la prescripción extraordinaria que no se suspende, a operado el 1 de enero del 2010, fecha para la cual “A” tiene 16 años, de tal manera que si no ejercitó la acción dentro de este quinquenio por medio de su representante legal le prescribe el derecho.

1.2 Prescripción extraordinaria

...La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.....

Si la prescripción ordinaria partía su recorrido desde el conocimiento real o presunto del hecho que da base la acción, que viene siendo el plurimencionado elemento subjetivo, en la prescripción extraordinaria comienza a contarse desde el momento del *nacimiento del derecho*, independientemente de cualquier circunstancia suspensiva, entre ellas las derivadas de la falta de conocimiento del hecho que da base a la acción por parte de algún interesado. En relación con el término de 5 años el profesor Andrés Ordoñez (2011) manifiesta, que al parecer los redactores del código en este tema puntual, quisieron plantear una solución más benigna especialmente frente a los asegurados, en aquellos casos en los cuales pudieran estar en una ignorancia mas o menos prolongada, acerca del conocimiento de la ocurrencia del siniestro.

Por otro lado, ésta prescripción corre contra todo *tipo de personas* que no son otros que los mismos *interesados* de los que venimos hablando en estos comentarios, lo que pasa es que la norma y así lo ha interpretado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quiso significar que la prescripción corre para esos interesados que son incapaces o también para aquellos interesados que no han tenido conocimiento de la circunstancia o hecho que da nacimiento a su derecho de incoar una determinada acción. De esta manera, ésta no es una acción que pueda escoger cualquier sujeto de derecho, pues es de aplicación siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria (Sentencia, 2002). La prescripción en comento, se cuenta desde el *momento en que nace el respectivo derecho* (por ejemplo el siniestro para los beneficiarios, o el momento de la inexactitud o la reticencia para el asegurador) período desde el que correrá ineluctablemente hasta la consumación de los cinco años, sin que se suspenda.

1.2.1 *Elemento objetivo*

Ya hemos dicho, que a ésta prescripción poco le importa si el interesado tuvo o no conocimiento del hecho que le dio base a la acción o si se trata de un incapaz, pues su vigencia es objetiva, es decir, se cuenta desde que ha nacido el respectivo derecho y bajo la premisa que no hayan corrido los términos propios de la prescripción ordinaria en los casos en que ésta debía operar primero. Pues siendo así, seguirá latente el término de la prescripción extraordinaria para que el titular del derecho lo exija, o para extinguir ese derecho por no haberse ejercitado en tiempo.

1.2.2 *¿Cómo se cuenta?*

Se cuenta desde que nace el respectivo derecho el que varía dependiendo el interés ya sea del tomador, del asegurado, del beneficiario o del asegurador.

Cuando hicimos referencia a la prescripción ordinaria trajimos a colación unos ejemplos y figuras que son perfectamente aplicables al caso; así las cosas si el asegurador por alguna razón, descubre la reticencia o inexactitud de las circunstancias que determinan el estado del riesgo del tomador en un seguro de vida temporal el día 1 de junio de 2005 y el contrato se había perfeccionado el 1 de junio de 2000, ya habrá prescrito su oportunidad de ejercer la acción de nulidad relativa, debido que desde el momento en que nació el respectivo derecho, que no es otro que el del día en que se perfeccionó el contrato, ya han pasado los cinco años exigidos para la prescripción extraordinaria. Porque recordemos que en el caso la reticencia o la inexactitud, adquiere virtualidad el hecho que da base a la acción, desde la celebración del contrato

Si un sordomudo que no puede darse a entender, es beneficiario de un seguro de vida y una vez, dado el caso, ocurre el siniestro que le da su derecho a una indemnización, desde ese momento correrán los 5 años para que por medio de su curador reclame judicialmente la indemnización (si es que la aseguradora se niega por algún motivo a pagarle extrajudicialmente). Fíjese que aquí frente a él no corre la prescripción ordinaria de 2 años por estar suspendida, pero si le corre la extraordinaria. Igual ocurriría si el beneficiario del ejemplo es una persona plenamente capaz, pero que no tuvo ni real ni potencial conocimiento del siniestro, pues mientras no lo sepa igual le estará corriendo la prescripción extraordinaria desde la muerte del tomador-asegurado, si se trata obviamente de un seguro de vida para el caso.

1.2.3 *Interrupción de la prescripción extraordinaria*

Al igual que la prescripción ordinaria, la extraordinaria es susceptible de interrumpirse natural o civilmente. Ambas prescripciones por el hecho de correr paralelamente,

de igual forma se interrumpen paralelamente. Dicho en otras palabras, interrumpida la prescripción ordinaria, igualmente se interrumpe la prescripción extraordinaria. Por esta razón es perfectamente aplicable lo dicho sobre la interrupción de la prescripción ordinaria, inclusive en lo que toca con respeto de la interrupción que se ha denominado legal, contenida en la ley 986 de 2005.

1.2.3 Suspensión de la prescripción extraordinaria

Es otra diferencia con la prescripción ordinaria, ya que la extraordinaria no se suspende, pues la misma corre frente a todo tipo de personas, que como lo anotábamos corre aún, en contra de los incapaces. En palabras del profesor López Blanco (2004) "...La prescripción extraordinaria, se cuenta a partir del instante en que aquel sucedió, independientemente de cualquier otra circunstancia y limitada siempre a esta última..."

II. La prescripción del contrato de seguro frente a las personas privadas injustamente de la libertad

La privación injusta de la libertad, pero en especial el secuestro, es sin duda alguna uno de los grandes flagelos de la sociedad colombiana. Solo basta revisar las cifras que se presentaron por parte del Centro Nacional de Memoria Histórica, titulado "Una verdad secuestrada" que da cuenta del sinnúmero de secuestros realizados en Colombia desde 1970 hasta el 2010 (más de 30 mil secuestrados) para apenas comprender la magnitud del problema (Centro de memoria histórica, 2013).

El secuestro es una de las violaciones más graves al Derecho Internacional Humanitario, al paso que vulnera derechos fundamentales a la integridad y libertad personal. Pero en sus efectos "Delitos como el secuestro desestabilizan a la familias en su ser socioafectivo, psicológico y emocional, al tiempo que impactan gravemente otros aspectos igualmente fundamentales para su vida y su quehacer diarios. Nos referimos al bienestar económico, al acceso a la salud, a la educación y a la atención de responsabilidades ciudadanas, fiscales y tributarias" (Fundación país libre, 2008).

En ese orden de ideas, el secuestro no solo tiene implicaciones sociales, sino que también tiene grandes repercusiones económicas. Estas consecuencias económicas se traducen en costos directos e indirectos. Los costos directos comprenden aquellos recursos que se erogan para combatirlo y que son asumidos por el Estado; pero también todos aquellos gastos que la familia o la víctima disponen para un rescate. Los costos indirectos, están representados por costos de oportunidad, tales como la pérdida de posibilidad de trabajar o inclusive la muerte del secuestrado en cautiverio (Departamento Nacional de Planeación, 2004). Pero creemos, y en aras de ir entrando en materia, que dentro de estos costos indirectos, pueden incluirse

la pérdida de oportunidad personal en el ejercicio de sus derechos subjetivos, como lo sería por ejemplo el reclamo de alguna indemnización proveniente de un contrato de seguro.

2.1 *El contrato de seguro y personas privadas injustamente de la libertad mediante secuestro*

El contrato de seguro como función económica, tiene principalmente la de mitigar los daños que sean producidos por cualquier siniestro que quede contemplado como interés asegurable. Se transfiere el riesgo a una empresa aseguradora, bajo la condición de indemnizar si este se concreta. Se prevé entonces las consecuencias económicas que se puedan generar en hechos futuros e inciertos que pretenden compensarse en beneficio del asegurado o el beneficiario. En ese sentido es de la cotidianidad el tomar seguros de daños patrimoniales, de personas y de accidentes personales.

En Colombia como antecedente, se ha discutido en otras épocas, la posibilidad de admitir el secuestro como riesgo asegurable. No obstante la ley 40 de 1993, cercenó toda posibilidad de que en Colombia, se pudiera ofrecer este tipo de seguro, ya que de celebrasen se puede incurrir en sanciones de tipo penal, civil y pecuniarias⁴.

No obstante lo anterior, la ley 282 de 1996 y su decreto reglamentario 1923 del mismo año, creó el Fondo Nacional para la Defensa de la Libertad Personal como una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que entre sus funciones, debe tomar un seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales del secuestrado, para que su familia tuviera garantizado dicho pago, cuando sus patrones se negaran a hacerlo.

Fuera de los anteriores antecedentes, no existen otras normas jurídicas nacionales que regulen directamente relaciones emanadas entre personas privadas injustamente de la libertad y contrato de seguro⁵. Existen otras que, como forma de compensar los efectos jurídicos-económicos de esa especial situación, van a encontrar una

4 Según el Departamento de Planeación y Desarrollo (2004), “este tema ha sido tan controvertido, que se ha mirado como el paso del secuestro a la extorsión. Es más fácil y menos costoso pagar por adelantado (inclusive dividido en cuotas) y evitarlos gastos asociados con seguridad privada y los costos generados cuando se comete el delito. Por supuesto, esta situación pareciera que también le conviene más a los grupos armados ilegales, quienes ahorran dinero, esfuerzos y se arriesgan menos a ser descubiertos”.

5 El análisis general sobre el contrato de seguro y personas injustamente privadas de la libertad, viene siendo desarrollado precisamente a partir del proyecto de investigación principal, denominado “La privación injusta de la libertad, como riesgo asegurable”.

relación estrecha con instituciones propias de la actividad aseguradora. Y sobre todo en temas de tanta trascendencia, como lo es el caso de la prescripción extintiva de las acciones.

Actualmente se encuentra en vigencia la ley 986 de 2005, que participa de un sistema de protección a las víctimas del secuestro, toma de rehenes y desaparición forzada, donde valga decir, se toca el tema de la interrupción de todo tipo de plazos incluyendo la prescripción a favor y en contra de las víctimas de esos delitos. Creemos, que dentro del sistema de fuentes formales en derecho comercial, dicha norma es aplicable en igual jerarquía de las normas comerciales (Ni siquiera por analogía) y máxime cuando se trata de una norma emanada directamente del postulado de solidaridad social, como base de un Estado Social de Derecho, por lo que permea directamente la regulación que sobre prescripción contempla el estatuto mercantil para este caso concreto⁶.

Anotábamos, que en nuestro país, debido a la problemática de orden público no es desacertado pensar que dentro de los miles de personas que se encuentran privadas injustamente de la libertad, se hallen beneficiarios, asegurados y tomadoras de contratos de seguros.

Hecho por el cuál surgen interrogantes como: ¿Aplica de manera igual los términos de prescripción contemplados en el Código de Comercio, especialmente los de la prescripción extraordinaria a las personas víctimas de los delitos contra la libertad, por entender que aquella es objetiva y corre contra todo tipo de personas? ¿Si un beneficiario de un seguro de vida se da cuenta en su cautiverio, que ha muerto el asegurado, será que desde ese mismo instante comenzará a operar la prescripción ordinaria, en la medida que se reúnen la hipótesis del Código de Comercio para este tipo de prescripción, es decir, el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción? ¿Será que una aseguradora, en caso de algún tipo de incumplimiento por parte de un tomador víctima de un delito contra su libertad, podrá ejercer las correspondientes acciones procediendo a la notificación por emplazamiento, o demandar de existir a su curador de bienes?

Examinemos pues el contenido de esta ley e intentemos resolver los interrogantes propuestos.

6 El deber de solidaridad, se muestra como uno de los pilares fundamentales a partir de los cuales se edifica el ordenamiento jurídico colombiano (Artículo 1 C.N.) Además también es uno de los deberes que conciernen a los ciudadanos colombianos (Artículo 95 C.N.).

2.2 La ley 986 de 2005

Por medio de esta ley se busca en virtud del principio de solidaridad social contemplado en la constitución nacional, se le de protección a las personas víctimas del secuestro, desaparición forzada y toma de rehenes, que recibirán unos beneficios específicos al reunir unos requisitos exigidos en el marco de la propia ley, entre esos beneficios en general se encuentran la suspensión de procesos ejecutivos, exoneración de sus obligaciones financieras y tributarias, pago de salarios y pensiones etc. Todo lo anterior durante el tiempo que permanezcan en ese estado de cautiverio.

Además de los anteriores beneficios, la ley también contempla a favor de las víctimas, la interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias a cargo del deudor privado de su libertad, al igual que la interrupción de los términos de toda clase, diferentes a los dinerarios. Esto último que tendrá relevancia al momento de entrar a dilucidar la manera como se cuentan los plazos prescriptivos para los beneficiarios, asegurados y tomadores de seguros privados de la libertad.

No sobra anotar que esta ley, en principio fue concebida para proteger solo las víctimas del delito del secuestro; pero debido a la sentencia de constitucionalidad C-394 (2007), se declaró condicionalmente exequible el artículo 2 de la ley en comento, en el entendido que bajo el principio de igualdad, las personas que son víctimas de los delitos de desaparición forzada y toma de rehenes también merecen de la protección del Estado y por ende deben recibir los beneficios establecidos en la ley 986 de 2005.

Así las cosas, siempre que en la ley 986 de 2005, se hable de víctima del secuestro (inclusive para el desarrollo de este texto) deberá entenderse para efectos de recibir los beneficios, también las víctimas de los delitos de desaparición forzada y toma de rehenes.

Antes de adentrarnos en particular al estudio de los beneficios que podrían tener las víctimas de los delitos contra la libertad, relacionados con el caso en estudio, miremos cuales son los requisitos para que ellos puedan ingresar al sistema de protección.

2.2.1. Acceso al sistema.

El artículo 3 de la ley 986, contempla los siguientes requisitos:

1. **Certificación judicial:** Se trata de una certificación expedida por escrito por la autoridad judicial competente, entiéndase fiscalía general de la nación o jueces

penales de conocimiento, que dé cuenta de la iniciación o proceso judicial por los delitos de secuestro, desaparición forzada y toma de rehenes, donde el sujeto pasivo es quien recibiría los beneficios de la ley.

Dicha certificación tendrá una vigencia de tres meses, y el interesado deberá renovarla periódicamente para garantizar los beneficios.

Los legitimados para pedir dicha certificación son los siguientes en su orden: cónyuge o compañero permanente, descendientes incluidos los hijos adoptivos, ascendientes incluidos los padres adoptantes y por último los hermanos de la víctima.

Esta certificación es de gran importancia, ya que según el artículo 4 de la ley, para que operen los mecanismos de protección deberá obtener la certificación judicial ya comentada; lo que nos da a entender que los demás requisitos si bien son importantes para la mayor acreditación de la calidad y conocimiento de la víctima y otorgamiento de beneficios, nada obsta para que aun sin haber sido llenados obtenga los beneficios aludidos. Lo que apenas es lógico, ya que se compadece con la finalidad de la ley, en la medida que la autoridad judicial que expidió la certificación, es la más indicada para constatar la circunstancia real o presunta de la privación de la libertad de una persona.

- 2. Acreditar la calidad de curador provisional:** Una vez obtenida la anterior certificación, se deberá iniciar un proceso de jurisdicción voluntaria para la declaración de ausencia, ante el juez de familia del domicilio principal del ausente o víctima de aquellos delitos contra la libertad.

Los interesados para poder promover dicho proceso deben entenderse en su orden: cónyuge o compañero permanente, descendientes incluidos los hijos adoptivos, ascendientes incluidos los padres adoptantes y por último los hermanos de la víctima.

Como anexo de la demanda debe presentarse la certificación judicial ya obtenida. El juez en el auto que admite la demanda deberá indicar quien será el curador de bienes provisional del ausente víctima, quien será una de las personas indicadas en el párrafo anterior.

- 3. Inscripción en el registro de los beneficiarios:** Una vez obtenidos los anteriores requisitos, el curador provisional ya designado por el juez de familia, se presenta ante la secretaria del Consejo Nacional de Lucha Contra el Secuestro y demás atentados contra la Libertad Personal CONASE, y hace la respectiva inscripción de la víctima en un registro de beneficiarios que lleva dicha entidad, y continuación se expide dicha constancia. El CONASE es el órgano directivo de las políticas estatales en la lucha contra los delitos que atentan contra la

libertad personal, en especial el secuestro y la extorsión, es pues un órgano asesor consultivo y de coordinación en la lucha contra los delitos contra la libertad individual.

4. **Acreditación de la renovación de la certificación:** El curador provisional, tendrá la obligación de acreditarla según la ley cuando *resulte pertinente*, la renovación de la primera certificación expedida por la autoridad judicial competente. La pertinencia resultará de la necesidad que tenga el CONASE en cualquier momento de pedir su renovación o en todo caso la obligación de hacerlo trimestralmente.

2.3 *La interrupción de la prescripción ordinaria y extraordinaria en materia de seguros al tenor de la ley 986 de 2005*

Habíamos dicho que la ley 986 de 2005 planteaba unos beneficios específicos para aquellas personas víctima de los delitos de secuestro, desaparición forzada y toma de rehenes, tales como la suspensión de procesos ejecutivos, pago de salarios, pensiones, y condonaciones en materia tributaria. Pero que también establece unos beneficios de manera general aplicables a cualquier tipo de situación en concreto que produzca efectos jurídicos frente a la víctima, y es aquí donde entra la interrupción de la prescripción ordinaria y extraordinaria en el contexto del contrato de seguro, bien en beneficio o en contra del secuestrado, desaparecido forzosamente y retenido como rehén. Normas que se aplican perfectamente al caso sujeto análisis, en la medida que no existen otras normas especiales en el Código de Comercio que se ocupen del tema. Además, es de aclarar, que la interrupción de la prescripción de la que se hablará en adelante es de estirpe *legal* para no confundirla eventualmente con la natural o la civil.

Analizaremos especialmente los artículos 11 y 13 de la ley 896 de 2005, que nos hablan de una manera general sobre la interrupción de términos y plazos de deudas dinerarias a cargo del deudor y de todo tipo de términos y de plazos.

Prescribe el artículo 11 de la ley 986 que habla de la interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias a cargo de la víctima deudora.

Se interrumpirán para el deudor secuestrado, de pleno derecho y retroactivamente a la fecha en que ocurrió el delito de secuestro, los términos de vencimiento de todas sus obligaciones dinerarias, tanto civiles como comerciales, que no estén en mora al momento de la ocurrencia del secuestro.

Las respectivas interrupciones tendrán efecto durante el tiempo de cautiverio y se mantendrán durante un período adicional igual a este, que no podrá ser en ningún caso superior a un año contado a partir de la fecha en que el deudor

recupere su libertad. También cesarán los efectos de las interrupciones desde la fecha en que se establezca la ocurrencia de la muerte real o se declare la muerte presunta del deudor secuestrado.

En consecuencia, los respectivos acreedores no podrán iniciar el cobro prejudicial o judicial de dichas obligaciones, ni contra el deudor principal secuestrado, ni contra sus garantes ni contra sus codeudores no beneficiarios del crédito que tengan la calidad de garantes.

Igual tratamiento tendrán las obligaciones que se deban pagar mediante cuotas periódicas. Si el deudor secuestrado se halla en mora de pagar alguna o algunas de estas, la interrupción de los plazos de vencimiento a que se refiere el presente artículo sólo se dará respecto de las cuotas que aún no se encuentren vencidas....

De la transcripción de dicha norma se infiere que se interrumpirán todo tipo de plazos a favor del secuestrado, desaparecido forzosamente y tomado como rehén, cuando este sea deudor de obligaciones dinerarias, dicha interrupción se tomara desde el momento en que la víctima fue objeto de uno de aquellos delitos y opera de pleno derecho, bajo la condición que dichas deudas no se encuentren en mora, pues de lo contrario no operaría la interrupción.

Supongamos que “A” celebra un contrato de seguro con “B” que es la aseguradora, el día 1 de enero de 2005 y pagará la prima pactada en el contrato el día 1 de marzo del mismo año. El 2 de febrero “A” es secuestrado y por esta circunstancia no le es posible pagar la prima pactada. En principio se podría pensar que ante el incumplimiento de dicha prestación la aseguradora, estaría en su derecho de ejercer la respectiva acción para el cobro de la misma o pedir la terminación del contrato por incumplimiento contractual, por la presunta mora del deudor y empezaría a correr en contra de ella y a favor del deudor la prescripción ordinaria; con el agravante de que el artículo 1068 del C.co. establece que la mora en el pago de la prima genera la terminación automática del contrato.

Pero lo anterior no es posible debido a que “A” se encuentra en cautiverio desde el 2 de febrero de 2005 (fecha anterior al 1 de marzo fecha donde debía cancelar el valor de la prima), tiempo este desde la cual se interrumpe el plazo por no estar en mora en el cumplimiento de su obligación y por lo tanto no podrá ejercer ninguna acción judicial ni extrajudicial en contra de él ni de sus garantes. Por el contrario en caso de ocurrir el siniestro deberá pagar la indemnización acordada. Esta interrupción se mantendrá por un término igual al que “A” estuvo en cautiverio sin exceder de un año. De manera que si estuvo 2 años secuestrado, su obligación de pagar la prima se reactivará desde el 2 de marzo de 2008 y en caso de incumplimiento en el pago de la misma o a falta de acuerdo sobre su cancelación, la aseguradora tendrá 2 años (prescripción ordinaria) desde el conocimiento real o presunto del hecho

que da base la acción, que para el caso sería el conocimiento del incumplimiento y que podría ser el mismo 2 de marzo de 2008 o bien una fecha posterior, para poder demandar el pago de la prima. Pero lo anterior teniendo en cuenta, que esos 2 años no pueden sobrepasar el término de 5 años de la prescripción extraordinaria, la que también por estar interrumpida comenzará a contarse objetivamente desde el momento que nace el respectivo derecho, es decir desde el 2 de marzo de 2008, operando el 2 de marzo de 2013.

La protección de dicha norma a favor del secuestrado, desaparecido forzosamente y tomado como rehén estriba en que la aseguradora deberá cumplir con su obligación condicional de indemnizar en caso de ocurrencia del siniestro, mientras la víctima que debía cancelar una suma de dinero concertado generalmente para el caso del tomador en el pago de la prima, (que es el caso que contempla la norma) no lo pudo hacer por el mismo estado en que se encontraba y lo que le permitirá que no entre en mora de cancelar su obligación hasta tanto no recupere su libertad, mas el tiempo determinado en la ley, lo que cercena además toda posibilidad de que la aseguradora inicie un proceso de cobro por el presunto incumplimiento contractual del tomador secuestrado.

Pero de alguna manera también se protege a la aseguradora como acreedora de esa prima, en la medida que frente al no pago de aquella prestación, no le estarán corriendo los términos prescriptivos ordinario y extraordinario ante un presunto incumplimiento para lograr su pago; los que sí comenzarán a correr una vez el tomador secuestrado retome su libertad en los términos atrás explicados.

Pasando a otro tema, si anteriormente hablábamos del caso en que la víctima es deudora de una aseguradora por sumas de dinero, que para el caso, lo más usual sería el pago de la prima, pasemos a ahora a mirar los casos en que por el contrario la víctima es acreedor de un derecho en contra de una aseguradora o es sujeto pasivo de otra relación jurídica derivada del contrato de seguro diferente a pagar sumas de dinero. Y a su vez dilucidar como se contarían los términos de prescripción a favor o en contra de aquellos, casos donde se puede ver más claro y de mayor utilidad práctica el tema en estudio.

Prescribe el artículo 13 de la ley 986 de 2005:

Durante el tiempo del cautiverio estarán interrumpidos los términos y plazos de toda clase, a favor o en contra del secuestrado, dentro de los cuales debía hacer algo para ejercer un derecho, para no perderlo, o para adquirirlo o recuperarlo.

Lo anterior no obsta para que, excepcionalmente cuando circunstancias extraordinarias lo exijan, y con el propósito de proteger derechos en riesgo inminente de la persona secuestrada, además del curador de bienes, el agente oficioso o cualquier otra figura procesal instituida para estos efectos puedan ejercer todas las acciones que sean necesarias para garantizar dicha protección.

La norma habla de la interrupción de toda clase de términos a favor o en contra del secuestrado, desaparecido forzosamente y tomado como rehén, refiriéndose a todas aquellas hipótesis diferentes para el caso, en que no se trate de deudas dinerarias u obligaciones de dar y de hacer, diferentes a dinero y que estén a cargo de la víctima, según lo contemplado en los artículos 11 y 13 de la ley en comento.

Pensemos en el siguiente ejemplo. “A” y “B” son beneficiarios de un contrato dónde se asegura la vida⁷ de su padre “C”. “A” es privado de su libertad víctima del delito de secuestro y posteriormente mientras se encuentra en cautiverio, “C” muere y “A” tiene conocimiento de tal suceso por un mensaje radial que le da su familia (supongamos)⁸. Se pregunta ¿Qué termino de prescripción tendrá “A” para reclamar su derecho de indemnización frente a la aseguradora? ¿Será que comienza a correr el término de 5 años de la prescripción extraordinaria contados desde el momento en que nace el respectivo derecho que para el caso es el día de la muerte de “C”? ¿Será igualmente que por haber tenido el conocimiento de dicho siniestro en el cautiverio desde ese momento le empezará a correr la prescripción ordinaria de 2 años? ¿Cómo se contarían los términos de prescripción frente a “B” el otro beneficiario que no está privado de su libertad? Pasemos a resolver uno a uno cada interrogante.

De la norma transcrita se desprende que los términos de toda clase se interrumpen incluidos los de prescripción mientras “A” se encuentre en cautiverio⁹, por lo tanto no le correrá la prescripción extraordinaria que en una situación normal correría desde la muerte de “C”, ni la ordinaria, así haya conocido de la muerte de ese asegurado en el cautiverio, pues ambas prescripciones están interrumpidas hasta que ese beneficiario recupere su libertad, momento desde el cual comenzará a correr la prescripción extraordinaria de 5 años y la ordinaria de 2 años desde que tenga conocimiento de la muerte de “C”, sin sobrepasar obviamente el anterior termino. Pero si “A” tuvo el conocimiento de la muerte de “C” dentro del cautiverio (como lo veníamos exponiendo inicialmente), creemos entonces que la prescripción ordinaria de 2 años correrá desde su liberación, en la medida que el conocimiento de ese hecho que da base a la acción (el conocimiento de la muerte de “C”) si bien no tenia relevancia mientras se encontraba en ese estado, adquiere virtualidad desde el momento que de nuevo queda en libertad.

7 Entiéndase aquí también, los casos de beneficiarios de seguros de daños por ejemplo.

8 Recordemos el triste caso de la senadora Gloria Polanco de Lozada, quien en cautiverio y por medio de un mensaje radial, tuvo conocimiento del asesinato de su esposo Jaime Lozada Perdomo.

9 Es importante recalcar, que se trata de una interrupción de la prescripción. Así, tomando para este ejemplo una variable, en el sentido de que “A” es secuestrado pasado un año desde la muerte de “C”, todo ese tiempo que venía corriendo en términos de la prescripción ordinaria, se interrumpe, para volver a contarse, desde que recupere su libertad.

Frente a “B” que también es beneficiario, obviamente por no estar en la situación de su hermano “A”, los términos correrán de una manera diferente, o sea, no se interrumpe la prescripción, por lo tanto se aplica plenamente las hipótesis del Código de Comercio frente al tema de la prescripción, es decir, la ordinaria correrá desde el mismo momento que tenga el conocimiento real o presunto (hecho que da base a su acción) de la muerte de “C” y la extraordinaria desde la muerte real de ese asegurado (momento que nace el respectivo derecho).

Pero también queda un interrogante por resolver ¿será que la persona secuestrada, desaparecida forzosamente o tomada como rehén deberá esperar a que recupere su libertad para reclamar su derecho a indemnización?

En primer lugar la norma manifiesta que en circunstancias excepcionales en que esté en riesgo un derecho de la persona privada de la libertad, podrán además del curador de bienes, el agente oficioso o cualquier otra figura procesal instituida para esos efectos pueda ejercer cualquier acción para ejercer las acciones a que haya lugar.

Creemos que esa situación de excepcionalidad tiene sentido cuando se trate de acciones que deban emprender personas garantes diferentes al curador de bienes y que no pueda ejercer por alguna razón este último, en la medida que de conformidad con las normas civiles referentes a la curaduría de bienes del ausente (artículo 115, ley 1306 de 2009), el curador puede además de ejecutar actos administrativos de conservación y custodia de los bienes del ausente, también los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.

Fíjese como el curador de bienes incluido el provisional designado al privado de su libertad, se le dan unas prerrogativas de cobrar los créditos del secuestrado, desaparecido forzosamente y tomados como rehenes. En efecto, el derecho a una indemnización que tiene un beneficiario por la concreción de un siniestro es un crédito personal a favor de esa persona privada de la libertad, que puede ejercer en cualquier momento, según las normas propias de la curaduría. El curador de bienes provisional de la víctima beneficiaria, será quien podrá realizar los respectivos cobros judiciales y extrajudiciales ante la aseguradora en nombre del privado de la libertad, y en casos excepcionales según como lo manifiesta el inciso 2 del artículo 13 de la ley 986, también podrían hacerlo personas diferentes al curador, tal como el agente oficioso, pero en este último caso, solo cuando esté en riesgo inminente un derecho subjetivo del privado de la libertad. De lo contrario creemos, que el curador de bienes puede ejercer cualquier acción tendiente a la reclamación de créditos personales del secuestrado, en cualquier momento, de conformidad con las normas civiles.

Para ilustrar un poco más sobre las prerrogativas del curador de bienes, nos permitiremos transcribir el siguiente extracto de una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (Sentencia, 1971):

El legislador estableció la curaduría para los bienes del ausente no solo tomando en cuenta los intereses del dueño del patrimonio, sino también los derechos de terceros. En virtud de tales objetivos el curador puede, cuando de acciones patrimoniales se trate, demandar o ser demandado como representante del ausente y como administrador de un conjunto de bienes que se le han entregado par su cuidado; pero no es legal que actúe en los procesos en los que se ejerciten acciones extrapatrimoniales, como lo son las de estado civil y en las cuales figure como parte el ausente, eventos estos en que se impone, por razón de la ausencia que imposibilita su intervención en el juicio, designarle un curador ad- litem previo emplazamiento.

Ahora, si bien nos puede quedar claro frente a las acciones que puede ejercer el curador en beneficio del privado de la libertad (sea tomador o beneficiario), el nuevo interrogante surge de la posibilidad que el curador de bienes sea también demandado por obligaciones personales del secuestrado especialmente en relación con el contrato de seguro. En primer lugar es tajante al tenor del artículo 11 inciso 2 de la ley 986, que cuando se trate de obligaciones dinerarias a cargo del deudor privado de la libertad, el acreedor no puede iniciar ningún cobro judicial o extrajudicial ni contra el deudor secuestrado, desaparecido forzosamente o tomado como rehén directamente, o contra algún garante incluido el curador. Por tanto en el ejemplo que la aseguradora deseara iniciar un proceso para el cobro de una prima impagada, que sería el caso más típico de una deuda dineraria a cargo del tomador víctima de aquellos delitos, la misma deberá postergarse hasta el momento en que ese tomador recupere su libertad mas el tiempo adicional que en su momento indicamos.

Pero el problema real consiste en que la pretensión personal de una aseguradora en contra de su tomador o tomador asegurado, sea diferente a la del cobro de dinero. Para esto pensemos en una acción de nulidad relativa por reticencia e inexactitud. Retomando el ejemplo que veníamos trabajando, repasemos que “C” quien era el tomador asegurado en un seguro de vida fue reticente e inexacto al manifestar las circunstancias que determinan el estado del riesgo, como por ejemplo, no indica en el cuestionario propuesto por el asegurador que padece de graves problemas del corazón, causas por las cuales posteriormente muere y son conocidas por la aseguradora.

En principio valga decir que como los términos también se interrumpen en contra del secuestrado incluidos los términos de prescripción, a la aseguradora no se le contará el término de la prescripción extraordinaria desde el momento de la celebración del contrato como normalmente debe suceder por ser el momento en que nace el respectivo derecho por un lado, ni tampoco le correrá la prescripción ordinaria desde el conocimiento de la muerte de “C”, pues reiteramos, también se interrumpen los términos de prescripción en contra del secuestrado y para el caso a favor de la aseguradora, hasta tanto el tomador, no recupere su libertad, tiempo

desde el cual dependiendo si la obligación es en dinero o no, comenzarán a correr los respectivos plazos ordinario y extraordinario en reclamo de sus pretensiones como interesado en el contrato de seguro.

Volviendo al tema, si la aseguradora desea iniciar un proceso en el que busque declarar la nulidad relativa podría en principio hacer dos cosas: la primera es esperar a que “A” sea liberado o la segunda, sería demandar a “A” y “B” que son para el caso los únicos herederos de “C” conjuntamente y no por separado, pues se constituye un litisconsorcio necesario por pasiva (Artículo 61 Código General del Proceso) en la medida que la relación sustancial objeto del proceso se torna inescindible y la sentencia tendrá alcance por igual a favor o desfavor de “A” y “B”.

Pero en ésta última hipótesis nace un interrogante: ¿Realmente si podrá la aseguradora demandar a “B” y al curador de bienes de “A” por la ausencia del tomador –víctima, conjuntamente? Es una pregunta difícil de responder, porque el artículo 13 de la ley 896 referente a la interrupción de todo tipo de términos, no prohibió expresamente a los acreedores iniciar acciones judiciales y extrajudiciales frente a las víctimas del secuestro, desaparición forzada y toma de rehenes, como si lo hizo en el artículo 11 cuando se trate de obligaciones dinerarias a cargo del deudor víctima de esos delitos.

Por lo anterior, creemos finalmente que el espíritu de la ley 986 fue darle una especial protección, a unas personas en situación especial de indefensión y no encontramos una razón lo suficientemente poderosa por la cual el legislador, proteja solo a la víctima de los plurimensionados delitos cuando aquellos deban dinero, pues ese es un argumento de corte mercantilista, que no se compadece con la finalidad de solidaridad social que inspira la norma y que demanda del Estado igual protección cuando estos ciudadanos se encuentren en esa, reiteramos, especial situación de indefensión, que ni siquiera el argumento de contar con un curador de bienes, alcanza a nivelar es estado de inferioridad, pues no es lo mismo quien se ausenta voluntariamente a quien se ausenta por circunstancias anormales de orden público. Y es que como bien lo manifiesta aquel principio general del derecho, “dónde existe la misma razón debe existir la misma disposición”. Por lo tanto ante la omisión inconsciente del legislador deberá aplicarse ante las posibles pretensiones de la aseguradora diferentes a la búsqueda de pago de dinero, la prohibición de reclamar judicial o extrajudicialmente en contra de su deudor privado injustamente de su libertad por medios analógicos, en aras de proteger en mayor medida su derecho a la defensa.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri, & Somarriva A., V. (2001). *Tratado de los derechos reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Centro de memoria histórica. (2013). www.centrodememoriahistorica.gov.co. Recuperado el 4 de Diciembre de 2013, de Una verdad secuestrada: cuarenta años de estadísticas de secuestro (1970-2010): www.centrodememoriahistorica.gov.co
- Colombia, R. d. (1886). Ley 57 . *Código Civil*.
- Colombia, R. d. (1971). Decreto 410 . *Código de Comercio*.
- Colombia, R. d. (26 de Agosto de 2005). Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones. *Ley 986*.
- Colombia, R. d. (s.f.). Ley 1564 de 2012. *Código General del Proceso*.
- Departamento Nacional de Planeación. (2004). Planeación y desarrollo. Volumen 35, número 2. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. *Planeación y desarrollo*, 689 y ss. Obtenido de Departamento Nacional de Planeación (2004). Planeación y desarrollo. Volumen 35, número 2. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- F. G., & Collazos Rivera, J. (2010). Prescripción en el contrato de seguro ¿Tradición o modernismo? *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros.*, 19(32), 73-102.
- Fundación país libre. (2008). www.paislibre.org. Recuperado el 4 de diciembre de 2013, de Manual, protección legal para víctimas del secuestro y desaparición forzada: [//www.paislibre.org/site/images/stories/pdfnueva/MANUALPROTECCIONLEGALAVICTIMASDELSECUESTROYDESAPARICION.pdf](http://www.paislibre.org/site/images/stories/pdfnueva/MANUALPROTECCIONLEGALAVICTIMASDELSECUESTROYDESAPARICION.pdf)
- Jaramillo, C. (2012). *La prescripción en el contrato de seguro*. Bogotá: Temis.
- López Blanco, H. (2004). *Comentarios al contrato de seguro*. Bogotá: Dupré.
- Ordoñez Ordoñez, A. E. (2011). La prescripción de las acciones y derechos del asegurador en el contrato de reaseguro. En *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo* (págs. 445-465). Medellín: Dike.
- Ossa Gómez, E. (1981). *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Temis.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia 5 de febrero de 1971).
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia 4 de julio de 1977).
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia 10 de Mayo de 2000).
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia 19 de febrero de 2002).
- Sentencia, C-394 (Corte Constitucional 23 de mayo de 2007).



Título: Necesito cambiar de trabajo

Técnica: dibujo

Año: 2014

LA VALORIZACIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO: PROBLEMAS JURIDICOS Y ELEMENTOS ESENCIALES COMO CONTRIBUCIÓN*

* artículo resultado de avance del proyecto de investigación denominado “*Medellín y las transiciones sociojurídicas para la ordenación del territorio: Segunda oportunidad para los Planes de Ordenamiento Territorial de las ciudades en Colombia*”, adscrito al Grupo de Investigaciones Orbis Iuris de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, en la línea de investigación “*Derecho, conflicto e internacionalización*”. El periodo de ejecución del proyecto es el segundo semestre de 2013 y el año 2014; el autor interviene como coordinador de la investigación

Fecha de recepción: julio 15 de 2014

Fecha de aprobación: septiembre 15 de 2014

LA VALORIZACIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO: PROBLEMAS JURIDICOS Y ELEMENTOS ESENCIALES COMO CONTRIBUCIÓN

*Jorge Eduardo Vásquez Santamaría***

RESUMEN

como una de las fortalezas en la evolución del ordenamiento jurídico colombiano dispuesto para el ordenamiento territorial urbano, la Valorización fue identificada como un mecanismo de financiación para proyectos urbanos con alta solidez y permanencia normativa y jurisprudencial. Por ello el artículo aborda una contextualización doctrinal de su naturaleza como contribución y da paso a un recorrido sobre los problemas jurídicos que han permitido la construcción de una línea jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, de quien se exponen sus avances sobre la razón de ser de esta contribución, el hecho generador, el sujeto activo y pasivo, algunas orientaciones sobre el cobro y recauda, así como de su liquidación.

Palabras clave: Contribución, Valorización, Consejo de Estado, Propiedad, Beneficio, Hecho Generador.

UPGRADING FROM THE JURISPRUDENCE OF THE COUNCIL OF STATE: LEGAL ISSUES AND ESSENTIAL ELEMENTS AS TAX

ABSTRACT

One of the strengths in the development of provisions for urban land planning Colombian legal system, the Valuation was identified as a funding mechanism for urban projects with high solidity and permanence rules and jurisprudential. Therefore, the article addresses a doctrinal contextualizing nature as a contribution and leads to a path on the legal problems that have allowed the construction of a line of decisions by the Council of State, who their progress on why being exposed of this contribution, the operative event, the active and passive subjects, some guidance on the collection and collects and liquidation.

Keywords: Contribution, Valuation, Council of State, Property, Benefit, Made Generator.

** Abogado y Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Funlam. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Orbis Iuris de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. jorge.vasquez@uam.edu.co - jorgevasquezantamaria@outlook.com

LA VALORIZACIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO: PROBLEMAS JURIDICOS Y ELEMENTOS ESENCIALES COMO CONTRIBUCION

1. INTRODUCCIÓN

El artículo es un resultado final de la investigación “*Medellín y las transiciones sociojurídicas para el ordenamiento del territorio: Segunda oportunidad para los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) de las ciudades en Colombia*”. El proyecto es ejecutado en dos fases: Inicialmente en un espacio de diez meses que culminan a mediados del 2014, se elaboró y analizó el referente teórico a partir distintas fuentes jurídicas secundarias rastreadas sobre categorías de investigación predefinidas, como la descentralización, la autonomía, el municipio, el ordenamiento territorial y la planeación urbana, y otras emergentes, como la función pública del urbanismo, la participación urbana y los instrumentos de gestión y financiación de la gestión urbana.

La primera fase permite una aproximación a la interpretación y comprensión de la realidad de la gestión urbana de la ciudad en Colombia, a la descripción de las fortalezas y debilidades en la evolución del ordenamiento jurídico dispuesto para el ordenamiento del territorio urbano desde la Constitución de 1991, a la identificación de referentes sociojurídicos determinantes en la experiencia con los POT, y a la explicación de cuáles de esos referentes deben ser directrices para orientar el nuevo proceso en las ciudades del país.

La segunda fase inicia ejecución a mediados del 2014 y está concentrada en la experiencia de Medellín como un estudio de caso que tiene por soporte los resultados generales de la primera fase. Ambas etapas se sustentan en la pregunta ¿Cuáles referentes sociojurídicos deben ser determinantes para la formulación, adopción y ejecución de los POT ante la primera transición normativa impuesta por el ordenamiento jurídico colombiano? Este interrogante surge de una problematización sustentada en la *Ciudad*, delimitada como una forma de organización de la vida humana, caracterizada por la construcción y recreación permanente a partir de la interacción intersubjetiva dotada de valor histórico cultural. En ella los Derechos Humanos se entrelazan en realidades por medio de las cuales se busca su legitimidad, se formaliza su demanda, se propone el consenso para su efectivización,

se aprecia su desconocimiento y se viven sus violaciones. Es así que la *Ciudad* se propone como derecho, en el sentido expuesto por Lefebvre de desplegar lo urbano en tanto que lugar de encuentro, otorgando prioridad al valor del uso (1978: 138).

A partir de los resultados finales sobre la descripción de las fortalezas y debilidades en la evolución del ordenamiento jurídico dispuesto para el ordenamiento del territorio urbano desde la Constitución de 1991, y a la explicación de cuáles de esos referentes deben ser directrices para orientar el nuevo proceso en las ciudades del país, este artículo presenta la contribución por valorización como un mecanismo de financiación de la gestión urbana de la ciudad colombiana, cuya inclusión en los nuevos POT debe ser mantenida y reforzada.

2. METODOLOGÍA Y CONTEXTO PARA EL TRABAJO CON LA VALORIZACIÓN

Los resultados se derivan de una metodología soportada en el modelo cualitativo de investigación e implementado el enfoque histórico hermenéutico en estudios documentales. La adopción del modelo cualitativo se justifica, como lo expresa Sandoval Casilimas (1996: 28), por ser el modelo que exige diferenciar la realidad empírica de la epistémica que se aprenden en el ejercicio. Desde la realidad empírica se tiene una existencia independiente del sujeto que la conoce; mientras la segunda necesariamente requiere, para su existencia, de un sujeto cognoscente, el cual está influido por una cultura y unas relaciones sociales particulares, que hacen que la realidad epistémica dependa para su definición, comprensión y análisis del conocimiento de las formas de percibir, pensar, sentir y actuar, propias de esos sujetos cognoscentes. Para nuestro caso eso se reúne en la interacción con la jurisprudencia del Consejo de Estado, soporte documental elaborado por una destacada autoridad jurídica que aprende problemas de gestión urbana en procesos de interpretación, valoración y aplicación del Derecho.

De ello que los propósitos dirigidos a describir las fortalezas y debilidades en la evolución del ordenamiento jurídico colombiano dispuesto para el ordenamiento del territorio urbano a partir de la Carta de 1991, y la explicación de cuáles de esos referentes deben ser directrices para el nuevo proceso de formulación de los POT, vea en las formas de percibir, pensar, sentir y actuar del Consejo de Estado elaboraciones sistemáticas pertinentes y connaturales a la realidad urbana, integrada por hechos sociales, participación, lenguaje e ideología.

Desde la investigación cualitativa se emplea un trabajo documental a partir de categorías de investigación, entendidas como elementos o dimensiones de las va-

riables investigadas, que sirven para clasificar las diversas unidades teóricas que giran en torno al objeto de estudio. Con ello se da lugar a concepciones abiertas de la realidad, no se desecha posibles alternativas de respuesta, se promueve un ejercicio analítico de las variables con las que trabaja, las cuales contribuyen a la comprensión de significados sobre instrumentos relevantes en la transición del POT, y no a la mera descripción de los hechos.

La transición del ordenamiento del territorio urbano en las ciudades de Colombia es un proceso que se concentra sobre la figura del POT, instrumento impuesto por la legislación a los municipios como entidades territoriales competentes para la planeación y gestión del territorio urbano. El POT es la principal expresión de los instrumentos de gestión urbana fijados por la legislación nacional, y si bien como reglamentación municipal normatiza el escenario ambiental, espacial, patrimonial, de prevención de riesgos y de transporte y movilidad, también reúne las disposiciones a partir de las cuales se ponen en práctica mecanismos de financiación en la gestión urbana.

Los mecanismos para financiar intervenciones urbanas están regulados por un conjunto de normas reunidas principalmente en lo que se define como Derecho urbano. Entre ellos se encuentran los bonos y pagarés de reforma urbana, la participación en las plusvalías derivadas de la acción urbanística del Estado, el impuesto predial y la contribución de Valorización, todos ejemplifican la manifestación de la autonomía de las entidades territoriales en la posibilidad de adoptar esos instrumentos para promover el desarrollo territorial y espacial.

De los mecanismos mencionados la Valorización es uno de los más destacados en la experiencia del ordenamiento territorial urbano a nivel nacional, lo que justifica su indagación no solo en la parte normativa sino sobre la apreciación y desarrollo que le ha dado el Consejo de Estado como máxima autoridad que ejerce control jurisdiccional y de legalidad de los actos, actuaciones, hechos y operaciones del Estado. El Consejo de Estado se encuentra dividido en tres salas; de Consulta y Servicio Civil, Disciplinaria y de lo Contencioso Administrativo, que a su vez se divide en cinco secciones, a las cuales se están asignadas materias específicas para conocer de los procesos que llegan a esta instancia. Para la Valorización la sección cuarta es la encargada por ser la que conoce de asuntos económicos, tributarios, impuestos, tasas y contribuciones.

La indagación sobre la jurisprudencial de esta autoridad judicial inicia en el año 1982, momento desde la cual el Consejo de Estado empezó a generar su postura sobre la contribución, rescatando que la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado al respecto y la jurisdicción de lo contencioso administrativo adoptó dicha postura como base para la creación de su propio criterio, el cual se ha mantenido hasta la fecha.

El rastreo jurisprudencial arrojó 24 sentencias sobre la Valorización. Diecinueve están relacionadas con la naturaleza jurídica de la Valorización, cinco con el procedimiento y tres con las autoridades competentes, sin desconocer que en ellas se tratan elementos importantes que hacen parte integral del concepto de la Valorización. Como medio para la sistematización y organización de la información rastreada se elaboró una matriz de análisis mediante la cual se clasificó la jurisprudencia teniendo en cuenta el número de radicación, la fecha de pronunciamiento, acto administrativo demandado y el problema jurídico.

Los resultados arrojan tres sentencias tanto en 1992 como en 2010, siete sentencias en 1993, dos sentencias en 1994, en 1998, 2003 y 2009, una sentencia en el año 1995, en 1997 y en 2000. Del total de las sentencias catorce se producen por Acción de Nulidad, seis por Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, y una tanto en Acción de Revisión como por Acción de Cumplimiento.

En lo relacionado con la naturaleza jurídica de la Valorización es ampliamente reconocido el acertado cambio de denominación que sufrió legislativamente cuando pasó de impuesto a contribución. Igualmente se desarrollan varios elementos que la integran, como el hecho generador, reconocido como el beneficio que se recibe a través de la obra, el sujeto activo, que es el Estado representado en el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales; el sujeto pasivo, considerado como el beneficiario de la obra, que es el propietario o poseedor del bien inmueble gravado; las entidades autorizadas para imponer, cobrar y administrar la contribución; incluyendo e identificando los factores de liquidación para el cobro; la zona de influencia de la obra pública y con ello determinar la distribución entre los predios, liquidación y recaudo; y la base gravable sobre la cual se hará el cálculo respectivo.

3. LA VALORIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

La Valorización es un instrumento de financiación que grava los inmuebles que se benefician con la ejecución de una o varias obras públicas. Se diferencia del impuesto ya que no se cobra de manera general sino a propietarios o poseedores de los predios que se benefician de la obra y porque el dinero recaudado solo podrá ser destinado a la obra pública por la cual se creó.

Para Luigi Einaudi la contribución es: “la compensación pagada con carácter obligatorio al ente público con ocasión de una obra realizada por él, con fines de utilidad pública, pero que proporciona también ventajas especiales a los particula-

res propietarios de bienes inmuebles.” (Elnaudi, citado por Arango Mejía, 1991) Arango Mejía (1991) define las contribuciones como “un ingreso público ordinario, de carácter obligatorio y tasado proporcionalmente, que el Estado percibe de un grupo de personas destinado a un fin específico, del cual además de un beneficio colectivo resulta una ventaja particular para los contribuyentes.”

Por su parte Crespo Ramos (2003: p. 14) la explica desde la experiencia española como el producto de la actividad de la administración que genera un beneficio en el particular, el cual produce a su vez una capacidad económica adicional por el importe del beneficio, lo que justifica un cobro en modalidad de contribución para financiar obras públicas. En la experiencia colombiana, Morcillo Dosman (2007: p. 608) la define como una contribución que está a cargo de los propietarios de los inmuebles que resultan beneficiados por la realización de obras públicas, lo que hace de ella un instrumento de financiación de las entidades públicas para la ejecución de obras, y un medio legal que impide el enriquecimiento ocioso de los propietarios si las obras solo se realizaran con dineros oficiales.

En las anteriores definiciones se pueden observar enunciadas algunas características de esta contribución: es un ingreso público, de carácter obligatorio, de utilidad pública, destinado a un fin específico, y produce un beneficio a la propiedad, elementos esenciales que definen a la Valorización en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Ley 25 de 1921 en el artículo 3° dispuso la Valorización con la denominación de “impuesto”, consistente en “una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local”. Posteriormente algunas leyes ampliaron sus efectos a otros ámbitos, pero mantuvieron inalterada la connotación de impuesto hasta 1966 cuando el Decreto 1604 la convirtió en una contribución” (Corte Constitucional, 1993: Sentencia C-040). Dicho Decreto amplió su alcance en el artículo 1 así:

El impuesto de valorización, establecido por el artículo 3° de la Ley 25 de 1921 como una “contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local”, se hace extensivo a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios o cualquiera otra entidad de Derecho Público y que beneficien a la propiedad inmueble, y en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización.

Sobre el cambio de impuesto a contribución la Corte Constitucional expresó en sentencia C - 155 de 2003: “La contribución de valorización no es un impuesto, porque no grava por vía general a todas las personas, sino a un sector de la población que está representado por los propietarios o poseedores de inmuebles que se benefician, en mayor o menor grado, con la ejecución de una obra pública.”

Como explica Fernando Bernal (1998: p. 79) la valorización busca el desarrollo económico – social del nivel territorial que lo decreta, siendo su elemento característico el hecho gravable definido como el beneficio económico que recibe un bien inmueble que resulta beneficiado por la realización de una inversión pública en el área donde se ubica.

Este mecanismo de financiación ha sido muy utilizado por el Estado, por lo que ha sido objeto de gran cantidad de demandas encaminadas a obtener la nulidad de los actos administrativos que la decretan. En razón de sus atribuciones constitucionales y legales, el Consejo de Estado como máxima autoridad administrativa ha conocido en varias ocasiones el tema, desarrollando el sentido y alcance que los destinatarios deben darle a dicha contribución.

Problemas jurídicos objeto de decisión en el Consejo de Estado

En 1991 la acción de nulidad sobre el artículo 118, inc. 1. del Acuerdo 7 de 1987, Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá expedido por el Consejo Distrital, generó que la Corporación Judicial fijara como problema jurídico ¿La norma distrital que faculta al Instituto de Desarrollo Urbano para descontar, con carácter de cesión obligatoria gratuita el 7% del área bruta del terreno que debe adquirir por el sistema de valorización para la construcción de vías es ilegal por imponer una obligación sobre predios que no se pretenden urbanizar?

En el año de 1992 se identifican dos sentencias en torno a la Valorización, ambas conocidas por la sección cuarta. Con radicado 3283 se resuelve la acción de nulidad contra la Resolución 8398 del 24 de septiembre de 1986, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, “por la cual se determina como obra nacional que causa contribución de valorización, la construcción de la carretera el Vino”. Dicha demanda generó como problema jurídico ¿Se violan los derechos constitucionales y legales de la comunidad cuando una ley ordena a la Nación atender la totalidad del costo de una obra pública, y posteriormente por resolución ministerial se ordena el cobro de contribución por valorización solo a los propietarios de un tramo de la carretera.

Con radicado 3915 el Consejo de Estado se traza como problema jurídico un examen de constitucionalidad ¿Fue violatoria de la Constitución Política de 1886 una norma expedida por el Alcalde de Bogotá, según la cual los propietarios de predios que pertenecieron a zonas de influencia de obras públicas, debían notificarla ante el IDU para que éste realizara el cobro del gravamen de valorización? En la medida que se juzgaron los artículos 3, 4, 31, 32, 34, 38, 39, 47, 53, 57, 64, 67 y 95 del Decreto Extraordinario 536 de 1981 del alcalde Mayor de Bogotá, por medio del cual se expedía Estatuto de Valorización de la época.

En 1993 el Consejo de Estado en el proceso con radicado 4428 conoció la demanda contra la Resolución 1040 de 30 de mayo de 1983, expedida por el IDU, por medio de la cual se asignó una contribución de valorización, donde formuló como problema jurídico ¿Procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de carácter general, que autorizaron la construcción de obras viales y aprobaron el presupuesto para su realización, al haber incorporado obras nuevas que acrecentaron el valor de la contribución de valorización cobrada al demandante? En el mismo año la sección cuarta en proceso con radicado 4037 identificaba como problema en torno a la contribución ¿Es posible delegar la administración y cobro de la contribución de valorización?, mismo periodo para que la sección primera abordara la demanda frente al artículo 15 del Decreto 1467 de 1987 que reglamentaba el Estatuto de Valorización de Bogotá, de donde derivó como problema jurídico ¿Es ilegal por imponer una obligación sobre predios que no se pretenden urbanizar, aunque la cesión corresponda a la plusvalía generada por la obra y que el vendedor debe ceder para compensar el mayor valor a su favor en desarrollo de la función social de la propiedad?

En ese mismo año el Alto Tribunal profirió sentencia en los procesos con radicado 4840 y 4661, ambos conocidos por la sección cuarta. En el primero de ellos la demanda se dirigió contra el artículo 4, parágrafos 1, 2, 3, y 5 del Acuerdo 16 de 1990, por el cual se adicionaba y modificaba el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolló el concepto de Valorización por Beneficio General en el Distrito Especial de Bogotá; el artículo 1 numeral 3 y 2 del Acuerdo 14 de 1992; por el cual se determinaba la financiación y contratación para el Plan de Obras Viales 1993 - 1994, y se modificó parcialmente el Acuerdo 16 de 1990; y el artículo 2, 3 y 4 del Decreto 656 de 1992, por el cual se establecen los porcentajes de absorción del monto distribuible de la valorización por beneficio general. El problema jurídico delimitado por el Consejo fue ¿Son ilegales las normas que desarrollan el concepto de valorización por beneficio general en el Distrito Especial de Bogotá, entre otras cosas. Por gravar el universo de predios de la capital y adicionalmente por tener como base de la contribución de valorización el avalúo catastral?

En el segundo proceso el Consejo de Estado trabajó a partir del problema ¿Es ilegal la resolución del IDU que cambió el precio del metro cuadrado para el cálculo de la contribución de valorización de un predio inexplorado porque se había presentado un proyecto urbanístico que lo beneficiaría, aun cuando dicho proyecto nunca fue aprobado por Planeación Distrital? Dicho problema resultó de la demanda contra las Resoluciones 1040 del 30 de mayo de 1983, 1161 de 5 de agosto de 1983 y 027 de 22 de agosto de 1983, proferidas por el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá en la determinación de la contribución de valorización a cargo de la sociedad “Urbanización.

También en 1993 el Consejo de Estado profirió sentencia sobre la Valorización cuando en el proceso 4962 resolvió el problema jurídico ¿Resulta procedente la acción de nulidad con el fin que sean declarados nulos los artículos de los acuerdos distritales expedidos por el Concejo de Bogotá y en los cuales se consagró y se fijaron los criterios para determinar las zonas de influencia de valorización por beneficio general, dado que según lo argumentan los demandantes, la ley 9 de 1989 derogó tácitamente este pago? Finalmente en ese año generó sentencia por dos problemas jurídicos relacionados con la demanda de nulidad contra la expresión “general”, consagrada en los artículos 1 al 14 del Acuerdo 16 de 1990 por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolla el concepto de Valorización por Beneficio General en el Distrito Especial de Bogotá. Dichos problemas jurídicos fueron: ¿Es violatorio el derecho demandado en tanto estableció el cobro de contribución de valorización sobre obras ya realizadas y sin establecer un límite, en el pasado hasta el cual debiera ser cobrado? ¿Es violatoria de la constitución la consagración de la contribución de valorización, en tanto el art. 206 de la Constitución prohíbe percibir contribución o impuesto que no figura en el presupuesto de rentas?

Con radicado 5443 en 1994 el Consejo de Estado conoce la demanda contra el artículo 1 y 2 de la Resolución 4000176 de diciembre 1 de 1989 expedida por el Fondo Rotatorio de Valorización de Cundinamarca, el cual liquidó, disminuyó y asignó la contribución de Valorización causada a las obras de parcheo. En esa oportunidad el Tribunal delimitó como problema ¿Puede el Fondo Rotatorio de Cundinamarca imponer el cobro de contribución de Valorización para las obras que tengan como finalidad el mantenimiento de las vías, aun cuando la normatividad excluye dichas obras como generadoras de gravamen? En ese mismo año en el proceso con radicado 5191 procede la demanda contra la Resolución 029 del 20 de octubre de 1992, cuyo problema jurídico fue ¿Puede la Junta Directiva de Valorización imponer el pago de la contribución para el financiamiento de la emisión de la señal de televisión, aun cuando por un lado, la competencia para imposición de este gravamen la tienen los concejos municipales, y por el otro, el Ministerio de Comunicaciones no había autorizado la emisión de las señales?

Para 1995 la sección cuarta se centra en la pregunta ¿Se violan los derechos de un particular cuando la administración le impone el pago de contribución de Valorización por la pavimentación de vías, aunque su propiedad no está ubicada sobre la vía cuya pavimentación se ejecuta, argumentando la administración que las obras son de amplia cobertura, y benefician a la totalidad de los habitantes de determinado sector? Derivado de la demanda interpuesta contra las Resoluciones 015 del 31 de julio de 1991 y 028 del 29 de abril del mismo año, expedidas por la Junta de Valorización Distrital de Cartagena.

En 1991 con radicado 8096 se abordó el siguiente problema: Para efectos del cálculo de la contribución de Valorización, las áreas catalogadas como suburbanas de transición pueden ser consideradas como urbanas? La sentencia de 1998 es de diciembre 14, que aclara y reitera que si bien es cierto que de conformidad a lo establecido en la disposición constitucional (Léase artículo 388) la administración se encuentra facultada para fijar las tarifas de contribución, también es cierto que esta facultad no puede ser arbitraria, es decir sin abandonar el criterio del costo-beneficio y demás factores legales intervinientes para fijar las tarifas.

En esa sentencia la sección cuarta declaró la nulidad de una resolución expedida por el Ministerio de Transporte, que determinó como obra nacional que causaba Valorización las obras del Desarrollo Vial del Norte. Para la sección cuarta la obra no podía ser objeto de Valorización porque se había contratado por concesión. El fallo recibió recurso extraordinario de súplica, y en sentencia del 11 de diciembre de 2001, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo denegó las pretensiones de la demanda. La providencia interesa no sólo por tratarse de una decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado que constituye la posición dominante, sino, además, porque uno de los planteamientos de la sentencia fue el siguiente:

El sistema y el método de la contribución de Valorización, de acuerdo con el artículo 9 transcrito están integrados por los siguientes elementos: a) Costo total de la obra (inversión más imprevistos); b) el beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados; c) la capacidad de pago de los propietarios que han de ser gravados; d) razones de equidad. Con base en estos elementos, según lo dispuesto por el artículo 338 constitucional la administración puede ser autorizada para fijar las tarifas de la contribución pero, se insiste, sin desconocer la relación costo beneficio ni los demás factores legales. Esas normas son precisamente las que la parte recurrente señala como normas infringidas por falta de aplicación y así lo considera la Sala. (www.gerencie.com /contribución por Valorización).

También en 1998 el Consejo de Estado abordó los problemas jurídicos siguientes: ¿Se violan los derechos de los propietarios de predios aledaños a una obra pública cuando en virtud de su realización, se les impone el pago de contribución de Valorización, sin tener en cuenta que una ley anterior había determinado que el costo correría a cargo de la Nación? el cual resulta de la demanda interpuesta contra la Resolución 006853 del 29 de diciembre de 1994 “por la cual se determina como obra nacional y causa contribución de Valorización la construcción y pavimentación del anillo vial oriental de Cúcuta, expedida por el Ministro de Transporte. El segundo problema se centró en ¿Se violan los derechos constitucionales y legales de un particular cuando la administración le impone el pago de contribución de Valorización con ocasión de la realización de una obra que a su juicio no valorizó

comercialmente su propiedad en el valor ejecutado por la entidad oficial competente? Originado por la acción interpuesta contra la Resolución 135 de abril 25 de 1995 y 439 de octubre 27 del mismo año, expedidas por el establecimiento público de Valorización Departamental del Valle del Cauca.

En la década del 2000 el Consejo de Estado se enfrenta a un problema de competencia centrado en ¿El Ministro de transporte está facultado para decidir cuáles son los prospectos de obras públicas que generan el cobro de contribución de Valorización, así como para determinar las obras nacionales que se financian a través del tributo de Valorización? Proceso con radicado 9536 que dio lugar a la demanda contra la Resolución 0000140 de enero 16 de 1998 expedida por el Ministerio de Transporte.

Para el 2009 una primera demanda con radicado 16121 se dirigió parcialmente contra el Artículo 2 del Acuerdo 30 de 1994, la cual promovió como problema jurídico ¿Debe declararse nula la expresión “*por el sistema de Valorización*” contenida en el artículo 2 del Acuerdo 30 de 1994 del Concejo de Fusagasugá? En ese mismo año con radicado 16732 se decidió ¿Resulta procedente anular la Resolución 5100 del 26 de octubre de 1998 proferida por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU mediante la cual asignó la contribución de Valorización por beneficio local ordenada por los Acuerdos 25 de 1995 y 8 de 1998 a los predios beneficiados por el conjunto de obras de la ZONA EJE 5 incluidas en el Plan de Desarrollo “FORMAR CIUDAD”, y en consecuencia, resarcir los derechos del accionante? Que reafirma el intenso trabajo que la Corporación judicial ha tenido que concentrar en la experiencia de la ciudad de Bogotá.

Finalmente en 2010 con radicado 16621 el Consejo de Estado conoce la demanda contra el Decreto 0535 de 10 de diciembre de 2002, por medio del cual el Alcalde de Pasto dispuso fijar como cuantía a recuperar, a través del sistema de valorización, la suma de \$ 3.500.000 del total de la inversión estimada del proyecto “Construcción Plaza del Carnaval y la Cultura”, e igualmente, que a través de la suscripción de un convenio con el Instituto de Valorización Municipal de Pasto, INVAP, se recaudara la suma señalada. Para dicha situación el problema jurídico trazado por el Consejo de Estado fue ¿Es Nulo el Decreto 0535 de 10 de diciembre de 2002 expedido por el Alcalde Municipal de Pasto? En ese mismo año en el proceso con radicado 18466 la sala cuarta se concentra en la nulidad parcial de los Acuerdos 178 de 2006 [arts. 12, 65 y 108], 190 de 2006 [1º (par.), 4 y par. 1 y 5] y 241 de 2008 [arts. 6, 8, 12, 15 y 16], expedidos por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

A partir de los problemas jurídicos propuestos en la labor judicial del Consejo de Estado, esa autoridad elaboro una consolidada línea jurisprudencial a partir de la cual ha sustentado los elementos principales de la contribución de Valorización en Colombia, referente importante que facilita su gestión a cargo de las autoridades competentes, y proporciona seguridad jurídica para su implementación.

4.1 Naturaleza Jurídica

El Consejo de Estado precisa que este tributo fue creado por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921, disposición que estableció el impuesto de Valorización como una contribución sobre las propiedades raíces que se benefician con la ejecución de obras de interés público. En sentencia del 27 de agosto de 1993, expediente 4510 y 4511, estableció que la Valorización nació por virtud del artículo 3 como “un impuesto directo consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se benefician con la ejecución de obras de interés público local, como limpieza y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, (...)”.

La Valorización se hizo extensiva a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los departamentos, el distrito especial de Bogotá, los municipios o cualquiera otra entidad de Derecho Público, y requiere que beneficie la propiedad inmueble, en virtud del artículo 1º del Decreto 1604 de 1966. Esa modificación, como lo precisó la sala en el fallo citado, “implica la consagración de un criterio nuevo, mucho más amplio ya que se refiere a las obras de interés público (no local); las cuales interesan a toda la comunidad y la benefician en mayor o menor grado, tal como sucede con las grandes obras públicas de amplia cobertura”.

El Decreto 1394 de 1970, reglamentario del Decreto 1604 de 1966, señala la forma de determinar, distribuir y recaudar la contribución de Valorización causadas por obras que ejecute la Nación o cualquier entidad de Derecho Público. Es así como en el Capítulo I respecto a la Contribución Nacional de Valorización, obras que la causan, sujeto pasivo de la obligación tributaria, Bases y condiciones de imposición, en su artículo 1º se refiere a las obras que causan la contribución por Valorización nacional, consistentes en “las obras de interés público que produzcan beneficio a la propiedad inmueble y que ejecuten la Nación o sus entidades descentralizadas”; y en el artículo 15 del Capítulo II relacionado con la Organización Administrativa de la Contribución de Valorización Nacional, al señalar las funciones del Consejo Nacional de Valorización, entre otras, señaló la de “Determinar las obras nacionales de interés público por las cuales se han de exigir, en todo o en parte, contribución de Valorización, con excepción de las ejecutadas por otras entidades nacionales de derecho público”.

4.2 Hecho Generador

Como todos los temas que conforman la Valorización, se demuestra cada vez más un índice positivo de seguridad jurídica respecto de los mismos, debido a que el Consejo de Estado acoge como fundamento directo las leyes aún vigentes y de vieja data, lo que las mantiene como eje argumentativo frente a las diversas accio-

nes judiciales. Específicamente en lo que se refiere con el hecho generador de la Valorización se evidencia que para determinarlo se debe recurrir al Decreto 1604 de 1996, que en su artículo 1 encabeza los ejes temáticos para que sea viable el pago de la obligación: “Constituye hecho generador de la Valorización Departamental, la construcción de obras de interés público, que produzcan un beneficio específico a la propiedad inmueble”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 9019).

La Valorización procede por el hecho que se genera a partir de la construcción de obras de interés público que lleve a cabo la Nación, los Departamentos, los Distritos, los Municipios y que beneficien a la propiedad inmueble.

Es indudable que el hecho imponible está constituido por la ejecución de las obras de interés público que produzcan beneficios a la propiedad inmueble; que tiene por objeto producir ingresos a la respectiva entidad pública para invertir no solamente en la construcción de las mismas sino en otras que sean de interés público. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 3283).

El Consejo de Estado a través explica como la norma define al Hecho Generador de la Valorización como el suceso por medio del cual con la ejecución de obras de interés público se produce un beneficio a la propiedad inmueble, sin confundir que se refleje propiamente en la obra construida sino en el beneficio que la misma genera para los inmuebles próximos.

4.3 Sujeto Activo

El sujeto activo es quien recibe el pago de la contribución por ser la entidad ejecutora de la obra, lo cual está determinado inicialmente en el Estado a través del Congreso de la Republica, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales, tal como lo dispone el Decreto 1604 de 1966 en armonía con el artículo 317¹ de la Constitución Política. No obstante legislación más reciente abre la posibilidad para que las Áreas Metropolitanas y las Corporaciones Autónomas Regionales también puedan hacer el cobro de dicho tributo, tal como se señala en el artículo 31, numeral 25 de la ley 99 de 1993, lo atribuía el artículo 14 de la ley 128 de 1994 y lo hace actualmente la ley 1625 de 2013 en su artículo 20.

1 Sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización. (...)

Como entidad que realiza la obra, el sujeto activo reúne tanto la calidad de acreedor como de beneficiario, esta última porque es quien manejó los recursos de inversión o de recuperación, lo que le permite hacer la gestión y uso del patrimonio público. Frente al sujeto activo se evidencia como el Consejo de Estado por medio de sus sentencias ha definido: (...) se hace extensivo a todas las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios o cualquiera otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expedientes 4510 y 4511 de 1993). En otras de sus sentencias detalla el Consejo de Estado detalla:

El mismo proveído recalca que si bien es cierta la facultad impositiva es indelegable, permanece en los órganos de representación popular, no sucede lo mismo con su administración. Esta es delegable en entidades de gestión que apliquen los elementos propios de su esencia. En el caso del tributo de Valorización, es aceptable la delegación en un órgano que determine el costo de la obra, incorpore en ese costo no sólo el valor directo sino también otros elementos que lo integren (costo de administración e imprevistos), que distribuya el costo entre los propietarios beneficiarios; que oiga a éstos; que recaude el tributo y ejecute la obra, pues no de otra manera podría hacerse efectivo el beneficio que ha orientado el Decreto 1604 de 1966, modificado por el Decreto 3160 de 1968.

En el orden nacional es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a quien corresponde la aplicación y el manejo de esta contribución. A él compete determinar las obras nacionales por cuya construcción y conservación se causa éste tributo, fijarlo, distribuirlo, recaudarlo. Igualmente es al Ministro a quien compete dictar las resoluciones sobre la distribución de la contribución nacional de Valorización y resolver los recursos pertinentes y al Consejo Nacional de Obras Públicas, órgano constitutivo de aquél, conceptuar sobre la causación, distribución, recaudo y forma de pago de la misma, en razón de la ejecución de obras nacionales, con excepción de las adelantadas por otras entidades de derecho público, según lo estatuye en los artículos 6° y 32 del Decreto 1173 de 1980, estatuto por el cual se reorganizó el citado Ministerio, dictado en desarrollo de autorizaciones de la Ley 29 de 1979.. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente. 4037 del 18 de marzo de 1993).

En la sentencia de fecha 10 de julio de 1998, expediente No 8370 el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo manifestó:

En efecto, la Corporación ha precisado en abundante jurisprudencia que una es la facultad impositiva, o función de crear tributos, la cual es privativa e indelegable del Congreso, con sujeción a la Constitución, y de los concejos y asambleas, de conformidad con la Constitución y la Ley y otra, muy distinta,

la de administrar y recaudar los tributos previamente establecidos por la ley a nivel nacional, o, por las ordenanzas y acuerdos a nivel departamental y municipal, ya que esta última es una actividad de gestión de suyo delegable en entidades creadas para atender cuestiones específicas de la Administración.

La facultad de imponer tributos de conformidad con la Constitución y la Ley según se ejerza la atribución de manera primaria o derivada, la cual desde la Constitución de 1886 (artículo 43), y hoy, con la Constitución de 1991 (artículo 338), con mayor precisión y técnica sobre el particular, tienen en tiempo de paz el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, está relacionada con la tarea de establecer la obligación tributaria, evento en el cual como lo ordena la Carta Constitucional, la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La facultad de administrar y recaudar los tributos previamente establecidos en la ley, las ordenanzas y los acuerdos, según el caso, como se anotó antes, apunta a las actividades de gestión relacionadas con la organización, administración y recaudo del tributo, la cual se reitera, es delegable, y también tiene respaldo constitucional, en el inciso 2º del artículo 338 citado, norma que atribuye a las autoridades administrativas competencia para fijar la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes por concepto de recuperación de costos y servicios.

El tema del sujeto Activo en la Valorización es el componente que se encuentra con mayor claridad definido en la Ley, ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que la facultad de establecer tributos a cargo de las entidades territoriales se encuentra sometida al principio de legalidad tributaria, que incluye la intervención de órganos de representación popular para el señalamiento de los tributos y la predeterminación de los elementos esenciales de los mismos. (Sentencias del Consejo de Estado. Sección Cuarta Expedientes 4962 del 13 de diciembre de 1993, 16621 del 27 de agosto de 2009).

4.4 El Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de la Valorización es el beneficiario de la obra de interés público con sus inmuebles: “La Valorización será exigible a cargo de la persona que tiene la calidad de dueño (poseedor inscrito) del predio beneficiado, el día en que queda ejecutoriado el acto administrativo que la impone”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Exp. 9019 de 1998). La clara postura frente a este integrante se reiteró por parte de la Corporación así: “Son sujetos pasivos de la contribución de Valorización departamental las personas que tienen la calidad de dueños o poseedores sobre las propiedades raíces que reciben un beneficio por causa o como consecuencia de la realización de obras de interés

público, que se ejecuten en el territorio del Valle del Cauca”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Exp. 9536).

De ellos que los sujetos pasivos son las personas que tienen la calidad de dueños o poseedores sobre las propiedades raíces que reciben un beneficio como consecuencia del hecho generador que provoca la realización de obras de interés público que se ejecutan en el territorio de las autoridades públicas facultadas por la ley, y reconocidas por la jurisprudencia, para la ejecución de dichas obras.

4.5 Sobre el cobro y recaudo de la Valorización

Observa el Consejo de Estado en su jurisprudencia que si bien es cierto que la Valorización es un tributo, y que de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 1394 de 1970, puede ser cobrado antes, durante o después de ejecutada la obra que la causa, si no se previó en el contrato como fórmula de recuperación de la inversión en forma total o parcial, la obra pública que se ha de ejecutar no puede ser objeto de la contribución. Ello es así toda vez que si el gravamen no se acordó, no puede ser tenido el recaudo de dicho gravamen como fórmula para recuperación de la inversión, ya que se contraviene el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 105 de 1993². (Consejo de Estado Sección Cuarta expediente No. 9536). Sobre el mismo tema el artículo 9 del Decreto 1604 de 1966 establece:

(...) para liquidar la contribución de Valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones. El Consejo Nacional de Valorización, teniendo en cuenta el costo total de la obra, el beneficio que ella produzca y la capacidad de pago de los propietarios que han de ser gravados con las contribuciones, podrá disponer, en determinados casos y por razones de equidad, que solo se distribuyan contribuciones por una parte o porcentaje del costo de la obra .

La disposición consagra el principio conocido de costo-beneficio, en virtud del cual el monto total distribuible en Valorización por una obra está integrado por dos factores: el costo de la obra y el beneficio que ella produce. Con ello se fijó

2 Ley 105 de 1993. Artículo 30: Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

como base de la contribución el costo de la obra dentro de los límites del beneficio, pues la obligación de pagar Valorización tiene como causa el beneficio que un predio recibe como consecuencia de la realización de una obra pública, pero dicho beneficio no se mira de manera aislada, sino en relación con el costo de la obra, dentro del cual, según la norma en mención, están “todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones”. (Consejo de Estado Sección Cuarta Exp. 9536 de 2000).

Adicionalmente, si tan determinante como el beneficio para fijar el monto total distributable en la Valorización es el costo de la obra, y si la financiación de ese costo, aún desde la etapa precontractual se previó mediante otro recaudo, mal puede la Administración determinar como obra pública que causa Valorización una cuyo costo ya está sufragado por otro mecanismo, lo cual conduce a que falte uno de los factores que legalmente debe tenerse en cuenta para que se pueda fijar el monto total distributable, y por ende, carezca de objeto la existencia de dicha contribución.

El artículo 2° del Decreto 1604 de 1966 dispuso que el establecimiento, la distribución y el recaudo de la Valorización se harían por la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecutara las obras, y el ingreso se invertiría en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras de interés público que se proyectaron por la entidad correspondiente, todo lo cual significa que son dichas entidades de Derecho Público, las competentes para regular lo relativo a la forma de distribuir el gravamen, de determinar las zonas de influencia y de calificar si las obras son de beneficio general o de beneficio local. Además en ellas recae precisar la extensión de la obra, pudiendo definir dicha extensión para toda el área urbana o rural o una parte cualquiera de ésta o aquélla, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 868 de 1956, el cual había regulado el tema de gravamen de Valorización creando un sistema fiscal especial para la financiación de ciertos planes de obras, dentro del concepto de beneficio general, estableciendo su monto según diferentes categorías económicas y la capacidad de pago.

4.6 Factores de liquidación

Es oportuno confirmar que el Consejo de Estado en repetidas oportunidades en los casos donde decide sobre la correcta liquidación de la Valorización respecto de las demandas instauradas por inconformidad en este trámite, no duda en fundar sus decisiones conforme a la las disposiciones legales existentes al momento de los hechos y del mismo modo aún vigentes. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expedientes: 5443 de 1994, 5191 de 1994, 4510 y 4511 de 1993).

El Concejo de Estado sostiene que no es posible modificar la liquidación de la Valorización por beneficio local en el sentido de prescindir del estrato asignado como factor parcial de determinación del gravamen. Además debe tenerse en cuenta que el estrato socioeconómico como factor de liquidación de la contribución de Valorización, atiende a la necesidad de establecer la capacidad económica del sujeto pasivo de la obligación, con el fin de asignar el gravamen en mejores condiciones de equidad, y que en todo caso, si bien el factor uso o destino económico, se relaciona directamente con el estrato o condiciones socioeconómicas, no necesariamente se considera el único determinante de la capacidad económica del sujeto.

Es del caso mencionar como el Decreto 1604 de 1966 al referirse a las obras de interés público (no local), las cuales interesan a toda la comunidad y la benefician en mayor o menor grado, como sucede con las grandes obras públicas de amplia cobertura, implicó la ampliación también del concepto del beneficio de la propiedad inmueble referido exclusivamente en el mayor valor que recibiera el predio, y por ello el citado Decreto 1604 establece en su artículo 9 que la base impositiva de la contribución tendrá como tope máximo el valor del costo de la obra y que para su liquidación se tendrá en cuenta el concepto genérico de beneficio que produzca la obra, sin hacer referencia exclusiva al valor económico, como contra prestación específica a cargo del Estado.

Desde el Decreto 868 de 1956 se establecían los primeros factores de liquidación, pues en sus artículos del 1 al 6 reguló específicamente la materia y dispuso que ciertos municipios podrían establecer, reglamentar, distribuir y recaudar el entonces denominado impuesto de Valorización, para la ejecución de planes de obras tanto en áreas rurales como urbanas, mediante un procedimiento especial de liquidación y distribución, con base en la capacidad económica de la tierra, establecida mediante coeficientes según su nivel o valor económico. Al respecto el Consejo de Estado hace un análisis del Decreto Legislativo 1604 de 1966, así:

(...) Artículo 2°. La contribución de Valorización para cada predio, no podrá exceder del beneficio recibido por él, por causa de la obra respectiva. Y para liquidar la contribución de Valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas en un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un 30% mas, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones, (...)

Artículo 32. Para distribuir y asignar las Contribuciones de Valorización, la Junta de Valorización adoptará en cada caso el sistema de factorización que estime mas apropiado, según su criterio, teniendo en cuenta las características de la obra y la incidencia de sus efectos valorizadores sobre las propiedades

comprendidas en la zona de influencia y en general todas las circunstancias que influyan en la equidad de las operaciones de distribución. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Exp. 9019 de 1998).

El Decreto 868 de 1956 había regulado el tema de Valorización creando un sistema fiscal especial para la financiación de ciertos planes de obras dentro del concepto de beneficio general, estableciendo su monto según diferentes categorías económicas y la capacidad de pago. Se destaca que la liquidación y distribución del gravamen puede hacerse con base en la capacidad económica de la tierra, establecida por coeficientes iguales para zonas de un mismo nivel o valor económico, amplía el criterio tradicional del cobro de la Valorización en consideración al beneficio económico individual del predio que resulta afectado favorablemente con la obra pública que se financia, toda vez que cuando se trate de un plan de obras, entra a operar el concepto de beneficio general y dentro de éste se precisará el beneficio individual de acuerdo con los citados coeficientes, los cuales permiten establecer la capacidad económica de la tierra en cada zona específicamente considerada.

El fundamento de la anterior previsión parte de que el beneficio general no excluye el beneficio particular, sino que por el contrario lo recoge y en el sistema previsto en el Decreto 868 de 1956 se ordena que se gradúe y precise el que recibe cada predio.

Lo así previsto encuentra su fundamento, en la obligación que tiene el Estado de satisfacer las necesidades públicas y de ejecutar grandes obras que son de interés general de la comunidad, enmarcadas dentro de planes y programas que tienen incidencia en toda la ciudad e implican un beneficio general para todos los asociados, quienes por esta razón deben contribuir en proporción al beneficio recibido, graduado en razón del costo y de sus capacidades económicas. (Consejo de estado, Sección Cuarta Expedientes 4510 y 4511 de 1993).

En el mismo orden de ideas, el Decreto 868 de 1956 permite que la Valorización pueda distribuirse en la totalidad de las áreas urbana o rural o en una parte de ellas, y que los coeficientes que precisaran el valor económico de la tierra por zonas urbanas se fijen en razón de la utilización del terreno en cada zona, los servicios públicos que las benefician, su productividad virtual, el valor comercial de los terrenos y los demás factores que permitan estimar objetivamente la capacidad económica de la tierra.

El sistema así consagrado fue recogido por el artículo 18 del Decreto 1604 de 1966 el cual dispuso textualmente: “Las disposiciones de los artículos 1° a 6° del decreto legislativo 868 de 1956 son de aplicación opcional para los municipios a que dicho decreto se refiere, los cuales podrán abstenerse de seguir los sistemas allí previstos para la liquidación y cobro de la contribución de Valorización”. Este artículo per-

mitió afirmar que el estatuto de la Valorización contenido en el Decreto 1604 de 1966, no sólo no derogó ni tácita ni expresamente las previsiones especialísimas del Decreto 868 de 1956, sino que la ratificó como sistema fiscal opcional para las entidades públicas a que dicho Decreto se refiere y dejando, de acuerdo con sus propias previsiones la decisión a los respectivos Concejos Municipales, para decidir su aplicación en la liquidación y cobro de la Valorización, para obras incluidas en planes de obras de beneficio público.

El Decreto 1604 de 1966 fue adoptado como legislación permanente por la ley 48 de 1968. Posteriormente el Decreto 1333 de 1986, por el cual se expidió el Código de Régimen Municipal, en su artículo 44 reiteró la previsión del artículo 18 de Decreto 1604 de 1966 sobre el carácter opcional de las normas del Decreto 868 para los municipios. Es importante resaltar que sobre el particular el Consejo de Estado elabora una conceptualización más amplia desde la normatividad dispuesta en la materia:

(...) según la obra u obras que se proponga ejecutar el municipio, tiene facultad para determinar su cobertura, su zona de influencia, si es de interés general o de interés local y de acuerdo con ello determinar su distribución entre los predios beneficiados y su liquidación y recaudo. El interés público es la razón misma de existir del Estado, el cual debe buscar siempre la satisfacción de las necesidades comunes de los asociados, con base en el principio de la solidaridad social, todo lo cual justifica la autoridad del Estado, el cual define cuándo se trata de una obra de beneficio general o público, porque beneficia a toda la comunidad, independientemente del mayor valor económico que genere a los diferentes predios que puedan resultar afectados. En las grandes ciudades sus obras deben estar enmarcadas dentro de planes de ejecución de obras que afecten y beneficien a toda la ciudad y a cuya financiación deben contribuir todos los propietarios en proporción al beneficio general que les corresponda, como única forma de lograr su adecuado desarrollo urbano. (Cfr. Sent. del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo, Sección cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., agosto 27 de 1993.. Radicaciones 4510 y 4511 de 1993).

CONCLUSIONES

El mecanismo de financiación urbana de la contribución por Valorización cuenta en Colombia con una valiosa historia que lo caracteriza como uno de los más claros antecedentes en temas de financiación urbana, y motivan a su permanencia y fortalecimiento en los procesos de gestión de la Ciudad. De manera particular, su desarrollo normativo está caracterizado por una permanencia y eficacia de las normas que de manera casi original contemplaron la figura a cargo de personas

públicas facultadas para la ejecución de obras de interés general, sin presentarse cambios acelerados y continuos de la norma, y por el contrario, dando lugar a un referente de seguridad jurídica que ha permitido una producción normativa de carácter municipal que ha dado aplicación a la contribución en temas urbanos.

Dicha estabilidad jurídica ha generado un ejercicio consolidado en la implementación del mecanismo, principalmente a cargo de la Nación, el Departamento y el Municipio, lo que a nivel jurisprudencial ha definido una clara línea a cargo del Consejo de Estado, que ha orientado su tratamiento desde la especialización del argumento judicial a partir de los elementos que integran la Valorización, principalmente su naturaleza jurídica como contribución, el procedimiento para su respectivo cobro y recaudación, las autoridades competentes, el sujeto activo y pasivo, la zona de influencia y el hecho generador.

Los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado permiten identificar que si bien la mayoría de conflictos conocidos han sido suscitados en Bogotá, entidad territorial que amparada en su categoría de Distrito, ha sido impulsora de la aplicación de la figura como un medio que solidariza la ejecución de obras dirigidas a la satisfacción de interés general, múltiples municipios han despertado la reacción de la ciudadanía por la decisión administrativa de las autoridades competentes de aplicar la contribución. De esta dinámica sobresale como el hecho generador es detonante de la Valorización y uno de los principales intereses puestos a consideración del poder judicial, al ser el beneficio concreto que recae sobre un inmueble a raíz de la ejecución de una obra pública, que al tiempo acarrea la posibilidad que ante la ausencia de beneficio para el inmueble ubicado en la zona de influencia se causa el impedimento del cobro de la contribución.

El beneficio que origina la Valorización debe ser real y no una mera suposición, lo que en materia de intervención urbana se debe evidenciar en las mejoras de predios, su condición de uso y rentabilidad, pero al tiempo, debe reflejar un beneficio para la entidad pública encargada, en la medida que con la Valorización atiende los gastos de la obra a construirse, generando modelos de gestión que obligan a fijar el cobro de la Valorización a partir del costo total de la obra prevista, sin que los incrementos de la Valorización en el sector inmobiliario puedan promover nuevos y aumentados cobros a los titulares del derecho.

De ello que la Valorización sea una posibilidad para evidenciar instituciones jurídicas propias del ordenamiento territorial urbano que deben ser salvaguardadas a la luz del Estado Social de Derecho, como la función social de la propiedad privada, el reparto equitativo de la carga y el beneficio, y con él, la solidaridad entre Estado y ciudadanía para asumir la garantía de derechos de naturaleza social y colectiva afectados por obras de interés público.

BIBLIOGRAFÍA

- Arango, Mejía Á. (1991) Libro del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Capítulo 3. Bogotá,
- Bernal, F. (1998) Poder y crisis institucional en el campo colombiano. Bogotá: IICA en coedición con TM Editores.
- CRESPO RAMOS, T. (2003) Administración de Empresas. Vol. II. Madrid: Editorial Mad. S.L.
- Gómez Sierra, F. (2003) Constitución Política de Colombia de 1991 anotada. Editorial Leyer, vigésima segunda edición. Bogotá: Leyer.
- Maldonado Copello, M. M. et. alt. (2006) Planes Parciales, Gestión Asociada y Mecanismos de Distribución Equitativa de Cargas y Beneficios en el Sistema Urbanístico Colombiano; Marco Jurídico, Conceptos Básicos y Alternativas de Aplicación. Bogotá: The Lincoln Institute the Land Policy.
- Mora Caicedo, E. (2008) Código Contencioso Administrativo anotado. Editorial Leyer, vigésima séptima edición. Bogotá: Leyer.
- Morcillo, Dosman P. P. (2007) Derecho Urbanístico Colombiano: historia, derecho y gestión. Bogotá: Editorial Temis.
- Gerencia.com (2008) La Contribución por Valorización. Documento disponible en: <http://www.gerencia.com/contribucion-por-valorizacion.html> (Consulta 24 de julio de 2014).

Normas

- Constitución Política de la República de Colombia (1991)
- Decreto Ley 1604 de 1966, Por la cual se dictan normas sobre Valorización.
- Ley 25 de 1921, por la cual se crea el Impuesto de Valorización.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 0960 de julio 10 de 2003.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 16121 de agosto 27 de 2009.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 16621 de mayo 27 de 2010.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 16732 de octubre 29 de 2009.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 18466 de octubre 21 de 2010.

- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 3283 de febrero 18 de 1993.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 3283 de julio 31 de 1992.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 3283 de julio 31 de 1992.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 3869 de febrero 10 de 2003.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 3915 de mayo 8 de 1992.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 4037 de marzo 18 de 1993.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 4661 de junio 18 de 1993.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 4840 de junio 7 de 1993.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 5443 de mayo 6 de 1994.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 7111 de julio 28 de 1995.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 8096 de abril 25 de 1997.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 8801 de junio 5 de 1998.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 9019 de septiembre 18 de 1998.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expediente 9536 de abril 28 de 2000.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Cuarta Expedientes 4510 y 4511 de agosto 27 de 1993.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera Expediente 2055 de octubre 16 de 1992.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera Expediente 2236 de abril 30 de 1993.
- Corte Constitucional de la República de Colombia (1993) Sentencia C – 040.
- Corte Constitucional de la República de Colombia (2003) Sentencia C – 155.



Título: El penúltimo día

Técnica: dibujo

Año: 2014

LA MUJER EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: DE SU INVISIBILIDAD DE DERECHO A LA REALIDAD DE HECHO*

* Trabajo fruto de una investigación realizada desde la historia del derecho y el derecho constitucional. Se ofrece una reflexión teórica y crítica de la actuación del Constituyente de Cádiz en relación con el tratamiento dado a la mujer. El objetivo principal es reflexionar acerca de la ausencia del principio de igualdad en la Constitución de 1812, en contraposición de su carácter liberal. Todo ello con base en las escasas fuentes históricas y jurídico-constitucionales que han abordado la cuestión de la mujer en el origen del constitucionalismo.

Fecha de recepción: agosto 23 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 23 de 2014

LA MUJER EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: DE SU INVISIBILIDAD DE DERECHO A LA REALIDAD DE HECHO

*María Martín Sánchez***

RESUMEN

La Constitución de Cádiz de 1812 es indudablemente el referente del constitucionalismo actual en España y en Iberoamérica. Dos siglos después de su aprobación, continúa formando parte de nuestro presente constitucional. Sin embargo, sin renunciar a sus méritos, adolece de un insalvable déficit: la invisibilidad de la mujer. De manera contradictoria con su espíritu liberal, el Constituyente de 1812 consagró la desigualdad entre hombres y mujeres, y la discriminación de éstas.

PALABRAS CLAVE: Constitución, constitucionalismo histórico, mujer, igualdad, derechos.

WOMEN IN THE CADIZ CONSTITUTION OF 1812: ITS INVISIBILITY RIGHT TO FACTUAL REALITY

ABSTRACT

The Cadiz Constitution of 1812 is undoubtedly the benchmark of current constitutionalism in Spain and Latin America. Two centuries after its adoption remains part of our present constitutional. However, without renouncing their merits, suffers from an insurmountable deficit: the invisibility of women. Manner inconsistent with its liberal spirit, the Constituent of 1812 enshrined the lack of equality between men and women, and discrimination against women.

KEY WORDS: Constitution, historical constitutionalism, women, equality, rights.

** Profesora Doctora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Doctora de Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y DEES en Derecho Europeo por la Universidad de Montesquieu-Burdeaux (Francia).

Maria.martin@uclm.es Telf. (0034) 627257145

LA MUJER EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: DE SU INVISIBILIDAD DE DERECHO A LA REALIDAD DE HECHO

I. INTENTANDO COMPRENDER EL “PORQUÉ”

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza sexo, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”

(artículo 14, Constitución española de 1978)

La Constitución española de 1978 proclama de esta manera la igualdad como derecho fundamental, prohibiendo expresamente la discriminación por sexo –entre otras-, por tratarse de una de las razones por las que desde siempre se ha discriminado a la mujer.

La búsqueda de la igualdad es uno de los objetivos prioritarios en todo Estado de Derecho. Aunque no ha sido considerada cuestión prioritaria de los gobiernos hasta época reciente, desde antiguo ha movido a las sociedades que, de uno u otro modo, han participado en su persecución.

Sobradas razones han motivado que las mujeres se hayan, nos hayamos propuesto hacer efectiva la igualdad en cualquiera de los espacios de la vida. Desde la igual consideración que el marido en un ámbito estrictamente privado, hasta el reconocimiento profesional y salarial en igualdad de condiciones que los hombres, o incluso a través de cuestiones tan anecdóticas como la igual consideración que el varón en el acceso a los títulos nobiliarios (anecdótico pero no deja de ser otra diferencia injustificada).

Muchas de las cuestiones de género planteadas en la actualidad, encuentran su origen en la misma historia constitucional. Si nos remontamos al que es nuestro referente constitucional, la Constitución gaditana, descubrimos que el trato discriminatorio hacia las mujeres no solo fue permitido sino intencionadamente avalado por ella. Ahora bien, ¿qué razones movieron al Constituyente?

Esta es la cuestión, “¿por qué?”. Qué motivaciones llevaron al “liberal” Constituyente a respaldar la desigualdad, las exclusiones sociales, la falta de reconocimiento de la mujer como “ciudadana”, su invisibilidad, su exclusión de los derechos que acuñaba el propio Texto Constitucional.

Para dar respuesta a este interrogante, es imprescindible remontarse a la España de entonces. Es preciso aproximarse a aquella realidad para explicar la nuestra. No sería posible entender el espíritu del Constituyente de 1812, sin una previa aproximación al contexto socio-político de la época, siquiera de manera somera¹. De lo contrario sería muy complicado entender su labor. Sea como fuere, el objetivo perseguido en estas páginas es únicamente comprender su actuación, no justificarla.

Si hiciéramos un repaso de cuanto se ha escrito y dicho sobre la Constitución de Cádiz, probablemente concluiríamos que nada queda por contar. Si el repaso fuera exhaustivo comprobaríamos que no es así. En honor a la verdad, sobre las mujeres no se ha escrito casi nada, en términos comparativos. Al contrario que con el resto de aspectos relacionados en mayor o menor medida con la Constitución de 1812, hay una cuestión un tanto “obviada”, que no ha sido atendida como mereciera, los derechos de la mujer en Cádiz o, mejor dicho, sus “no derechos”. No obstante, encontramos interesantes investigaciones y trabajos acerca del tema, curiosamente escritos en su mayoría por mujeres, que nos aproximan a lo que fue la realidad de las mujeres en la sociedad del Cádiz de 1812 y, consecuentemente, su posición en relación a la Constitución.

El contexto social de Cádiz en 1812 está marcado por la división de clases, la esclavitud y la invisibilidad de la mujer². Todos aquéllos que constituían minoría eran ajenos a la vida pública y desde luego a la toma de decisiones. Pero de todos ellos, quizá las más injustamente tratadas fueron las mujeres (tal y como tendremos oportunidad de explicar más adelante).

Estos grupos minoritarios constituían entidades apartadas de la toma de decisiones, eran relegados a la invisibilidad, a la sombra del hombre libre y propietario, “único ser capaz por naturaleza”³. La propia sociedad, las leyes e incluso la Constitución, les apartaban completamente de la esfera pública. Lejos de condenar estas prác-

1 FERNÁNDEZ (2006): 48; hace una reflexión acerca de la necesidad de interpretar los contenidos de la Constitución de Cádiz desde la óptica de su propio contexto, de manera que: *“es posible que ciertas lecturas de Cádiz, desde la óptica normativa de los derechos y de la cultura cívica actual —que por ejemplo, pueden llegar a sugerir que la Constitución de 1812 no fue lo suficientemente igualitaria, desde el punto de vista del sexo, la raza, la confesión religiosa, etc.- constituyan otra forma de anacronismo ()*.

2 CLAVERO (1987): 13; emplea la expresión: *“el sexo escondido”*.

3 Comillas propias

ticas, institucionalizaron la división entre capaces e incapaces, personas físicas y titulares de derechos, en definitiva, entre individuos y ciudadanos. Incluso, los primeros Códigos Civiles acuñaron las desigualdades de acuerdo con el espíritu constitucional, de manera que configuraban un sistema jurídico completamente jerarquizado en el que los individuos se reconocían según su estatus.

Así fue, el Constituyente hizo suyas todas estas concepciones sociales (división de clases, principio patriarcal e inferioridad de la mujer). Elaboró un Texto Constitucional ajeno al principio de igualdad, de hecho no encontramos en el cuerpo constitucional alusión alguna. La igualdad, protagonista en las Declaraciones de Derechos, se quedó en un propósito a alcanzar, una utopía.

Al margen de lo público, esta profunda división se manifestaba también en la esfera más privada, en las relaciones familiares. La familia ocupaba un lugar prioritario en la sociedad, considerada núcleo de la misma (incluso así se reconoce en los Cuerpos legales de la época). Pues bien, como reflejo del poder que la familia desempeñaba en la sociedad, se concebía como el ámbito en el que la mujer y los hijos quedaban relegados y sometidos a la autoridad del varón, a quien la ley otorgaba la autoridad sobre la misma. Es evidente que la familia en aquel contexto no se identifica con la familia de hoy, aunque sin lugar a dudas ciertas situaciones que se dan en la actualidad no son sino reminiscencia de aquéllas⁴.

En estrecha conexión con la familia aparecía el concepto de propiedad (en su acepción privada), entendiéndose que era el hombre propietario quien gozaba de la autoridad familiar, es decir, el “hombre capaz”. La propiedad, considerada el eje de la sociedad, no solo se manifestaba en la esfera pública, sino también en la privada, dejando sin opciones de protagonismo a la mujer y al resto de minorías, discriminados y apartados incluso en este espacio de privacidad.

Incluso hay autores como Bartolomé Clavero que explican cómo esta sumisión familiar no fue exclusiva de la mujer, sino que las otras minorías –esclavos y pobres- se encontraban también bajo la “*autoridad doméstica*”, definiendo su situación como de “*estado de minoría permanente*”⁵.

4 Me refiero particularmente a la violencia machista y doméstica.

5 CLAVERO (2006): 110. Este autor afirma que: “*Un derecho de familia existía por entonces que situaba no sólo a la mujer, sino también al trabajador por cuenta ajena, lo mismo que a la esclavitud, bajo la autoridad doméstica. La Constitución lo daba por supuesto. No lo ponía en cuestión. Era el espacio de jerarquía y discriminación donde había cosas como el estado de minoría permanente ()*”.

En esta línea, ver también ÁLVAREZ (2004): 12, donde explica que “*el matrimonio se considera como la base de la familia, de este nuevo concepto de familia, y a ésta como el fundamento de la sociedad civilizada articulada en torno al sagrado derecho de propiedad que tan sólo adquiere su plenitud el varón*”.

La incuestionable posición de inferioridad de la mujer en el ámbito doméstico respecto al hombre se explica desde “su” asumida concepción como ser incapaz⁶. Así lo explica Clara Álvarez cuando afirma que: *“todos los individuos podían ser titulares de derechos, pero la incapacidad natural de algunos, como en este caso de la mujer, traspasaba automáticamente su administración al esposo, quien gozaba a todos los efectos de plena capacidad de obrar”*⁷. Resulta curioso, aunque coherente con estas premisas, que el Proyecto de Código Civil de 1821 admitía el incumplimiento de la ley:

*“por razones de desconocimiento derivadas del sexo o la incapacidad”*⁸.

Pero esta concepción de la mujer como ser incapaz, así reconocido de manera expresa por las leyes y, más aún, en el Texto Constitucional, dista mucho del papel que muchas de ellas llevaron a cabo y de la influencia que llegaron a ejercer en un momento tan crucial para la Nación.

Resulta imprescindible aplaudir la labor de aquéllas mujeres que desde comienzos de siglo XIX ya alzaban tímidamente su voz para reclamar sus derechos no reconocidos, ni constitucional ni legalmente. Dos siglos después, las actuales cotas de igualdad alcanzadas no son sino consecuencia de una constante y permanente batalla de aquellas mujeres pioneras que pelearon por hacerse presentes en la sociedad, ante la ignorancia que la misma les prestaba. Desde entonces, no siempre se ha buscado lo mismo, pero sí se ha pretendido idéntico objetivo, igualdad. Hoy resulta incomprensible que las mujeres tuvieran que reivindicar derechos tan elementales como el voto, su capacidad para firmar contratos sin la autorización del marido o del padre, o desde luego su consideración misma como ciudadanas. Una vez alcanzados derechos a día de hoy incuestionables, se persigue la igualdad real de la mujer con respecto al hombre en ámbitos que, lejos de ser irrelevantes, constituyen una muestra viva de la falta de igualdad efectiva en la actual sociedad caracterizada como desarrollada, abanderada del Estado Social y Democrático de Derecho.

Estas páginas en absoluto tienen la pretensión de agotar la cuestión sino más bien, dar cuenta de lo poco que ha sido abordada, y sobre todo rendir homenaje (si es que esto fuera posible en estas pocas líneas) a la labor de quienes han dedicado años de su vida a este tema, desde una visión crítica de la Constitución.

6 LORENTE (2006): 151, donde define esta situación de sumisión a la autoridad como "potestad doméstica", en la siguiente reflexión: *"() me resulta un tanto difícil aceptar que puede hacerse historia del individualismo liberal sin atender a la persistencia de esa categoría, la de la potestad doméstica, en la que también se sitúan, por ejemplo, los sirvientes, las mujeres o los denominados indios ()"*.

7 ÁLVAREZ (2004): 11

8 ÁLVAREZ (2004): 17

Aunque parezca un sin sentido hablar de minorías y mucho menos de los derechos de las minorías, en un contexto en el que ni siquiera había conciencia de su existencia como tales ni mucho menos de su consideración jurídica o constitucional, es conveniente hacerlo. Nuestro presente sería incomprensible sin conocer nuestra historia, y lo que las minorías fueron en nuestro pasado es el germen de lo que son a día de hoy. El reconocimiento de sus derechos o mejor dicho, su exclusión de los mismos, nos da las claves para entender verdaderamente el alcance de la Constitución gaditana.

II UN GUIÑO AL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL: LOS DERECHOS DE LOS ELEGIDOS

“ Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución ”

Así reza la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 16). Los derechos son uno de los contenidos imprescindibles en toda Constitución.

La Constitución gaditana no es ajena a este principio. Reconoce derechos del ciudadano, que de alguna manera comienzan a conformar su esfera de libertad, forjando las bases de lo que son ahora las garantías individuales. Ahora bien, carece de una verdadera declaración de derechos⁹. Desordenadamente, encontramos los derechos dispersos a lo largo del texto. Éstos, atendiendo al espíritu liberal con el que se caracteriza, se proclamaban como derechos individuales, pero no para todos los individuos¹⁰.

Sin embargo, en un discurso de felicitación a la que fue la madre de nuestro constitucionalismo, junto con su reconocimiento como precursora de lo que hoy es nuestra Carta de derechos, sería hipócrita negar ciertas lagunas del Constituyente, a pesar de su espíritu.

9 FERNÁNDEZ (2000): 389, donde apunta que: *“una de las características más sobresalientes de la Constitución española de 1812 es la carencia de una declaración de derechos, distanciándose del modelo de las Constituciones norteamericanas y del constitucionalismo revolucionario francés”*.

10 Tal y como explica Fernández Sarasola, *“la bifurcación entre titularidad del “español” y del “ciudadano” supone una diferencia radical con el modelo constitucional francés, en el que la titularidad se predicaba del “hombre”*”, Véase en FERNÁNDEZ (2000): 391.

La Constitución suponía la culminación de las aspiraciones liberales de la sociedad de principios del siglo XIX. Pero, los principios nacidos de textos como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano no llegaron a reflejarse en ella.

“los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”

(artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789)

o que:

“todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”

(artículo 1 de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776)

En fin, uno de los grandes ausentes fue, sin lugar a dudas, el principio de igualdad, no solo ignorado en su redacción sino tácitamente vaporeado a tenor de numerosos enunciados¹¹. Paradójicamente, este principio se erige como uno de los principios básicos del constitucionalismo liberal.

El Constituyente gaditano no interpretó el “todos los hombres” como sinónimo de “todos”, excluyó directamente a las mujeres. El ideario liberal que proclamaba la universalidad de los principios de libertad, igualdad, acabó en una “concepción limitada de ciudadanía”¹² que echaba por tierra sus ideales.

11 Así lo han expresado autores como: VARELA (2006): 75, afirmando que: “() muy importante distinguir entre el liberalismo doceañista y la Constitución de Cádiz: en ésta no se plasmó todo lo que aquél quiso, sino lo que pudo”.

También CASTELLS (2008): 3, afirman abiertamente que: “() al igual que ocurría en Europa, nuestro primer constitucionalismo liberal, resultó contradictorio con sus ansias de universalidad, en lo que al tema de mujeres se refiere”.

12 Expresión empleada por AGUADO (2005): p.17.

Paradójicamente, proclamó derechos, pero excluyendo absolutamente a las mujeres –junto con las demás minorías- de todos ellos, derechos civiles y políticos¹³. A continuación trataremos de dar cuenta de esta exclusión, acreditada en no pocos enunciados, reflejo de la sociedad clasista y sexista de la época.

Como punto de partida, el Constituyente comienza a prescindir de las mujeres desde sus primeras líneas, en las que se proclaman los conceptos de nación y soberanía de la siguiente manera:

“La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”

(artículo 1)

añadiendo que:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”

(artículo 3)

En este punto, me gustaría recordar la definición de nación mencionada por Ana Aguado “una reunión de hombres”¹⁴, pues identifica realmente lo que proclamó el Constituyente. No se refiere a “hombres” sino a “españoles”, pero el sentido de la Carta así como la interpretación que de manera efectiva se hizo de la misma no deja lugar a dudas.

Por su parte y abundando en el enunciado constitucional, cuando aquí se refiere a “españoles” no se refiere a la generalidad de todos, sino a los “hombres libres”,

13 Siguiendo a CUENCA (2008): 75, en donde afirma que: “Los derechos, definidos en principio por estas doctrinas en términos de universalidad e inherentes en teoría a todos los seres humanos, () se niegan las mujeres desde su consideración como seres natural y racionalmente inferiores que deben ser apartados del ámbito público, confinados al territorio doméstico y sometidos a la autoridad de los varones”.

14 ÁLVAREZ (2006): 68, donde se refiere a la Nación de la siguiente manera: “Si es una reunión, y no un conjunto, como proponían algunos diputados, es decir “una reunión de hombres” como decía Bárcena, esto bastaría para explicar no sólo la diferencia entre hombres y ciudadanos y la correlativa institucionalización de las discriminaciones congénitas del sistema “esto es, la pobreza, el sexismo y el racismo-, sino también la pervivencia de las corporaciones”.

esto es, con capacidad¹⁵. Este aspecto se señala más adelante cuando afirma que la nacionalidad española se reconoce a

“todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos (...)”

(artículo 5)

Este tipo de proclamaciones ya resultan discriminatorias para la mujer, ahora bien, donde realmente queda patente su exclusión es en la concepción de “ciudadanía”. Se concebía como exclusiva y excluyente, de manera que la categoría de ciudadano era reconocida sólo a los varones de nacionalidad española:

“son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están avecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios”

(artículo 18)

Se introdujo no obstante la posibilidad abierta a que otros individuos pudieran llegar a alcanzar la ciudadanía pero esta posibilidad curiosamente se reservaba a los extranjeros, de la siguiente manera:

“es también ciudadano el extranjero que gozando ya de los derechos de español, obtuviere de las Cortes carta especial de ciudadano”

(artículo 19)

Incluso más adelante, afianza esta idea declarando que:

15 En este sentido, ver a PORTILLO (2006): 87, donde hace la siguiente reflexión acerca de la concepción de Soberanía realizada por el Constituyente gaditano en su artículo 3: *“() se puede afinar más aún y sustituir otro elemento para tener la formulación más precisa: “La soberanía reside esencialmente en la reunión de todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas de ambos hemisferios, y por lo mismo pertenece a esta reunión de todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas de ambos hemisferios el derecho de establecer sus leyes fundamentales”.*

“para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta Carta, deberá estar casado con española, y haber traído o fijado en las Españas alguna invención o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa, o estableciéndose en el comercio con un capital propio y considerable a juicio de las mismas Cortes, o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación”

(artículo 20)

eliminando así cualquier resquicio de dudas respecto a la consideración de la mujer. De manera incomprensible se les reconocía la capacidad de otorgar la ciudadanía española al esposo, además de a los hijos, pero a ellas se les vetaba dicha condición.

Su nula consideración tiene su origen en los debates previos, en los que se decidió que las mujeres no eran ciudadanas (Proyecto de Constitución, artículo 29). En concreto, encontramos en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias de 15 de septiembre de 1811, lo siguiente: *“Pues aunque en unas y otras, las mujeres, los menores de edad, los criados, etc., no sean ciudadanos, unos llegan a serlo con el tiempo, y todos pertenecen a la familia ciudadana”*. Ciertamente, su consideración como ciudadana no sólo no se alcanzó con el Texto Constitucional, sino que la historia muestra como no ha ido de la mano del principio democrático¹⁶.

Incluso, aun en esa esfera de marginación que compartía con los incapaces, los esclavos o los menores, la mujer fue la minoría peor tratada. Se la comparó abiertamente con los esclavos:

*“si llevamos demasiado lejos estos principios de lo que se dice rigurosa justicia, sería forzoso conceder a las mujeres los derechos civiles, los políticos y admitirlas en juntas electorales y en las Cortes mismas”*¹⁷

Es más, a éstos se les reconocía la posibilidad de adquirir en un futuro el estatus de ciudadano, inviable para ellas:

16 REY (1995): 2, explica que, en relación al avance histórico del principio democrático: *“no le ha acompañado en semejante medida la consideración de la mujer como un ser de igual valor cívico que el hombre ()*.

17 Tal y como se revela en algunos fragmentos extraídos del Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, de 6 de septiembre de 1811

*“bajo ciertas condiciones que exigen su carácter moral y sus costumbres”*¹⁸

En fin, se pone de manifiesto que si el Constituyente apartó a las mujeres fue intencionadamente.

Pese a ello, en la época encontramos documentos en los que ya aparecen las primeras reivindicaciones explícitas de mujeres, que se atrevieron incluso a pedir su reconocimiento como ciudadanas titulares de derechos, aunque carecieron de toda relevancia jurídica. Me refiero a las reivindicaciones expresadas en los denominados *Cuadernos de Quejas*¹⁹, y especialmente en la denominada *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, redactada por Olympe de Gouges en 1789. En ella, se proclaman derechos que, aunque no fueron excluidos en su predecesora Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, tampoco fueron aplicados de manera efectiva –a causa de su malograda interpretación del término “todos los hombres”-. Se trata de enunciados tan elementales como que

“la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos”

(artículo 1)

“el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación que no es más que la reunión de la Mujer y el Hombre”

(artículo 3)

“la ley debe ser expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar en su formación personalmente o por medio de sus representantes”

(artículo 6)

18 Fragmentos extraídos del Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, de 6 de septiembre de 1811.

19 En estos *Cuadernos de Quejas*, se recogen ciertas reivindicaciones de mujeres, de manera dispersa. A este respecto, Aguado, A., en "Ciudadanía", op.cit., cita a modo de ejemplo la "*Petición de las Damas a la Asamblea Nacional*".

Elementales sí, pero inexistentes en los Códigos políticos y civiles. Con la *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, ninguneada en su época, probablemente comenzó a escribirse la historia de la defensa de los derechos de las mujeres.

Haciendo un repaso a los “derechos” proclamados en el Texto Constitucional, ponen de manifiesto su tácita exclusión. Ahora bien, aún desde su marginación, las mujeres adquirieron un importante papel que se incrementó poco a poco, de manera que inteligentemente irían conquistando el espacio de lo público. Sin entrar en detalles apuntamos algunas pinceladas al respecto.

El *derecho a la educación* quedaba reservado a los hombres. En primer lugar, el Texto Constitucional establece que:

“desde el año de 1830 deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de ciudadano”

por lo tanto no las mujeres. Por otra parte, se prevé la elaboración de un Plan General de Enseñanza:

“el plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas” -artículo 368-.

En 1814, se presentó en las Cortes el Dictamen y Proyecto de Decreto sobre Arreglo General de Enseñanza Pública, en el que se veía con reticencias la inclusión de las mujeres y, finalmente, se aprobó para ellas una enseñanza limitada y doméstica, reservando la adquisición de conocimientos al hombre:

“al contrario que de la Instrucción de los hombres, que conviene sea pública, la de las mujeres debe ser privada y doméstica; que su enseñanza

tiene más relaciones con la educación que con la Instrucción propiamente dicha"²⁰.

Pese a lo anterior, la posición social influyó notablemente, de manera que las afortunadas pertenecientes a familias pudientes sí tuvieron acceso a la educación y, más aún, algunas de ellas destacaron por su interés por la cultura y por su talento, convirtiéndose en piedra angular en la conquista de la esfera pública.

Respecto a los *derechos políticos*, se les vetó el *acceso al espacio público*, prohibiéndoles la entrada en las Sesiones de la Cámara -Reglamento para el Gobierno Interior de las Cortes de 1810, y reiterado en el de 1813-. Durante el Trienio Constitucional se alzaron voces en pro de la entrada de las mujeres en la Asamblea, pero la mayoría de los diputados votaron en contra, no admitiéndolas ni tan siquiera en calidad de espectadoras. No obstante, en la práctica algunas mujeres, haciendo gala de su astucia, llegaron a entrar en el Congreso disfrazadas de hombres, burlando así su prohibición. No entramos en el derecho de sufragio, impensable hasta la Constitución de 1931 (efectivo en las elecciones de 1933).

La *libertad de expresión y de prensa* fue otro de los derechos proclamados para el ciudadano. Pese a ello, las mujeres no dudaron en utilizarla como medio para salir a la esfera pública. La libertad de prensa se erigió como uno de los grandes hitos del constitucionalismo²¹, como medio transmisor de opinión pública y de debate político, y las mujeres no quisieron desaprovecharlo. De un lado, emprendieron la conquista de espacios públicos, proyectando su área de influencia más allá de lo privado, adoptando formas de organización colectivas, tradicionalmente masculinas, que dieron lugar al "asociacionismo femenino". Este asociacionismo tuvo su origen en las llamadas "sociedades patrióticas" o "tertulias", organizadas y dirigidas por mujeres, a través de las que se reafirmaron públicamente²². Con ello, fueron más allá de lo previsto por la Constitución y en las leyes dictadas por las Cortes de Cádiz, ejerciendo ciertas libertades e incluso preconizando lo que sería el derecho de asociación.

20 Fragmento de Quintana, en la discusión del Título IX de la Constitución "De la Instrucción Pública", en *Historia de la educación en España, Tomo I*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1979, pp.370 y ss., citado por CASTELLS Y FERNÁNDEZ (2008): 6.

21 A este respecto, cabe citar a FERNÁNDEZ (2006): 165, donde afirma que "*un Estado liberal (), no necesitaría tanto ser un Estado Constitucional, como contar con la libertad de imprenta*".

22 La aparición de las "sociedades patrióticas" en respuesta a su exclusión, como vía de aparición en la esfera pública es explicado en detalle por ESPIGADO (2003): 6.

De otro lado, también se hicieron presentes en la prensa, a través de la colaboración en algunas editoriales, mediante la publicación de periódicos dirigidos al público femenino, e incluso a través de la dirección de alguna publicación²³. Claro está que fueron muy pocas las que participaron de la libertad de imprenta, mujeres preparadas y cultas, con amplios conocimientos para acceder a un espacio reservado a los hombres. De este modo, supieron hacer uso de la libertad de imprenta para expresar su opinión e incluso posicionarse políticamente, igual que los hombres, aunque solo unos pocos aceptaban dicha intromisión. En algunos casos, apelando a su ingenio, actuaron bajo pseudónimos o nombres de varón. Merece ser mencionada, entre otras, la Marquesa de Astorga, a quien se le adjudica la traducción de la obra de Mably *Derechos y deberes del ciudadano*²⁴. No se trataba de una fiel traducción del texto original, sino que aprovechó para manifestarse políticamente respecto a algunas cuestiones y para destacar la importancia de la libertad de prensa, en palabras de Marieta Cantos: “*se dibuja además cómo mediante la adquisición de conocimientos el hombre se hace libre*”²⁵.

III ALGUNAS REFLEXIONES PARA CONCLUIR. DE LA INVISIBILIDAD EN 1812 AL PROTAGONISMO EN EL SIGLO XXI

Aún a riesgo de ser reiterativos, la comprensión de la Constitución gaditana sólo puede hacerse desde el conocimiento de su contexto histórico. Como se ha dicho, en la sociedad de comienzos de siglo XIX, la mujer era relegada a “lo privado” entendiendo que su función era la de atender su casa, su familia y su marido, dejando “lo público” a los hombres. Sólo ellos eran merecedores de la condición de ciudadano, a pesar de que eran las mujeres las que daban la nacionalidad a sus hijos y, en ocasiones, a sus maridos.

Sin embargo, la historia constitucional no se escribe sólo desde los códigos legales, sino desde las prácticas sociales de sus gentes. Así, las mujeres desde el oscurantismo de lo privado, supieron acceder al espacio público, reservado a los hombres. Su proyección pública se manifestó en la sociedad española tras la invasión napoleónica, en donde mostraron su carácter patriótico y su función social (además

23 Véase ESPIGADO (2003): 8.

24 Véase, MARTÍN-VALDEPEÑAS *et al.* (2009).

25 CANTOS (2009): 157 y ss.

de ocuparse de las tareas que le eran propias)²⁶. Incluso los hombres reconocieron públicamente el valor social de sus actividades.

En su particular lucha por hacerse visibles, especialmente tras la Revolución de 1820, su innegable participación en la opinión pública comenzó a cobrar importancia, hasta el punto de generar la conveniencia de que adquiriesen educación política, como garantía de que las nuevas generaciones adquirieran los principios liberales (inculcándolos en sus hijos).

De todas sus actuaciones, la que definitivamente consagró su aparición en la esfera pública fue su uso de la libertad de prensa, como medio de expresión de mujeres valientes que se atrevieron a alzar su voz en un mundo de hombres. Con todo, lograron acceder “de hecho” a la ciudadanía, aunque no consiguieron su reconocimiento “de derecho”.

En definitiva, el Constituyente no supo o no quiso trasladar de pleno los ideales liberales de igualdad y libertad. Sin desmerecer su labor ni las virtudes de la Constitución gaditana, es justo también reconocer las lagunas y deficiencias de que adolece, especialmente en derechos.

Desde la España de 1812 hasta nuestros días, desde la Constitución gaditana hasta la nuestra, la situación de la mujer ha experimentado una extraordinaria evolución. Dos siglos después, los derechos de las mujeres y la igualdad de sexos se han convertido en objetivo prioritario. Así lo exige el Texto Constitucional y así se refleja en las leyes, y en la interpretación que de éstas hacen los tribunales.

La Constitución española de hoy, no sólo reconoce el derecho a la igualdad de todos sino que impone un mandato expreso a los poderes públicos de procurar una igualdad real y efectiva para todos²⁷, prohibiendo expresamente la discriminación por sexo –entre otras causas-. Recupera en su plenitud el espíritu liberal introducido por la Constitución de 1812.

Si hace dos siglos la igualdad entre hombres y mujeres se traducían en tímidas reivindicaciones de las pocas mujeres privilegiadas que invadían a hurtadillas el espacio reservado a los hombres, en la actualidad la igualdad efectiva de las mujeres y sus derechos marcan la agenda pública.

26 A este respecto, es preciso recordar el papel de las mujeres en Francia, cuyas reivindicaciones fueron mucho más notables, si bien alcanzaron menos de lo pretendido, tal y como explica MARTÍN-VALDEPEÑAS (2010): 128 y ss.

27 Artículo 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*.

En las últimas décadas, los legisladores de los países llamados “desarrollados” persiguen este objetivo a través de políticas de género que tratan de erradicar no pocas diferencias carentes de justificación en los más diversos ámbitos, que durante años habían sido ignoradas.

De todos modos, queda mucho por hacer para eliminar injustificadas diferencias aún existentes en ámbitos como el laboral, el político e incluso el doméstico. Muchas veces son reminiscencias de lo que fue vivido en la España de 1812, y avalado constitucionalmente. Nuestra realidad, en gran medida es como es, por cómo fue en sus orígenes.

La lucha emprendida por las mujeres de Cádiz de 1812 explica su situación a día de hoy. El empeño de aquéllas, asumido por otras muchas que han continuado su cruzada, es el origen de las cotas de igualdad alcanzadas en la actualidad así como del reconocimiento de sus derechos. En consecuencia, la posición de las mujeres en la Constitución de 1812 no es un tema obsoleto ni una parte archivada de la historia, sino una cuestión de actualidad en una época en la que la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres es uno de los pilares de nuestro actual sistema constitucional.

V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MONOGRAFÍAS Y CAPÍTULOS DE MONOGRAFÍAS

- ÁLVAREZ ALONSO, C. (2006), “¿El abandono de la edad de la tutela?, Algunas cuestiones sobre el constitucionalismo revolucionario”, en ÁLVAREZ JUNCO, J. Y MORENO LUNZÓN (coords.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración* (Colección Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid), pp. 59-74.
- ÁLVAREZ JUNCO, J. Y MORENO LUNZÓN, J. (coords.) (2006): *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración* (Colección Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid), pp. 85-100.
- CLAVERO, B. (2006): “Hemisferios de ciudadanía: Constitución español en la América indígena”, ÁLVAREZ JUNCO, J. Y MORENO LUNZÓN (coords.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración* (Colección Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid), pp. 101-133.
- DURÁN M.A. (coord.) (1993): *Mujeres y hombres, la formación del pensamiento igualitario* (Castalia, Madrid)
- LÓPEZ GUERRA, L. (2000): “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución”, en *Mujer y Constitución en España* (Instituto de la Mujer, Madrid), pp. 19-41.

- LORENTE SARIÑENA, M. (2006): “Ámbitos constitucionales e historiografía de la Constitución: la nación doceañista”, en ÁLVAREZ JUNCO, J. Y MORENO LUNZÓN (coords.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración* (Colección Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid), pp. 143-152.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2011): “La realidad de las mujeres en el Siglo XXI”, en *El Derecho y la economía ante las mujeres y la igualdad de género* (Lex Nova, Valladolid), pp.23-48.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2011): “Nuevos retos frente a la discriminación por género”, en Vázquez, I. (coord.) *Investigación y género. Logros y retos* (Unidad para la Igualdad-Universidad de Sevilla), pp. 1188-1214.
- PORTELLO, J.M. 2006): “La Constitución Universal”, en ÁLVAREZ JUNCO, J. Y MORENO LUNZÓN (coords.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración* (Colección Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid), pp. 143-152.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo* (Mcgraw-Hill, Madrid)
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2010): *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas* (Tirant lo Blanch, Valencia)

Artículos de Revista

- AGUADO, A. (2005): “Ciudadanía, mujeres y democracia”, *Historia Constitucional* (nº. 6), pp. 11-28.
- ÁLVAREZ ALONSO, C. (2004): “La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.) (II)”, *Historia Constitucional* (nº. 5), pp.1-39.
- CANTOS CASENAVE, M. Y SÁNCHEZ HITA, B. (2009): “Escritoras y periodistas ante la Constitución de 1812 (1808-1823)”, *Historia Constitucional* (nº. 10), pp.137-179.
- CASTELLS OLIVÁN, I. Y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (2008), “Las mujeres y el primer constitucionalismo español (1810-1823)”, *Historia Constitucional* (nº. 9)
- CLAVERO, B. (1987): “Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo”, en *Revista de las Cortes Generales* (nº. 10), pp.11-25.
- ESPIGADO TOCINO, G. (2003): “Mujeres y ciudadanía. Del antiguo régimen a la revolución liberal”, en *Debats (Institució Alfons el Magnànim)*
- GÓMEZ CUENCA, P. (2008): “Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución española de 1878”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* (nº. 8), pp.73-103.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2000): “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, en *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (Monográfico sobre “Modelos en la historia constitucional comparada”, dirigido por Joaquín Varela Suances-Carpegna), (nº. 2), pp. 359-457.

- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2006): “Opinión pública y “libertades de expresión” en el constitucionalismo español (1726-1845)”, *Historia Constitucional*, (nº. 7), pp. 159-186.
- MARTÍN-VALDEPEÑAS YAGÜE, E. (2010): “Las mujeres en el pensamiento político de los afrancesados españoles”, *Historia Constitucional* (nº. 11), pp. 127-152.
- MARTÍN-VALDEPEÑAS YAGÜE, E. (2009): “Una traductora de Mably en el Cádiz de las Cortes: la Marquesa de Astorga”, *Historia Constitucional* (nº. 10), pp. 63-136.
- NIELFA CRISTÓBAL, G. (1995): “La revolución liberal desde la perspectiva de género”, *Ayer* (nº. 17), pp.1-18
- PÉREZ LEDESMA, M. (1991): “Las Cortes de Cádiz y la Constitución española”, en *Ayer* (nº. 1), pp.1-40.
- PÉREZ TREMP, P. (1996-1997): “Constitución y derechos de la mujer”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* (nº. 14-15), pp. 247-260.

Normas jurídicas citadas

- Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
- Convenio para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950
- Convención sobre los derechos políticos de la mujer, de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1952.
- Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, de Naciones Unidas, de 29 de enero de 1957
- Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de Naciones Unidas, de 7 de noviembre de 1962.
- Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966
- Tratado de Lisboa, de 17 de diciembre de 2007; o la Carta Social Europea, de 29 de abril de 1980.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de Naciones Unidas, de 3 de septiembre de 1981
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000
- Constitución española de 1812
- Constitución española de 1978



Título: primera fila

Técnica: dibujo

Año: 2013

OCUPACIÓN E INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA EMPRESA Y DE LOS HOLDING DE EMPRESAS PECULIARES COMERCIALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN SUSPENSIÓN DE PAGOS, EN LA ROMA CLÁSICA*

* Artículo de Investigación realizado conforme a las normas de la Asociación Americana de Psicología – APA-, y financiado por el Proyecto DER2010 – 19897 – CO2- 02, SUBPROYECTO RAZABD “Razonamiento abductivo y argumentación judicial” (2011- 2013) del Ministerio de Ciencia e Innovación (Gobierno de España).

Fecha de recepción: agosto 24 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 23 de 2014

OCUPACIÓN E INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA EMPRESA Y DE LOS HOLDING DE EMPRESAS PECULIARES COMERCIALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN SUSPENSIÓN DE PAGOS, EN LA ROMA CLÁSICA

Guillermo Suárez Blázquez**

RESUMEN

En los últimos siglos de la República de Roma los pretores crearon algunas acciones judiciales para el campo del derecho de las empresas y del comercio. Estas acciones pretendían, esencialmente, alcanzar, en sede jurisdiccional, la imputación y la determinación de un grado de responsabilidad civil del empresario – dueño frente a terceros (proveedores y clientes). En este marco histórico - jurídico, la protección del capital del empresario – dueño frente los riesgos de los negocios y la limitación de su responsabilidad patrimonial frente a terceros fueron los pilares jurídicos de los procesos de suspensión de pagos. En éstos, se forjó un principio procesal que presidirá la actuación del juez: “*melior est peculio occupantis*”. Conforme con este principio jurídico rector, de naturaleza procesal, de la quiebra de empresa, los jueces vigilaron y valoraron los intereses económicos y las relaciones jurídicas contrapuestas de los dueños de las empresas y de los acreedores – proveedores y clientes - en los procesos judiciales de ocupación y liquidación por quiebra y suspensión de pagos – total o parcial – de las empresas peculiares comerciales de responsabilidad limitada, y establecieron órdenes y preferencias de prelación en la realización de los créditos sobre la masa patrimonial empresarial quebrada.

** Guillermo Suárez Blázquez es Profesor Titular de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados de la Universidad de Vigo (1991 – 2013) y Profesor – Tutor del Centro Asociado de la UNED, en Ourense. Ha ejercido su docencia en la Universidad de Alicante, (1988-1991) donde obtuvo el Premio Extraordinario de Licenciatura (1989) y Premio extraordinario del Doctorado (1991). El autor ha realizado estudios de alta especialización en Derecho Romano, como el Curso de Perfeccionamiento en Derecho romano, en el Instituto de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad “La Sapienza” de Roma (1997/98). Ha obtenido 4 Quinquenios Nacionales de Docencia, 2 Sexenios Nacionales de Investigación del CNEAI. Ha publicado monografías especializadas en el Derecho Hereditario: “La Colación de los Emancipados en el Derecho Hereditario Romano Clásico, (Universidad de Vigo, Ourense, 1995), “Colación de los Descendientes”, (Edisofer, Roma-Madrid, 1996), “Derecho Procesal Civil de Legítimas”, (Universidad de Vigo, Ourense 1999). Otras obras de gran impacto nacional e internacional atañen al novedoso campo del derecho y la estructura, económica y jurídica de las empresas del imperio romano: “Dirección y Administración de empresas en Roma”, (Universidad de Vigo, Ourense, 1ª edición, 2001, 2ª edición, 2002 y 3ª edición 2005), “Dirección y Administración de empresas en Roma II: actividad aseguradora de empresas terrestres y marítimas, (Universidad de Vigo, Ourense, 2002), “Management, Corrupción de Directivos y Robótica en las empresas del Imperio romano”, (Universidad de Vigo, Ourense, 2006) y “Derecho de empresa en la Roma clásica”, Editorial Circulo Rojo, Sevilla, 2011. Esta monografía se encuentra de nuevo en prensa, bajo la tutela del prestigioso jurídico editorial Tirant Lo Blanch, y verá la luz en el año 2013. El autor ha realizado otras monografías sobre los negocios inmobiliarios agrarios y urbanísticos en la civilización romana y su proyección al derecho vigente: “Negocios Agrarios Inmobiliarios de Fomento: Enfiteusis” (Editorial Circulo Rojo – investigación -, Almería, 2010). Esta obra ha sido publicada y reeditada por Editorial Jurídica Nacional de Nicaragua: “Negocios Agrarios Inmobiliarios de Fomento: Enfiteusis” (Editorial Jurídica Nacional, Managua, 2011). En relación a la planificación urbanística y los negocios inmobiliarios superficiares, públicos y privados: Edificación en altura, Editorial Circulo Rojo – investigación, Almería, 2011. Ha publicado 44 artículos y trabajos de investigación en revistas científicas nacionales y editoriales de Madrid, (LA LEY, IUSTEL, CONSEJO NACIONAL DEL NOTARIADO DE ESPAÑA, VLEX) Universidad de Salamanca, Universidad de Burgos, Universidad de Santiago de Compostela, y Universidad de A Coruña, y en revistas científicas internacionales, indexadas, de las Universidad Portucalense de Oporto (Portugal), Universidad de Valparaíso (Chile), Universidad de Santiago de Guayaquil (Ecuador), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidad de los Andes de Bogotá (Colombia), Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia) y Universidad Federal da Bahía, UFBA (Brasil), en Portales Jurídicos y Legales del Perú y en Revistas Jurídicas de Panamá. Dirección electrónica: gsuarez@uvigo.es Domicilio: Rúa Rincón n. 8, Bajo B, CP. 32001, Ourense (España). Dirección postal de la institución: Facultad de Derecho, Campus Las Lagunas, CP.32004, Ourense, (España).

JUDICIAL OCCUPATION OF THE COMPANY AND OF THE COMMERCIAL CORPORATE GROUPS OF PECULIUM IN THE ROMAN CLASSIC CIVILIZATION

SUMMARY

The capital protection of the employer - the owner and the limitation of liability of owners of businesses in ancient Rome were the legal pillars of procedural principle "*melior est occupantis peculio*". The judges watched and evaluated the interests of owners and creditors in the process of occupation and settlement business bankruptcy business unique.

Palabras claves: Limitación civil de responsabilidad, pluralidad y prelación de créditos de los socios y dueños de las empresas y de los acreedores, ocupación judicial de las empresas de responsabilidad limitada por quiebra del peculio.

Keywords: civil liability limitation, plurality and priority of payment of members and business owners and creditors, judicial occupation of bankrupt companies for expense.

OCUPACIÓN E INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LA EMPRESA Y DE LOS HOLDING DE EMPRESAS PECULIARES COMERCIALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN SUSPENSIÓN DE PAGOS, EN LA ROMA CLÁSICA

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es hacer una reflexión sobre la competencia del juez en los procesos de quiebra de las empresas comerciales peculiares. Supuestos que generan una gran colisión de los intereses jurídicos y económicos de los acreedores. El método utilizado para realizar este trabajo ha consistido en la recopilación de fuentes históricas, jurídicas, literarias, y doctrinal sobre la materia. Además, hemos realizado un análisis exegético e histórico-crítico de las fuentes que aparecen mencionadas, y que están relacionadas con el derecho civil romano relativo a los contratos y a los negocios realizados por los directivos y comerciales que se encuentran bajo la patria potestad de las empresas peculiares de responsabilidad limitada y de las empresas de responsabilidad ilimitada con terceros. En este marco, hemos analizado las acciones judiciales que regulan la responsabilidad civil patrimonial de este tipo de empresas frente a terceros – proveedores y clientes -. Esta línea de investigación nos ha llevado al estudio del concurso de acreedores por suspensión

de pagos de la empresa comercial peculiar de responsabilidad limitada y al análisis de la regulación y de la supervisión judicial de aquél. Desde este apartado, que es el objeto de la materia de este artículo, hemos llegado a las conclusiones que exponemos. Además, la importancia de este trabajo se puede sostener:

a) En los siglos finales de la República, el pretor enriquece el elenco de acciones procesales que tutelan el comercio. Además de la *Actio Mandati* (D. 14, 3, 1) y la *Actio Quod Iussu* (D.15, 4) el magistrado crea las acciones civiles del comercio y la empresa, que tutelan los contratos y los negocios realizados por los directivos y factores de comercio, que se encontraban bajo la patria potestad del padre o del dueño, con terceros (*Actio Institoria, Actio Exercitoria, Actio de Peculio et In Rem Verso, Actio Tributaria*, GAYO Inst. 4, 69 – 74^a). Estas acciones procesales pretorias, llamadas por la doctrina civil acciones adyecticias - *actiones adiecticiae qualitatis* -, fueron objeto del estudio, el análisis y la argumentación casuística de la jurisprudencia republicana y clásica. La naturaleza y el diseño jurídico de aquellas acciones procesales posibilitaron, además, la creación, el funcionamiento y el desarrollo de empresas de responsabilidad ilimitada y de empresas de responsabilidad limitada, en el tráfico jurídico y mercantil del imperio (DI PORTO, 1984, p. 177 ss., DI PORTO, 1997, pp. 41 – 430, SERRAO 2000: pp. 296 – 298, SERRAO 2002: pp. 24 – 28, SUAREZ 2001 pp. 42 – 74, CERAMI y PETRUCCI 2002: pp. 43 – 50, DI PORTO GARCIA GARRIDO 2010 pp. 50 – 53). En este marco histórico y jurídico, es decir, en el juego de las operaciones del comercio, de la empresa y en su tutela procesal, surge el problema de cómo y quién fiscaliza y ordena los diversos y, con frecuencia, encontrados intereses comerciales de los acreedores frente al peculio quebrado de la empresa comercial, (suspensión de pagos). En la época clásica, esta cuestión se extendió también al funcionamiento, y al marco jurídico de la quiebra de los grupos de empresas verticales - holding de empresas peculiares de responsabilidad limitada -, (SUÁREZ 2001, pp. 67 - 74).

b) Por otra parte, este problema ha sido tratado de manera deficiente por la doctrina civil romanista. Basta consultar cualquier manual de instituciones del Derecho Privado Romano, para percatarnos de la preterición del problema de la suspensión de pagos y de la ocupación judicial de las empresas peculiares romanas.

c) Por último, se debe subrayar que en la actualidad la intervención y la ocupación de las empresas de responsabilidad limitada, fruto del proceso judicial del concurso de acreedores por suspensión de pagos, siguen teniendo repercusiones económicas y jurídicas importantes, pues posibilitan y garantizan las relaciones de negocio y el tráfico jurídico mercantil de los operadores de nuestro mundo (Ley 22/2003, de 9 Julio Concursal. Ley 1/2010 de 2 de Julio por el que se aprueba el texto refundido del Real Decreto Legislativo de la Ley de Sociedades de Capital).

En consonancia con los argumentos anteriores, podemos comenzar conviniendo con una reflexión de ADOLF BERGER, quien había definido el axioma jurídico, pilar del proceso de suspensión de pagos, “*occupantis melior condicio est*” como “*he who holds a thing is in better position*” (BERGER, 1980, p. 606). Si creemos al autor, en los procesos de quiebra de la empresa comercial peculiar de la Roma clásica no existió paridad jurídica, ni en la posición ni en la causa procesal, entre los dueños de las empresas y los acreedores, ni de éstos entre sí. El Digesto, como iremos poniendo de relieve, da cuenta fidedigna, en varios fragmentos jurídicos, dispersos por distintos títulos, de esta regla judicial. A pesar de esta dispersión inconexa, y a la parquedad de las fuentes, sobre el principio de la ocupación judicial del peculio empresarial quebrado, que constituyen dos graves obstáculos para nuestro estudio, trataremos de enlazar y coordinar los distintos textos jurídicos para extraer conclusiones precisas.

II. EL PECULIO COMO ENTIDAD JURÍDICA Y PATRIMONIAL DE LA EMPRESA PECULIAR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LA ROMA CLÁSICA (SIGLO III A. C. – SIGLO III D. C.)

Para entender bien la naturaleza jurídica del principio jurídico “*melior est peculio occupantis*” y la labor de interpretación jurídica realizada por la jurisprudencia, así como la extensión de la argumentación y aplicación judicial sobre aquel principio, hemos de partir de la concepción y uso del peculio como objeto y entidad jurídico - económica de la empresa comercial en la civilización clásica de Roma. A este fenómeno histórico, jurídico y económico coadyuvieron la jurisprudencia republicana y la jurisprudencia clásica, quienes hicieron una importante labor creativa sobre la definición y la naturaleza jurídica comercial y de empresa del peculio, es decir, “la concepción del peculio como ente patrimonial jurídico autónomo, nutrido y gestionado por órganos directivos que se encuentran bajo la potestad de terceros, y con vida similar a la del hombre, y predispuesto a la negociación con terceros” (SUÁREZ, 2001, p. 44). Esta labor jurisprudencial (D. 15, 1, 4. D. 15, 1, 5, 1. D. 15, 1, 6) dio una gran versatilidad a la institución, pues, desde los últimos siglos de la República romana, el peculio, como entidad autónoma y separada de imputación jurídica, (ZWALVE, 2002, p. 122), pudo ser utilizado, entre otros fines, para la creación de empresas comerciales de responsabilidad limitada, es decir, “empresas independientes” del dueño, o de la sociedad dueña.

En este escenario, se debe admitir que las empresas comerciales peculiares operaban en los mercados y en el mundo del comercio del imperio. Los directivos - esclavos negociaban con numerosos terceros - proveedores y clientes - sin conocimiento del

dueño. En este contexto, la responsabilidad civil por quiebra y suspensión de pagos de las empresas peculiares de responsabilidad limitada y la concurrencia múltiple de acreedores a los procesos de embargo y de ejecución fueron problemas abordados por los pretores y por la jurisprudencia, republicana y clásica, para dar seguridad a los agentes implicados en el mundo de los negocios y del comercio. El Derecho de Roma creó acciones judiciales del comercio y de la empresa y, gracias a la progresiva concepción jurisprudencial del peculio como entidad jurídica autónoma, el derecho procesal posibilitó, mediante los efectos de la cosa juzgada – *res iudicata* -, que el juez decidiese a quién daba la preferencia y la prelación en la realización de los créditos mediante la ocupación judicial de la empresa peculiar de responsabilidad limitada. La ocupación judicial de la empresa comercial peculiar fue el medio de satisfacción las deudas de los acreedores, y, si creemos a BUCKLAND, el juez fue el órgano competente para decidir la asignación de las prioridades y la prelación entre el dueño o dueños de la empresa y los proveedores y clientes, en el proceso de quiebra de la masa empresarial peculiar (BUCKLAND, 2000, p. 22).

En esta dirección, la especial naturaleza jurídica clásica del peculio permitía: a) la separación del capital privado del dueño, del capital peculiar que éste exponía en el riesgo de los negocios, b) que todo o parte del capital-riesgo peculiar fuese destinado al ejercicio comercial de la empresa peculiar (D. 14, 4, 11).

Además, la concepción jurídica y económica del siervo, sujeto a potestad, como empresario, posibilitaba que los directivos - esclavos pudiesen pertenecer a diversos dueños – socios (D. 9, 4, 10) y que aquéllos pudiesen gestionar, de modo simultáneo, una o varias empresas peculiares de sus dueños y de terceros (D. 15, 1, 1, 6). La estructura económica y financiera de las empresas de Roma permitía que los directivos - esclavos gestionasen, bien un grupo horizontal de empresas peculiares comerciales (la empresa peculiar matriz albergaba en su seno – capital peculiar - a otras empresas vicarias, fornidas de capital filial, D. 15, 1, 7, 4), bien que los directivos – esclavos gestionasen, en el nombre de sus empresarios - dueños, (D. 15, 1, 6) un grupo de empresas unidas en sentido vertical, y dependientes de una empresa matriz que las nutre (D. 15, 1, 17). En definitiva, el holding de empresas peculiares comerciales se constituía por los directivos – esclavos mediante una empresa matriz de la que podían depender, exteriormente o interiormente, otras empresas filiales vicarias (administradas a la vez por directivos-esclavos vicarios), (CIL. XXV, 263. SUÁREZ BLÁZQUEZ, 2002, p. 67 – 70. GARCIA GARRIDO 2010, pp. 34; 50- 54). Los directivos- esclavos – ordinarios y vicarios - estaban facultados para comprar y vender en el nombre de la empresa. En otras ocasiones, aquéllos negocian simultáneamente con mercancías peculiares de varias empresas de un dueño o de una sociedad de varios socios- dueños, y de una empresa de un dueño, o de varios socios dueños. Las combinaciones podían ser múltiples.

Desde finales de la República, la gestión comercial de las empresas se protegió frente a terceros, mediante cimientos jurídicos muy sólidos:

- a. La limitación jurídica de la responsabilidad del empresario – dueño o de los socios - dueños, y de otros inversores privados de la compañía - empresa peculiar comercial - (D. 15, 1, 5, 4).
- b. La limitación de la responsabilidad jurídica del directivo bajo patria potestad del dueño o de los socios dueños de la empresa (D. 15, 1, 4, 6).
- c. La limitación de la responsabilidad jurídica del capital de la empresa comercial peculiar (matriz y filial) frente a terceros: proveedores y clientes (D. 14, 4, 11).
- d. El establecimiento de diferentes niveles y extensiones de responsabilidad civil patrimonial del capital peculiar en los grupos horizontales de empresas y en los grupos verticales (holding de empresas) frente a los clientes (D. 15, 1, 17. SUÁREZ BLÁZQUEZ, 2002, p. 67 - 70).
- i. Limitación de la responsabilidad del dueño y de los socios dueños por el enriquecimiento privado obtenido de los beneficios generados por la empresa peculiar (D.15. 3. C. 4, 26)

En las situaciones de quiebra o suspensión de pagos de las empresas comerciales peculiares, la jurisdicción del pretor otorgó seguridad procesal al empresario – dueño, y a los empresarios – dueños (socios, inversores capitalistas). El pretor creó y desarrolló acciones y mecanismos jurídicos y procesales que tutelaron el concurso de empresas en suspensión de pagos, y garantizó la limitación de la responsabilidad civil patrimonial. En esta dirección la jurisprudencia clásica nos informa:

1. Vigencia de una desigualdad procesal e “iniquidad” en la condición de los acreedores de la empresa que desean ocupar el capital del peculio comercial quebrado (D. 14, 4, 6).
2. Vigencia de una dificultad probatoria extrema para los acreedores en el proceso *de Peculio*, pues deben acreditar al juez que existe capital peculiar de la empresa de responsabilidad limitada y, además, que éste es suficiente para satisfacer sus deudas (GAYO Inst. 4, 74).
3. Los pretores concedieron un derecho de deducción preferente – *ius deductionis* - sobre el capital, tanto al dueño de la empresa peculiar (matriz y filial, D. 15, 1, 17) como al directivo – esclavo, en el nombre de la empresa matriz peculiar ordinaria, sobre el capital peculiar quebrado de la empresa filial: *non solum id in peculio vicariorum ponendum est, cuius rei a domino, sed etiam id, cuius ab eo, cuius in peculio sint, seorsum rationem habeant.* (D. 15, 1, 4, 6).

4. Las deducciones se practican y realizan bajo la supervisión segura y fiable del juez. Éste es quien autoriza a los acreedores bien a la ejecución y realización de sus deudas, bien a la ejecución de cualquier derecho de crédito sobre la masa quebrada del peculio de la empresa comercial:

“Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quod patri dominove quique in eius potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur”, (GAYO Inst. 4, 73).

(Para computar la cuantía del peculio debe deducirse previamente lo que el hijo o el esclavo debe al padre o al dueño o a aquel que esté bajo su potestad, y sólo se considera peculio lo que reste).

III. LA MEJOR CONDICIÓN ES DEL ACREEDOR QUE OCUPA JUDICIALMENTE LA EMPRESA PECULIAR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *MELIOR EST CONDICIO PECULIO OCCUPANTIS*

La protección y la seguridad del inversor frente a una (más que posible) pluralidad de acreedores en los procesos de suspensión de pagos de las empresas comerciales peculiares y la limitación anual para el ejercicio de la acción *de Peculio*, desde la extinción del peculio comercial (D. 15, 2, 1), podrían ser razones que explican la necesidad de otorgar al juez la vigilancia de la masa de la empresa o capital peculiar – *quantum in peculio sit* - (GAYO Inst. 4, 73) y la aplicación del principio procesal *“in peculio, melior est conditio occupantis”*. Además, los acreedores podían intentar conseguir, en el nombre de la empresa peculiar, una condena judicial en diferentes procesos judiciales, pues a todos ellos se les debe por la misma causa, es decir, por causa de los contratos y de los negocios realizados en el nombre de la empresa peculiar comercial quebrada – *ex causa et in nomen peculiari* -.

Los Pretores Republicanos crearon la acción *de Peculio* para tutelar, en vía procesal, la responsabilidad civil surgida de los negocios que se hubiesen realizado por los hijos y esclavos que estaban bajo la potestad de otro (D. 15, 1, 1, 2). En el imperio, los directivos y gerentes bajo potestad, (D. 15, 1, 1, 2) - esclavos, esclavas, esclavos y esclavas en condominio, hijos e hijas de familia y hombres y mujeres que de buena fe prestaban servidumbre (D. 15, 1, 1, 5) - negociaban en el nombre de los diferentes peculios empresariales individuales, o en el nombre de empresas peculiares que podían estar interrelacionadas (grupos verticales y horizontales de empresas comerciales peculiares). La quiebra de una empresa peculiar podía generar una concurrencia plural de acreedores y una colisión de intereses en uno

o varios procesos judiciales (D. 15, 1, 10). El dueño o los socios-dueños podían verse inmersos en varias demandas *de Peculio* sobre la misma empresa, o sobre su holding de empresas, ordinarias y vicarias (matrices y filiales). Frente a estas situaciones, la jurisprudencia clásica advierte que los acreedores son libres para demandar de peculio, y puede convenirles ejercitar esta acción (GAYO Inst. 4 – 74. 4 -74^a.) pero de todos ellos, quien gana el proceso de embargo y ocupación del peculio comercial es el acreedor que logre llegar primero a la sentencia del juez.

La responsabilidad limitada del dueño o de los socios – dueños, la preferencia de su derecho de crédito sobre la masa de la empresa peculiar son privilegios que deben ser tenidos en cuenta por el juez. En esta dirección, hemos de convenir con ZWALVE, quien manifiesta, acertadamente, que “*the factual separation of the estate of the master and the equitable estate of the slave cum peculio became apparent at the later’s bankruptcy. In order to establish the assets available for distribution among the creditors, all the liabilities of the slave to his master had to be deduced from the peculium. Consequently, the master was the facto preferential creditor in his own slave’s bankrupt peculium, so Gaius`maxim in actione de peculio occupantis melior est condicio, implied that there was usually very little left after the master had been satisfied*” (ZWALVE, 2002, p. 21).

Por su parte, el jurista GAYO nos presenta dos textos (D: 15, 1, 10 y D. 15, 3, 4) sobre la intervención judicial de empresas peculiares quebradas y, relacionado con este problema, aquél intenta responder a cuál es la posición procesal del acreedor que desea ocupar una empresa comercial de peculio para satisfacer sus deudas

- El primer fragmento citado es reportado por D. 15, 1, 10, Libro IX ad edictum provinciale:

“Si vero adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio, et ex posteriore iudicio res iudicaretur, nullo modo debet prioris iudicii ratio haberi in posteriore condemnatione, quia in actione de peculio occupantis melior est conditio. Occupare autem peculio videtur non est qui prior lites contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis perveniat”.

(Si todavía está pendiente el primer juicio de peculio y, en un juicio posterior, la causa hubiese sido juzgada, de ningún modo la causa del primer juicio se puede tener en cuenta en la condena del posterior, porque en la acción de Peculio es mejor la condición del ocupante. Ocupar el peculio no es el que primero haya llegado a la *Litis Contestatio*, sino el primero que llegue a la sentencia del juez).

Del fragmento jurídico clásico podremos extraer algunas premisas:

- a. Los acreedores pueden demandar frente al peculio empresarial en uno o en varios procesos diferentes.

- b. Los acreedores que tienen el mismo derecho no se encuentran en la misma condición frente al peculio empresarial, pues deben competir para lograr la mejor posición jurídica cuando el proceso llegue a su fin.
- c. Los acreedores pueden demandar frente al peculio comercial aunque existan otros acreedores de éste que no tengan conocimiento de la iniciación del proceso.
- d. Es posible el desarrollo de varios juicios o procesos diferentes en el tiempo sobre el mismo peculio comercial quebrado. De este axioma, deducimos que del mismo modo era posible la celebración de procesos paralelos de quiebra que afectasen directamente a peculios de empresas que pertenecían a la misma organización.
- e. El juez puede dictar sentencia de ocupación del peculio, y, a su vez, estar pendiente de resolución un proceso de quiebra anterior frente a la misma empresa peculiar.
- f. El jurista formula una definición clásica procesal de la ocupación del peculio: Ocupar un peculio no es contestar el primero a la demanda o llegar el primero a la litispendencia. Ocupar un peculio es llegar el primero a la sentencia del juez. Entonces, debemos admitir que en los supuestos de quiebra, la sentencia del juez es el título que autoriza la ocupación de la empresa peculiar comercial de responsabilidad limitada. Ocupar el peculio es conseguir llegar el primero a la *res iudicata de peculio*, es decir, a la cosa juzgada.
- g. El tiempo se constituyó en una institución jurídica clásica de primer orden en el proceso judicial de ocupación de empresa de peculio. El primero en el tiempo está en la mejor posición en el derecho – *prior in tempore potior in iure* -. La sentencia determina la antigüedad y la preferencia del vencedor de Peculio sobre otros acreedores del mismo proceso o de otros procesos iniciados, o que en el futuro se inicien, conocidos o desconocidos.
- h. La sentencia de ocupación de la empresa peculiar habilita al juez para establecer un orden de prelación de los acreedores sobre el capital neto de la empresa peculiar de responsabilidad limitada. El primer acreedor que ocupa e interviene el peculio comercial neto por sentencia judicial (GAYO Inst. 4, 73) tiene preferencia sobre los demás acreedores en la satisfacción de sus créditos.

Los jueces vigilan el proceso de liquidación de la empresa peculiar y la inversión de las plusvalías generadas por la empresa. Conceden o deniegan el derecho de deducción preferente a los dueños del capital empresarial peculiar. Vigilan la limitación de la responsabilidad del dueño o de los socios dueños. En último lugar, aquéllos

dan entrada, en el capital neto de la empresa comercial peculiar, al acreedor que esté en la mejor situación procesal, es decir, al acreedor que haya conseguido una sentencia judicial de peculio a su favor. Como bien argumenta ZWALVE ¿Cuándo y cuánto puede cobrar el acreedor del capital de responsabilidad limitada de la empresa peculiar? El acreedor que ocupa el peculio es el último en realizar sus créditos, y está limitado - *dumtaxat de peculio* -. Sus posibilidades de éxito eran bastante exiguas, (ZWALVE, 2002, p. 121).

IV. OCUPACIÓN DE LA EMPRESA PECULIAR E INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LOS BENEFICIOS: *MELIOR EST PECULIO OCCUPANTIS – IN REM VERSO*

Los procesos de suspensión de pagos de las empresas peculiares suelen finalizar con dos sentencias (“pues aunque es una sola la acción por la que se procede por el peculio y por lo que se hubiese convertido en beneficio del dueño, tiene sin embargo dos condenas” Just. Inst 4, 7, 4). Con la primera, el juez ordena la investigación del enriquecimiento que haya podido obtener el empresario – dueño de los beneficios de la empresa peculiar. Los acreedores deben demostrar al juez que el directivo o gerente de la empresa han invertido en el beneficio privado de aquél. Si se demuestra que el dueño, o dueños de la empresa se han enriquecido, *in rem verso*, el juez dicta la primera sentencia de intervención que da derecho al posterior cobro de los beneficios *in rem verso*. En este supuesto, el empresario dueño responde limitadamente, es decir, sólo en la medida del beneficio obtenido frente a terceros. Por el contrario, si los acreedores no consiguen demostrar que el dueño o los socios – dueños se han lucrado privativamente de los beneficios o plusvalías de la empresa, el juez pasa a investigar si existe un patrimonio, o capital neto, de la empresa peculiar, y, en caso afirmativo, dictará la segunda sentencia mediante la que ordena la intervención y ocupación de peculio.

En el proceso judicial de quiebra, en numerosas ocasiones, debía existir colisión de intereses entre los acreedores. Por ello, el juez debía ordenar las pretensiones de los acreedores quienes aspiraban a intervenir la masa peculiar en bancarrota y el enriquecimiento obtenido por el empresario dueño. A ello parece responder el segundo texto jurídico de GAYO, anteriormente mencionado, que fue insertado por los compiladores en el libro XV, Título III *De In Rem Verso*. El fragmento fue seleccionado y extraído de los Comentarios al Edicto Provincial, Libro IX:

“Sed dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere, nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est” (D. 15, 3, 4).

(Pero se debe decir, que debe ser mejor la condición del ocupante, porque no es equitativo que el dueño sea condenado a favor de ambos por la acción de lo invertido en su utilidad).

El jurista mantiene que el empresario – dueño no debe ser condenado en favor de todos los acreedores, que participen en el proceso de intervención y ocupación judicial por quiebra de la empresa, por las ganancias y plusvalías empresariales que hayan sido invertidas por los directivos – esclavos, en la utilidad y beneficio privado de los dueños – *de peculio et in rem verso* -. El juez condena al empresario – dueño, o a los socios dueños a favor del acreedor que haya obtenido la sentencia judicial de ocupación del peculio comercial y, en consecuencia, que haya logrado probar primero que existen ganancias que han revertido en el negocio y la utilidad privada (D. 15, 3, 3, 6) de aquél o de aquéllos. Con todo, si varios acreedores prueban la existencia de los beneficios de empresa que han sido adquiridos por los dueños de ésta, según el jurista Gayo, prevalece el primero que obtenga una sentencia judicial de intervención y ocupación del peculio comercial en su favor.

En consecuencia, el juez establece una prelación: si varios acreedores demandan *de Peculio*, el juez estima primero si existen ganancias *in rem verso* a favor de aquellos acreedores que las posibilitaron, y que ahora demandan judicialmente por los contratos, o por los negocios que hubiesen celebrado con el directivo, anteriormente, en el nombre de la empresa peculiar comercial (por ejemplo, porque prestó un dinero en concepto de mutuo al directivo – esclavo, o porque vendió ropas al directivo – esclavo, que éste, a su vez, entregó a su dueño). Y, segundo, triunfa ante el juez el acreedor que consiga probar primero que aquellas ganancias existen y que se invirtieron en el patrimonio privado de los empresarios dueños (GAYO Inst. 4, 72^a; 4, 74a). El juez investiga el origen y las inversiones de las plusvalías empresariales realizadas por los directivos y gerentes en beneficio privado de los dueños (*in rem verso*). Si el acreedor no consigue probar la existencia de este enriquecimiento, debe acreditar que existe un peculio y que éste tiene suficiente cuantía o masa - capital peculiar - para satisfacer sus deudas (proceso de dificultad probatoria extrema):

“Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi potest, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, ve id quod persequitur in rem patris dominive versum esse”, (GAYO Inst. 4, 74).

El juez vigila tanto el proceso de ocupación del peculio, como cuándo procede el derecho de deducción preferente del dueño. El juez establece un orden de prelación, pues la mejor posición procesal en el proceso de ocupación de la empresa la tiene el acreedor de la empresa que ocupe primero su peculio. Con todo, si considera-

mos aisladamente a los beneficios empresariales invertidos en la utilidad privada del inversor (empresario o socios dueños), éste no goza del derecho de deducción preferente de estos beneficios *in rem verso* antes que el acreedor de la empresa comercial peculiar en bancarrota.

En definitiva, vence el acreedor que primero demuestre al juez que existieron ganancias o plusvalías empresariales que se invirtieron en beneficio del dueño o dueños de la empresa: *melior est condicio in rem verso probandi*, vale decir, la mejor condición es la de aquel acreedor que primero demuestre y obtenga una sentencia judicial favorable sobre las ganancias o plusvalías de la empresa peculiar invertidas en el patrimonio del dueño o de los socios dueños, (GAYO Inst. 4, 74). En su defecto, vence el acreedor que primero ocupe el capital neto de la empresa comercial peculiar.

Por otra parte, se debe subrayar que la *Actio In Rem Verso* es perpetua y, en algunas ocasiones, como ya advertía LABEÓN, los acreedores pueden ejercitar y perseguir directamente las ganancias empresariales *in rem verso* (D. 15, 3, 1, 1) sin necesidad de accionar con la acción *de Peculio*. El peculio puede haberse extinguido por revocación del dueño, por muerte del esclavo o por la transmisión mediante actos *inter – vivos*, o *mortis – causa*. También puede haber transcurrido más de un año (D. 15, 2, 1) que es el plazo extintivo para el ejercicio de la acción *de Peculio*.

V. OCUPACIÓN DE LA EMPRESA PECULIAR Y SU RELACIÓN CON EL CONCURSO MERCANTIL DE ACREEDORES SOBRE LA *MERX PECULIARIS: MELIOR EST PECULIO OCCUPANTIS – TRIBUTORIA ACTIONE*

Un comentario al libro XXX del edicto del jurista PAULO fue insertado por los compiladores de JUSTINIANO en el Libro XIV, Título IV *De Tributoria Actione* en el Digesto, para poner de relieve la diferente condición procesal entre los demandantes de la *Actio de Peculio* y los demandantes de la *Actio Tributoria*:

“Non enim haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed aequalem conditionem quandoque agentium” (D. 14, 4, 6).

(Porque esta acción no hace mejor, como la de Peculio, la causa del ocupante, sino igual la condición de los que alguna vez sean demandantes).

Según GAYO, los acreedores pueden elegir, conforme más convenga a sus intereses, entre el ejercicio de la *Tributoria* o la de *Peculio* (GAYO Inst 4, 74^a). Salvo excepciones, si los acreedores ejercitan una acción no tienen regreso para la otra

(D. 14, 4, 9,1). Los juristas ponen de relieve las diferencias entre ambas acciones pretorias que tutelan el comercio y la empresa:

- La acción *Tributoria* alcanza a la mercancía peculiar y las plusvalías generadas por la negociación de aquéllas con el conocimiento del dueño (D. 14, 4, 1).
- La acción *de Peculio* alcanza al capital neto del peculio (GAYO Inst. 4, 73) adquirido por los directivos en el nombre de la empresa sin conocimiento del dueño. En el capital neto del peculio se comprenden las mercancías, las máquinas industriales y las plusvalías destinadas al negocio con terceros. Del mismo modo, es capital neto cualquier activo patrimonial, bien, o derecho que, aún no estando destinado al negocio con terceros, pertenezca al peculio. Esto supone que el peculio comercial de responsabilidad limitada podía contener mercancías y bienes que se destinasen, en diversas proporciones, al comercio, así como otros bienes y patrimonio que no estuviesen dedicados al ejercicio de empresa y de los negocios.
- En la acción *de Peculio* es necesario que el dueño o socios – dueños no hayan tenido conocimiento de los negocios que el directivo de la empresa realizaba con terceras personas – proveedores y clientes (D. 14, 4, 11). En la *Vocatio in Tributum* es presupuesto necesario que el directivo de la empresa peculiar (hijo, hija, esclavo) haya negociado con terceros en el nombre de la mercancía peculiar con el conocimiento del dueño.
- En la acción *de Peculio, melior est peculio occupantis*. En la *Tributoria* todos los demandantes, incluido el dueño de la mercancía peculiar deudora, gozan de la misma condición y posición jurídica en el proceso concursal - *Vocatio in Tributum* - por suspensión de pagos, (D. 14, 4, 16).
- En la acción *de Peculio*, el dueño o los socios dueños tienen un derecho de deducción preferente sobre la masa de la empresa peculiar, derecho privilegiado que limita su responsabilidad frente al resto de los acreedores del peculio comercial (D. 14, 4, 1). El juez vigila la posición procesal y el orden de prelación, y da la preferencia sobre la masa del peculio al acreedor dueño que goce del derecho preferente.
- En la acción *Tributoria*, el dueño o los socios dueños pierden el derecho de deducción preferente sobre la *merx peculiaris* quebrada. En compensación, el pretor les otorga el derecho a participar y dirigir, como acreedores extraños, el concurso mercantil sobre la *merx peculiaris* y los beneficios obtenidos de la gestión comercial de ésta, ahora quebrados, (D. 14, 4, 1).

VI. LA SENTENCIA JUDICIAL DE OCUPACIÓN E INTERVENCIÓN DEL PECULIO EMPRESARIAL CON EFECTOS CONSTITUTIVOS DE COSA JUZGADA: *MELIOR EST PECULIO OCCUPANTIS – RES IUDICATA.*

Por último, los compiladores incluyeron en el Libro XLII, *De Re Iudicata, et De Effectu Sententiarum, et De Interlecutationibus*, Título I, un fragmento del Libro VI de los comentarios de PAULO al jurista PLAUCIO:

“Inter eos, quibus ex eadem causa debetur; occupantis melior conditio est; nec deducitur; quod eiusdem conditionis hominibus debetur; sicut sit in de peculio actione; nam et hic occupantis melior est causa”, (D. 42,1, 19).

(Entre aquellos a quienes se les debe por la misma causa, es mejor la condición del ocupante. Y no se deduce lo que se debe a hombres de la misma condición, como se hace en la acción de peculio, porque aquí es mejor la causa del ocupante).

PAULO confirma que los demandantes de la acción de peculio no gozan de la misma condición. Por ello, la mejor condición y causa procesal es la del ocupante del peculio. Y éstas, si atendemos a la situación del texto jurídico en el Digesto, son atribuidas por sentencia judicial - *res iudicata* -.

Por su parte, ULPIANO trata de explicar la situación procesal favorable de la que goza el acreedor que lograr ocupar primero el peculio - *melior est conditio occupantis* - :

“Si quis a multis conveniatur ex noxa eiusdem servi, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis, non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offere his, quibus dedere non potest. Quid ergo est, si a pluribus conveniatur? Si quidem unus occupavit, an melior sit conditio, ut ipsi soli dedatur; an vero vel omnibus dedi debeat, vel cavere debeat, defensum iri adversus ceteros? Et verius est, occupantis meliorem esse conditionem. Et itaque dedetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit; et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari iudicati”, (D. 9, 4, 14).

(Si alguno fuese demandado por muchos, por causa de noxa del mismo esclavo, o si por uno, pero por causa de varios delitos de aquél, no tiene apuros, puesto que no puede ni entregarlo a todos los demandantes ni ofrecer la estimación económica del daño sufrido por todos. ¿Que sucede, si el dueño fuese demandado por muchos? Si ciertamente uno ocupó, ¿será acaso mejor su condición, para que se le entregue solamente a éste, o en verdad, se deberá dar a todos los demandantes, o tendrá que prestar caución de que habrá de ser defendido frente a los demás? Y es más verdadero, que es mejor la condición del ocupante. Así, pues, désele, no al que demandó el primero,

sino al demandante que llegó primero a la sentencia del juez; y por lo tanto, al que después hubiese vencido se le deniega la acción de cosa juzgada).

El fragmento parece tratar de un esclavo con peculio, y de un proceso, por causa de noxa, de peculio. En este supuesto de pluralidad de demandas de acreedores, el dueño del esclavo no tiene necesidad de entregarlo a todos, ni de ofrecerles el valor del daño. El juez es competente para determinar quién está en la mejor situación procesal, mediante su sentencia: *res iudicata de peculio*. Al socaire, BERGER afirma correctamente que “*when several persons sue the same defendant by actiones noxales or actiones de peculio, the claimant who first obtained a favorable judgment was in a better situation than the other claimants since his claim was first: satisfied by noxae deditio or from the peculium*”, (BERGER. 1991, p. 606).

VII. CONCLUSIONES

ULPIANO coincide con PAULO en la formulación de varios axiomas jurídicos – procesales, clásicos, en materia *de peculio* (BERGER, 1991, p. 606), que debían estar vigentes en su tiempo. Estos axiomas fueron los pilares jurídico-clásicos sobre los que se apoyó la actuación procesal de los jueces romanos del imperio, en la tutela de suspensión de pagos o quiebra de la empresa, gestionada por directivos – esclavos y directivos - libres, bajo potestad, mediante peculios comerciales de responsabilidad limitada:

- La mejor condición jurídica y causa procesal en el concurso de suspensión de pagos de la empresa peculiar de responsabilidad limitada es la del primer ocupante.
- El título de primer ocupante lo obtiene el acreedor que haya conseguido primero una sentencia judicial de ocupación del peculio de la empresa comercial.
- La sentencia judicial de ocupación del peculio comercial – matriz y filial - produce diversos efectos: a) constituye cosa juzgada – *res iudicata* –, y b) el juez deniega la acción sobre el capital de la empresa peculiar a cualquier acreedor que pretenda ejecutar una sentencia favorable de otro proceso de peculio.
- El juez vigila y ordena la prelación, decide el derecho de deducción preferente y la ejecución sobre el capital neto de la empresa comercial peculiar quebrada – matriz o filial -. El juez ordena el proceso, la causa y la condición de los partícipes en el proceso, (empresario dueño y acreedor).

En la etapa clásica de Roma, los concursos de suspensión de pagos de las empresas peculiares de responsabilidad limitada fueron fiscalizados por los jueces. Éstos, gozaron de amplios poderes procesales y actuaron de administradores y comisarios sobre los intereses patrimoniales, diversos y plurales, que pivotaban en el proceso judicial de la quiebra de empresa peculiar de responsabilidad limitada. Por ende, derechos, e intereses jurídicos y económicos de los empresarios - dueños y de los acreedores (proveedores y clientes) sobre la masa peculiar patrimonial quebrada de la empresa o de los grupos de empresas de responsabilidad limitada en suspensión de pagos. Los jueces vigilaron el proceso judicial de ocupación e intervención de la empresa, la prelación de los créditos de los acreedores (dueños y clientes), es decir, la asignación individualizada del derecho de deducción preferente y la realización de los créditos sobre el capital neto peculiar de la empresa comercial – matriz o filial -. La desigualdad jurídica y procesal de los acreedores fue el principio rector del proceso y concurso judicial por suspensión de pagos de la empresa peculiar quebrada. Frente a la colisión plural de intereses jurídicos y económicos sobre la masa empresarial quebrada, los jueces otorgaron siempre privilegio de deducción preferente de sus créditos al dueño, o a los dueños de la empresa comercial peculiar. Por último, en el supuesto de una posible pluralidad de acreedores en el proceso judicial de quiebra, la intervención y ocupación de la empresa, así como el derecho de prelación y la realización de los créditos sobre la masa peculiar en bancarrota, era concedida siempre al acreedor que lograba llegar primero a la sentencia del juez – *res iudicata* -.

REFERENCIAS.

Institutiones de Gayo

Digesto

Codex Repetitiae Praelictionis

BERGER A, (1991) s.v. Occupantis melior condicio est, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Ed. The American Philosophical Society, Independence Square, Philadelphia, USA

CERAMI, P, PETRUCCI A, (2002) A. *Lezioni di diritto commerciale romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia

DI PORTO, A., (1984) *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, (II sec. a. C. – II sec. d. C.) Giuffrè - editore, Milano, Italia

DI PORTO, A., (1997) IL DIRITTO COMMERCIALE ROMANO. UNA ZONA D'OMBRA NELLA STORIOGRAFIA ROMANISTICA E NELLE REFLESSIONI STORICO-

COMPARATIVE DEI COMMERCIALISTI, NOZIONE FORMAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO. DALL'ETÀ ROMANA ALLE ESPERIENZE MODERNE. "RICERCHE DEDICATE AL PROFESSOR FILIPO GALLO", vol. III, pp. 413 – 432

GARCÍA GARRIDO M., (2010) Derecho Privado Romano (Instituciones), pp. 50 – 54, Ediciones Académicas, Madrid, España.

SERRAO F. (2000): *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, en "Seminarios Complutenses de Derecho Romano", n. 12, pp. 295 – 333.

SERRAO F. (2002) *Impresa e Responsabilità a Roma nell'età Commerciale*, Pacini Editore, Pisa, Italia

SUAREZ G. (2001) *Dirección y administración de empresas en Roma*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, Ourense, España.

SUAREZ G. (2002) *Dirección y administración de empresas II: Actividad aseguradora mutua de empresas terrestres y marítimas*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, Ourense, España

ZWALVE W. (2002) CALLISTUS'S CASE. SOME LEGAL ASPECTS OF ROMAN BUSINESS ACTIVITIES, Revista "Journal of Roman Studies", pp. 116 – 126

gsuarez@uvigo.es

ESTUDIOS DE DERECHO



Suscripción nacional

Nombre _____

Documento _____

Departamento _____

Dirección _____

Teléfono _____

Ciudad _____

Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____

Firma del suscriptor _____

Consignación N.º _____

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.º 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: rderecho@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 \$30

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

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: rderecho@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@udea.edu.co
Impreso en diciembre de 2014

