

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 LXVIII —segunda época— Junio de 2011
Volumen LXVIII, N° 151

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR

Alberto URIBE CORREA

DECANA

Clemencia URIBE RESTREPO

DIRECTOR

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

COMITÉ EDITORIAL

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

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

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.

AUTOR DE OBRAS EN SEPARATAS

Juan Ángel Suárez (Jardín, Col. 1977 – Santo Domingo, Rep. Dom. 2011). Presentó desde los 8 años interés por las artes plásticas. En el 2000 se radicó en República Dominicana, donde realizó estudios de artes aplicadas en la Escuela Nacional de Bellas Artes de Santo Domingo, ciudad en la que fue miembro de la Asociación Convite Centro de Arte y del Colegio de Artistas Plásticos Dominicanos (CODAP). Impartió clases de dibujo y pintura. Participó en diferentes exposiciones colectivas en Colombia y en República Dominicana y realizó las exposiciones individuales: *Mujer más que un sueño*. Museo Casa de Tostado, Santo domingo R.D (2005), *Marionetas del tiempo*. Alianza Francesa, Santo domingo R.D (2008) y *Náufragos en la noche*. Alianza Francesa, Santo domingo R.D (2011). En marzo de 2011 fue seleccionado para participar en el Pabellón Latinoamericano de la Feria de Art Shanghai en el Youth Art Space, un espacio dedicado los jóvenes talentos de las artes, falleció en abril de 2011.

Traductor de resúmenes: Julián Alberto Zambrano Sánchez, estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia y auxiliar administrativo revista *Estudios de Derecho*.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 112

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

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

Página web:

<http://aprendeenlinea.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@quimbaya.udea.edu.co

MISIÓN

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



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

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

ÍNDICE

EDITORIAL

Veinte años de la constitución.....	11
Aplicabilidad de disposiciones normativas en relación al espacio y al territorio por las curadurías urbanas	
<i>Jorge Eduardo Vásquez Santamaría</i>	13-36
La tipicidad en el derecho administrativo sancionador	
<i>María Lourdes Ramírez Torrado</i>	37-50
La constitucionalización del derecho civil	
<i>Pilar Gutiérrez Santiago.....</i>	51-86
Carlos E. Restrepo y el republicanismo de 1910.	
A los 101 años de la reforma constitucional, polémicas y debates políticos	
<i>Rafael Rubiano Muñoz</i>	87-124
Gobernabilidad y gobernanza en Medellín: ¿modelos excluyentes o complementarios de la acción pública en el escenario local?	
<i>Luisa Fernanda Cano Blandón</i>	125-153
La investigación en la Universidad de Antioquia, entre la imitación, la identificación y la invención, 1970-2000	
<i>Sandra Patricia Duque, Sandra Martínez, Patricia González.....</i>	155-185
De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia	
<i>Jaime León Gañán Ruiz</i>	187-212

“Es mi cuerpo y el Estado no lo administra”: disposición sobre el propio cuerpo en la donación de órganos en Colombia	
<i>Gustavo Adolfo García Arango</i>	213-233
Reducción teórica en la ciencia jurídica: notas sobre las estrategias normativa y empírica de estudio del derecho	
<i>Guillermo Lariguet</i>	235-267
La otredad o “la idea del otro”. El tratamiento de los conflictos en el centro de conciliación de la Universidad de Antioquia: una visión integral.	
<i>Miguel Ángel Montoya Sánchez, Berta Fanny Osorio Salazar</i>	269-292
Métodos de interpretación del derecho en el constitucionalismo contemporáneo	
<i>María Rocío Bedoya Bedoya</i>	293-315
Protección judicial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia	
Estudio de caso: la perspectiva de género en la custodia y cuidado personal	
<i>Lina Marcela Estrada J., Liliana Claros G., Diana Estela Zuluaga C.</i>	317-336
El indicio en la responsabilidad estatal por falla del servicio médico asistencial. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado	
<i>Alejandra Ortiz Fernández</i>	337-358
Algunos sentidos de los (dis) cursos de ‘introducción al (estudio del) derecho’ en la actualidad	
<i>Roberth Uribe</i>	359-377
Reseña del libro los servicios semipúblicos domiciliarios de Fabián G. Marín Cortés	
<i>David Sierra Sorockinas</i>	379-382

EDITORIAL

VEINTE AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN.

El 4 de julio de 1991 se promulgó la Constitución, resultado de la Asamblea Nacional Constituyente en cuya convocatoria mucho tuvieron que ver los estudiantes. Álvaro Gómez Hurtado, por el movimiento de salvación nacional; Antonio Navarro Wolf, por el movimiento M 19 y Horacio Serpa Uribe, por el partido liberal, la lideraron. La situación de violencia del país, expresada en miles de asesinatos políticos, acababa de presentar los magnicidios de Luis Carlos Galán, Bernardo Jaramillo Ossa y Rafael Pardo Leal, y la reinserción del M19, y otros grupos insurgentes, fueron algunos elementos propiciadores de un nuevo pacto social: ese fue el consenso que arrojó como fruto la nueva Constitución: la Constitución Política de 1991, a pesar de que no se pudo contar con la presencia de las Farc ni del ELN que se negaron a participar en ella.

Es indiscutible que esta Constitución presenta grandes logros con respecto a la de 1886. Ha sido llamada “la Constitución de los derechos”. En materia de derechos individuales y sociales, económicos y colectivos hubo avances notorios. Queremos hacer especial énfasis en la Tutela y en el reconocimiento de la propiedad colectiva o étnica, que por primera vez se consagran en nuestro sistema jurídico, así como el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación y los mecanismos de participación ciudadana como el referendo y las acciones populares. Es por ello que se consagra el llamado estado social de derecho, en el cual se propugna por una vida digna y se coloca la igualdad como un principio a lograr, no solo desde el punto de vista económico, sino que busca la igualdad de cultos, de género, la protección de las minorías étnicas y sexuales.

Pero todos estos derechos se hubieran quedado en el papel si no se hubieran creado la Corte Constitucional y la Tutela. En un país como el nuestro, en donde las organizaciones sociales y los partidos de oposición han sido perseguidos de una forma tan implacable, a la Corte Constitucional le ha tocado en buena parte cumplir con la función que a aquellas les correspondería en otras condiciones. Ha sido la Corte Constitucional la que ha rescatado el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, al mínimo vital y tantos otros. El afán dictatorial a través de la reelección no pudo ser derrotado sino por la intervención oportuna y eficaz de la Corte Constitucional. Y cualquier cosa que se diga es poco en el empeño de defender el mecanismo de la Tutela, fundamental para obtener el respeto de la dignidad, uno de los principales principios de esta Constitución.

Son claros, entonces, los avances de la Constitución. Sus logros son innegables pero faltan algunos. La consecución de la paz fue uno de sus objetivos explícitos que desafortunadamente no se ha alcanzado y difícilmente se alcanzará mientras no se logren otros como el destierro de la pobreza. Pero es innegable que empiezan a verse mecanismos a través de desarrollos legislativos que pueden apuntar a ello. En ese sentido defendimos en anterior editorial la ley de víctimas y de restitución de tierras. Luego tiene que venir una seria reforma agraria y las posibilidades más se acercan cuando los criterios con que se manejaban las políticas agrarias en el gobierno anterior han sido derrotados en éste.

Hoy, al momento de hacer un balance sobre la Constitución Política, desde la óptica académica de una facultad de derecho, diríamos que con ella se constitucionalizó la vida social. La cultura constitucional y con ella la lucha por la defensa de los derechos se generalizó. Para quienes estudiamos el derecho constitucional antes del 91, la Constitución poco nos decía. Poco la sentíamos. Hoy la situación es muy distinta. Un ejemplo nos basta: en la Constitución pasada, por obra de la reforma del 36, se exigió la función social de la propiedad. Esta fórmula, que se repitió en la Constitución del 91, solo vino a reivindicar su fuerza desde ese momento. Lo otro importante de anotar, es como se constitucionalizó el estudio del derecho. Todas las materias del pñsum académico en las escuelas de derecho, hoy se estudian con la óptica de la Constitución.

A pesar de las muchas reformas el espíritu de la Constitución se conserva. Por supuesto que por los valores que defiende tiene enemigos. El comentarista León Valencia lo expresa en su columna en la revista Semana: “ En la otra orilla, las élites regionales, que vieron amenazados sus feudos políticos, por la puesta en práctica de la circunscripción nacional del Senado, el estímulo al voto de opinión y la consagración del pluralismo, se aliaron con los paramilitares y tendieron un cerco perverso en municipios y regiones. Más avisados que las guerrillas se aferraron al poder local, asaltaron las transferencias y las regalías que venían del proceso de descentralización y se montaron en la nueva institucionalidad con el propósito de impedir que avanzaran la democratización y la modernización. A la par que se apropiaban indebidamente del poder local en muchos lugares del país, fortalecían su presencia en el Congreso y en el gobierno central. Desde allí no han ahorrado esfuerzos para echar al suelo elementos decisivos de la separación de poderes y de la protección de derechos, que son la sustancia de la Constitución del 91. Reecciones, intentos de desmontar la tutela, tramas para acallar las Cortes y recortar sus funciones, han sido emblemas de esta derecha nostálgica de la Constitución de 1886”.

Raúl Humberto Ochoa Carvajal.

Director.



Título: La unión hace la fuerza

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 30

APLICABILIDAD DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN RELACIÓN AL ESPACIO Y AL TERRITORIO POR LAS CURADURÍAS URBANAS*

* Resultado final del proyecto de investigación “*Aplicabilidad de las disposiciones normativas del Derecho Urbano en Colombia 2000 - 2007*”, concluido en febrero de 2010, adscrito a la línea de investigación Derecho y Sociedad del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó (Funlam) institución financiadora del proyecto de investigación.

Fecha de recepción: enero 20 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

APLICABILIDAD DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN RELACIÓN AL ESPACIO Y AL TERRITORIO POR LAS CURADURÍAS URBANAS

*Jorge Eduardo Vásquez Santamaría***

RESUMEN

¿Qué aplicabilidad tienen las disposiciones normativas del Derecho Urbano en torno al Territorio y el Espacio como categorías urbanas que orientan la transformación urbana en Colombia dentro del periodo de 2000 - 2007? es el interrogante que centra el esfuerzo de este proyecto, integrado por las normas jurídicas urbanas en Colombia y por los poderes involucrados en su ejercicio, aplicación y control. Si bien la problematización gira en torno a la eficacia en la aplicación de la normativa referente al Espacio y el Territorio, las Curadurías Urbanas se vinculan de manera fundamental con el desempeño de la dinámica social que problematiza la aplicación de la normativa, toda vez que son los organismos constitucional y legalmente competentes para atender el tratamiento de los casos de transformaciones urbanas por medio de su aplicación en los escenarios urbanos del país.

Palabras clave: Espacio, Territorio, Aplicabilidad, Curadurías Urbanas, Público, Privado.

APPLICABILITY OF LEGAL ORDERS URBANS CURATORSHIP ABOUT THE SPACE AND TERRITORY

What applicability do the legal order of Urban Law have around the territory and the space how urban categories that direct the urban transformation in Colombia between 2000- 2007? It is the question of this project, integrated by urban legal regulations in Colombia and by the powers involved in their exercise, application and control. Although the problem is around of efficiency in the application of the normative about space and territory, the Urbans Curatorship are connected with the development of social dynamic that problematize the normative application, because they are the organization constitutionally and legally competent to attend the treatment of the cases of urban transformations through of the application in the urban scene in the country.

Keywords: Space, territory, applicability, urban curatorship, public, private.

** Abogado y candidato a Magister en Derecho Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria Funlam. Docente investigador, líder del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Funlam. Miembro de la Asociación Colombiana de Investigadores Urbano Regionales – ACIUR. jorge.vasquezsa@amigo.edu.com

APLICABILIDAD DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN RELACIÓN AL ESPACIO Y AL TERRITORIO POR LAS CURADURÍAS URBANAS

Introducción

A partir de la pregunta problematizadora se propone como objetivo general determinar la aplicabilidad que tienen el Espacio y el Territorio como categorías urbanas en el Derecho Urbano colombiano por parte de las autoridades judiciales y administrativas competentes en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2007, seguido de tres objetivos específicos que coadyuvan dicho objetivo general, consistentes en describir las variaciones que a nivel jurídico, jurisprudencial y doctrinario han tenido el Espacio y el Territorio como categorías urbanas del Derecho Urbano en Colombia en el periodo mencionado; definir conceptualmente las categorías urbanas como posibles figuras normativas del Derecho Urbano y el ordenamiento jurídico nacional y son objeto de conocimiento del poder judicial y administrativo en sus trámites y litigios, y finalmente identificar las fuentes de problematización abarcadas por dichos poderes que dan lugar a la aplicabilidad del Espacio y Territorio en Colombia dentro del área del Derecho Urbano.

Para su desarrollo se adopta un diseño de investigación cuantitativo con dominación o preponderancia del diseño cualitativo, o lo que Hernández Sampieri, Baptista Lucio y Fernández Collado denominan *enfoque integrado multimodal o enfoque mixto*¹, pues estos enfoques son considerados por varios autores paradigmas de investigación científica, pues emplean procesos cuidadosos, sistemáticos y empíricos en el esfuerzo por generar conocimiento. Se acoge un trabajo soportado en la categorización, donde cada una de las categorías jurídicas seleccionadas es un elemento o dimensión de la variable investigada que sirve para agrupar a partir de ellas las diversas unidades de información.

Para la ejecución de la metodología ya descrita, se propuso la recolección y sistematización de la información en dos momentos compuestos por una primera fase centrada en trabajo documental para fundamentar y caracterizar las categorías de la

1 HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. Metodología de Investigación. México: McGraw-Hill. 2006. p. 99 – 102.

investigación, y un segundo momento en la ejecución del trabajo de campo con las Curadurías Urbanas y los Juzgados Administrativos. A continuación se exponen los resultados del trabajo adelantado durante el segundo semestre del 2009 con las Curadurías Urbanas como autoridades administrativas directamente involucradas con la gestión y vigilancia del Espacio y el Territorio en Colombia.

Para presentar los resultados del ejercicio llevado a cabo con las Curadurías Urbanas, se estima necesario referenciar someramente dicha figura a partir de los enunciados legales y doctrinarios, posteriormente se describe el instrumento aplicado, y por último se exponen los resultados alcanzados.

Curadurías Urbanas

Durante el gobierno del presidente Ernesto Samper Pizano, en Colombia se crea la figura de las Curadurías Urbanas debido a las críticas constantes dirigidas al Departamento de Planeación, quien se concentraba en la expedición de licencias de urbanismo y construcción. La figura de las Curadurías Urbanas fue motivada desde el proyecto de ley presentado por el gobierno como mecanismos para agilizar los trámites y mejorar la planeación local. De esta forma se permitiría a las autoridades municipales atender el ordenamiento de la ciudad.

En la Constitución Política, los artículos 209 y 210 permiten el ejercicio de funciones administrativas a cargo de particulares. Junto con estas disposiciones, las experiencias vividas con los notarios y las cámaras de comercio promovieron extender la encomienda de funciones públicas del urbanismo a particulares bajo la figura de las Curadurías Urbanas. Introducida la figura, bajo la denominación de notarios urbanos, en el proyecto de ley 95 de 1995 presentado por el Ministerio de Desarrollo Económico, las Curadurías Urbanas fueron finalmente creadas por medio del Decreto 2150 de 1995 o Decreto antitrámites, destinando el curador urbano para ciudades con población mayor a 100.000 habitantes, encargado de expedir las licencias de construcción y urbanismo y con responsabilidad ante las autoridades municipales. En aquel Decreto, los curadores urbanos se definían de la siguiente manera:

El Curador Urbano es un Particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las Licencias de Urbanismo o de Construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción. La Curaduría Urbana implica el ejercicio de una función pública, para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y

de edificación vigentes en el Distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y construcción².

Dos años más tarde el artículo 101 de la ley 388 de 1997 define el curador urbano como el *particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de urbanismo o de construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción.*

Variables consultadas

Con las Curadurías Urbanas se implementó una encuesta cerrada compuesta por 20 variables a una muestra poblacional de 14³ Curadurías Urbanas a nivel nacional. Inicialmente en dicho instrumento se indaga por el periodo de desempeño como curador urbano, y desde esa experiencia se consulta por el reconocimiento tanto de la categoría Espacio como de Territorio. Puntualmente desde la categoría Espacio, en primer lugar se consulta por la asociación que las Curadurías Urbanas hacen de la misma con otras figuras directamente relacionadas y/o derivadas, como por ejemplo el Espacio público, el Espacio privado y el uso de Espacio, exaltando que también se incluyó como opción de respuesta la categoría Territorio. Posteriormente se indaga por la figura que ha implicado la mayor cantidad de solicitudes y/o trámites que ha tenido la Curaduría Urbana para proyectos de transformación y/o construcción urbana, así como las situaciones que mayor cantidad de solicitudes y/o trámites ha generado la categoría Espacio para cada Curaduría Urbana en particular.

Consecutivamente, detallando en el instrumento que por aplicabilidad en el Derecho se entiende aquel factor que permite evaluar una norma jurídica en su eficacia y cumplimiento por parte de los destinatarios de la misma, se consultó en atención a las normas jurídicas urbanas que orientan el ejercicio cotidiano de las Curadurías Urbanas, el nivel de aplicabilidad que la categoría Espacio *debe* implicar para el desempeño del cargo, y la aplicabilidad que *ha generado* en la realidad de cada una de las ciudades donde se despliega la labor de cada curador urbano. Luego se indaga por la cantidad aproximada de trámites o solicitudes que han cursado en

2 Decreto 2150 de 1995, artículo 50. Derogado por la ley 388 de 1997.

3 La muestra estuvo integrada por las Curadurías Urbanas primera y segunda de Medellín y de Cúcuta, primera de Envigado, Montería, Santa Marta y Barranquilla, segunda de Manizales, Pereira, Pasto, Sincelejo, y la Curaduría Urbana de Ibagué.

cada despacho en los cuales se involucra de alguna forma la categoría Espacio, así como el año con mayor cantidad y frecuencia de presentación de trámites o solicitudes en los cuales se involucra de alguna manera la categoría.

Las Curadurías Urbanas consultadas son una muestra que sin duda reunió profesionales del área con amplia experiencia. Muestra de ello se obtuvo con la pregunta inicial dirigida al año en el cual comienza funciones en el cargo de curador urbano de la ciudad, de donde sobresale que de los 14 funcionarios indagados 9 de ellos llevan más de 5 años como mínimo en el cargo. Esto permite proponer una fuerte consolidación de la muestra profesional en el campo urbanístico marcada por la trayectoria y la experiencia.

Resultados y Análisis: Espacio

Por ello, los resultados de la segunda variable dirigida a descubrir el reconocimiento dentro del ejercicio puntual de las funciones de curador urbano sobre la categoría Espacio, dieron posturas absolutas, donde las 14 entidades afirmaron conocer la categoría. De esta forma el escenario de inicio de la indagación reafirma la especialidad y consolidación de una muestra experimentada y afianzada en las labores de la transformación urbana. No obstante los resultados comienzan a mostrar significativas variaciones a partir de la tercera variable. Recordando que los curadores urbanos deben cumplir con formación de arquitectos. Son seleccionados por medio de concurso en el cual se evalúan diversos aspectos en los que sin duda alguna el componente jurídico está presente. Por ello inicialmente, sin especificar en la pregunta que la fuente para dar respuesta fuera la norma jurídica, se consultó por la asociación que tienen del Espacio con otra serie de figuras jurídicas presentes en materia urbana.

Los resultados son diversos. La totalidad de las Curadurías Urbanas comparten el criterio de asociar el Espacio con el Espacio público, lo que evidencia la asimilación necesaria de parte de los funcionarios en que la categoría Espacio es una figura articulada con lo público, acordada en lo público y dimensionada en lo público, al punto que es incluso menor el porcentaje de Curadurías Urbanas que, en comparación con el Espacio público, optaron por asociar el Espacio sólo con la figura del Espacio como figura autónoma, individual e independiente. Vale destacar que esta asimilación también sobresale desde la figuración del Espacio en la Constitución Política de 1991, en las leyes, decretos y sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en donde el Espacio antes de mantenerse y prevalecer como categoría urbana autónoma y particular, presenta una existencia vinculada al concepto y escenificación de lo público.

De esta manera en Colombia parecen corresponderse las dinámicas de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas en relación a la categoría Espacio, debido a que es preponderante la figuración de dicha categoría en las normas jurídicas urbanas sobre la modalidad de público, desarticulándose de los avances y trabajos doctrinarios de otras disciplinas que han proporcionado mayores contribuciones en la conceptualización del Espacio, de las cuales el Derecho, y funcionarios como los que integran las Curadurías Urbanas, son ajenos en el reconocimiento y comprensión de su naturaleza, componentes, características y dimensiones.

FIGURAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Espacio	11	91,7%
Espacio Público	12	100%
Espacio Privado	11	91,7%
Uso del Espacio	11	91,7%
Creación del Espacio	6	50%
Reconocimiento del Espacio	7	58,3%
Aprovechamiento del Espacio	9	75%
Territorio	7	58,3%

La englobante totalidad en la asociación del Espacio con la figura del Espacio público no sólo corrobora la tradición jurídica colombiana frente a la categoría, sino que abre la percepción del abismo formativo y funcional de las Curadurías Urbanas como autoridades descentralizadas encargadas del licenciamiento de las obras urbanas en las ciudades de Colombia. La reafirmación de la tradición jurídica se patentó en la evidencia de las normas escritas que han guiado a los distintos poderes nacionales en las diferentes labores frente al Espacio, las cuales han privilegiado y sesgado la categoría del Espacio casi únicamente como Espacio público.

El Espacio se enmarca en una lucha de ambigüedad legal y jurisprudencial de la cual la Constitución Política de 1991 no escapó al reconocerlo como derecho colectivo pero anclado al concepto de público, lo que se refleja en la percepción conceptual de la muestra de Curadurías Urbanas consultadas.

El Espacio en Colombia, desde el sector jurídico, sin ser muestra de consenso y uniformidad del gremio competente, adquiere otros alcances para ser escenificado.

De la totalidad de las Curadurías Urbanas, porcentajes medios asocian el Espacio con figuras como la creación del Espacio, su aprovechamiento, y curiosamente con el Territorio. Estas cifras representativas disocian los ideales de aplicabilidad de la norma jurídica urbana dirigida al Espacio, pues no se corresponde que la totalidad de las Curadurías Urbanas afirmen asociar el Espacio con el Espacio público, e incluso con el Espacio en sí mismo como un todo individual, pero lo aíslan de asociarlo con su creación y aprovechamiento, teniendo en cuenta que como categoría urbana implica una globalidad en la que se interrelacionan diversos componentes físicos y humanos.

Se considera que por ello no hay un sentido integral frente a la comprensión y dimensión en la aplicación del Espacio como categoría urbana por parte de las Curadurías Urbanas, en la medida que un destacado porcentaje encuentra posible asociar el Espacio con el Espacio público, más no con su creación y aprovechamiento; lo que desfigura la naturaleza pública que el Espacio adquiere como figura seleccionada por la totalidad; pues ¿cómo concebir el Espacio público sin proyectar su aprovechamiento? ¿Cómo hablar de Espacio pero no encontrar motivos para asociarlo con su creación?

Retornando a las posibles razones jurídicas existentes para ello, se postula la ya reiterada aparición de la norma jurídica urbana centrada en el Espacio público como modalidad casi exclusiva de la categoría. Es posible entonces que las Curadurías Urbanas se vean seriamente influenciadas y determinadas por la ambigüedad de la norma jurídica urbana en materia de Espacio, toda vez que corroboran la tradición histórica normativa desarrollada frente a dicha categoría en el ordenamiento jurídico colombiano, secularizando las demás dimensiones que desde su formación profesional no aparecen en las disposiciones jurídicas, y que por lo tanto no se manifiestan como consensos de aplicabilidad jurídica en el desempeño de sus funciones.

Para consolidar esta postura, es necesario exaltar que de las opciones suministradas a las Curadurías Urbanas para asociarlas con el Espacio, el Territorio fue acogido por el 58,3%; resultado que termina por reafirmar la ambigüedad, amplitud y distorsión presentes entre ambas categorías en materia jurídica urbana. Este fenómeno se reitera en las variables que indagaron por la categoría del Territorio; desde allí la evidencia de la existencia de una norma amplia y pretenciosa en el ordenamiento jurídico urbano en materia de Espacio queda asegurada.

Desde las leyes y decretos, los alcances de las disposiciones normativas del Derecho Urbano en materia de Espacio no aseguran límites fijos y concretos para las Curadurías Urbanas, y posiblemente para el sector administrativo encargado en la materia. Si bien Espacio y Territorio deben coexistir en los proyectos urbanísticos, se comprobó que ambas figuras cuentan con amplia trayectoria científica que

permite su identidad e individualidad, aspecto no estimado por el Derecho, y que problematiza la labor de las autoridades encargadas.

No obstante, como ejemplo reiterado de un ordenamiento jurídico propio del sistema continental, la uniformidad inicial en la que coincidió la muestra se ubica con el avance del instrumento en una verdadera distorsión interpretativa de la categoría Espacio en el campo del Derecho Urbano. En la variable cuarta literalmente se preguntó: En un grado de mayor a menor medida, siendo 5 el máximo y 1 el mínimo ¿cuál de las figuras es la que mayor cantidad de solicitudes y/o trámites ha implicado en su cargo de curador urbano para proyectos de transformación y/o construcción urbana? Los resultados dieron diversas posturas de las cuales es posible clasificar tres grupos de figuras a partir de los resultados porcentuales seleccionados.

El primer grupo se corresponde a aquellas figuras que relacionadas con el Espacio, no han implicado una cantidad de solicitudes y/o trámites para proyectos de transformación y/o construcción urbana. Allí se ubica en un primer lugar la expropiación, de la cual el 91,7% afirma no haber tenido solicitudes en sus años de experiencia, seguida por la figura del Espacio donde el 83,3% reitera la respuesta, y los planes parciales con el 72,7%.

SOLO ESPACIO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No. Solicitudes	10	83,3%
1	1	8,3%
2	0	0%
3	1	8,3%
4	0	0%
5	0	0%

EXPROPIACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No. Solicitudes	11	91,7%
1	1	8,3%

PLANES PARCIALES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No. Solicitudes	8	72,7%
1	2	18,2%
3	1	9,1%

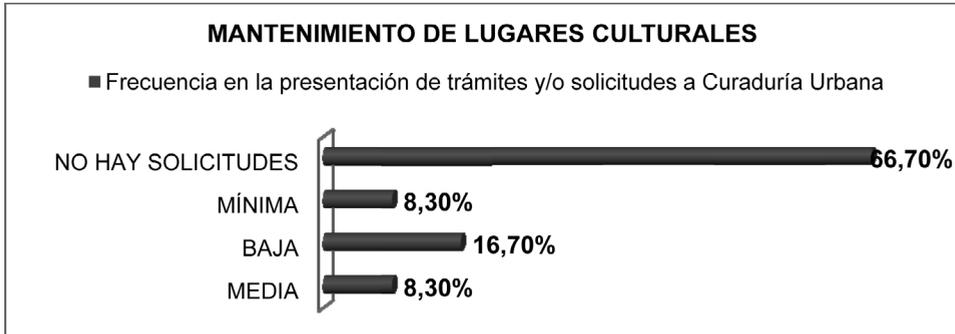
Sobresale como la opción Espacio que como figura autónoma, ampliamente asociada con la categoría Espacio por un 91,7% de las Curadurías Urbanas, ha pasado casi inadvertida por los despachos de estos funcionarios toda vez que sólo el 8,3% afirma haber tenido una frecuencia media de trámites y/o solicitudes relacionadas con la figura, el mismo porcentaje que manifestó que la frecuencia era mínima. Por ello se hace necesario proponer dos nuevos interrogantes para una próxima investigación ¿Qué diferencia al Espacio del Espacio público? ¿Cuál es el criterio diferenciador para distinguir entre el Espacio como una categoría individual y las otras modalidades que de ella se desprenden? La respuesta podrá dar más claridad a los estudios y criterios empleados por las Curadurías Urbanas en el desempeño de sus funciones.

Aquí basta señalar que la aplicabilidad del Espacio a manos de las Curadurías Urbanas expone dos fenómenos puntuales consistentes en el reconocimiento de la categoría como componente del ordenamiento jurídico colombiano, más es ineficaz como figura autónoma, independiente y particular en los trámites y/o solicitudes presentadas ante las Curadurías Urbanas de Colombia en proyectos de transformación urbana. La categoría central y base de la que se desprenden y articulan la otra amplia gama de figuras, que ha contado con amplia evolución doctrinaria, se ilustra como un referente conceptual en las disposiciones normativas, mas no como un constructo sólido y aplicable a los procesos urbanos.

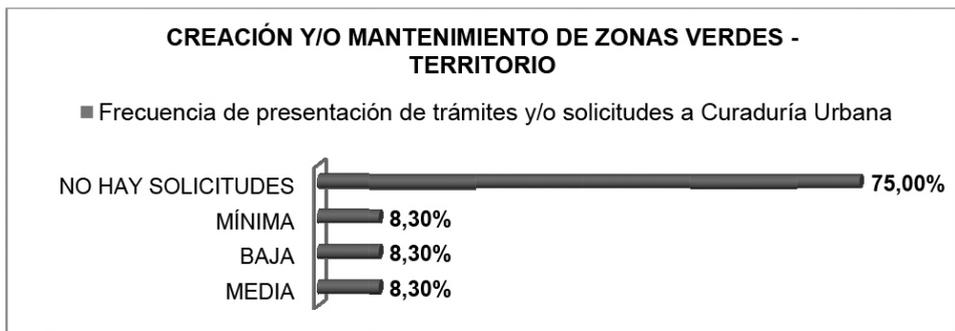
En el caso de los planes parciales se destaca un pequeño incremento como opción seleccionada pero manteniendo bajos niveles de frecuencia en la presentación de trámites y/o solicitudes presentadas ante las Curadurías Urbanas. Siendo dos de las figuras menos seleccionadas por las Curadurías Urbanas, los planes parciales coincide con la expropiación por ser empleadas en proyectos de grandes dimensiones y de marcada trascendencia en los escenarios urbanos, los cuales deben estar fundamentados en el interés público, y que requieren de la intervención de distintas jerarquías de la administración pública para su ejecución y financiación.

Un segundo grupo se corresponde a las figuras que relacionadas con el Espacio, han implicado una frecuencia media de solicitudes y/o trámites en el desempeño del cargo de curador urbano para proyectos de transformación y/o construcción urbana. En este grupo se ubican el mantenimiento de los lugares culturales, creación y/o mantenimiento de zonas verdes, las vías y movilidad, y el Territorio.

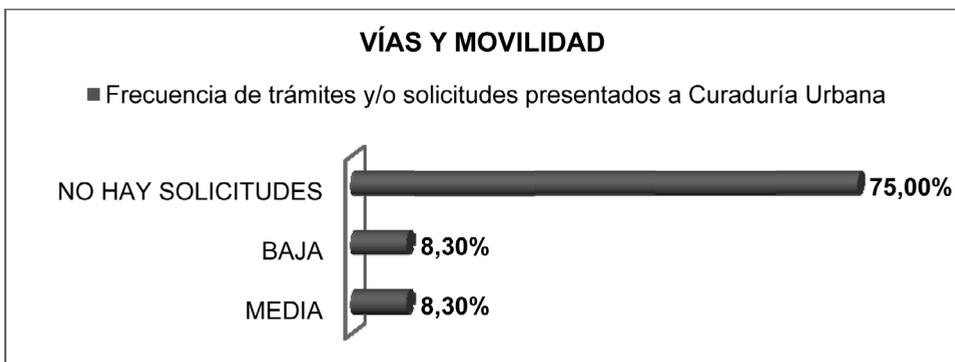
Tanto en el mantenimiento de lugares culturales como creación de zonas verdes, a consideración de las entidades los niveles de presentación de trámites y/o solicitudes no superan una frecuencia media; igualándose los resultados en las figuras de creación y/o mantenimiento de zonas verdes y el Territorio, y sobresaliendo sólo



una leve diferencia en el porcentaje en los bajos niveles en los casos de mantenimiento de lugares culturales.



En este grupo aparecen también los trámites y/o solicitudes asociadas con la figura de vías y movilidad, en la cual hay un pequeño incremento en la frecuencia de casos que llegan a las Curadurías Urbanas, en la medida que no se considera la existencia de un nivel mínimo en la frecuencia de presentación de intervención de las Curadurías Urbanas, manteniendo los porcentajes en las consideraciones de baja y media frecuencia.



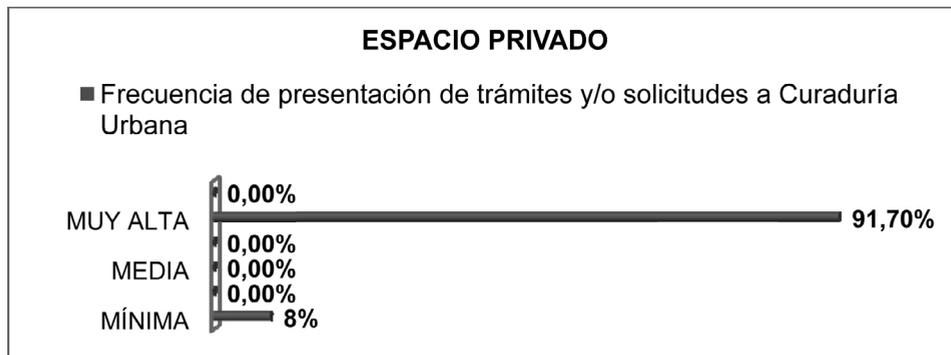
A partir de estos resultados, el grupo de figuras englobadas en un nivel medio exponen los sectores dinamizadores del urbanismo colombiano en los que de una forma conexas el Espacio comienza a tener consideraciones de aplicabilidad a cargo de las Curadurías Urbanas. Se considera que la figura de vías y movilidad presenta un incremento que se corresponde con las nuevas necesidades y problemáticas viales de los centros urbanos del país, para los cuales, por ejemplo, en los últimos 10 años se emprendió la construcción de grandes proyectos de intervención vial y adecuación de sistemas de transporte masivo, como es el caso de la construcción de los sistemas en Bogotá, Medellín, Pereira, Cali, Barranquilla, Bucaramanga y Cartagena; el sistema de transporte en cable ejecutado en la ciudad de Manizales; las tres líneas de Metro Cable en Medellín, así como las dos nuevas proyectadas en esa ciudad en interconexión son el sistema de transporte limpio articulado al sistema Metro por medio de tranvías en la avenida Ayacucho.

Vale destacar que tanto para el caso de la protección de lugares culturales como para la creación y mantenimiento de zonas verdes, se aprecia un nivel bajo de aplicabilidad de las disposiciones normativas del Derecho Urbano en cabeza de las Curadurías Urbanas, cuando las mismas son figuras ampliamente normadas en la legislación nacional, coincidiendo en oportunidades en disposiciones vigentes en las que son modalidades de Espacio público.

Finalmente en el grupo que se corresponde con las figuras relacionadas con el Espacio y que implican una frecuencia alta de solicitudes y/o trámites para proyectos de transformación y/o construcción urbana, aparecen el Espacio público, el Espacio privado, el uso, la creación, el aprovechamiento y el reconocimiento del Espacio; esto es, la mayoría de las opciones ofrecidas a las entidades, destacando la presencia del Espacio público y del privado como modalidades básicas opuestas, lo que se articula con los porcentajes más altos obtenidos en la variable de asociación de la categoría Espacio con las otras figuras.

El alto nivel de presentación de solicitudes se evidencia de manera destacada en las figuras del Espacio privado y del Espacio público. Inicialmente llama la atención la polarizada apreciación de las Curadurías Urbanas frente al Espacio privado, pues en Colombia es la figura con mayor demanda en aquellas entidades. Dicho porcentaje se refleja en un 91,7% que afirma que los casos relacionados con el Espacio privado tienen una alta frecuencia de presentación de trámites y/o solicitudes en las Curadurías Urbanas.

Tan alto nivel de apreciación frente al Espacio privado refleja las que fueran consecuencias de un fenómeno evidenciable en Colombia en la última década, consistente en el alto incremento de la actividad del sector de la construcción. Numerosos



proyectos inmobiliarios de vivienda (en los que se incluyen los dirigidos a la vivienda de interés social – VIS, como aquellos no dirigidos a VIS), conjuntos residenciales, centros financieros, centros comerciales, supermercados, entre otros, acapararon la mayoría de los escenarios urbanos de Colombia. La Cámara Colombiana de la Construcción – CAMACOL manifiesta: “En abril de 2010 el crecimiento anual del área total licenciada fue de 25%, cifra récord si se tiene en cuenta que desde abril de 2008 no se registraba un crecimiento superior al 20%. Entre abril de 2009 y abril de 2010 el licenciamiento para vivienda creció 24% y los otros destinos habitacionales aumentaron 28%. El licenciamiento de vivienda estuvo fuertemente influenciado por el dinamismo del renglón VIS que creció a un ritmo anual de 77% frente a 5.8% del No VIS”⁴.

Los datos se corresponden con el alto porcentaje arrojado por las Curadurías Urbanas, no sólo frente al Espacio privado, sino también con la figura de construcción de vivienda, lo que equipara la trascendencia de dichas figuras en las labores ejecutadas por las Curadurías Urbanas en Colombia en los últimos años. Con ello, Espacio privado y vivienda confluyen en una relación ambigua e indeterminada en la que delimitar sus alcances y naturaleza no presenta tantas dificultades como en el caso del Espacio y el Territorio.

Determinar la prevalencia y dependencia de una figura sobre la otra, implica recalcar el peso categorial del Espacio como determinante de las figuras conexas con las que se aprecian las consideraciones de asociación a cargo de las Curadurías Urbanas. Podría afirmarse inicialmente que el Espacio privado se consolida no como un mero componente articulado a la vivienda, sino como un elemento asimilado a la misma, y con ella, a la propiedad privada. Sin embargo, se propone que es la vivienda la que resulta asociada a la figura del Espacio privado, y más que un caso

4 En: <http://www.camacol.org.co/prensa/noticias/index.php> (Consulta julio 24 de 2010)

de asimilación, es un ejemplo de representación de un Espacio protegido por el Derecho de forma disímil a la esfera en la que confluyen los Espacios públicos, toda vez que se somete en términos generales al régimen del Derecho Privado.

No podría asimilarse el Espacio privado a la vivienda debido a que se estaría limitando la naturaleza misma de aquel escenario, reservado primordialmente a la esfera personal, a una modalidad de Espacio con características y finalidades específicas como las que cumple la vivienda; de igual forma se limitaría la dimensión y alcance de la propiedad privada en el régimen de los bienes inmuebles sobre los cuales se materializa el derecho de dominio y los demás derechos reales, toda vez que se estarían descartando diversas modalidades de inmuebles no destinados a la vivienda.

Cabe señalar que de forma algo paradójica, y como se expuso en el apartado legal, la modalidad del Espacio privado es una figura propiamente inexistente en las normas jurídicas urbanas de Colombia, reservándose sólo para algunos casos excepcionales donde el Consejo de Estado lo menciona como una posibilidad de Espacio, alcance que se ha presentado a nivel jurisprudencial y que ejemplifica casos de aplicabilidad jurídica.

Por lo mismo, podría pensarse que en el campo jurídico una de las diferencias en la evolución de la categoría del Espacio es su privilegiado desarrollo y producción normativa en la acepción pública y no en la privada, lo que aparenta dejar sin suelo normativo las reiteradas situaciones en las que el Espacio privado es objeto de decisión por parte de autoridades judiciales y administrativas. Pero contrario a esta hipótesis, el Espacio privado siempre ha contado con un amplio y fortalecido sustento normativo debido a que se ha visto sumido a la existencia de la propiedad privada como categoría de mayor tradición jurídica en nuestro sistema, por lo que su régimen se conforma por todas aquellas disposiciones normativas enfocadas en la mayoría de los casos al tema de la propiedad.

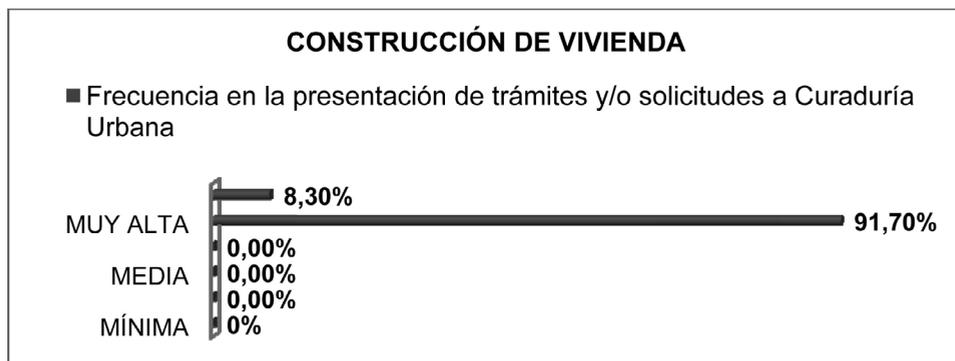
No es fortuito, entonces, apreciar la ramificación y especialización de la categoría Espacio en el ordenamiento jurídico nacional; pues si bien el Espacio en su dimensión privada se ha amparado en las normas jurídicas del régimen privado, el Espacio público aparece como una evolución reciente e intensa soportada en la naturaleza de los bienes de uso público que ha permitido delimitar su dimensión pública, la misma que el régimen privado menciona en las disposiciones del Código Civil.

Por ello, en la secuencia mencionada la vivienda se convierte en una figura supeditada al Espacio privado como ejemplo tradicional tanto de éste como de la propiedad privada, llegando en el orden cronológico de los avances y la producción normativa nacional, a ser reconocido como derecho social, económico y cultural por la Constitución Política de 1991. Desde esta ascensión constitucional, la vivienda

ha recibido importantes contribuciones de sectores interdisciplinarios, abriendo paso al desarrollo y fortalecimiento de la propiedad privada y del Espacio privado en distintas fuentes formales del Derecho colombiano.

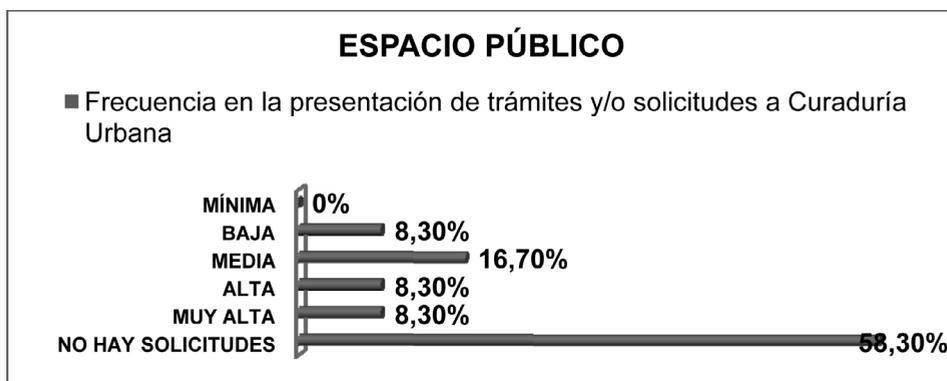
En ese sentido, la consolidación de la vivienda como un derecho social, económico y cultural marcaría los linderos propios en el ordenamiento jurídico con la figura del Espacio privado, y posibilitaría tiempo después la aparición y constitucionalización del Espacio público como derecho colectivo; independiente pero correlacionado con el Espacio privado ejemplificado en la vivienda de forma particular y en la propiedad privada de forma general, encontrados e interdependientes en los casos de aplicabilidad de disposiciones normativas en proyectos de construcción y transformación urbana en Colombia.

Por eso se afirma que la labor de licenciamiento que le compete a las Curadurías Urbanas por ley en Colombia, consolida al sector de la construcción de propiedad privada como la figura central que ha guiado los procesos de transformación urbana y de construcción en las ciudades del país. La equivalencia entre las altas consideraciones entre el Espacio privado y la construcción de vivienda, si bien reafirman la asimilación de la vivienda como ejemplo máximo del Espacio privado, no se restringe sólo a esa figura; siendo posible la asimilación entre ambas figuras, vivienda y Espacio privado mantienen un margen diferenciado que en este caso se hace más visible dentro de la dinámica urbanística, en la medida que el Espacio privado se ejemplifica en la vivienda más no se agota en ella, debido a que el Espacio también acapara todas aquellas manifestaciones urbanísticas, donde se asegura la propiedad privada, no destinadas a habitabilidad poblacional, y en todos los casos, y sobre la modalidad en la que físicamente ha de manifestarse el Espacio privado en el contexto urbano, requiere de la necesaria aplicabilidad de las normas que reconozcan y garanticen el Espacio público como carga y beneficio del proceso urbanizador.



A su vez se debe recordar que el Espacio público, el uso del Espacio, la creación, su aprovechamiento y el reconocimiento del mismo, también fueron figuras consideradas como de alta frecuencia de solicitudes y/o trámites en el desempeño del cargo de curador urbano. En el caso del Espacio Público llama la atención como manteniendo un alto nivel de solicitudes y/o trámites a partir de las diversas consideraciones de las Curadurías Urbanas, no se traduce en una cifra polarizada que dé cuenta de tal situación, en la medida que el 58% opina que no se presentan solicitudes a sus oficinas, lo que reserva el 42% a consideraciones de baja, mediana, alta y muy alta consideración de parte de las Curadurías frente a los trámites que involucran el Espacio Público.

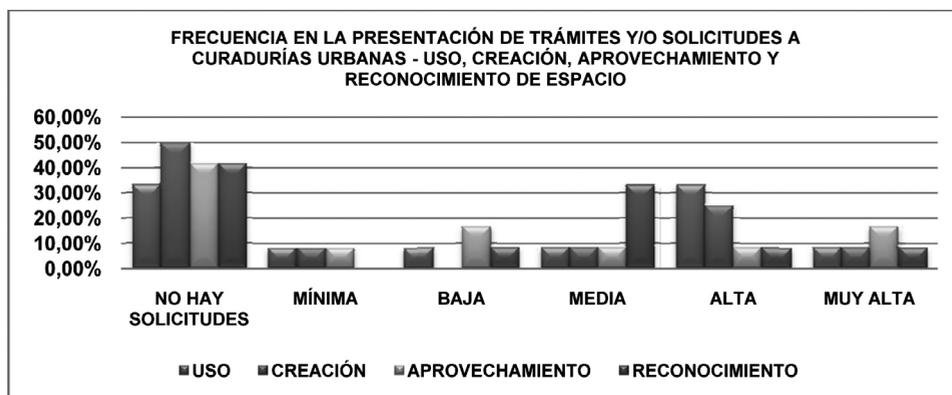
Aquí se hace necesario cruzar la variable analizada con la tercera expuesta anteriormente donde se evidencia la correlación plena entre Espacio y Espacio Público de parte de las entidades consultadas, exaltando que si bien su criterio profesional asocia la categoría Espacio en primer orden con la modalidad pública que el mismo adquiere en diversas circunstancias, el mismo queda relegado a la aplicabilidad de las disposiciones en materia de casos privados, por lo que es posible afirmar la prevalencia de la eficacia normativa de las disposiciones jurídicas urbanas del Espacio en la esfera de las intervenciones y relaciones jurídicas privadas en Colombia. La edificabilidad de la vivienda se reafirma como figura promotora de la eficacia de las disposiciones en materia de Derecho Urbano, y fuerza que impulsa la aplicabilidad de las disposiciones en el caso de figuras accesorias dentro de los procesos de transformación urbana de las ciudades del país.



Finalmente la alta frecuencia de presentación de trámites y/o solicitudes que llegan a las Curadurías Urbanas relacionadas con figuras que se articulan al Espacio, se derivan de los casos de uso, aprovechamiento, creación y reconocimiento del mismo. Si bien se debe mencionar que sobre todas hay un consenso que refleja

una generalidad de no presentación de trámites, en comparación con las demás figuras que fueron consultadas y ya mencionadas, presentan un resultado variable que agrupado supera considerablemente a las figuras con baja o mediana frecuencia de presentación de trámites, concluyendo que el uso, aprovechamiento, el reconocimiento y la creación de Espacio en diversa medida han generado actividad para las Curadurías Urbanas.

De manera particular debe resaltarse los altos niveles de las figuras de uso y reconocimiento del Espacio, donde la primera de ellas supera el margen del 30% que afirma tener alta frecuencia de trámites y/o solicitudes por uso del Espacio, mientras que con un mismo porcentaje se afirma la figura de reconocimiento.



Para cerrar lo concerniente a los resultados derivados de la categoría Espacio, y desde un concepto previo y clarificador del interrogante presentado a las Curadurías Urbanas, donde se expresó que por aplicabilidad en el Derecho se entiende aquel factor que permite evaluar una norma jurídica en su eficacia y cumplimiento por parte de los destinatarios de la misma, se indagó la apreciación de naturaleza deontológica (deber ser) en su manifestación valorativa y compenetrada a la teoría de la justicia, de las implicaciones que en el ejercicio cotidiano de la Curaduría Urbana debe tener la aplicabilidad de las disposiciones normativas del Derecho Urbano relacionadas con la categoría Espacio.

	FRECUENCIA	%
Alto nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	11	91,7%
Mediano nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	1	8,3%
Bajo nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	0	0%
Ningún tipo de aplicabilidad en los trámites y decisiones	0	0%

Quizá a la espera de un resultado obvio en el que se totalizara un 100% de la muestra consultada que plasmara el deber de una aplicabilidad de las normas jurídicas urbanas relacionadas con el Espacio en un alto nivel, sorprende cómo una de las entidades considera que dicha aplicabilidad normativa es de mediano nivel, abriendo el vacío para la coercibilidad, abstracción y generalidad de la norma jurídico legal amparada para el caso, en la prevalencia del interés público sobre el particular. Esto comienza de forma injustificada - en la medida que el instrumento implementado fue una encuesta cerrada que no dio lugar a razones- a evidenciar el panorama del sector urbanístico y de planeación nacional dentro de las complejidades comunes que enfrenta desde hace unos años: no debe existir justificante alguno para excusar el desconocimiento de una ley válida y vigente.

No obstante la sorpresa frente a los resultados obtenidos encontraría mayor sustento desde la variable donde se preguntó que en atención a las normas que guían el ejercicio cotidiano de la Curaduría Urbana, cómo se consideraba que la categoría Espacio había generado aplicabilidad en los trámites y decisiones que entran a la Curaduría Urbana, sobresaliendo un porcentaje relevante que reconoce un nivel medio de aplicabilidad de las disposiciones jurídicas urbanas, acompañado de un minoritario pero preocupante margen que afirma el bajo nivel de aplicabilidad de las disposiciones en los trámites y decisiones tomadas por la entidad en situaciones que involucraban la categoría Espacio.

	FRECUENCIA	%
Alto nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	7	58,3%
Mediano nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	4	33,3%
Bajo nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	1	8,3%
Ningún tipo de aplicabilidad en los trámites y decisiones	0	0%

Con el compromiso de no abandonar la imparcialidad que debe guiar el ejercicio de un investigador inmerso en el paradigma cualitativo, sí es irrenunciable dejar plasmada la preocupación frente a las consideraciones evidenciadas en las respuestas de entidades descentralizadas por funciones en el Estado colombiano para las cuales el conocimiento, comprensión y aplicación de las normas jurídicas no debe ser un elemento que esté sujeto a motivos que den lugar a omitir el imperativo de atenderlas, y con ello, no perder de vista el derrotero principialístico que sustenta el urbanismo como función pública amparada por la Constitución y la ley.

Las consideraciones se cruzan con el escenario fáctico en el que Curadurías Urbanas intervienen como un actor jurídico administrativo de la realidad social compleja que enmarca el desarrollo y cotidianidad de los centros urbanos de Colombia; pues los datos de aplicabilidad de las disposiciones jurídicas del Derecho Urbano en relación al Espacio ya evidenciadas, contrastan con altos niveles de presentación de solicitudes y trámites relacionados con el Espacio dentro del período de desempeño de cada Curaduría Urbana.

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De 0 a 70 trámites o solicitudes.	1	8,3%
De 70 a 150 trámites o solicitudes.	0	0%
De 150 a 300 trámites o solicitudes.	1	8,3%
Más de 300 trámites o solicitudes	10	83,3%

Resultados y análisis: Territorio

Con numerosas evidencias legales, jurisprudenciales y doctrinarias, el Territorio presenta consideraciones de gran volatilidad de parte de las Curadurías Urbanas; al igual que la categoría Espacio tiene pleno reconocimiento en las Curadurías Urbanas de Colombia. Para exponer su situación, se parte de la última pregunta referenciada con el Espacio, donde los niveles en el número de presentación de solicitudes y trámites relacionados de alguna forma con el Territorio dentro del período de desempeño de cada Curaduría Urbana, exponen una variación considerable que lo ubican como una categoría accesoria y/o secundaria en comparación con el Espacio.

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De 0-70 trámites o solicitudes	4	33,3%
De 70-150 trámites o solicitudes.	0	0%
De 150-300 trámites o solicitudes	1	8,3%
Más de 300 trámites o solicitudes	7	58,3%

También con la categoría Territorio, desde un concepto previo y clarificador del interrogante presentado a las Curadurías Urbanas, donde al igual que con la categoría Espacio se expresó el sentido de aplicabilidad en el Derecho, la indagación sobre la apreciación de naturaleza deontológica frente a las implicaciones que en el ejercicio cotidiano de la Curaduría Urbana debe tener la aplicabilidad de las disposiciones normativas del Derecho Urbano relacionadas con el Territorio, arrojaron resultados idénticos que en el caso del Espacio.

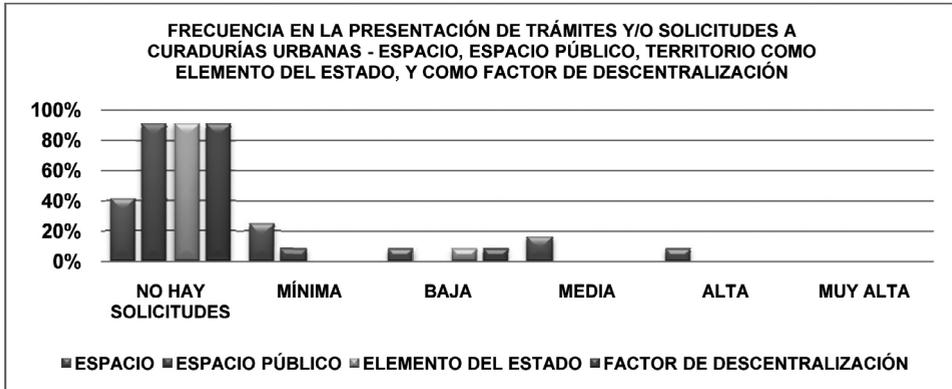
No obstante, frente al nivel de aplicabilidad de disposiciones normativas del Derecho Urbano que ha generado la categoría Territorio, se evidencia un cambio sustancial, donde el 75% afirman haber presenciado un alto nivel de aplicabilidad.

	FRECUENCIA	%
Alto nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	9	75%
Mediano nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	2	16,7%
Bajo nivel de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	1	8,3%
Ningún tipo de aplicabilidad en los trámites y decisiones.	0	0%

El resultado obtenido en la última variable tiene, a juicio propio, dos razones iniciales que conllevan mayor eficacia de las normas jurídicas urbanas al momento de tratar el Territorio y no el Espacio. La primera de ellas es la posible puntualidad y especificidad que refleja la carga conceptual de la categoría Territorio a nivel jurídico, político y administrativo; y segundo, la puntualidad, delimitación y detalle de las figuras que resultan estar asociadas en la aplicabilidad de las disposiciones jurídicas relacionadas con el Territorio.

A diferencia del Espacio, los resultados sobre la categoría Territorio permitieron hacer una agrupación de las figuras asociadas desde dos grupos. El primero de ellos es donde se ubican las figuras con baja frecuencia de presentación de trámites y/o solicitudes a las Curadurías Urbanas, en donde se encuentran el Espacio, el Espacio Público, el Territorio como elemento del Estado, y el Territorio como factor de descentralización.

Inicialmente debe destacarse cómo el Territorio como elemento propio del Estado, y el Territorio como factor de descentralización, dos figuras de naturaleza puramente pública y enmarcadas prioritariamente en temas constitucionales y de entidades de descentralización territorial, cuyo alcance es difícil determinar, resultan ser

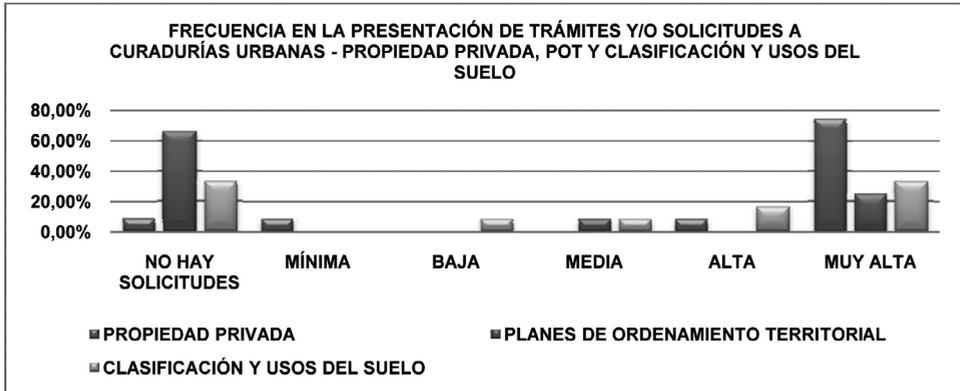


objeto de conocimiento de una Curaduría Urbana. A su vez resulta absolutamente conveniente y necesario recordar en este punto la correlación que se presenta entre las categorías indagadas en sí mismas, debido a que Espacio y Territorio fueron variables consultadas dentro del grupo de figuras que guardan relación con ellas, pero aclarando que en esta circunstancia se indagó por la relación existente entre el Territorio con el Espacio cuando era esta última el objeto de consulta, y a la inversa cuando fue el momento del Territorio.

Si bien el Territorio fue una figura asociada con la categoría Espacio por el 58,3% de las Curadurías Urbanas indagadas (7/12), donde se afirmó de parte de las entidades en un 75% la no presentación de trámites y/o solicitudes durante su periodo de labores, resulta algo paradójico cómo en la consulta inversa, esto es, donde la relación depende del Territorio y no del Espacio, los resultados varían en la medida que sólo 41,7% asegura no tener trámites y/o solicitudes donde la figura Espacio se relacione de alguna forma con el Territorio, y por el contrario aumenta casi al 17% de las entidades que afirman tener una frecuencia media de trámites y/o solicitudes en las que el Espacio tiene alguna relación con el Territorio.

Similar atención genera la relación que se establece entre el alto porcentaje que resulta de asociar la Propiedad Privada con el Territorio (75%), pero que resulta aislada del aplastante nivel que la Construcción de Vivienda arrojó con el 91,7% de las entidades que la acogieron como de alta frecuencia de trámites y/o solicitudes relacionadas con el Espacio.

¿La Construcción de Vivienda a criterio de las Curadurías Urbanas requiere casi por obligación de las disposiciones vigentes en materia de Espacio pero no de aquellas propias del Territorio, por lo que podría desatenderse en un proyecto de urbano de construcción de vivienda por ejemplo las disposiciones de la ley 388 de 1997 y las propias del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad, y limitarse



a disposiciones propias del Espacio en sus distintas variables? La respuesta inicial a dicha pregunta es un no obvio, pero que una vez se retoman los resultados adquiridos de la muestra consultada, se evidencia un fenómeno de ambigüedad y referencia bastante particular.

El sometimiento casi absoluto de las Curadurías Urbanas de la figura de Construcción de Vivienda a Espacio, y la no correlación con la situación de igual naturaleza traducida entre la Propiedad Privada -figura en la que se enmarca la Construcción de Vivienda- con el Territorio, tiene razón de ser en la figura del Espacio Privado, la cual guarda en la muestra de Curadurías Urbanas, plena coincidencia con las consideraciones de la figura de Construcción de Vivienda.

Consideraciones concluyentes

La aplicabilidad de las normas jurídicas es un tema propio de la Teoría General del Derecho, dimensionado a profundidad por la Filosofía Jurídica, e irradiante de cualquier ramificación o área de un ordenamiento determinado. Según Capella⁵, la eficacia es el logro de los propósitos perseguidos por el autor de la norma; mientras que la efectividad es la real consideración de la norma como tal por parte de sus destinatarios y su real aplicación. Con estos significados coincide Díez-Picazo, para quien la eficacia de las normas corresponde a la respuesta de si se han logrado o no los resultados socioeconómicos buscados por quienes las legislaron, y la efectividad depende de dos tipos de factores: que los destinatarios absorban espontáneamente

5 CAPELLA, Juan Ramón. El derecho como lenguaje: un análisis lógico. Barcelona: Ariel. 1968. p. 104.

las conductas que la norma dispone, que sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación en general; y que tenga la posibilidad de ser coercitiva⁶.

Para el caso de las disposiciones normativas del Derecho Urbano en relación al Espacio y al Territorio en Colombia a cargo de las Curadurías Urbanas, se manifiesta el fenómeno de ambigüedad y flexibilidad en la asimilación de las normas jurídicas reguladoras de dichas figuras, ambas categorías caracterizadas por los mismos factores amplios y disímiles que no permiten establecer una frontera clara entre ellas. En un área como el Derecho Urbano, donde convergen lo público y lo privado de manera necesaria e irrenunciable, las disposiciones jurídicas parecen no encontrar un fundamento unívoco en el ejercicio de las Curadurías Urbanas, entidades de trascendental función en la organización y planeación de las ciudades, encargadas del licenciamiento físico del escenario urbano, y del entorno paisajístico, elemento también protegido por el espíritu colectivo que impregna los derechos constitucionales.

La capacidad acaparante del Espacio sobrepasa en las normas jurídicas los límites previstos en sus concepciones doctrinarias, su naturaleza jurídica sobredimensiona la atribuida por la Constitución Política de 1991 como derecho colectivo, en donde su contorno público queda en un vacío implícito dentro de los mismos artículos constitucionales sin que pueda establecerse de forma certera el alcance y dimensión de una figura preponderantemente pública, pero que encuentra en las figuras privadas su más alta aplicabilidad.

Con el Espacio se ha pretendido acaparar la dinámica urbana desde el Derecho, algo que se corrobora en los resultados obtenidos de una muestra significativa de Curadurías Urbanas de todo Colombia, donde el Espacio se ubica como el soporte irremplazable de variadas y múltiples figuras que con él se relacionan de forma esencial, incluyendo el Territorio. Este último, también mencionado más no descrito en la Constitución Política de 1991, queda restringido en materia urbana ante la figuración mayoritaria del Espacio, tanto en textos jurídicos como en apreciaciones de actores competentes.

El reflejo extraído de las doce (12) Curadurías Urbanas que amablemente contribuyeron con esta labor académica, entidades de distintas ciudades de Colombia que han estado al frente de una función reciente y moldeable no sólo en el país sino en el resto del continente, ofrece múltiples visiones frente a las dos categorías indagadas; visiones que sin duda deben convertirse en derrotero de reflexión y control, tanto interno como externo de una función pública como es el urbanismo.

6 DÍEZ-PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona: Ariel. 1999. p. 207.

Las altas cifras expuestas frente al número de solicitudes que llegan a las Curadurías Urbanas, contrastan con las apreciaciones frente a la aplicabilidad jurídica que sobre las mismas deben adelantar los funcionarios de las entidades consultadas. Ellos exponen desde diversos sectores de Colombia cómo el sector privado viene marcando una relevante tendencia en el escenario urbano de las capitales del país, donde la vivienda se posesiona como abanderada de procesos de dinamización jurídica por medio de los cuales el Territorio y los componentes de lo público siguen le paso de forma secular. La vivienda se acompaña de la figura del Espacio Privado, en contraposición al Espacio como figura autónoma e independiente, y al Espacio Público como el gran atendido de los trabajos normativos de la historia jurídica reciente de Colombia, contando con articulados como el de la ley 9 de 1989 y el decreto 1504 de 1998.

Con lo descrito vale afirmar que la esfera privada en los años recientes de Colombia ha implicado una aplicabilidad de las disposiciones normativas del Derecho Urbano en relación al Espacio y al Territorio de parte de las Curadurías Urbanas como autoridades administrativas que integran el proceso de la función pública del urbanismo en Colombia.

Bibliografía

- CAPELLA, Juan Ramón. El derecho como lenguaje: un análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968. p. 104.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.
- DECRETO 2150 de 1995, Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona: Ariel, 1999. p. 207.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. Metodología de Investigación. México: McGraw Hill. 2006. p. 99 – 102.
- LEY 388 de 1997, Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

Webgrafía

<http://www.camacol.org.co/prensa/noticias/index.php>



Título: Jugando a ser náufragos

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 30

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*

* Este artículo es resultado de investigación, se encuentra en el marco del proyecto titulado: “Potestad sancionadora de la Administración en Colombia”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP), de la Universidad del Norte, dirigido por la profesora Dra. María Lourdes Ramírez Torrado.

Fecha de recepción: enero 15 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

*María Lourdes Ramírez Torrado***

RESUMEN

El principio de tipicidad, al igual que otras instituciones jurídicas, tiene una aplicación matizada en el campo administrativo sancionador. Al no existir norma alguna, que regule de modo general el ejercicio de la potestad punitiva de la Administración Pública, es imprescindible que se revise y analice tanto la doctrina constitucional como la científica que han abordado el asunto. Lo anterior, con el fin de precisar las implicaciones reales del principio. Para alcanzar esta finalidad se recurrió a las decisiones del máximo intérprete constitucional, que han abordado este postulado durante los últimos 20 años, e igualmente a la doctrina científica, internacional y nacional, que se ha ocupado de la materia.

Palabras clave: tipicidad, derecho administrativo sancionador, reglamento, sanciones administrativas.

TYPICALITY IN THE SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW

The typicality principle as well as other legal institutions has a mixed application in the sanctioning administrative field. As there is no norm regulating in a general way the exercise of the sanctioning punitive power of the Public Administration. It is necessary to revise and analyze the constitutional doctrine as well as the scientific one which has dealt with the matter. All this with the aim of making clear the real implications of the principle. To achieve this objective we turned to the decisions of the maximum constitutional interpreter which has dealt with this principle for the last 20 years and at the same time to the national and international scientific doctrine which has also dealt with this issue.

Keywords: typicality, sanctioning administrative law, norms, administrative sanctions.

** Doctora en derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Abogada, por la Universidad del Norte, Barranquilla. Profesora investigadora, adscrita al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP), de la Universidad del Norte. Dirección postal: Universidad del Norte, Km. 5, vía a Puerto Colombia, A.A. 1569, Barranquilla (Colombia). torradom@uninorte.edu.co

LA TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Concepto y elementos del principio de tipicidad

Este principio¹ se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa², (*lex previa, lex scripta*), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados.

Así las cosas, la demanda de *lex scripta* corresponde a la frase acuñada de *nulla poena sine lege scripta*, que conlleva a que se rechace la aplicación de la costumbre como sustento del ejercicio del poder sancionador del Estado³. Costumbre entendida como la práctica generalizada que de acuerdo a unas características, referidas a la constancia y uniformidad, ha adquirido en el seno de una comunidad la fuerza de un precepto o norma obligatoria. Tal como lo anota Martín Mateo, la costumbre tendrá exclusivamente trascendencia normativa cuando es recogida por el legislador de forma clara y expresa.

En lo relativo con la exigencia de *lex previa*⁴ este mandato implica que los individuos conozcan con anterioridad las conductas que se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico; así como también las sanciones que se impondrán en

1 El profesor Carretero Pérez establece la diferencia entre dos conceptos claves del injusto administrativo como son tipicidad y antijuridicidad al sostener que: “*la antijuridicidad es una ilegalidad genérica y la tipicidad es la ilegalidad concreta. La antijuridicidad es un juicio objetivo de valor que sólo excepcionalmente toma en cuenta la voluntad del autor. La antijuridicidad es la razón de ser de la ilicitud con independencia de otros factores: se llega a ella de modo negativo, por no aparecer causas de exclusión del injusto. La tipicidad es la definición de la antijuridicidad: el momento de conducta antijurídica. La antijuridicidad es un elemento abstracto, que precisa de otros factores que describan determinados hechos injustos. (...) la tipicidad indica qué modos de hacerlo se incluyen en el código. La tipicidad el concreto aspecto del objeto*”. (CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Derecho sancionador administrativo. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1995. p. 139).

2 Tal como lo anota Ramos Acevedo “*se habla de norma porque entre nosotros no está contemplada la exigencia de que sea ley en sentido formal, es decir, expedida por el Congreso, ni siquiera norma de carácter nacional puesto que en un primer reparto de competencias la Carta misma autorizó a las asambleas para expedir normas de policía*”. (RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de derecho administrativo general y colombiano. Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. p. 665).

3 VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. El principio de legalidad penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 36.

4 C-99/2003.

caso de que su actuar u omisión encuadre dentro de una infracción administrativa. De modo tal, que se niega toda posibilidad a que alguien sea juzgado conforme a normas posteriores a la actuación que se le imputa. Claro está, siempre que la norma posterior no sea más favorable a la existente al momento de lesionar o poner en peligro el bien jurídico en cuestión⁵.

En lo que corresponde con *lex certa*, el injusto administrativo debe realizarse a través de conceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de claridad⁶ y de modo inequívoco⁷ las conductas que constituyan una infracción y las penas o sanciones aplicables. En términos de la Corte la certeza se refiere con el hecho de que el texto sea “*preciso, lo cual significa que en él se incluya y determine con detalle, tanto la conducta como el castigo a imponer, de manera tal que no se presente duda sobre cuál es el hecho generador de reproche y cuál su respectiva sanción*”⁸.

Para aclarar más el panorama en relación con la extensión o alcance de este concepto la Corte Constitucional ha establecido que la precisión del binomio infracción/sanción implica que se encuentren establecidas cuestiones como: el tipo de culpa del infractor, es decir si es una conducta culposa o dolosa; la intensidad de la culpabilidad del agente, lo que se traduce en si la infracción se califica como: leve, grave o gravísima o cualquier otra clasificación que tenga el mismo fin; y la correlativa sanción a la infracción a imponer⁹. Expresado lo anterior, el órgano constitucional no se opone al empleo de conceptos jurídicos indeterminados¹⁰, pero

5 C-922/2001.

6 C-564/2000.

7 C-796/2004; C-393/2006.

8 C-393/2006.

9 C-796/2004.

10 Se entiende por conceptos jurídicos indeterminados “*aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Dichos conceptos lejos de permitir a su interprete escoger libremente por una determinada opción que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión*”. C-818/2005. (En el mismo sentido la C-564/2000).

Sin embargo, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados no implica que la Administración pueda recurrir a la arbitrariedad para comprenderlos y llenarlos de contenidos. Por el contrario, estos conceptos obligan a la Administración a recurrir a una solución justa y al mismo tiempo a que sus decisiones sean motivadas. Pues como lo señala Fernández “*el poder administrativo en un estado de derecho es siempre, y mas todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental*”. (FERNANDEZ, Tomás R. De la arbitrariedad de la administración. Pamplona: Civitas, 2008, p. 83).

determinables¹¹; o abiertos¹², siempre que se pueda precisar, sin lugar a dudas, el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente¹³. Aunque ello no admite la utilización de conceptos indeterminables¹⁴, o inconcretos¹⁵, imprecisos o difusos¹⁶, ya que estos entregarían la definición del comportamiento prohibido a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que podrían valorar y sancionar libremente la conducta sin referentes normativos precisos¹⁷. Es muestra de ello el caso de las multas cuyos límites no aparecen con claridad en la ley o de igual manera las inhabilitaciones que no establecen límites de tiempo¹⁸.

11 *“Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse”*. Y para lograr la determinación es *“imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico establezcan criterios objetivos que permitan razonable y proporcionalmente concretar las hipótesis normativas”*. C-818/2005

12 Justificándose estos tipos abiertos por: *“la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública (C.P. art. 209). Esta Corporación ha reconocido que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciéndose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden”*. C-507/2006.

Trayer Jiménez define, igualmente, los tipos abiertos y los diferencia con los tipos en blanco. Afirmando de los primeros que *“la característica principal de estas cláusulas es que sólo parte del tipo está legalmente descrito, siendo el juez quien concreta el resto. Es decir la situación se plantea de forma semejante a la ley en blanco estudiada anteriormente pero con la diferencia de que ésta, para su determinación requiere de otra norma jurídica distinta u otro precepto de la misma norma, mientras que los llamados tipos o cláusulas abiertas se complementan a través de la jurisprudencia”*. (TRAYER JIMENEZ, Juan Manuel. Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, 1992. p. 164).

En la doctrina colombiana, se cita a Gomez Pavajeau quién reconoce el valor que tienen los tipos en blanco en el derecho disciplinario, pues suponen un amplio margen de valoración del fallador. Sosteniendo que renunciar a esta figura implicaría renunciar al deber del *“Estado constitucional de derecho de controlar toda expresión de lo público y dejar abierta la posibilidad de que existan conductas contrarias al ordenamiento jurídico no sancionables disciplinariamente”*. (GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2007. p. 192).

13 C-507/2006.

14 C-475/2004.

15 En esta línea se pronuncia la providencia C-819/2006 que afirma: *“por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos”*.

16 C-99/2003.

17 C-530/2003.

18 SUAY RINCON, José. La formulación del principio de legalidad en materia sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia. En: Justicia Administrativa, Número extraordinario, (2001): p. 21.

Una de las cuestiones que ocurre comúnmente en el derecho administrativo sancionador¹⁹ es el uso recurrente de las remisiones normativas para completar el binomio infracción sanción. Es altamente frecuente que el legislador recurra a esta figura, sin que con ello se vulnere el principio en cuestión.

2. La obligación de certeza: en el caso de las remisiones normativas

De modo tal como lo expresa Rivera Temprano “*sería deseable que la descripción de conductas (o tipificación de infracciones) fuese hecha por la norma de manera precisa y autónoma, lo que resulta poco menos que imposible en el campo del Derecho Administrativo Sancionador*”²⁰. Ello, pues no existe legislativo alguno que se encuentre en capacidad de estudiar y elaborar toda la normativa general de un país, “*por cuanto no hay Cámara que esté preparada para conocer con eficacia de toda la problemática necesitada de regulación en la sociedad contemporánea*”²¹. O como lo coloca de manifiesto Gomez Pavajeau “*un legislador que pretenda señalar de manera exhaustiva las conductas prohibidas de las autoridades públicas de acuerdo con el apotegma antes mencionado con toda seguridad fracasará*”²².

Consecuencia de este panorama se recurre a la tipificación indirecta²³ que consiste en que la descripción del binomio punitivo no se realice en un solo apartado san-

-
- 19 Merece la pena reproducir lo manifestado por Parada cuando diferencia la reserva absoluta de ley que opera en materia penal y lo ocurrido en materia administrativa, “*el principio de reserva absoluta de ley que opera en materia penal y de cobertura legal aplicable a las sanciones administrativas es que en el primer caso la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de recurso algún a un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de cobertura legal de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con la ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad*”. (PARADA, Ramón. Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 385).
- 20 RIVERA TEMPRANO, Ezequías. Estudio de la L.R.J. de las administraciones públicas y del procedimiento común II. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 149.
- 21 GIL ROBLES, Álvaro. El control de legalidad de las normas con valor de ley. En: Revista española de derecho administrativo. Vol. 3, (1974): p. 404.
- 22 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2004. p. 287.
- 23 Vale la pena traer a colación la clasificación que diseña Nieto García en relación con las variantes tipificadoras. Así el autor las clasifica en: Reduplicativa: “*la norma sancionadora reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción y lleva aparejada un sanción*”. La tipificación remisiva expresa: “*la ley para cumplir con el principio de tipificación legal, enumera de forma individualizada las infracciones; pero para no alargar*

cionatorio de una norma, sino por el contrario se remite a otra parte de la misma disposición normativa o, incluso, a otro texto legal²⁴.

En el evento de las remisiones a la propia norma, nos enfrentamos a una forma de economía legislativa²⁵, en la que el redactor de la norma opta por remitir al lector a otra sección del texto. En la mayoría de los casos se suele remitir al apartado que contempla lo correspondiente con las prohibiciones u obligaciones del administrado, o cualquier otra disposición que estime conveniente, para tipificar una conducta.

En esta hipótesis no se presenta mayor inconveniente, pues la certeza, elemento inherente al principio de tipicidad se encuentra satisfecha siempre que los apartados a los que sean reenviados se encuentren redactados de forma que cumplan con las exigencias del postulado en cuestión. Es decir, la técnica remisoria no altera en sí la condición de certeza de la infracción y la sanción; si no será la redacción del binomio punitivo el que deberá satisfacer las exigencias derivadas del postulado.

Es todavía más común que la remisión no se haga al interior del mismo texto legal, sino que se produzca a otra norma: a otra ley, sea general o especial, o a un reglamento²⁶ para tipificar una conducta. Pues de no permitirse esta posibilidad no solo se desconocería la potestad reglamentaria de que es LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Madrid: Dyhinson, 2007. p. 478.

Se comprende por reglamento: *“toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley. (...) Los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración. Los reglamentos son fuentes de Derecho para la Administración pero proceden de ella misma”*. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 2005, p. 272).

inútilmente los textos, prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiéndose de forma expresa a los preceptos en que aparecen”. La tipificación residual: *“ésta es la función que cumplen las remisiones indirectas al calificar residualmente como leves las infracciones que no tienen otro carácter”*; y la tipificación implícita. (NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. p. 312-314).

- 24 GÓMEZ PAVAJEAU, Op. Cit., p. 289. RAMÍREZ ROJAS, Gloria Edith. Dogmática del derecho disciplinario en preguntas y respuestas. En: GÓMEZ PAVAJEAU. Colección de Derecho Disciplinario N° 20. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2008. p. 108.
- 25 LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Madrid: Dyhinson, 2007. p. 478.
- 26 Se comprende por reglamento: *“toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley. (...) Los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración. Los reglamentos son fuentes de Derecho para la Administración pero proceden de ella misma”*. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 2005, p. 272).

titular la Administración²⁷, sino que además se “*encorsetaría a la Administración en muy estrechos límites para el ejercicio de la potestad sancionadora*”²⁸.

La remisión a otras normas para completar el injusto administrativo se puede presentar bien a manera de colaboración reglamentaria²⁹, o con la finalidad de asegurar una tipificación exhaustiva³⁰ para abarcar todas las formas de incumplimientos de una determinada normativa en un sector en concreto³¹. Teniendo ambos objetivos, como lo coloca de relieve García Manzano: “*robustecer por vía reglamentaria el grado de certeza que rige la materia*”³². O lo que es lo mismo “*contribuir a la más correcta identificación de las conductas a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes*”³³.

En este caso es posible que la exigencia derivada del principio de tipicidad se ponga en peligro, ya que la seguridad que se demanda podría no quedar cubierta, dependiendo todo del rigor con que se haya realizado la remisión. Esta situación implica que se examine caso por caso si se han respetado los límites establecidos por ley³⁴, dado la subordinación del reglamento a la ley³⁵.

-
- 27 Tal como lo describe García de Enterría: “*la atribución a la Administración de un poder de creación de normas jurídicas tiene una importancia de primer orden. Es dicho poder por otra parte, de un uso extensísimo y generalizado, hasta el punto de que ha sobrepasado notablemente en volumen y aun en significación práctica al del poder legislativo; es justamente aquí, como ya hemos anotado, donde ha podido hablarse con toda oportunidad de motorización legislativa. El ordenamiento jurídico actual está marcado decisivamente por este hecho. Ante tal constelación, hay que preguntarse por las razones en base a las cuales se atribuye un poder tan importante y decisivo a la Administración Pública*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo I, Navarra: Civitas, 2006. p. 183).
- 28 GARRIDO FALLA, Fernando y PASTRANA, José. Régimen jurídico y del procedimiento de las administraciones público. Madrid: Civitas, 1993. p. 297.
- 29 La potestad reglamentaria tiene un carácter secundario respecto a la ley, siendo esta el origen del la fuente primaria del sistema. (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo, Tomo I. Madrid: Lustel, 2006. p. 341).
En materia de potestad reglamentaria de la Administración puede verse el libro de Moncada Zapata. (MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. El reglamento como fuente de derecho en Colombia. Bogotá: Temis, 2007).
- 30 C-564/2000 ha expresado: “*En este sentido, la infracción cambiaria se origina en el desconocimiento de cualquiera de los preceptos que conforman el régimen. Disposiciones que, en últimas, establecen una serie de obligaciones y deberes, en donde la sanción resulta, precisamente, del desconocimiento material de éstos. Por tanto, a la pregunta de si resulta acorde con la Constitución que para la tipificación de infracciones administrativas, el legislador haga uso a remisiones normativas que completen o determinen el contenido de éstas, tal como lo hace el Decreto 1746 de 1991, la respuesta es afirmativa*”.
- 31 VALENCIA MATTÍN, Germán. Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, el Principio de Legalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 117.
- 32 GARCÍA MANZANO, Pablo. Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Carperi, 1993, p. 371.
- 33 COBO OLVERA, Tomás. La ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Editoriales reunidas, 1994, 602.
- 34 MESTRE DELGADO, Juan. Potestad reglamentaria y principio de legalidad las limitaciones constitucionales en materia sancionadora. En: Revista de derecho administrativo. Madrid. Vol. 57, (1988): p. 85.
- 35 MORELL OCAÑA, Luis. Curso de derecho administrativo I. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 103.

En este sentido, la Corte Constitucional ha venido demandando que en los eventos en que existan remisiones a normas reglamentarias dispuestas por las leyes queden en éstas precisados suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica³⁶.

En cuanto está en juego la imposición de deberes y obligaciones a los ciudadanos o la limitación de sus a reconocidos por otras fuentes, el Reglamentos puede y eventualmente actuar, pero siempre en su función secundaria de complemento de la ley y en virtud de una habilitación específica de ésta³⁷.

Resultando, por ende, contrario al principio de tipicidad la renuncia que haga el legislador en favor de la Administración en que la habilite a crear ex novo infracciones y sanciones³⁸.

3. Interdicción de la analogía

La interdicción de la analogía resulta ser una expresión del principio de tipicidad, en virtud de que está interrelacionado con cada una de las garantías de la máxima en estudio.

La doctrina ha clasificado la analogía atendiendo dos criterios principalmente, uno referido con el sitio a dónde se remite el razonamiento analógico, lo que se denomina: analogía legis y analogía juris³⁹; y el otro criterio obedece al contenido mismo de la interpretación analógica. Con esto último nos referimos a analogía in malam partem y bonam parte.

Es la segunda clasificación la que cobra mayor interés para este caso, ya que nos permite contestar el interrogante de si la relajación que sufren los principios en la órbita administrativa permite crear infracciones y sanciones analógicamente.

36 Como lo expresa claramente Ossa Arbeláez “la ley se limita a estructurar los elementos esenciales y omunes de todos los tipos, dejando al Reglamento la tarea de perfeccionarlos e integrarlos”. (OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Segunda Edición. Bogotá: Legis. p. 272).

37 BERMEJO VERA, José. Jurisprudencia. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 10 (1976): p. 505.

38 FERNANDEZ MONTALVO, Rafael. Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración. Madrid: Consejo General del poder judicial, 1994. p. 39.

39 C-83/1995 “Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada”.

De este modo, la analogía en *bonam partem* consiste en beneficiar al administrado, pues se aplica al caso no contemplado por la ley *atenuantes, eximentes o causas de inimputabilidad*⁴⁰. Un ejemplo de ello, es la prescripción, como lo señala Ossa Arbeláez “cuando una figura infraccional no contempla la prescripción, debe recurrirse a otra similar o a los dictados de la norma Penal, caso en el cual el interprete puede echar mano de la analogía, pues la laguna legal no ofrece una posibilidad diferente”⁴¹. En tanto que la analogía en *malam partem* niega todo camino que cree infracciones y sanciones por vía analógica en la medida que ello violaría el principio de igualdad⁴², e igualmente todas y cada uno de las garantías que se encuentran comprendidas por la tipicidad. En cuanto a esto último, se recuerda que el principio de tipicidad comprende tres garantías: *lex certa*, *lex previa* y *lex scripta* que se quebrantarían claramente, en la medida que se impone una sanción o se tendrían en cuenta circunstancias agravantes⁴³ que no se encuentran expresadas en norma alguna (*lex previa* y *lex scripta*), sino que se crean a partir de una norma con un contenido muy próximo. Quedando, por ende, en sede de la autoridad administrativa la configuración de las infracciones en cada caso y de acuerdo a lo que juzgue conveniente en cada situación, (*lex certa*).

Entonces, y a pesar que en el derecho administrativo sancionador los principios que los presiden pueden ser matizados en relación con el derecho penal, ello no implica que la Administración pueda crear el binomio infracción sanción o circunstancias agravantes para el administrado, vía analógica.

4. El principio de tipicidad *versus* el desconocimiento de las decisiones judiciales por parte de las autoridades administrativas

A pesar de que este es un tema que merece ser desarrollado de modo independiente, se aprovecha la oportunidad para plantear la cuestión y realizar algunos comentarios, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el particular⁴⁴.

40 CANO CAMPOS, Tomás. (2002). La analogía en el derecho administrativo sancionador. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 113. (2002): p. 65.

41 OSSA ARBELAEZ, Op. Cit., p. 317.

42 C-83 de 1995 “La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general”.

43 REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2002. p. 52.

44 C-335/2008 y T.388/2009.

Este tema ha sido tratado profundamente por Nelson Hernández Mesa

Así las cosas, el asunto se centra en si es violatorio o no al principio de tipicidad el hecho que se considere como infracción administrativa el desconocimiento, por parte de las autoridades administrativas, de las decisiones judiciales, de los órganos jurisdiccionales de cierre, en la medida en que aquéllas son obligatorias para las jueces y autoridades administrativas⁴⁵.

Entonces los pronunciamientos de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura tienen que ser respetados por los operadores jurídicos, debiendo éstos aplicarlos en sus actuaciones de forma idéntica a lo expresado en las decisiones de estos tribunales, en pos de respetar el principio de igualdad. Pudiéndose apartar de las providencias, que cierran la jurisdicción, siempre que manifiesten las razones por las que deciden alejarse de las decisiones de los órganos de cierre de la jurisdicción⁴⁶.

De este modo, la cuestión está en determinar si la postura del juez constitucional lesiona o no el principio de tipicidad en tanto las garantías que lo comprenden. Siendo objeto de nuestro análisis las relativas con la certeza y la anterioridad que deben exigirse a las infracciones administrativas, so pena de quebrar el principio de tipicidad.

En lo que concierne con la primera exigencia, certeza, resulta complicado que la “ratio decidendi” que funge como infracción pueda satisfacer esta garantía, pues se entrega a la autoridad, que tiene en sus manos el expediente sancionador, un margen de apreciación muy amplio para determinar si se enfrenta o no a un caso idéntico al resuelto por el juez de cierre de la jurisdicción. En nuestro entender, la discrecionalidad de la que goza la autoridad administrativa, en este evento, es mu-

45 Al respecto la T-388 de 2009 que afirma que *“igualmente le está vedado a cualquier [autoridad judicial] acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decisum como la ratio decidendi. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva”*.

46 T-123 de 1995. La providencia expresa: *“el juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución”*.

cho más amplia que la que tiene un juez o autoridad administrativa cuando realiza la adecuación de la conducta en relación con una infracción administrativa o tipo penal, ya que estos fueron redactados por el legislador o autoridad administrativa intentando cumplir con la exigencia derivada del respeto de este principio.

Otra cuestión, que plantea dudas en lo que concierne con el respeto de la certeza es lo referido con el conocimiento que puede tener el administrado de las conductas prohibidas por el ordenamiento. No es un secreto que existe un gran número de infracciones administrativas sectoriales que no tienen un único soporte normativo, sino que por el contrario tienen asiento en un sin número de disposiciones, lo que sin duda dificulta el conocimiento de las conductas prohibidas.

A este escenario se le debe sumar el hecho de que a los administrados se les pueda sancionar por desconocer las decisiones judiciales de las autoridades que cierran la jurisdicción. Piénsese en los administrados que no habitan en ciudades capitales y que no dispongan de medios tecnológicos para acceder a esta información que se actualiza diariamente, ¿cómo se les podría exigir que conocieran de forma oportuna estas decisiones, sin quebrar con ella la garantía de certeza?

Esta última observación se relaciona íntimamente con otra garantía que encierra la tipicidad como es que la infracción a imponer sea previa. Considérese la misma hipótesis, (de un individuo que habite en un lugar en donde no se disponga de mayores recursos informáticos y de Internet que le permitan conocer con la debida antelación del hecho catalogado como infracción por la providencia judicial) en donde el administrado conozca solamente de la providencia cuando se le haya abierto el respectivo expediente sancionador. En este evento, si bien la infracción es previa al acto, podría existir una imposibilidad del administrado de conocer las decisiones de los altos tribunales tan rápido como ellas se produzcan.

Conclusiones

- Una vez revisado el principio de tipicidad en el contexto administrativo sancionador en Colombia se concluye que:
- El principio de tipicidad tiene por finalidad principal que los administrados conozcan, sin lugar a ambigüedades, previamente a sus actuaciones cuáles son las infracciones, y sanciones existentes.
- De las garantías que están comprendidas por el postulado es la de la certeza la que más particularidades presenta en el sector administrativo sancionador. Así, cuestiones como las remisiones a otras normas, que son altísimamente

frecuentes en este sector, no conculcan esta garantía, siempre que se cumplan con los límites consagrados en la ley. Esto último se refiere al tipo de culpa del infractor; la intensidad de la culpabilidad del agente y la correlativa sanción a la infracción a imponer.

- El desconocimiento de las decisiones judiciales de los órganos de cierre de la jurisdicción y el respeto a la certeza, inherente a la tipicidad, son sin lugar a dudas, las cuestiones que más polémica presentan en tanto las garantías de certeza y anterioridad propias del principio que no resultan satisfechas.

Bibliografía

- BERMEJO VERA, José. Jurisprudencia. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 10 (1976).
- CANO CAMPOS, Tomás. La analogía en el derecho administrativo sancionador. En: Revista española de derecho administrativo. Madrid. Vol. 113. (2002).
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo. Derecho sancionador administrativo. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1995.
- COBO OLVERA, Tomás. La ley 30/1992 , de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Editoriales reunidas, 1994.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael. Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración. Madrid: Consejo General del poder judicial, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás R. De la arbitrariedad de la administración. Pamplona: Civitas, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo I, Navarra: Civitas, 2006.
- GARCÍA MANZANO, Pablo. Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Madrid: Carperi, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando y PASTRANA, José. Régimen jurídico y del procedimiento de las administraciones públicas. Madrid: Civitas, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Tecnos, 2005.
- GIL ROBLES, Álvaro. El control de legalidad de las normas con valor de ley. En: Revista española de derecho administrativo. Vol. 3, (1974).
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad externado de Colombia 2007.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2004.

- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. Colección de Derecho Disciplinario N° 20. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho ambiental administrativo. Madrid: Dyhinson, 2007.
- MESTRE DELGADO, Juan. Potestad reglamentaria y principio de legalidad las limitaciones constitucionales en materia sancionadora. En: Revista de derecho administrativo. Madrid. Vol. 57, (1988).
- MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. El reglamento como fuente de derecho en Colombia. Bogotá: Temis, 2007.
- MORELL OCAÑA, Luis. Curso de derecho administrativo I. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, 2005.
- OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Segunda Edición. Bogotá: Legis. 2000.
- PARADA, Ramón. Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- RAMÍREZ ROJAS, Gloria Edith. Dogmática del derecho disciplinario en preguntas y respuestas. En: GÓMEZ PAVAJEAU. Colección de Derecho Disciplinario N° 20. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2008.
- RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de derecho administrativo general y colombiano. Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2002.
- RIVERA TEMPRANO, Ezequías. Estudio de la L.R.J. de las administraciones públicas y del procedimiento común II. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo, Tomo I. Madrid: Iustel, 2006. p. 341).
- SUAY RINCÓN, José. La formulación del principio de legalidad en materia sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia. En: Justicia Administrativa, Número extraordinario, de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- VALENCIA MATTÍN, Germán. Actas de V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, el Principio de Legalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. El principio de legalidad penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.



Título: Capoeira

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 30

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL*

* El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación interdisciplinar titulado “*Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial*” (DER2010-19897-CO2-01. JURI), financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación (Dirección General de Investigación y Gestión del Plan Nacional I+D+I). El desarrollo de dicho proyecto de investigación, de cuyo equipo de investigación es miembro la Dra. Pilar Gutiérrez Santiago, está a cargo de las siguientes Entidades participantes: Universidad de León, Universidad de Oviedo, Universidad Pública de Navarra y Universidad del País Vasco (las cuatro en España), Universidad de Trento (Italia) y Universidad de Mar del Plata (Argentina).

Fecha de recepción: enero 17 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

*Pilar Gutiérrez Santiago***

RESUMEN

Tras enmarcar la llamada “constitucionalización” del Derecho Civil dentro del complejo y heterogéneo conjunto de factores determinantes de la evolución y renovación de esta rama del ordenamiento jurídico, en el presente artículo se analizan las principales manifestaciones de dicho fenómeno, con particular referencia al Derecho civil español. Así, de una parte, se comienza efectuando un recorrido por algunos de los contenidos e instituciones típicamente civiles que han pasado a alcanzar rango constitucional (la familia y el matrimonio, la propiedad privada y la herencia, la protección de los menores y de los consumidores, etc.). Seguidamente se exponen otros planos desde los que la Constitución ha irradiado su influencia sobre el Derecho Civil, centrándose la atención en los problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y en los derivados del desarrollo de la Constitución por el legislador civil (ya mediante leyes especiales, ya a través de la reforma del Código Civil); todo ello a la luz de la notoria incidencia sobre el régimen jurídico de la filiación del principio constitucional de libre investigación de la paternidad y del principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y del impacto del principio de no discriminación por razón de sexo en materia de nacionalidad y de sucesión en los títulos nobiliarios. Finalmente, y bajo la premisa de la doble vinculación de la función judicial a la Constitución y a la Ley, se da cuenta críticamente del uso (y en no pocas ocasiones, abuso) de la reinterpretación constitucional de las normas civiles que llevan a cabo los tribunales españoles.

Palabras clave: Derecho Civil, Constitución, instituciones civiles constitucionalizadas (familia, matrimonio, propiedad, protección de menores y de consumidores), eficacia derogatoria de la Constitución, desarrollo de la Constitución por el legislador civil, principios constitucionales, interpretación constitucional del Derecho Civil.

CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW

Abstract

This article analyzes the most important manifestations of constitutionalization in civil law, stressed in Spain civil law. Then, this will begin with the study of civil institutions that nowadays are in the Constitution (for example: family, marriage, private property, inheritance, protection of minors, consumers). Later, we will study some problems of civil law, like derogation of civil norms pre-constitutional, filiation, equality between marital and extramarital offspring and constitutional reinterpretation of civil norms, that are made by Spain judges.

Keywords: Civil law, Constitution, constitutionalization of civil institutions (family, marriage, property, protection of minors and consumers), derogatory efficacy of the Constitution, development of the Constitution by the legislative, constitutional principles, constitutional interpretation of civil law.

** Profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de León en España.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Sumario:

1. Planteamiento general: la constitucionalización del Derecho Civil en el marco del debate sobre la <<crisis>> del Derecho Civil.
2. El rango constitucional de algunas instituciones típicamente civiles.
3. Otros planos de la proyección constitucional sobre el Derecho Civil: problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y de desarrollo de la Constitución por el legislador civil.
4. La interpretación constitucional de las normas civiles.

.....

1. Planteamiento general: la constitucionalización del Derecho Civil en el marco del debate sobre la <<crisis>> del Derecho Civil.

Han transcurrido ya varias décadas desde que se abriera en la doctrina científica un debate acerca de la <<crisis>> del Derecho privado en general, dentro del cual no pocos estudiosos han venido cuestionando, bajo ópticas y planteamientos diversos, la utilidad del Derecho Civil en particular. La idea de que éste ha entrado en decadencia, el fenómeno de su ocaso, su envejecimiento o, para los más pesimistas o alarmistas, el de su propia muerte, suena ya a tópico.

Ante los vertiginosos cambios que constantemente se producen en el mundo actual en todos los órdenes (social, político, económico...), honesto es reconocer el anquilosamiento de algunas figuras civiles clásicas (censos, enfiteusis, ciertos supuestos de accesión, la ocupación,...) incapaces de dar respuesta adecuada y atender a las nuevas necesidades sociales. Pero, en contrapartida, tampoco cabe desconocer el creciente desarrollo y pujanza de numerosos ámbitos y relaciones jurídicas con repercusión civil que tradicionalmente habían tenido escasa consideración (el llamado Derecho de consumo, la responsabilidad civil extracontractual, algunos aspectos del régimen jurídico de la vivienda o del Derecho urbanístico y medioambiental, etc.).

En verdad, el pretendido “declive” del Derecho Civil no es más que un fenómeno histórico de transición y evolución -la <<metamorfosis>> de que en general se ha hablado especialmente en la doctrina francesa¹-, consistente en la superación de los esquemas, hoy anacrónicos en gran medida, que fueron plasmados en los Códigos Civiles decimonónicos -alumbrados en una sociedad completamente distinta a la de hoy-, en la actualización y revisión de los institutos y principios jurídico-civiles clásicos como valores privados de organización social y en la construcción de otros nuevos que logren estar en consonancia con las circunstancias socio-económicas del tiempo presente y adaptarse a su acelerado ritmo de transformación, para así servir de cauce jurídico a las nuevas formas de vida de la persona y de la familia y a la nueva concepción patrimonial².

Dentro de ese proceso de renovación o reajuste de las figuras, instituciones y principios civiles para mantener toda su vitalidad, es lugar común la identificación de una serie de corrientes que vienen a perfilar la nueva cara del Derecho Civil: a saber, su patrimonialización³, su publicación o administrativización⁴, la descodificación de esa rama del Derecho⁵ y su internacionalización (ya a la luz del ideal de una Europa política y jurídicamente unida⁶ o, más allá, a través de la llamada

1 LACRUZ *et al.* (2006) p. 34.

2 Igual reconocimiento de la función social de la propiedad llevan a cabo con posterioridad, por ejemplo las SSTC 89/1994 de 17 marzo, 204/2004 de 18 noviembre y 112/2006 de 5 abril, así como las SSTS de 4 junio 2001 (Sala 3ª, RJ 2002/3119) y 20 diciembre 2005 (Sala 1ª, RJ 2006/288).

3 Vid. igualmente, por ejemplo las SSTC 116/1999 de 17 junio y 273/2005 de 27 octubre. El mismo criterio acoge el TS español, entre otras en las SS. de 17 enero 2003 (RJ 2003/5) y 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148).

4 ROCA I TRÍAS (1990) p. 1087.

5 ALONSO (1998) pp. 25-26.

En contra de esa opinión, ya por esas mismas fechas DE VERDA (2001) pp. 64-67, aun sin prejuzgar su concreto grado de protección, postulaba la inclusión de la familia homosexual en el ámbito de la protección constitucional del art. 39.

6 Ante la evidente existencia en el ordenamiento civil español de numerosas leyes anteriores a la Constitución, no parece inoportuno apuntar que cuando los jueces y tribunales ordinarios, y en particular el Tribunal Supremo, aprecian su inconstitucionalidad sobrevenida puede plantearse algún problema, especialmente cuando esa hipotética inconstitucionalidad es manifiestamente *opinable*. Para ilustrar tal problema –así como las consecuencias paradójicas que, a veces, se derivan del distinto ámbito de competencia entre el TC y el TS– contamos con la archiconocida STC 126/1997 de 3 julio, sobre las *sucesiones nobiliarias*. Ante la duda de si la *preferencia del varón sobre la mujer* que en dicha materia establecía la legislación preconstitucional era o no contraria al *principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo* del art. 14 CE, el TC se inclinó por rechazar la inconstitucionalidad de la misma (si bien con tres votos discrepantes). Sin embargo, frente a esa Sentencia del TC que consideró tal normativa conforme a la Constitución, resulta que *la Sala Primera del Tribunal Supremo, apreciando su inconstitucionalidad sobrevenida, había venido manteniendo hasta ese momento la tesis contraria*. Pues bien, como observa BERCOVITZ (1998) pp. 16-18, *la parte perjudicada por estas resoluciones del TS carecía de toda vía de acceso al Tribunal Constitucional para discutir esa inconstitucionalidad sobrevenida, carecía de un recurso de amparo basado en una interpretación*

globalización de las relaciones privadas). A esos múltiples factores a los que se suele atribuir que el Derecho Civil, conservando su contenido mínimo fundamental, se haya visto obligado a evolucionar, ha de sumarse también el fenómeno de su “constitucionalización”⁷, la repercusión que en su ámbito han tenido las Constituciones. Aunque a nadie se oculta que, lejos de operar en solitario, esas diversas señas de identidad o tendencias que hemos apuntado se hallan entrelazadas y reclaman en rigor un análisis coordinado de su eventual interacción, la brevedad que la ocasión exige obliga a que este trabajo se limite a reflexionar sobre la denominada “constitucionalización” del Derecho Civil y, en particular, dada la obvia amplitud del tema y la multiplicidad de sus posibles contenidos, a ofrecer una exposición del estado de la cuestión tomando como referencia la incidencia que sobre el Derecho Civil español –o, menos pretenciosamente, sobre algunas de sus principales instituciones- desplegó el hito marcado por la promulgación de la Constitución española de 1978⁸ y sigue comportando tras sus más de treinta años de vigencia; pinceladas acerca del renovado planteamiento constitucional de nuestra disciplina en España que, no obstante, serían extrapolables, *mutatis mutandi*, a otros muchos ordenamientos jurídicos⁹.

Como punto de arranque para mostrar la necesidad de repensar *constitucionalmente* el Derecho Civil enmarcándolo en la *legalidad constitucional*¹⁰, es oportuno comenzar recordando -como hace LACRUZ desde una primera aproximación muy general- que “*la Constitución es una ley directamente aplicable en muchos casos; representa asimismo un principio superior a tener en cuenta en la interpretación de las otras leyes; y entraña también, en no pocos de sus preceptos, un mandato al legislador*”¹¹. Puesto en cualquiera de esos aspectos ha de ser tenida en cuenta

incorrecta y en la consiguiente aplicación errónea del art. 14 CE (pues no existe recurso de amparo frente a la aplicación indebida, por excesiva, de los artículos de la Constitución protegidos por aquél). “Tan es así –advierte el citado autor- que el control realizado en este caso por el TC, con respecto a la interpretación y aplicación correctas del art. 14 CE, no habría sido posible si la Audiencia Provincial de Madrid no hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad, impidiendo así que el Tribunal Supremo pudiera seguir manteniendo la mencionada doctrina”. Con todo, y para esta concreta materia, no puede eludirse que con posterioridad fue dictada la Ley 33/2006, de 30 octubre, sobre *igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, que, en consonancia con el mejor criterio previamente sostenido por el TS, vino a desautorizar en cambio el resultado derivado de la citada STC 126/1997.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA (1996) pp. 619-620.

8 ARAGÓN (1997) p. 199.

9 BERCOVITZ (2000) p. 1364.

10 Por remisión *in totum* a la doctrina sentada en dicha Sentencia, nuevamente en la de 16 febrero 2006 (RTC 2006/52) el TC volvió a reiterar la inconstitucionalidad del art. 133.1 CC (aunque también aquí se formularon dos votos particulares en contra).

11 Vid. también en esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA (1990) pp. 275-276.

por el civilista, y de ellos iremos dando cuenta a lo largo de las siguientes páginas, resulta de todo punto perceptible que el respeto debido a las directrices y principios constitucionales y a los mandatos jurídicos contenidos en el texto supremo del ordenamiento obligan a redefinir y reinterpretar el fundamento y extensión de las reglas, técnicas y nociones que componen el tejido normativo del Derecho Civil, no siendo así de extrañar que se haya llegado a acuñar la tan manida expresión <<*Derecho Civil constitucional*>>¹² para traducir esa recepción por el Derecho Civil de la multiplicidad de consecuencias jurídicas derivadas de los postulados consagrados en la Constitución.

2. El rango constitucional de algunas instituciones típicamente civiles.

Junto con un contenido netamente político (organización del Estado, Parlamento, Gobierno, Tribunal Constitucional, etc.), la Constitución española proclama una serie de principios generales y de valores superiores, informadores de todo el ordenamiento jurídico (y, por tanto, también del Derecho Civil), tales como la libertad, justicia e igualdad (arts. 1.1 y 9.2), la legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas y seguridad jurídica (art. 9.3), etc. Amén de la extensa proyección constitucional en el campo civil de ese haz de principios y valores inscritos en la norma suprema, también la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás –todo ello declarado como fundamento del orden político y de la paz social por el art. 10.1 CE– imprimen profundamente su huella en el Derecho Civil, sobre todo en aquellos de sus sectores más personalistas¹³. Además, la Constitución contiene algunas normas que, si bien trascienden

12 En España, vid. en especial ARCE (1991).

13 Vid. BARBER (2004) p. 40; y COLINA (2006) pp. 217-250.

Uno de los numerosos ámbitos civiles en los que subyace con claridad la necesaria garantía de *la dignidad de la persona* (art. 10.1 CE) lo ofrece la normativa sobre extracción y trasplante de órganos, en cuyo vigente Reglamento aprobado por RD 2070/1999 se dispone que “en todo caso, la utilización de órganos humanos deberá respetar los derechos fundamentales de la persona” (art. 4.2). Una mención particular merece también la *donación de embriones y fetos humanos*, que, según declaró la STC 212/1996 a fin de declarar constitucional la hoy derogada Ley 42/1988 reguladora de esa materia, *no implica patrimonialización de la persona ni es contraria al respeto a su dignidad que consagra el art. 10 CE* (como tampoco lo es la donación de órganos de la Ley de trasplantes de 1979), porque precisamente en la donación considerada se excluye cualquier causa remuneratoria y, además, sólo se admite respecto de embriones o fetos muertos, o en todo caso no viables (como igualmente prevé el art. 28 de la vigente Ley 14/2007 de Investigación Biomédica). Asimismo en materia de *reproducción humana asistida*, la STC 116/1999 declaró constitucional la Ley 35/1988 (hoy derogada por la Ley 14/2006 reguladora de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana) al considerar que *no era contraria a la dignidad de la persona del art. 10 CE* (ni atentatoria contra el derecho a la vida del art. 15). Por citar un ejemplo más, repárese en que también en la dignidad de la persona (en su vertiente

en su alcance el ámbito estrictamente civil, es en éste donde se halla focalizado su desarrollo: piénsese, por ejemplo, en las líneas rectoras de la nacionalidad del art. 11 CE –concretadas luego en los arts. 17 a 26 del Código Civil-, o en la mayoría de edad de la persona (art. 12 CE) que es en el art. 315 de aquel mismo cuerpo legal donde aparece fijada. Con todo, lo que interesa aquí especialmente poner en evidencia es que en la Constitución *están presentes algunas materias cuyo contenido corresponde al atribuido tradicionalmente al Derecho civil*¹⁴: cuestiones típicamente civiles como los *derechos de la personalidad*¹⁵ –derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15¹⁶) o derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18)¹⁷, la *propiedad privada* y la *herencia* (art. 33), el *matrimonio* (art. 32) o la *filiación* (art. 39.2 y 3), pasando por el derecho de asociación (art. 22) y el de fundación (art. 34), hasta la protección constitucional de la *familia*, los *menores* o los *consumidores* (art. 39.1 y 4 y art. 51 CE).

del derecho a morir dignamente) –así como en el derecho a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen (art. 18 CE)- hunde sus raíces en la regulación del llamado “*testamento vital*” (o documento de “Instrucciones previas” o “Voluntades anticipadas”) que, si inicialmente cuajó en numerosas leyes autonómicas, fue admitido a nivel estatal en la Ley 41/2002 reguladora de la Autonomía del Paciente (arts. 11 y ss.).

- 14 Como constatación de esa idea en un horizonte jurídico más amplio, cabe recordar que, en el seno de la proyectada y fallida <<Constitución europea>> -no obstante su beneplácito español por LO 1/2005-, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 diciembre 2000 vino a confirmar el *reconocimiento de las figuras civiles ya consagradas en nuestra Constitución*. En la referida Carta -cuyo Preámbulo destaca que “*la persona se sitúa en el centro de su actuación*”- se recogen en un texto único, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, incluyéndose entre ellos *el derecho a contraer matrimonio, el de fundar una familia, el derecho de propiedad, el de protección de datos personales, la integración de los discapacitados, los derechos del menor, o la protección de los consumidores*, entre otros. Configurada inicialmente dicha Carta como documento con un mero valor programático (en cuanto quedó fuera del Tratado de Niza) y ante el indicado fracaso de la Constitución Europea, fue el vigente Tratado de Lisboa –suscrito por los Estados de la UE el 13 diciembre 2007 y en vigor desde el 1 diciembre 2009- el que por fin vino a integrarla (si bien como un texto aparte de los Tratados, pero con su mismo valor jurídico, ex art. 6 TUE) en el sistema jurídico de la Unión.
- 15 Al margen de las polémicas acerca de la naturaleza del derecho de autor –siendo opinión dominante la de que no es propiamente un derecho de la personalidad (STS 9 diciembre 1985 [RJ 1985/6320])-, interesa aquí apuntar únicamente el respaldo constitucional de la propiedad intelectual, que en España se localiza en sede de libertad de expresión en el art. 20.1 CE, particularmente en el aptdo. b) cuando protege el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”.
- 16 Al hilo de este precepto, interesa destacar que la histórica STC 181/2000, al resolver sendas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas contra la entonces vigente Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor (hoy TR aprobado por RDLeg. 8/2004), vino a reconocer, por primera vez en el ordenamiento español, *la dimensión constitucional del instituto de la responsabilidad civil extracontractual* al amparo de los arts. 10 y 15 CE.
- 17 Sobre el sólido apoyo recibido por los derechos de la personalidad a raíz de la CE, vid. RUIZ-RICO RUIZ *et al.* (2010), pp. 9-28.

Teniendo en cuenta el carácter normativo de la Constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta, pues, innegable y alcanza, de forma más o menos intensa, a muchos de sus conceptos e instituciones jurídicas¹⁸. O expresado en otros términos, a la vista del elenco anteriormente mostrado –en el que se refleja que no pocos de los preceptos recogidos en la Constitución son normas de Derecho privado– cabe afirmar que *algunas figuras, reglas y derechos civiles tradicionales han sido constitucionalizados*¹⁹, han obtenido dignidad y garantía de nivel constitucional, pasando a constituir así un límite infranqueable para el legislador ordinario. Aunque sería demasiado prolijo tratar de detallar todos y cada uno de los numerosos temas pertinentes al Derecho civil que han ascendido a la Constitución y en esa medida han cambiado de cualidad, sí interesa abundar algo más en esta idea concretándola en las instituciones civiles cardinales.

- a). Muestra palmaria del cambio de sentido e incluso de contenido que para alguna de ellas ha venido a suponer el texto constitucional lo es el derecho de *propiedad*²⁰, delimitado hoy por la denominada *función social* inherente al mismo que se halla consagrada en el art. 33.2 CE –y que el mismo precepto

18 Un somero apunte histórico. Desde los primeros albores de la Codificación se había puesto el acento en el valor constitucional de los Códigos (DE CASTRO, 1935, pp. 33 y ss.), que llegaban a ser considerados como la <<Constitución del Derecho privado>> (BARROSO, 2008, p. 39). Mientras las Constituciones garantizaban la libertad política y los derechos del ciudadano en sus relaciones con el poder público y “estaban lejos de provocar o programar modificaciones del Derecho Privado” (HESSE, 1995, p. 35), los Códigos Civiles llevaban a gala el propósito de asegurar los derechos del individuo en sus relaciones privadas y eran configurados como verdaderos “estatutos de los particulares”. De ese modo, la concepción liberal subyacente en la idea codificadora, reflejada en los Códigos fundamentalmente a través del derecho de propiedad y de la autonomía privada, quedaba de esta suerte *constitucionalizada* (LASARTE, 1990, pp. 1120-1121; LÓPEZ, 1990, pp. 1164-1165).

A partir del momento en que las Constituciones modernas dejan de ser únicamente Cartas Políticas y comienzan a albergar jurídicamente las nuevas estructuras sociales e ideológicas, así como a consagrar derechos del individuo que hasta entonces sólo habían sido plasmados en los textos codificados, se comienza a percibir la *pérdida del significado constitucional* antes atribuido a los mismos y viene así a hablarse de una “desconstitucionalización” del Código Civil (TORRALBA, 1975, pp. 256-257). La formulación de los criterios básicos de ordenación de la convivencia y de los valores que constituyen el fundamento del ordenamiento es una función, no ya de los Códigos Civiles, sino de las Constituciones; son éstas las que ahora establecen las categorías y principios fundamentales que estructuran, inspiran y rigen el sistema jurídico.

19 A modo de paréntesis, acaso sea oportuno advertir que *el impacto de la Constitución* –sobre todo a través de su eficacia normativa– *en el campo de las relaciones privadas no debe verse en absoluto como una injerencia intolerable del Derecho constitucional en un ámbito que le es extraño, ni debe interpretarse como una lamentable pérdida de terreno por el Derecho civil*. Aun partiendo de que las relaciones entre Derecho civil y Derecho constitucional, aún en estos días, siguen siendo difusas y controvertidas, MERINO (2009) pp. 43, 45, 55-56, 60 considera –siguiendo en este punto a KUMM (2006) p. 360– que “el temor de los civilistas de que el Derecho constitucional, usando las categorías de la disciplina del Derecho público, pueda introducirse en los dominios del Derecho Privado bordea el absurdo”.

20 Vid. en particular, DÍEZ-PICAZO (1991) pp. 1257-1270; REY (1994).

declara que también vendrá a delimitar el derecho a la herencia²¹-. Sirva a tal fin la transcripción de uno de los pronunciamientos de la célebre STC de 26 marzo 1987 (RTC 1987/37), donde se afirma que “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como *un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir*. Por ello, la fijación del <<contenido esencial>> de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la <<función social>>, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social –concluye el TC- definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”²².

En definitiva, pues, la Constitución, al tiempo que reconoce al propietario una mínima esfera de poder a través de la garantía que supone la idea de contenido esencial de su art. 53, viene a conjugar los principios individualistas más clásicos con los valores de un Estado Social, reconocido en el art. 1²³. Así, de una parte, la concepción liberal y absoluta de propiedad plasmada en el art. 348 CC se ha decolorado y, a través de la merma de la omnipotencia del dueño con el aumento de límites a sus facultades, ha pasado a ser sustituida por una continua modalización del contenido de ese derecho, de acuerdo con su función social. De otra parte, además, son leyes especiales –y no el Código Civil- las que han venido a delimitarlo en atención al objeto sobre el que recae: ese espíritu social ha conducido así a una disgregación del tradicionalmente unitario estatuto de la propiedad, de forma que, ahora, no se habla tanto de propiedad (en cuanto

21 Vid. al respecto, LÓPEZ (1994) pp. 29-62

22 Igual reconocimiento de la función social de la propiedad llevan a cabo con posterioridad, por ejemplo las SSTC 89/1994 de 17 marzo, 204/2004 de 18 noviembre y 112/2006 de 5 abril, así como las SSTS de 4 junio 2001 (Sala 3ª, RJ 2002/3119) y 20 diciembre 2005 (Sala 1ª, RJ 2006/288).

23 Aun conservando la propiedad su consideración como derecho subjetivo privado, no puede desconocerse –como advierte ROCA GUILLAMÓN (1990) p. 1767- su relación con el art. 128.1 CE, cuando establece que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”, y con otras declaraciones constitucionales del mismo signo, entre las que cabe mencionar, por ejemplo, la del art. 47.2 –“la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”- o la del art. 45 cuando se refiere en general a la “solidaridad colectiva”.

derecho uniforme) como de «*propiedades*» (urbana, agraria, de los montes, las aguas, las minas, etc.)²⁴.

- b). También las clásicas instituciones civiles de la *familia* y del *matrimonio* han sido expresamente contempladas en la Constitución española (arts. 39.1 y 32, respectivamente). A la hora de perfilar el concepto jurídico de familia, nuestro Tribunal Constitucional ha apostado decididamente por otorgarle un sentido amplio, comprensivo tanto de la familia matrimonial como de la que trae causa de la unión de hecho. Tal fue su orientación desde época bien temprana; y así, por ejemplo, ya en la STC de 11 diciembre 1992 (RTC 1992/222) podía leerse que “*nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio*, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39.1), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia...; protección que responde a imperativos ligados al carácter <<social>> de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, a la realidad efectiva de los diversos modos de convivencia... como corresponde a una sociedad plural”²⁵. Haciéndose eco

24 Al hilo de esta alusión a esas llamadas propiedades especiales –que, en tanto materias de competencia compartida entre el Derecho Civil y el administrativo, conectan asimismo con el fenómeno conocido como *publicación* del Derecho Civil-, viene a colación recordar algún aspecto de la incidencia que la Constitución española ha desplegado sobre las mismas a través de la declaración por su art. 132.2 del carácter de bienes de dominio público que tienen los recursos naturales. Así, a título de ejemplo, la *demanialidad de todas las aguas continentales* (STC 247/2007) ha supuesto que los preceptos del Código Civil relativos a la propiedad de las aguas (arts. 407 a 425) hayan quedado derogados en lo referente a la regulación que establecían de las aguas de dominio privado; ello sin perjuicio de que, incluso tras dictarse la Ley de Aguas de 1985 –hoy integrada en el TR aprobado por RDLeg. 1/2001-, se reconociese, por un lado, la coexistencia con el dominio público hidráulico de algunos casos residuales de aguas privadas (ciertas charcas, lagunas y cauces ocasionales de aguas pluviales), y, por otro lado, se arbitrase un sistema transitorio que vino a permitir la conservación opcional y voluntaria de ciertos derechos privados, adquiridos bajo la legislación anterior, fundamentalmente a los titulares de aguas privadas subterráneas y procedentes de manantiales (STC 227/1988).

También la adscripción de los *recursos minerales* al dominio público –lo que resulta en España de la declaración general del citado art. 132.2 CE (que vino así a constitucionalizar la demanialidad de las minas ya reconocida por la aún vigente Ley de Minas de 1973)- ha conducido a la pérdida de toda virtualidad normativa de los arts. 426 y 427 del CC español en materia de propiedad minera: en rigor, no existe un derecho de propiedad privada sobre las minas y todos los yacimientos y recursos geológicos, ya se hallen en terrenos públicos ya de propiedad privada, pertenecen al Estado como *bienes de dominio público* (sin perjuicio de que la titularidad de su aprovechamiento e investigación pueda cederse en exclusiva a particulares mediante la correspondiente autorización o concesión).

Vid. lo que con mayor amplitud sobre esas cuestiones (propiedad de aguas y de minas) ya escribí en otro lugar: GUTIÉRREZ SANTIAGO (2009a) pp. 571-599.

25 Vid. igualmente, por ejemplo las SSTC 116/1999 de 17 junio y 273/2005 de 27 octubre. El mismo criterio acoge el TS español, entre otras en las SS. de 17 enero 2003 (RJ 2003/5) y 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148).

de esa interpretación constitucional de la familia (ya matrimonial, ya de hecho), la doctrina ampliamente mayoritaria –aunque no unánime²⁶–, considera que, en rigor, “no hay un solo modelo constitucional de familia, único acreedor de la protección del art. 39 CE: no existe la familia, sino <<familias>>”²⁷; si bien algún autor ha reputado excluidas de ese concepto a las parejas *homosexuales* por entender que éstas “son situaciones *parafamiliares*, pero *no familiares*” que “podrán ser tuteladas al amparo de otros criterios constitucionales -libertad, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, etc.-, pero no como constitutivas de una familia”²⁸.

Frente a las vivas polémicas respecto de esta última cuestión, huelga indicar que la misma ha quedado zanjada tras el reconocimiento legal, por obra de la Ley 13/2005 de 1 de julio²⁹, del matrimonio de homosexuales, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones que el heterosexual³⁰. Dicha Ley fue objeto de enconados debates acerca de su encaje en el tenor literal y la finalidad del art. 32 CE³¹ –hasta el punto de haber sido cuestionada constitucionalmente ante

26 En sentido discrepante, vid. señaladamente DE LOS MOZOS (2000a) pp. 1235-1244; y CORRAL (2000) p. 3361, para quien “la Constitución no considera realmente familia en sentido jurídico a una unión de hecho”.

27 ROCA I TRÍAS (1990) p. 1087.

28 ALONSO (1998) pp. 25-26.

En contra de esa opinión, ya por esas mismas fechas DE VERDA (2001) pp. 64-67, aun sin prejuzgar su concreto grado de protección, postulaba la inclusión de la familia homosexual en el ámbito de la protección constitucional del art. 39.

29 De forma complementaria, la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 julio 2005 (JUR 2005/184678) se ocupó de aclarar en qué medida los extranjeros podrían acogerse a la citada Ley 13/2005, incluso cuando se tratase de nacionales de países que prohíban el matrimonio entre personas del mismo sexo. Vid. al respecto, CALVO y CARRASCOSA (2006).

30 Como justificación de la profunda reforma que dicha Ley acomete, su Exposición de Motivos trae a colación “la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 febrero 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”.

31 Y es que a tenor de su párr. 1, “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”.

Añade a lo anterior el párr. 2 del art. 32 CE que “*la Ley regulará ... las causas de separación y disolución y sus efectos*”. Y recordamos aquí dicha norma para poner de relieve que, aunque con mucha menor virulencia, también se ha suscitado alguna duda de constitucionalidad en torno a la Ley 15/2005, de 8 julio, que instauró el llamado “divorcio express” y, dejando sin contenido los arts. 82 y 87 CC, *suprimió las causas de separación y de divorcio*. Con todo, la doctrina mayoritaria ha entendido que la Ley 15/2005 “no es inconstitucional no sólo porque el art. 32.2 CE no impone un elenco de causas sino porque además no puede decirse que la nueva regulación omita la mención de causas de separación o de divorcio; lo que realmente establece es una sola causa: la voluntad de uno de los cónyuges, lo que implícitamente no es otra cosa que la ausencia de *affectio maritalis*, circunstancia que en la práctica jurídica ya se venía aceptando sin discusión alguna” (SERRANO, 2005, pp. 108-110).

el TC³²- y despertó el máximo interés de la doctrina³³ y de la opinión pública en general. Pero, a la postre, y sin pasar por la previa reforma constitucional que autorizados juristas estimaban necesaria³⁴, vino a modificar el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y añadió al art. 44 un segundo párrafo a tenor del cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Sin perjuicio de lo anterior, y corroborado especialmente con la admisibilidad del llamado “matrimonio gay”, el Tribunal Constitucional español parece inclinarse por considerar que, si bien las parejas de hecho tienen cabida dentro del concepto de familia del art. 39.1 CE, son algo *distinto del matrimonio*, de modo que el legislador ordinario puede establecer *diferencias de trato jurídico* entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, sin que ello vulnere el principio de igualdad del art. 14 CE (SSTC de 17 septiembre 2001 [RTC 2001/180], 13 febrero 2006 [RTC 2006/33] y 16 abril 2007 [RTC 2007/69]³⁵). Aunque el tema no era totalmente nuevo, fue en la archiconocida Sentencia 184/1990, de 15 noviembre, donde el TC dejó sentada esa doctrina, que marcaría también la línea seguida por la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo³⁶. Particularmente interesante es la STS de 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148)³⁷ –dictada poco después de las importantes reformas del Código Civil español operadas en 2005 en materia de matrimonio y divorcio-, donde se afirma con contundencia que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio; que hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias; y que, por tanto, *debe “huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplica-*

32 El Auto del TC de 16 enero 2008 (RTC 2008/12) acordó, aunque con tres votos discrepantes, inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de 1ª Instancia en relación con el nuevo art. 44.2º CC tras su reforma por la Ley 13/2005, por su posible contradicción con los arts. 14, 16 y 32 CE. Vid. al respecto NAVARRO (2005).

33 Vid. sobre el tema, con opiniones bien diversas acerca de la constitucionalidad de dicha Ley, GARCÍA RUBIO (2005) pp. 3 y ss.; GAVIDIA (2007); LALAGUNA (2005) pp. 9-22; PÉREZ CÁNOVAS (2007) pp. 33-42; DE CUEVILLAS (2009) pp. 53-86.

34 Vid. por todos, BERCOVITZ (2004), (2003) pp. 65-67.

35 Vid. igualmente las SSTC 77/1991 de 11 abril, 222/1992 de 11 diciembre, 47/1993 de 8 febrero, o 66/1994 de 28 febrero; y los AATC 77/2004 de 9 marzo, 393/2004 de 19 octubre y de 10 mayo 2005 (JUR 2005/150362).

36 Vid. por ejemplo las SSTS de 30 octubre 2008 (RJ 2009/404), 19 octubre 2006 (RJ 2006/8976), 26 enero 2006 (RJ 2006/417) y 5 diciembre 2005 (RJ 2005/10185).

37 Esta Sentencia –que contó con dos votos particulares- ha sido comentada por RUBIO (2005).

ción comporta inevitablemente una penalización de la ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico –termina diciendo el TS- que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Sin entrar aquí en los distintos matices que se establecen según la materia (pensiones de viudedad³⁸, pensión compensatoria y régimen económico³⁹, etc.), la referida improcedencia de la plena equiparación jurídica de la unión de hecho con el matrimonio no es óbice para que el legislador español haya optado, en algunos aspectos concretos, por igualar el tratamiento jurídico de las parejas estables al que reciben los cónyuges: ejemplo destacado de ello lo constituye el en su momento innovador art. 16.2 de la vigente Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, que extendió el beneficio de la subrogación arrendaticia en favor del conviviente *more uxorio* del inquilino fallecido, con independencia de su orientación sexual.

- c) Aunque acaso la trascendencia de la Constitución sobre el Derecho Civil haya tenido su mayor calado en los campos del Derecho de familia y sucesorio, tampoco puede eludirse su incidencia sobre el Derecho patrimonial, donde, si ya antes nos referimos al derecho de propiedad como ejemplo por excelencia, es momento ahora de comentar algunas manifestaciones destacadas de la proyección constitucional en sede de *Derecho contractual*. A diferencia de algunas Constituciones (como, por caso, la peruana, en la que se reconoce y protege explícita y específicamente *la autonomía contractual*⁴⁰), la Constitución española -y, a decir verdad, la mayoría de los ordenamientos constitucionales- no contiene norma concreta al respecto, y sólo cabría, a lo sumo, hallar ese reconocimiento, ya como derivación del derecho a la libertad individual de los arts. 1.1 y 9.2 CE (dentro del cual se incluiría la autonomía de la voluntad y, como paradigma de ella, la libertad contractual)⁴¹, ya indirectamente –en tanto la autonomía contractual se valore como herramienta al servicio de la iniciativa económica privada⁴²- en el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que estatuye el art. 38 CE.

38 Cfr. al respecto, la STC 69/2997 de 16 abril y la S. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (La Ley, nº. 7344, 17-2-2010).

39 Vid. al respecto, por ejemplo las SSTS de 18 febrero 1993 (RJ 1993/1246) y 20 octubre 1994 (RJ 1994/7492).

40 Sobre ese reconocimiento en su art. 2.14 del derecho a contratar, vid. MERINO (2009) pp. 71-77.

41 En este sentido, vid. BIANCA (1998) p. 31.

42 En este sentido, vid. BENEDETTI (1990) p. 582.

Sin perjuicio de ese tímido respaldo constitucional, la autonomía contractual se erige en pilar básico del sistema civil codificado (arts. 1089, 1255, 1258 CC) sobre los ejes de la absoluta libertad de contratación y la plena igualdad de los contratantes. Y aunque ya el Código Civil, aun dentro de su concepción liberal del contrato, puso ciertas cortapisas al juego de la autonomía de la voluntad contractual –la ley, la moral, el orden público, los usos y la buena fe (arts. 1255 y 1258 CC)⁴³–, la Constitución vino a vincular los frenos y límites a esa autonomía a los principios del Estado Social, disponiendo la convivencia y compatibilidad de la libertad y la iniciativa económica privada con la iniciativa pública en la actividad económica, de manera que la autonomía contractual habría de ceder, en ciertos casos, al interés general o ante necesidades sociales o económicas colectivas (*ex* arts. 128 y 131 CE)⁴⁴.

Si esa suerte de “función social” del contrato puede encontrar reflejo en la intervención del Estado en las condiciones generales de ciertos contratos, en el nacimiento de los contratos de adhesión y los contratos normados o en la imposición de reglas imperativas en determinados convenios y actividades planificadas⁴⁵, interesa hacer una alusión particular a los *contratos de consumo* para ilustrar la dimensión de esa dicotomía o tensión entre interés social y autonomía contractual. Entre los principios rectores de la política social y económica, el art. 51 de la Constitución española consagra el principio de *protección de los consumidores y usuarios*⁴⁶, que vino en su día a ser desarrollado por el legislador ordinario a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 julio), complementada por numerosísimas leyes especiales –no pocas veces con origen en Directivas europeas–, hasta el punto de llegar a conformar un nuevo sector del Derecho –el llamado Derecho del Consumo– que, aunque por lo general no sea reputado como una rama autónoma o un auténtico Derecho privado especial, introduce

-
- 43 A juicio de DE LA VEGA (1984) p. 898, esos límites clásicos a la autonomía contractual vienen a ser ratificados por la Constitución Española en cuanto reconoce *la justicia y la igualdad* como valores superiores del ordenamiento jurídico y, sobre todo, a la vista del art. 10 CE cuando dispone que “*el respeto a la ley y a los derechos de los demás* son fundamento del orden político y de la paz social”; todo lo cual legitima –en aras del ensamblaje que el legislador ha de procurar entre la libertad, por un lado, y la justicia y la igualdad, por otro– las condiciones generales de la contratación, los contratos normados, los de adhesión, etc.
- 44 También en el entorno europeo, los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (PECL) “responden a la actual instrumentalización del Derecho privado en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía, de acuerdo con una concepción social del contrato, y ello se traduce en un incremento considerable de las normas de carácter imperativo en detrimento de las meramente facultativas” (DÍEZ-PICAZO *et al.*, 2002).
- 45 Así lo pone de relieve DE LA VEGA (1984) p. 894. Vid. también al respecto, DI MAJO (1995) pp. 5 y ss.
- 46 En defensa de su consideración como un principio general del Derecho, informador del ordenamiento jurídico español, vid. MENÉNDEZ (1991) pp. 1901-1917.

relevantes modulaciones en las disposiciones generales que disciplinan la contratación privada. Al margen de que, en un intento de sistematización y ordenación de la heterogénea y dispersa legislación consumerista, la citada LGDCU haya sido formalmente derogada a través de su integración en el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (aprobado por R.D.Legis. 1/1007, de 16 noviembre), lo que importa subrayar es que -bajo el signo proteccionista del consumidor en cuanto parte contractual débil, en cuanto sujeto vulnerable y en situación de inferioridad frente a quien ostenta una posición de preeminencia- esta normativa viene a quebrar -muy señaladamente, por ejemplo, con el régimen de las cláusulas contractuales abusivas no negociadas individualmente o no consentidas expresamente por el consumidor (arts. 80 a 91 TR 1/2007)- algunos de los principales postulados de la configuración tradicional del contrato como manifestación suprema de la autonomía de la voluntad: si el contrato de consumo no se sustenta sobre una relación entre iguales, libremente asumida y concluida a través de sendas declaraciones de oferta y aceptación, de ahí que, para evitar “abusos de poder contractual” en ese campo, se dé entrada al principio *pro consumatore* en forma de *tutela reforzada al contratante débil* y se llegue así a corregir o limitar legalmente dicho principio de autonomía privada, evocando el interés social como -a veces discutible- parámetro de legitimación⁴⁷.

- d) Si la proyección de la Constitución sobre el Derecho de contratos (en particular, a través del principio de protección de los consumidores) ha tratado de auspiciarse en los esquemas del Estado Social, con mayor claridad se advierte este reflejo -y la incidencia directa del art. 9.2 CE⁴⁸- en la espe-

47 En efecto, son no pocas las críticas doctrinales al *desmantelamiento de los esquemas contractuales generales del Código Civil* a que conduce el afán “paternalista” del Derecho de consumo: vid. entre otros, BUSTOS (1998) pp. 1095-1101; DE LOS MOZOS (2000b) pp. 193 y ss.

48 Dirigido a garantizar la igualdad material (SSTC 3/1983 y 60/1984), el art. 9.2 CE atribuye a los poderes públicos la tarea de “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y la de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*”. En la medida que este mandato constitucional vincula al legislador, inicialmente habría que convenir el sustento que a su amparo encuentra la legislación civil -a la que descriptivamente podría caracterizarse como <<la Ley del más débil>>- dictada en aras a la tutela especial de aquellas categorías de personas (menores, discapacitados, etc.) necesitadas de la misma. Sin embargo, tampoco cabe eludir las dificultades que conlleva su concreción, en cuanto que la corrección de las desigualdades sociológicas mediante la protección de aquellos individuos y grupos en inferioridad de condiciones supone permitir la existencia en el Ordenamiento jurídico de discriminaciones favorables y no siempre es fácil determinar cuáles son los grupos que han de ser discriminados favorablemente y en qué aspectos.

Ejemplo de esa problemática lo ofrece la batería de instrumentos jurídicos -penales, administrativos y, también, de *Derecho Civil*- arbitrados legalmente en España, tanto a nivel estatal como autonómico, para erradicar los malos tratos a *las mujeres* en el entorno familiar. Si bien es cierto que algunas de esas medidas

cial tutela constitucional otorgada a los *menores* (así como también a los discapacitados, *ex art. 49 CE*⁴⁹).

Comúnmente caracterizado como el principio *favor minoris*, la Constitución española (art. 39.3 y 4) lo consagra entre los principios rectores de la política social y económica y, plasmado ya en la Ley 21/1987 por la que se reformó la adopción y otras formas de protección de menores para acomodarlas a la norma suprema, el interés superior del menor se halla hoy reconocido expresamente en los arts. 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y su primacía sobre otros intereses ha sido reiteradamente puesta de relieve por el propio Tribunal Constitucional (SS. de 4 abril 2005 [RTC 75/2005], 31 enero 2008 [RTC 2008/22] y 29 junio 2009 [RTC 2009/163])⁵⁰. Traspasando lo que sería una directriz con mero valor programático, y calificado por no pocos

no dejan de ser discutibles, tanto en la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica como en la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se parte de la premisa de que es obligación de los poderes públicos “*la protección y tutela de los grupos sociales necesitados de especial atención, entre los que, indudablemente, está incluida la mujer víctima de malos tratos*”; idea que, no obstante las sucesivas reformas del Código Civil que ya desde el año 75 trataron de poner fin a las discriminaciones de la mujer por razón de sexo, también viene a reflejarse en la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, ley que, dictada al amparo del principio de igualdad del art. 14 CE y del art. 9.2, emplaza a los poderes públicos a adoptar acciones positivas para que esa igualdad sea real en todos los ámbitos.

- 49 El mandato constitucional de protección a este colectivo (art. 49 CE, complementado por el art. 47 en materia de derecho a la vivienda) ha encontrado amplio desarrollo legal en España: entre otras muchas, en las Leyes 13/1982, 15/1995 y 39/2006, o en el RD 1494/2007, a lo que se suma la ratificación por el Estado español en el año 2008 de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Además de esa legislación general, también en el campo específico del Derecho Civil es posible hallar claras especialidades normativas con una *finalidad tuitiva de los minusválidos*: a título de ejemplo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (art. 24) autoriza al arrendatario, sin necesidad del consentimiento del arrendador y bastando la previa notificación escrita, a realizar las obras necesarias para adaptar la vivienda a su condición de minusválido (o a la de su cónyuge, conviviente de hecho o familiares que con él convivan). Por su parte, la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, tras su reforma por las Leyes 8/1999 y 3/1990, facilita la adopción de acuerdos que tengan por objeto la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda, disponiendo el art. 17.1º, párr. 3 que basta el voto favorable de la mayoría de los propietarios, en lugar de la unanimidad, para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes destinados a suprimir barreras arquitectónicas. Cabría también recordar que la Ley 41/2003, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, incorporó al Derecho Civil diversas medidas para garantizar la satisfacción de las necesidades vitales de ese colectivo: fundamentalmente, favoreciendo la constitución de un patrimonio separado especialmente protegido y sujeto a reglas particulares de administración y supervisión, así como introduciendo varias reformas sucesorias entre las que destaca la concesión al legitimario con discapacidad de un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante.
- 50 Vid. igualmente SSTC 141/2000 de 29 mayo, 124/2002 de 20 mayo y 221/2002 de 25 noviembre; AATC 28/2001 de 1 febrero, y de 20 octubre 2008 (JUR 2008/357632).

autores como un principio general del Derecho⁵¹, el interés superior del menor se impone como principio vinculante que obliga a los poderes públicos a la realización material del mismo en la toma de la multiplicidad de decisiones que puedan afectar al niño (ejercicio, suspensión o privación de la patria potestad; mediación familiar; derecho de visita, custodia compartida u otras medidas en relación con los hijos acordadas en los procesos matrimoniales; declaración de desamparo, acogimiento y adopción⁵², y un largo etcétera).

Con todo, concebido el interés del menor como un concepto jurídico indeterminado -lo que, al permitir cierto margen de maniobra a la apreciación judicial, puede favorecer la discrecionalidad y generar cierta dosis de inseguridad a la hora de su concreción práctica-, y en la medida que ese interés del menor -prevalente, pero no absoluto- ha de cohonestarse también con otros intereses dignos de protección, no está de más constatar algunos excesos que se advierten en la praxis judicial, e incluso a nivel legislativo, en la aplicación o plasmación del mentado principio. Así, por mostrar algunos ejemplos de ello, conviene dejar claro, por un lado, que, frente a la confusión en que a veces incurren los tribunales españoles respecto a la declaración de desamparo de menores⁵³, no siempre cabe una *plena* identificación entre el interés del menor con *el bienestar económico* del mismo (ni con su mayor calidad de vida en general)⁵⁴. Por otra parte, y ante el expreso reconocimiento legal del derecho del menor a ser oído tanto en el ámbito familiar como en los procesos administrativos y judiciales que le atañen (art. 9 LO 1/1996), tampoco está de más recordar -aunque en principio pudiera parecer ocioso- que el interés del menor no tiene por qué coincidir necesariamente con *los deseos por él manifestados*, de manera que, ya sea su voluntad favorable o contraria a la concreta medida que afecte a su esfera personal, familiar o social, la opinión que emita no tendrá carácter vinculante y será un dato más a la hora de tomar la decisión más beneficiosa para el niño

-
- 51 Vid. en la doctrina española, RIVERO (2000), pp. 90 y ss.; y en la italiana, QUADRI (1999) pp. 80 y ss.
- 52 Sobre algunos problemas de relevancia constitucional planteados por el principio del interés superior del menor en su aplicación concreta en sede de adopción (art. 176.1 CC) y de acogimiento (arts. 172.4, 173 y 173 bis CC), me permito remitir a lo que ya he escrito al respecto en: GUTIÉRREZ SANTIAGO (2009b) pp. 318-358.
- 53 Vid. por ejemplo, las SS. AAPP de Asturias 9 abril 2001 (JUR 2001/163406) y Las Palmas 3 mayo 2004 (JUR 2004\184437).
- 54 Frente a esa confusión muestra su repulsa CARRASCO (2003); y asimismo la denuncian, por ejemplo las SS. AAPP de Las Palmas 21 abril 2003 (JUR 2003/239021) y Barcelona 11 octubre 2006 (JUR 2007\118321) y los Autos de la AP de Sevilla de 8 marzo 2001 (AC 2002/260) y de 3 febrero 2000 (AC 2000/56), donde se afirma que “el interés del menor no consiste en procurarle, <<encontrarle>> el mejor núcleo familiar posible, a modo de una subasta familiar en la que cada familia pujaría ofreciendo los mejores servicios materiales y disponibilidades afectivas”.

(tal como se ha encargado de puntualizar la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2001)⁵⁵.

Si de tachas al legislador se trata, basta con traer a colación las intensas críticas doctrinales que ha recibido la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor por venir a “otorgar” al niño, con pretensiones de originalidad cuando era algo totalmente redundante e innecesario, todo un elenco de derechos y libertades fundamentales (honor, intimidad y propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica y de expresión, derechos de participación, asociación y reunión, etc.), ya reconocidos al menor -como a toda persona *per se* (ya sea niño, joven, maduro o anciano)- por ejemplo en la LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, o en la propia Constitución –hasta el extremo de llegar a recordar el art. 3 de la grandilocuente LO 1/1996 que “*los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución...*”⁵⁶.

Amén de la poco modélica técnica legislativa empleada por la Ley de Protección Jurídica del Menor para fundar en el principio *favor minoris* el marco jurídico de atención a la infancia, interesa finalizar este apartado poniendo en evidencia cómo en ocasiones el legislador, más allá de la forma, acaso pudiera haber pecado de exceso a la hora de traducir normativamente alguna pretendida manifestación de dicho principio: aunque la cuestión no deja de ser delicada, y hasta con incidencia en el campo penal, creo que una muestra de ello puede ofrecer la reforma del art. 154 CC que, en materia de relaciones paterno filiales, llevó a cabo la Ley 54/2007 de Adopción internacional, y que, en aras a la protección del interés del menor⁵⁷ (concretado aquí como <<*favor filii*>>) y olvidando que cuando se habla

-
- 55 Entre otras decisiones judiciales adoptadas en sentido contrario a la voluntad, apetencias y anhelos personales manifestados por el menor al que se dio audiencia, cabe citar, por ejemplo, las SS. AAPP de Madrid 3 marzo 1998 (AC 1998/449), Barcelona 3 mayo 1999 (AC 1999/982) y Toledo de 11 noviembre 1999 (AC 1999/2407). También el Auto de la AP de Sevilla de 3 febrero 2000 (AC 2000/56) -ulteriormente anulado por la STC 221/2002- afirmaba que “*es obvio que el interés de la menor, de cualquier menor, no pasa necesariamente por hacerlo coincidir con sus deseos, por aplicación de elementales principios pedagógicos...; es precisamente la inmadurez intelectual del menor la que obliga a sus progenitores a encauzar y reconducir sus aparentes deseos en el marco de un proceso educativo al que vienen obligados en el ejercicio de sus derechos-deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad*”.
- 56 Probablemente la crítica más furibunda al carácter reiterativo del Cap. II del Tit. I (arts. 3 a 9) de la LO 1/1996 (<<De los derechos de los menores>>) sea la de GULLÓN (1996) pp. 1690-1693. También suscribe objeciones similares acerca del carácter innecesario y repetitivo de esa enumeración de derechos que el menor ya ostenta en cuanto persona por imperativo de nuestra Carta Magna, por ejemplo VARELA (1997) p. 262.
- 57 Ciertamente es que la Ley 54/2007 justifica la supresión del derecho de corrección de padres y tutores que anteriormente preveía el Código Civil español en los requerimientos realizados por el Comité de Derechos del Niño, que había mostrado su preocupación por la posibilidad de que dicha facultad de corrección pudiera

de intereses siempre hay mucho que hablar, vino a *suprimir* –al menos, del texto legal- *la facultad de los padres de corregir* “razonable y moderadamente” a sus hijos menores y a reducir así las posibilidades de actuación de aquéllos a impetrar en todo caso “el auxilio de la autoridad judicial” frente a cualquier actitud rebelde de los hijos sujetos a su patria potestad⁵⁸.

Basten, por ahora, los ejemplos analizados –propiedad, familia, matrimonio, contratos de consumo y protección del menor- como muestra notoria de la repercusión directa de la Constitución española sobre los contenidos civiles tradicionales. Pero continuemos exponiendo, a la luz que ofrecen algunas otras materias civiles en que la proyección constitucional se ha revelado también muy fecunda (filiación, nacionalidad y vecindad civil, etc.), otros planos desde los que el texto constitucional ha irradiado su influencia sobre el Derecho Civil; planos que, anticipamos, se sitúan todos ellos en la constitucionalización que ese Derecho ha experimentado en su misma *aplicación por los jueces y tribunales*, cuya función queda vinculada a la Constitución (art. 9.1 CE y art. 5.1 LO 6/1985, del Poder Judicial).

3. Otros planos de la proyección constitucional sobre el Derecho Civil: problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y de desarrollo de la Constitución por el legislador civil.

Como norma jurídica que es, la Constitución se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa y a ella está subordinado el resto de las fuentes del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE⁵⁹), lo cual obliga a que cualquier otra norma, y entre ellas las de Derecho Civil, deba ser fiel a sus mandatos y acomodarse tanto a las reglas concretas como a los principios constitucionales⁶⁰. Así, por una parte, y de acuerdo con su

contravenir el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 (ratificada por España en 1990).

58 Muestra de lo polémico de esa reforma es la opinión de HURTADO (2009) pp. 1-9 quien, tras preguntarse si “¿pueden ahora los padres castigar a su hijo sin salir un fin de semana, sin que estemos hablando de una detención ilegal? o si ¿pueden en determinadas situaciones de desobediencia del menor, darle un cachete, o una bofetada?”, llega a la conclusión de que “el derecho de corrección, si bien actualmente no aparece expresamente regulado en el CC, sí que se puede considerar como una *manifestación del deber de educar* de los padres y tutores frente a sus hijos y pupilos”.

59 Así lo reafirma el inciso primero del art. 5.1 LOPJ cuando establece que “*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico*”.

60 De ese modo –como escribiera PERLINGIERI (1979) pp. 129 y ss., (1983) p. 1-, “*los valores y principios constitucionales asumen así una función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho civil*”. Vid. también LUCHAIRE (1982) pp. 245 y ss.

Disposición Derogatoria 3ª, *la Constitución derogó todas aquellas disposiciones anteriores que se oponían a lo establecido en la misma*⁶¹; doctrina de la que muy pronto el Tribunal Constitucional español llegó a hacerse eco⁶².

En el momento presente, transcurridas más de tres décadas desde la entrada en vigor de la Constitución española, casi huelga advertir que el tema de la delimitación de su efecto derogatorio de las Leyes preconstitucionales -derogación apreciable por el juez ordinario⁶³- se ha ido convirtiendo progresivamente en residual y ha sido prácticamente desplazado por el oportuno control de constitucionalidad de la ley. Pero, con todo, no faltan ejemplos relativamente recientes en que se ha estimado judicialmente que debían entenderse derogadas disposiciones civiles anteriores a 1978 por su oposición a lo establecido en la Constitución⁶⁴. Así, la STS de 21 septiembre 1999 (RJ 1999/6944) consideró que la *posibilidad de ocultar la maternidad*, admitida en la Ley y el Reglamento del Registro Civil, era contraria al art. 39.2 CE –donde se reconoce el *principio de libre investigación de la paternidad*–, erosionaba gravemente el art. 10, que consagra la *dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, y asimismo vulneraba el *principio constitucional de igualdad* del art. 14 y hasta el art. 24.1 CE en cuanto proscribía la indefensión. Sostuvo aquí el TS que “en la actualidad, y *tras la vigencia de la Constitución de 1978*, entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado *derogada* por su manifiesta oposición a lo en aquélla establecido”. De ahí que el Alto Tribunal estimara que *el art. 47.I de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de*

61 Vid. ampliamente GARCÍA DE ENTERRÍA (1981a) pp. 95-158.

62 Así, entre otras, en las SSTC 4/1981 de 2 febrero, 11/1981 de 8 de abril, 17/1981 de 1 de junio, y 34/1981 de 10 noviembre.

63 Tal como ha declarado el propio TC, una posible confrontación entre la Constitución y las leyes ordinarias previas se traduce en un problema de selección de la norma aplicable e interpretación de la misma, cuya resolución compete a *los jueces y tribunales* ordinarios, habiendo de ceñirse el control de este Tribunal Constitucional a los cánones de la irrazonabilidad, la arbitrariedad o el error patente (SSTC 238/1998 y 144/2003; ATC 245/2000).

64 Uno de esos ejemplos, no remoto en el tiempo, lo ofrece la STS de 4 mayo 1998 (RJ 1998/3464). En ella –y nuevamente en la de 20 abril 1999 (RJ 1999/2589)- se entendió derogado el precepto de la Ley Hipotecaria (de 1946) donde se preveía un *procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria*, al considerar que esa norma preconstitucional (el art. 129.2 LH) era incompatible con la *reserva constitucional atribuida a los Jueces de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117 CE). Lo curioso es que, tras la estimación de esa derogación, el legislador (postconstitucional) viniera posteriormente a restablecer y autorizar dicho procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca a través de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, cuya Disp. Final 9ª.4 modificó y dio nueva redacción al citado art. 129 LH, ofreciendo así una cobertura legal a los preceptos del Reglamento Hipotecario que lo desarrollaban. De ese modo, admitido de nuevo ese tipo de ejecución –ahora por una ley postconstitucional–, su posible tacha de inconstitucionalidad pasaba a corresponder al Tribunal Constitucional y ya no a la jurisdicción ordinaria. Vid. al respecto, la STC 6 julio 2006 (RTC 2006/224).

1957 estaba derogada por inconstitucionalidad sobrevenida -en el particular que permitía hacer depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad- y, en consecuencia, también habían de considerarse inaplicables, por derogación de su cobertura legal, los arts. 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil de 1958.

Por constituir uno de los supuestos más cercanos a nuestros días de declaración judicial de derogación sobrevenida de una ley civil preconstitucional opuesta a la Constitución, merece también mencionarse la STS de 14 septiembre 2009 (RJ 2009/4445), en relación con *la vecindad civil*. Esta Sentencia, tras hacerse eco de la doctrina sentada en la STC de 14 febrero 2002 (RTC 2002/39) en materia de *nacionalidad*⁶⁵, recuerda que el art. 14.4 CC, redactado de acuerdo con el Decreto de 31 de mayo de 1974 -y que hubo de esperar a ser reformado hasta la Ley 11/1990-, disponía que “*la mujer casada seguirá la condición del marido*”. Se trataba, pues, de una norma preconstitucional que contenía una *flagrante discriminación por razón de sexo*, dado que imponía a la mujer una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido le iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no. En consecuencia -concluye el TS al amparo de la Disposición Derogatoria 3ª CE⁶⁶-, “no cabe duda de que la norma contenida en *el art. 14.4 CC quedó derogada por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución en 1978, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los arts. 14 y 32.1 CE*, puesto que impedía a la

65 En esta STC 39/2002 se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado acerca del ajuste a la Constitución del art. 9.2 CC que, hasta su reforma por la Ley 11/1990, establecía, como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable al régimen económico de un matrimonio con distinta nacionalidad, *la nacionalidad del marido al tiempo de la celebración del matrimonio*, de acuerdo con la redacción dada al precepto por el Decreto 1836/1974 y mantenida por la Ley 21/1987. El TC declaró la inconstitucionalidad y la derogación sobrevenida de dicha versión del art. 9.2 CC por ser *contraria al principio de igualdad en el matrimonio y considerar el sexo como criterio de discriminación jurídica*, oponiéndose, por tanto, a los arts. 14 y 32 CE.

Tal como por extenso desarrolla DELGADO (2003) pp. 208-210 en relación con el precedente asunto, se trata de uno de los ejemplos en que *una cuestión de inconstitucionalidad tiene como objeto una norma ya derogada*. Y es que debe entenderse que, no obstante su expresa declaración de inconstitucionalidad y nulidad por el TC en el año 2002, el citado art. 9.2 CC *había sido ya derogado por la propia Constitución de 1978* (Disp. Derog. 3ª) y también fue derogado de nuevo, expresamente, años después por la Ley 11/1990.

66 A la luz de esta norma derogatoria, el TS recuerda que, por virtud de “*la vinculación que produce la Constitución que, como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos*”, *el juez ordinario puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de la norma anterior a la Constitución y declarar su derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, absteniéndose de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aunque también puede optar por ella y deferir la cuestión a la jurisdicción constitucional*.

mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido⁷⁶⁷.

Cambiando ligeramente de tercio, interesa ahora recordar que la Constitución, en cuanto norma jurídica de *eficacia directa*⁶⁸, goza de plena eficacia en las relaciones *inter privados*, no limitándose a vincular solamente a los poderes públicos. Y así, por ejemplo, la aplicación inmediata del principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE (en su vertiente de no discriminación por razón de nacimiento) llevó al Tribunal Constitucional, ya en su S. de 20 diciembre 1982 (RTC 1982/80), a anular una Sentencia del Supremo (de 8 abril 1982 [RJ 1982/1941]) relativa a los derechos sucesorios de un *hijo no matrimonial*, declarando a tal efecto que *los*

67 Ante la evidente existencia en el ordenamiento civil español de numerosas leyes anteriores a la Constitución, no parece inoportuno apuntar que cuando los jueces y tribunales ordinarios, y en particular el Tribunal Supremo, aprecian su inconstitucionalidad sobrevenida puede plantearse algún problema, especialmente cuando esa hipotética inconstitucionalidad es manifiestamente *opinable*. Para ilustrar tal problema —así como las consecuencias paradójicas que, a veces, se derivan del distinto ámbito de competencia entre el TC y el TS— contamos con la archiconocida STC 126/1997 de 3 julio, sobre las *sucesiones nobiliarias*. Ante la duda de si la *preferencia del varón sobre la mujer* que en dicha materia establecía la legislación preconstitucional era o no contraria al *principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo* del art. 14 CE, el TC se inclinó por rechazar la inconstitucionalidad de la misma (si bien con tres votos discrepantes). Sin embargo, frente a esa Sentencia del TC que consideró tal normativa conforme a la Constitución, resulta que *la Sala Primera del Tribunal Supremo, apreciando su inconstitucionalidad sobrevenida, había venido manteniendo hasta ese momento la tesis contraria*. Pues bien, como observa BERCOVITZ (1998) pp. 16-18, *la parte perjudicada por estas resoluciones del TS carecía de toda vía de acceso al Tribunal Constitucional para discutir esa inconstitucionalidad sobrevenida*, carecía de un recurso de amparo basado en una interpretación incorrecta y en la consiguiente aplicación errónea del art. 14 CE (pues no existe recurso de amparo frente a la aplicación indebida, por excesiva, de los artículos de la Constitución protegidos por aquél). “Tan es así —advierte el citado autor— que el control realizado en este caso por el TC, con respecto a la interpretación y aplicación correctas del art. 14 CE, no habría sido posible si la Audiencia Provincial de Madrid no hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad, impidiendo así que el Tribunal Supremo pudiera seguir manteniendo la mencionada doctrina”. Con todo, y para esta concreta materia, no puede eludirse que con posterioridad fue dictada la Ley 33/2006, de 30 octubre, sobre *igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*, que, en consonancia con el mejor criterio previamente sostenido por el TS, vino a desautorizar en cambio el resultado derivado de la citada STC 126/1997.

68 Como señaló la STC 16/1982, “conviene no olvidar nunca que la Constitución, *lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal*, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados están sujetos a ella”.

La propia LOPJ recuerda expresamente en su Exposición de Motivos (IV) que “una de las características de la Constitución Española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de *una eficacia jurídica directa e inmediata... Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra*”. Vid. sobre el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA (1981a) pp. 95-158.

*preceptos constitucionales son de aplicación directa sin necesidad de que sean desarrollados legislativamente*⁶⁹.

Cierto que no cabe hacer en este punto mayores reproches al legislador ordinario, que en general fue bastante ágil en adaptar a la Constitución española las principales normas civiles: en ocasiones mediante la técnica de *leyes especiales* –por lo que no faltan quienes⁷⁰ reputan que la Constitución constituye una de las causas más profundas de lo que ha dado en llamarse <<descodificación>> del Derecho Civil⁷¹y

69 Más exactamente, afirmó el TC que “decisiones reiteradas de este Tribunal han declarado el indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 CE, no puede caber duda a propósito de la *vinculatoriedad inmediata* (es decir, *sin necesidad de mediación del legislador ordinario*) de los arts. 14 a 38, componentes del Capítulo 2º del Título 1º, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos»,... sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde la entrada en vigor de la Constitución”.

70 Vid. señaladamente DÍEZ-PICAZO (1992) pp. 480-481.

71 No cabe olvidar tampoco que, junto al fenómeno de la proliferación de leyes especiales para acometer la plasmación de los postulados constitucionales en numerosas materias civiles –sirvan de ejemplo la LGDCU de 1984 (hoy integrada en el TR 1/2007), dictada en desarrollo del principio de protección de los consumidores del art. 51 CE, o la LO 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, derechos consagrados por el art. 18.1 CE-, la pérdida de centralidad del Código Civil, concretamente en el terreno de las fuentes, ha venido a ser también justificada en el detonante que supuso la Constitución al pasar a ocupar el puesto de honor tradicionalmente reservado al Código en dicho terreno. En efecto, la Constitución comienza por afectar al sentido del Código Civil como Derecho común, ya que *los principios que actualmente inspiran nuestro ordenamiento jurídico -en especial, los constitucionales- son radicalmente distintos a los que influyeron en la redacción de aquél* (GARCÍA CANALES, 1989, pp. 265-287). La influencia de la Constitución se extiende al entendimiento de todo el Título Preliminar del Código Civil y, de modo particular, al de su art. 1, con especial incidencias en el plano de *los principios generales del Derecho*, hoy los propios del orden constitucional democrático creado. En tanto que, como señala el art. 1.4 CC, el valor de tales principios no se limita a ser fuente subsidiaria del Derecho en defecto de ley (o costumbre), sino que además informan el ordenamiento jurídico –por lo que deben guiar su interpretación-, de ese modo –y en palabras de PERLINGIERI (1983) pp. 1 y ss.- el recurso a los principios generales del Derecho constituye, por un lado, una vía para aplicar normas constitucionales en las relaciones entre particulares; y por otro lado, el civilista, en su actividad hermenéutica, debe siempre acudir de modo directo e inmediato a los principios del ordenamiento constitucional. Vid. también al respecto, GORDILLO (1988) pp. 469-515.

Por otra parte, y si bien siguen presentes en el Código Civil los preceptos del Título preliminar -cuyo tradicional papel fundamental en la ordenación del sistema jurídico español ha llevado a calificarlos con el carácter de 'Constitución material' -, no puede eludirse su sometimiento jerárquico a la Constitución formal (FERNÁNDEZ-CARVAJAL, 1989, pp. 257-264). Y desde esa perspectiva, tal como ha puesto de relieve PERLINGIERI (1983) pp. 1 y ss., conceptos como *la buena fe, el abuso de derecho o el orden público* deben ser hoy entendidos y articulados a partir de lo dispuesto en la Constitución, constituyendo aquéllos una forma indirecta de aplicación de normas, valores y principios constitucionales.

Con todo, y a fin de reivindicar la relevancia del puesto que sigue ocupando el Código Civil, conviene también recordar la opinión de quienes, como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1998) p. 40, sostienen que *"la Constitución real hay que ir a buscarla en los Códigos Civiles, pues sólo en ellos se detecta la manera como se concretan, en el proyecto de vida común que la Constitución es, los valores sociales con vigencia efectiva"*.

ha llevado incluso al extremo de sostener que el par funcional Constitución-Leyes especiales vendría así a erigirse en el eje del ordenamiento relegando al Código Civil a una posición residual⁷². Sin embargo, en otros muchos casos, bien señalados y de enorme trascendencia, la adecuación del ordenamiento civil a las exigencias constitucionales se llevó a cabo a través de la *modificación del articulado del propio texto codificado*⁷³, produciéndose por esta vía la llamada «*constitucionalización del Código Civil*»⁷⁴.

De cualquier modo, aun en los supuestos en que el legislador civil procedió a dictar una norma de desarrollo de un precepto constitucional, o en que modificó normas preexistentes para adecuarlas a la Constitución, no siempre se han eliminado totalmente las dificultades para el intérprete (especialmente cuando tales reformas legales postconstitucionales respondían a un principio constitucional y no previeron su *eficacia retroactiva*). Prueba de ello lo constituyó la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial; concretamente en lo concerniente a lo establecido por su Disposición Transitoria 8ª, en cuanto a las sucesiones abiertas en el periodo comprendido *desde que entró en vigor la Constitución de 1978* –con la consiguiente proscripción de las discriminaciones por razón de filiación, *ex art. 14 CE-hasta que en 1981 fue dictada dicha Ley* reformando el Código Civil en tal sentido. A dilucidar la cuestión contribuyó la STS de 10 febrero 1986 (RJ 1986/513), en la que se rechazó la argumentación de la Audiencia consistente en entender que hay principios y derechos reconocidos en la Constitución que sólo pueden tener efectividad mediante desarrollo legislativo posterior, encontrándose entre ellos los relativos a la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación (art. 39 CE). El Tribunal Supremo, por el contrario, atendió a la

72 Tal es la opinión de IRTI (1979) p. 145, quien viene a replantear las relaciones Constitución-Código Civil-Leyes especiales, sobre la base de que estas últimas, al adaptar, concretar o desarrollar principios constitucionales, se encontrarían en un plano superior al Código al que, si se oponen, derogarían tácitamente por responder aquél a esquemas políticos y sociales preconstitucionales.

73 Como muestra de que el Código Civil en absoluto es un cuerpo impermeable a las directrices constitucionales, basta pensar en sus modificaciones en materia de nacionalidad, vecindad civil y sucesiones y, sobre todo, en sus profundas y sustanciales reformas en el Derecho de familia que, con gran urgencia, se acometieron en acomodo a los principios de igualdad de los cónyuges en el matrimonio y de no discriminación por razón de nacimiento (arts. 14, 32.1, 39.2 CE): en concreto, la llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 mayo, de *modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial*; y la operada por la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modificó a tal fin la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio –materia nuevamente reformada por la Ley 15/2005-.

74 De ella han hablado, entre otros, BONET (1989) pp. 177-182; o GIL (1989) p. 341, quien señala que precisamente en materias de tanto peso como las señaladas nuestro legislador optó por “*recodificar constitucionalizándolas*”.

eficacia directa e inmediata del art. 14 CE y, a semejanza de lo resuelto por la antes citada STC de 20 diciembre 1982, concluyó acertadamente que la Constitución, a través de su Disp. Derogatoria 3ª, había derogado los preceptos del Código Civil discriminatorios por razón de nacimiento, por lo que, desde ese preciso momento y sin esperar a la ulterior reforma legal de los mismos, los hijos extramatrimoniales debían tener iguales derechos sucesorios que los matrimoniales⁷⁵.

4. La interpretación constitucional de las normas civiles.

Tal como se ha puesto de relieve hasta aquí, la Constitución penetra en el Derecho Civil mediante su valor posicional supremo dentro de la jerarquía normativa y su eficacia directa; pero, además de por esas vías, lo hace asimismo a través de los mecanismos de interpretación e integración en la aplicación judicial de la norma civil⁷⁶. La Constitución actúa como el eje que informa la interpretación de todas las normas jurídicas y, en consecuencia, el Juez (o el jurista en general) ha de interpretar las normas e instituciones civiles desde el prisma constitucional, en tanto que aquella forma parte -como ha apuntado GARCÍA DE ENTERRÍA- del <<contexto>> necesario al que se refiere el art. 3.1 del Código Civil⁷⁷. En esta misma línea, y acudiendo también expresamente “a la realidad social del tiempo corriente” como canon hermenéutico de las normas jurídicas, el propio Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de 17 marzo 1986 (RJ 1986/1474), se ha referido a la «reinterpretación» de la norma civil -concretamente, del art. 1973 CC en materia de *interrupción de la prescripción*- de acuerdo con el contenido de la Constitución (en particular, con el principio constitucional de tutela judicial efectiva del art. 24 CE).

75 El mismo criterio fue posteriormente ratificado por la STC 14 octubre 1987 (RTC 1987/155) que, a fin de desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado, advirtió que la Disp. Transitoria 8ª de la Ley de 13 mayo 1981, aun tomada en su tenor literal, no “se remite a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la *legislación anterior, expresión que... no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo ya la Constitución desde su misma entrada en vigor*”.

76 El art. 5.1 LOPJ, tras recordar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que vincula a todos los Jueces y Tribunales, declara que éstos “*interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*”. A lo que añade el citado precepto en su punto 3 que “*procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”. Vid. al respecto, de forma específica para las leyes civiles, O'CALLAGHAN (1988) pp. 1-7.

77 GARCÍA DE ENTERRÍA (1981b) p. 332.

Ahora bien, el tema de la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la Constitución es sumamente delicado y requiere por ello ciertas precisiones de importancia. No está de más comenzar alertando sobre las dificultades que presenta conciliar en la práctica la doble vinculación de los Jueces a la Constitución y a la ley: el mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución puede llevar a que los Jueces se desliguen de la ley por entenderse más vinculados a la Constitución y, sin acudir al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, “inapliquen” por su cuenta y riesgo la ley y en su lugar apliquen no ya reglas, sino principios o valores constitucionales o incluso principios o valores que a veces ni siquiera están directamente expresados como tales en el texto constitucional. Concretando algo más, pretendo llamar la atención sobre algunos excesos en la interpretación del Derecho Civil conforme a la Constitución que pueden convertirse en caldo de cultivo de una suerte de “rebelión del juez contra la Ley”⁷⁸ y hacer tambalearse los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho que son esenciales para la salud de un Estado democrático de Derecho. Me refiero al peligro de que, en un mal entendimiento de la necesidad de <<constitucionalizar>> el Derecho civil, la función de reinterpretación de sus normas conduzca a que los jueces “sean los dueños del Derecho en lugar de sus servidores”⁷⁹.

En efecto, bien distinta de la obligada consideración de los principios constitucionales como criterios hermenéuticos fundamentales a la hora de interpretar toda norma jurídica (y entre ellas, las civiles), es la peligrosa tendencia judicial –no poco extendida en España– consistente en *retorcer el significado claro de un precepto y desatender así el mandato del legislador, escudándose el juez a tal fin en una interpretación <<correctora>>* (flexible, abierta, antiformalista, o calificada con adjetivos similares) *que pretende ampararse en lo que aquél tiene por constitucional*. Una manifestación palmaria de este tipo de “interpretación” en el campo civil la constituye, por poner un ejemplo de suma actualidad en la práctica, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con el art. 133 del Código Civil. Tras un detenido análisis, desde el prisma de la interpretación del Derecho, de los argumentos reiteradamente empleados por el TS ya desde 1987⁸⁰, advierte GARCÍA AMADO⁸¹ que, desde entonces, el Alto Tribunal español ha venido decidiendo en contradicción con la única interpretación racionalmente posible de dicho precepto. Bajo *el principio constitucional de verdad biológica y libre*

78 GARCÍA DE ENTERRÍA (1996) pp. 619-620.

79 ARAGÓN (1997) p. 199.

80 Entre muchas más, en las SSTs 5 noviembre 1987 (RJ 1987/8336), 29 abril 1994 (RJ 1994/2947), 19 mayo 1998 (RJ 1998/3797), 20 junio 2000 (RJ 2000/4427) o 2 octubre 2000 (RJ 2000/7038).

81 GARCÍA AMADO (2001) pp. 1-9.

investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), y otorgándole prevalencia absoluta, el TS ha eludido constantemente lo dispuesto en el art. 133 CC (en combinación con los arts. 131, 132 y 134), y ha enmendado al legislador al atribuir *legitimación activa para reclamar la declaración de filiación extramatrimonial*, no sólo al hijo, sino *también al padre*, aun sin que haya posesión de estado. La conclusión última de dicho autor viene así a corroborar la atinada idea que ya hubiera expresado BERCOVITZ al afirmar que la interpretación «correctora» impuesta por el Tribunal Supremo “*supone dejar prácticamente sin contenido el art. 133, párr. 1.º CC: equivale a una derogación del mismo basada en la primacía de la Constitución*”; jurisprudencia que “no se puede apoyar en una interpretación literal, ni sistemática, ni finalista, ni histórica”⁸². Es más, este civilista se ha manifestado en favor de la constitucionalidad del art. 133 CC, alegando sobre todo *lo infundado de su pretendida incompatibilidad con los arts. 14 y 39 de la Constitución*⁸³; opinión que expresó en su comentario a la STC de 16 octubre 2000 (RTC 2000/236), donde este Tribunal parecía insinuar que el legislador actúa dentro de su normal competencia y legitimidad cuando extiende o restringe derechos como el discutido. Así, al resolver el recurso de amparo interpuesto por un padre extramatrimonial que vio rechazada su legitimación activa por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el TC señaló que no había la discriminación que en el recurso se alegaba, y afirmó, refiriéndose al art. 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (coincidente en lo que aquí interesa con el art. 133 CC), que “el legislador ha ejercido su libertad de configuración normativa ... a la hora de proceder a la elección de quién está legitimado... para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial”. No obstante lo anterior, y en contra de lo que cabía esperar ante el precedente del anterior pronunciamiento, es preciso advertir aquí que, con posterioridad, y estimando la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la AP de Ciudad Real, la STC de 27 octubre 2005 (RTC 2005/273) –si bien contó con tres votos particulares- vino a “declarar inconstitucional el párrafo primero del art. 133 CC, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado”⁸⁴.

82 BERCOVITZ (2000) p. 1364.

83 Destaca BERCOVITZ (2000) pp. 1367-1368 que el mismo art. 39.2 CE nombra principios -especialmente, el de protección de los hijos- que pueden contrapesar el de veracidad biológica y justificar precisamente el diferente trato legislativo por el Código Civil a las distintas situaciones.

84 Por remisión in totum a la doctrina sentada en dicha Sentencia, nuevamente en la de 16 febrero 2006 (RTC 2006/52) el TC volvió a reiterar la inconstitucionalidad del art. 133.1 CC (aunque también aquí se formularon dos votos particulares en contra).

Haciendo abstracción de la referida “reinterpretación” constitucional del art. 133 CC que hasta su declaración de inconstitucionalidad venía realizando el TS español, y omitiendo otros ejemplos concretos de decisión judicial *extra legem* que se hace en nombre de lo que se dice que la Constitución pide –ejemplos de los que es también buena muestra, igualmente en sede de acciones de filiación, la jurisprudencia recaída sobre el art. 136.1º CC⁸⁵ antes de que fuera declarado inconstitucional por la STC de 26 mayo 2005 (RTC 2005/138)⁸⁶-, no puede sino simpatizarse con la opinión de profundo rechazo que acerca de esa forma de entender la interpretación del Derecho conforme a la Constitución y la propia función judicial vierte GARCÍA AMADO⁸⁷: observa críticamente dicho autor que, bajo el ropaje del llamado «*constitucionalismo*», “*se considera justificada la decisión contraria al claro tenor literal de los preceptos legales cuando la misma se fundamenta en la invocación de algún valor o principio constitucional*”. Con esto se introduce subrepticamente una auténtica revolución en nuestros esquemas constitucionales que, ... expresados en cosas tales como soberanía popular, representatividad, separación de poderes, etc., fuerzan a que *tenga preferencia el legislador democrático a la hora de concretar los principios y valores constitucionales* y a que el juez deba abstenerse de pasar la ley por el tamiz de su particular ideología o de su personal visión de lo que tales valores y principios constitucionales concretamente exigen... Si la ley no significa lo que dice, sino lo que el juez quiere que diga, ninguna ley será inconstitucional (y nunca se planteará la cuestión de constitucionalidad) porque ya le dará el juez la vuelta a su significado para que encaje con lo que a ese juez le parezca que la Constitución demanda, y mal que le pese al legislativo. *Este usual*

85 De “jurisprudencia contra legem” ha hablado expresamente BERCOVITZ (2005) en relación con la interpretación por el TS del dies a quo del plazo de un año para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial previsto en el art. 136.1º CC.

86 A juicio de BERCOVITZ (2005), esta STC 138/2005 –que declara inconstitucional el art. 136 CC por entender contrario a las exigencias de la tutela judicial que el marido de la madre sufra la caducidad de la acción de impugnación antes de que pudiera ser sabedor de que no es el padre de la criatura- implica dar preferencia a los intereses de maridos y padres..., lo que se aleja del espíritu del legislador de 1981, preocupado en hacer prevalecer por exigencia constitucional los derechos de los hijos frente a los intereses de los padres e igualar la posición de las mujeres, particularmente la de las madres. Según concluye dicho autor, “el Fallo de la Sentencia ... supone en la práctica dejar abierto sine die el plazo de ejercicio de la acción de impugnación por el marido. Bastará que decida ejercer dicha acción en cualquier momento... De esta forma la estabilidad y protección de los hijos matrimoniales podrá quedar permanentemente cuestionada por el marido en cualquier situación de crisis matrimonial”. Sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 136.1 CC por la STC 138/2005 (reiterada en la STC 156/2005, de 9 junio), vid. asimismo QUICIOS (2005) pp. 294-309.

Interesa advertir que tanto estas SSTC 138/2005 y 156/2005 sobre el art. 136.1 CC, como las SSTC 273/2005 y 52/2006 sobre el 133.1 CC, estimaron que dichos preceptos eran inconstitucionales pero sin que en ninguno de los casos el TC declarase su nulidad. Remitida su reforma al legislador para acomodarlos a la interpretación constitucional propugnada, tal modificación legislativa sigue pendiente.

87 GARCÍA AMADO (2001) pp. 2 y 7, n.2.

*proceder—concluye GARCÍA AMADO— desconoce el lugar legítimo que al legislador le pertenece en el entramado de la separación de poderes y no hace cuenta tampoco de que no es el juez ordinario el supremo intérprete de la Constitución ni, por tanto, el llamado a dirimir la constitucionalidad de la ley desde el correspondiente juicio comparativo de ésta con aquélla*⁸⁸.

Con todo lo dicho, no se trata en absoluto de desautorizar a los Jueces y Tribunales, y menos al Tribunal Supremo, en el papel y protagonismo indiscutibles que les corresponde en orden a lograr la plena constitucionalización del Derecho Civil en concreto; y no en vano, ya en 1981 el propio TC (S. 1 junio 1981 [RTC 1981/17]) declaraba necesaria la colaboración del poder judicial, junto al legislador, en la tarea de depurar el Ordenamiento jurídico de toda norma contraria a la Constitución. Ahora bien, el cauce para ello está —tal como se ha ido exponiendo a lo largo de estas páginas—, bien en aplicar la Constitución en aquellos supuestos en que, como en materia de derechos fundamentales (art. 14 y Sección 1ª, Capít. 2º, Tít. I CE), sus normas sean directamente aplicables, como fuente inmediata de derechos (*ex art. 53.2 CE*); bien, desde un punto de vista negativo, en apreciar la derogación sobrevenida de toda Ley preconstitucional contraria a la Constitución, en promover ante el TC la cuestión de inconstitucionalidad cuando los jueces estimen que una Ley posterior a la Constitución es contraria a ella (art. 163 CE)⁸⁹, o en la directa inaplicación de los reglamentos y disposiciones infralegales postconstitucionales⁹⁰; o bien, finalmente, mediante la actividad judicial *interpretativa e integradora de la normativa aplicable*, acomodando a las reglas y principios constitucionales el sentido de cualesquiera normas civiles, pero siempre que no se aprecie la plena contradicción entre las mismas y la Constitución⁹¹, en cuyo caso —insistimos— la vía será la cuestión de inconstitucionalidad y no la decisión del

88 Vid. también en esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA (1990) pp. 275-276.

89 Como reiteradamente ha declarado el TC, “la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución” (SSTC 64/2003 y 100/2006; AATC 24/2003 y 466/2006).

90 Los tribunales pueden directamente inaplicar los reglamentos si estiman que son contrarios a la Constitución (art. 6 LOPJ); disposiciones infralegales contra las que cabe recurso, directo o indirecto, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 26 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), cuya resolución provoca efectos erga omnes, sin que afecte por sí a los actos ya generados bajo su amparo (art. 73). Vid. a título de ejemplo en el campo del Derecho Civil, las SSTs (Sala 3ª) de 22 mayo (RJ 2000/6275) y 12 diciembre 2000 (RJ 2001/552) y de 31 enero 2001 (RJ 2001/1083).

91 El propio TC ha proclamado que *la interpretación conforme a la Constitución* no puede ser una interpretación *contra legem* (STC 24/2004), a lo que añade la STC 138/2005 que aquella interpretación *tiene límites, sin que pueda “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos”* (SSTC 22/1985, 222/1992 y 341/1993) ni *“reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional”* (STC 11/1981).

conflicto *contra legem* bajo el escudo de una labor de interpretación (o reinterpretación constitucional) a la que seriamente no puede llamarse así y que no hace sino socavar larvadamente el sistema.

Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, M. (1989): “El fenómeno de la descodificación en el Derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto.
- ALONSO PÉREZ, M. (1998): “La Familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, en *Actualidad Civil*, nº.1, enero.
- AMBROISE-CASTEROT, C., AUVRET, P., BASSO, J. Y BERNARD, CH. (2009): *Les métamorphoses du droit* (Hommage à Jean-Marie Rainaud), París, Harmattan.
- ARAGÓN REYES, M. (1997): “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *La vinculación del juez a la Ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol.1.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J. (1991): *El Derecho civil constitucional*, 1986, reimpresión 1991), Madrid, Civitas.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2004): “La Constitución y el Derecho Civil”, en REDUR (*Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*), nº.2 (<http://www.unirioja.es/dptos/dd/rezur/numero2/barber.pdf>).
- BARROSO, L.R. (2008): *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. (1990): “La función judicial y el Código Civil a través de un siglo”, en *Centenario del Código Civil*, I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- BENEDETTI, G. (1990): “Negozio giuridico e iniziativa economica privata”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.5.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,
- (1998): “Control de constitucionalidad”, en *Aranzadi Civil*, I.
- (2000): “Comentario a la Sentencia del TC de 16 octubre 2000 (Derecho a la igualdad en relación con la legitimación para reclamar la paternidad en caso de filiación extramatrimonial)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº.54.
- (2003): “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.17.
- (2004): “El matrimonio de los homosexuales”, en *Aranzadi Civil*, nº.15.

- (2005): “La investigación de la paternidad”, en *Aranzadi Civil*, nº.14.
- BIANCA, M. (1998): *Diritto Civile*, T.III (Il Contratto), Milán, Giuffré.
- BONET CORREA, J. (1989): “La constitucionalización del Código Civil (Hacia la consolidación de un ‘Corpus’ privado fundamental)”, en *Centenario del Código Civil*, dirigido por F. RICO PÉREZ, T.I, Madrid, Universidad Complutense.
- BUSTOS PUECHE, J.E., (1998): “Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa”, en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre.
- CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006): “Matrimonios entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español”, en *La Ley*, nº.6391, 2 enero.
- CARRASCO PERERA, Á. (2003): “Desamparados”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 583, junio.
- COLINA GAREA, R. (2006): “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho Civil”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº.10.
- CORRAL GIJÓN, M^a.C. (2000): “Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 1^a: Configuración del fenómeno)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 662, noviembre-diciembre.
- DE CASTRO, F.,
- (1935): “El Derecho civil y la Constitución”, en *Revista de Derecho Privado*.
- (1984): *Derecho Civil de España*, reedición facsímil, 1984, 1991, Madrid, Civitas; 3 volúmenes, 1^a ed., 2008, Madrid, Thomson-Civitas.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I. (2009): “El matrimonio con protección constitucional: puntualizaciones a la Ley 13/2005”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº.1, enero-marzo.
- DE CUPIS, A.,
- (1982): “Sulla ‘depatrimonializzazione’ del Diritto Privato”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.2.
- (1986): “La crisi dei ‘valori’ del Diritto civile”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.1.
- DE LA VEGA BENAYAS, C. (1984): “Sobre el benéfico influjo de la Constitución en el Derecho Civil”, en *La Ley*, T.3.
- DE LOS MOZOS, J.L.,
- (2000a): “Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, en *La Ley*, nº.7.
- (2000b): “La autonomía privada: Notas para una relectura del Título de los Contratos en el Código Civil español”, en *Contratación Contemporánea. Teoría general y principios*, Santa Fe, Colombia, Palestra Editores-Edit. Temis.

- DE MARINO, R. (1986): “Introducción a la constitucionalización del Derecho Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2001): “Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978 (1)”, en *Actualidad Civil*, nº.2, enero.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., (2003): “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.17.
- DI MAJO GIAQUINTO, A. (1995): “Libertá contrattuale e dintorni”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, nº.1, marzo.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.,
(1991): “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinado por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Vol.II, Madrid, Civitas.
(1992): “Codificación, descodificación y recodificación”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998): *Sistema de Derecho Civil*, Vol.I (9ª ed. reimpresión 1998, 11ª ed. 2003, 2ª reimpresión 2005), Madrid, Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA I TRÍAS, E. y MORALES, A.M. (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R. (1989): “Nota sobre el Derecho Constitucional como nuevo ‘Derecho común’”, en *Homenaje al Profesor J. ROCA JUAN*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia.
- FONT GALÁN, J.I. (1990): “El derecho del consumidor entre Códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho civil y mercantil”, en AA.VV. *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2001): “¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)?”. Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil”, en *La Ley*, nº.5338, 26 junio (y en *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 337-369).
- GARCÍA AMIGO, A. (1997): *Derecho civil de España*, I, Parte General, Servicio de Publicaciones de Facultad la Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- GARCÍA CANALES, M. (1989): “Principios generales y principios constitucionales”, en *Homenaje al Profesor J. ROCA JUAN*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- GARCÍA CANTERO, G. (2000): “*Adoptio, semper reformanda est*”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.660.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.,

- (1981a): *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas.
- (1981b): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (1ª ed. 1981, 2ª ed. 1982, 3ª ed. 1988), Madrid, Civitas.
- (1996): “La democracia y el lugar de la Ley”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº.92, octubre-diciembre.
- GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2005): “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, en *La Ley*, nº.6359, 15 noviembre.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2007): “La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio express”)”, en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, coordinado por J.V. GAVIDIA, Madrid, Marcial Pons.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1989): “Acotaciones para un concepto del Derecho Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1996): “Sobre la Ley 1/1996, de Protección del Menor”, en *La Ley*, T.1.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. (1998): “De nuevo sobre las relaciones entre la Constitución y el Derecho Comunitario”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº.10.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.,
- (2009a): “Propiedades especiales: De las aguas. Comentario a los artículos 407 a 425 del Código Civil” y “Propiedades especiales: De los minerales. Comentario a los artículos 426 y 427 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª edición.
- (2009b): “Oposición del padre biológico al acogimiento preadoptivo de su hijo. Derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor (Sentencia del TC de 4 de abril de 2005)”, en *Familia y Sucesiones* (Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil), dirigido por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Civitas. Aranzadi, S.A., Cizur Menor.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1987): “El concepto del Derecho Civil”, en “Conceptos jurídicos fundamentales”, *Obras completas*, T.1, Madrid, Espasa-Calpe.
- HESSE, K. (1995): *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Trad. de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Madrid, Civitas.
- HURTADO YELO, J.J. (2009): “Entre el derecho de corrección y el delito de malos tratos. Hacia la búsqueda de una solución intermedia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº.788, diciembre.
- IRTI, N.,
- (1979): “Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)”, en *Rivista di Diritto Civile*, nº.1.

- (1989): *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 2ª ed. 1986, 3ª ed. 1989 (*La edad de la descodificación*, trad. de ROJO AJURIA, L., Barcelona, Bosch, 1992).
- (1990): *La cultura del Diritto Civile*, Turín, UTET.
- JORDANO BAREA, J.B. (1962): “Concepto y valor del Derecho Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, septiembre.
- KUMM, M. (2006): “Who is afraid of the total Constitución? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of Private Law”, en *German Law Journal*, nº.4.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2006): *Elementos de Derecho civil*, T.I, Parte General, Vol.1º (Introducción), 4ª ed. revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVARRÍA, J., Madrid, Dykinson.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (2005): “Estudio crítico de la reforma del Código Civil por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº.56.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1990): «El Derecho civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- LAUROBA LACASA, Mª.E. (2005): “Constitución y Derecho Civil: *un work in process* paradigmático”, en *La Constitución y el ordenamiento jurídico (25 años de incidencia de la Constitución española de 1978 en las diferentes disciplinas jurídicas)*, coordinado por CASTELLÁ ANDREU, J.M., Atelier-Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M.,
- (1990): “Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación”, en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- (1994): “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.3.
- LUCHAIRE, F. (1982): “Les fondements constitutionnels du Droit Civil”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº.2.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1991): “La defensa del consumidor: un principio general del derecho”, en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, coordinado por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Vol.II, Madrid, Civitas.
- MERINO ACUÑA, R.A. (2009): “La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado”, en *Derecho Civil Patrimonial y Derecho Constitucional*, Gaceta Jurídica, febrero (http://issuu.com/roger1/docs/autonom_a_contractual_y_constituci_n).

- NAVARRO VALLS, R. (2005): “La cuestión de inconstitucionalidad y los matrimonios gays”, en <http://www.iustell.com>, 22 julio.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1988): “Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho Civil”, en *Aranzadi Civil*, T.1.
- PASCUAL QUINTANA, J.M. (1968): “La encrucijada del Derecho Civil”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS*, I, Ediciones Universidad de Navarra.
- PÉREZ CÁNOVAS, N. (2007): “¿Es constitucional el matrimonio homosexual?”, en *Jueces para la democracia*, nº.58.
- PERLINGIERI, P.,
(1979): “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile”, en *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Nápoles, ESI, 1979 (y en *Rassegna di Diritto Civile*, 1980).
(1983): “Por un Derecho Civil constitucional español”, en *Anuario de Derecho Civil*, T.1.
(1984): *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, (1ª ed. 1984, 2ª ed. 1991), ESI, Nápoles.
- QUADRI, E. (1999): “L’interesse del minore nel sistema della legge civile”, en *Famiglia e Diritto*.
- QUICIOS MOLINA, S. (2005): “La impugnación de la paternidad matrimonial. Estado de la cuestión tras las SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº.19.
- REY MARTÍNEZ, F. (1994): *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Civitas.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000): *El interés del menor*, Madrid, Dykinson.
- ROCA GUILLAMÓN, J. (1990): “Codificación y crisis del Derecho Civil”, en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- ROCA I TRÍAS, E.,
(1990): “Familia, familias y derecho de familia”, en *Anuario de Derecho Civil*, T.IV.
(2005): “Constitució i Dret Civil”, en *La Constitución y el ordenamiento jurídico (25 años de incidencia de la Constitución española de 1978 en las diferentes disciplinas jurídicas)*, coordinado por CASTELLÁ ANDREU, J.M., Atelier-Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- ROMÁN GARCÍA, A.M. (2003): “Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho civil”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.I, Madrid, Thomson-Civitas.
- RUBIO TORRANO, E. (2005): “¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?”, en *Aranzadi Civil*, nº.19.

- RUIZ-RICO RUIZ, G., MORENO-TORRES HERRERA, M^a.L. y PÉREZ SOLA, N. (2010): *Principios y derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RUIZ VADILLO, E. (1979): “La Constitución española y el Derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, LXIII, marzo.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Á. (2004): “El Tribunal Constitucional y la garantía interna de la aplicación del Derecho Comunitario en España”, en *Derecho Privado y Constitución*, n^o.18.
- SAVATIER, R. (1964): *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, 3^a edición, París, Dalloz.
- SBISA, G. (1990): “Fattori di evoluzione del Diritto privato, scomposizione degli istituti e ricostruzione del sistema”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.
- SERRANO ALONSO, E. (2005): *El nuevo matrimonio civil (Estudio de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil)*, Madrid, Edisofer.
- TORRALBA SORIANO, V. (1975): “El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre-octubre.
- VARELA GARCÍA, C. (1997): “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Actualidad Civil*, n^o.12, Vol.1.



Título: Apagando una ilusión

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 36

***CARLOS E. RESTREPO
Y EL REPUBLICANISMO DE 1910.
A LOS 101 AÑOS DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL,
POLÉMICAS Y DEBATES POLÍTICOS****

* Este ensayo se enmarca en el proyecto de investigación “Intelectuales y política. Las imágenes de España en el siglo XIX”, Financiado por la Fundación Carolina, de España (2004-2007) y el CODI, Universidad de Antioquia, dirigido por el Profesor Dr. Juan Guillermo Gómez García, co-investigadores profesor Oscar Julián Guerrero y Rafael Rubiano Muñoz, vinculado con el proyecto de tesis doctoral “Elites y poder político en Colombia” (1899-1959)”. Vinculado con el grupo de investigación calificado B de Colciencias, “Estudios de literatura y cultura intelectual de América Latina”, Facultad de Comunicaciones, Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: febrero 14 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 13 de 2011

CARLOS E. RESTREPO Y EL REPUBLICANISMO DE 1910.

A LOS 101 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, POLÉMICAS Y DEBATES POLÍTICOS

*Rafael Rubiano Muñoz***

RESUMEN

El año pasado se cumplieron 100 años de la Reforma Constitucional de 1910, evento determinante de las bases históricas del Estado de derecho en Colombia. Siendo capital de las tradiciones jurídicas del país, el suceso pasó inadvertido y fue poco examinado en nuestro medio académico universitario. El siguiente ensayo reconstruye las incidencias políticas y jurídicas del proyecto de Republicanismo propuesto por el presidente antioqueño Carlos E. Restrepo (1910-1914). El siguiente artículo explora analíticamente, el entorno histórico, las incidencias políticas y los procesos sociales que contuvo la propuesta republicana en los inicios del siglo XX en nuestro país. El artículo muestra los principales antecedentes, los desarrollos y las definiciones del proyecto político conocido como el de Republicanismo, los avatares como las disyuntivas que esa propuesta tuvo en medio de las contiendas, las batallas, las polémicas, las contradicciones de las élites que emergían en Colombia a finales del siglo XIX y comienzos del XX, en un proceso de transiciones inconclusas, definidas por la Guerra de los Mil Días (1899-1902), las consecuencias que esa reyerta bélica tuvo con relación a la crisis del país, la emergencia del gobierno presidencialista y autoritario de Rafael Reyes conocido como “El quinquenio Reyes” (1904-1909) y las consecuencias que estos procesos políticos inconclusos tuvieron para Colombia en la entrada al siglo XX.

Palabras clave: liberalismo económico, conservadurismo, republicanismo, reformas políticas, masas, élites, intervencionismo de Estado.

CARLOS E. RESTREPO AND THE REPUBLICANISM OF 1910. TO 101 YEARS OF CONSTITUTIONAL REFORM, POLEMICS AND POLITIC DISCUSSIONS

ABSTRACT

The last year the Constitutional Reform of 1910 was 100 years, that fact is decisive to historic bases of rule of law in Colombia. That reform is pillar of our legal system, which wasn't studied by the academy. The next essay rebuilds the politic and legal effects of the Republicanism Project suggested by the president Carlos E. Restrepo (1910- 1914). This article explores, the historic context, the politic impact, and the social processes that supported the republican proposal in the XX century in our country. The article shows the principals precedents, development and the definitions of politic project known how of the Republicanism, the problems, for example the dilemmas that such had, conflicts, polemics, contradictions between elites, the one thousand days war (1899- 1902) and the consequences that had of the five years of Reyes government.

Keywords: economic liberalism, conservative theory, republicanism, politics reforms, masses, elites, intervencionism of the State.

** Profesor Asociado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, pregrado de Derecho y Ciencias Políticas.

CARLOS E. RESTREPO Y EL REPUBLICANISMO DE 1910. A LOS 101 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, POLÉMICAS Y DEBATES POLÍTICOS

El Republicanismo de Carlos E. Restrepo: definiciones y especificidades en Colombia a finales del siglo XIX.

Valorar y examinar con rigor científico, lo que fue el proyecto de “Republicanismo” de Carlos E. Restrepo (1867-1937) en toda su dimensión constituye un desafío, por las fuentes y el material que se requieren en su exploración investigativa. Sobre el proyecto de “Republicanismo” propuesto por Carlos E. Restrepo notemos que hay una dispersión del material disponible sobre sus escritos y pensamientos, su correspondencia como su vida política, lo que hace difícil el acceso a la información de cualquier ciudadano interesado en este proceso político, hay que agregar que no existe una obra sistemática del pensamiento jurídico y político del insigne presidente antioqueño, hay una cantidad de ensayos dispersos y desagregados, lo que hace aún más compleja, la elaboración reflexiva y analítica del tema propuesto. Además, la escasez de trabajos sistemáticos sobre el mismo proyecto de la “Reforma constitucional de 1910” y el “Republicanismo” en Colombia, plantea mayores dificultades como apuros o aprietos al investigador. Sin embargo es plausible reconstruir los aspectos jurídicos y políticos centrales de esas dos propuestas, objetivo primordial de este ensayo.

Hay que advertir una circunstancia más, la diversidad de eventualidades personales, políticas, económicas, sociales y culturales que discurrieron, en la concepción, desarrollo y consolidación de lo que se conoció como la “Reforma Constitucional de 1910” y el “Republicanismo”, son dilemas que han de apreciarse porque sobre estos dos procesos del país, quizás se comentan sus componentes y aspectos de manera sumaria en algunos trabajos trazados por prestigiosos historiadores, primordialmente, a lo que hay que agregar lo desconocido que es este tema para las ciencias sociales del país en general. Por ello, la intención de este ensayo es comprender a cabalidad, los años transcurridos de 1910 a 1914, aunque es un labor inmensa, se tratará de hacer asimilable, a profundidad en sus diversos detalles, aquellos eventos visibles e invisibles, de todas las tramas ocultas por desenterrar en términos reflexivos, de los modos o maneras cómo se manejó el país, de la peculiar experiencia política

que desencadenó uno de los periodos más fascinantes como contradictorios de nuestra nación, como fue la era del “Republicanismo”, .

Si es exigible un nivel de alta especialización en el tema, procuraremos con modestia y carácter pedagógico, - ya aquí se ha hecho alusión a dos de los rasgos del “Republicanismo”-, contribuir a la reconstrucción de la consciencia histórica de nuestra nación con este ensayo, para que el lector común o versado, pueda adquirir una mirada lo más próxima y familiar a uno de los eventos que marcó el rumbo del país, en su liderazgo y dirección desde las elites, definiendo los aspectos más contradictorios de su discurrir en el siglo XX. Con una intención de educación política y por supuesto de civismo, otra alusión al “Republicanismo”, si entendemos por tal, la formación de una ciudadanía activa y participativa, educada y con cultura política, que tiene como fuente el conocimiento del pasado inmediato, desentrañar entonces este hito histórico que nos han definido preponderantemente en la construcción de personalidad jurídica como política. Se aspira a través de este capítulo a una aproximación, lo más fiel posible, a las circunstancias que determinaron el proyecto republicano del insigne antioqueño, a sus contenidos como a su naturaleza para el análisis político, como sus consecuencias y resultados para el país, a propósito de los 101 años de esta propuesta de organización nacional en medio de la celebración del primer centenario de las independencias en el continente, en un país anclado como quiera, en medio de una tradición de derechos y guerras civiles (Orozco, 1992), tan constantes como recurrentes.

Para lograr el cometido, hay que señalar una vez más que el ensayo se centra en los escritos de Carlos E. Restrepo, titulados “Orientación Republicana” que consta de dos volúmenes, publicados en (1972), donde Carlosé consignó y expuso lo que entendió como el proyecto de “Republicanismo”. Se elige de manera selectiva otra obra de Carlosé, en una serie de escritos – artículos, ensayos, editoriales, entre otros- que fueron compilados por la Gobernación de Antioquia bajo el título de “Carlos E. Restrepo: el ensayista, periodista, hombre de hogar, gobernante, ex presidente, ministro de Gobierno” publicado en el año de 1984, en los que se pueden apreciar los diversos rasgos, los componentes, las características y los sentidos del proyecto de “Republicanismo” en un giro de apuestas analíticas como de definiciones explícitas de ese proyecto.

Si nos atenemos a los contenidos de esas obras, según Carlosé, el “Republicanismo” ha estado en la vida política del país, desde la Independencia, incluso mucho antes, porque el Republicanismo es una propuesta que se entiende como “fórmula política” antibelicista, garante de la leyes y normas constitucionales, propuesta de desactivación de los poderes o facultades extraordinarias otorgadas al presidente, antibipartidista y en esencia, proyecto de construcción de la ciudadanía moderna.

A lo largo de los ensayos contenidos en el libro “La Orientación Republicana”, ella se formó y concibió como resorte o como freno, a las diversas intolerancias políticas acumuladas que llevaron a la desintegración de la nación, a finales del siglo XIX. Las responsables de dicha desorganización, desintegración y beligerancia como lo indica Carlosé fueron, la “Constitución de 1863”, Carta representativa del radicalismo liberal (España, 1984) e igualmente la “Constitución de 1886”, instrumento jurídico de la “Regeneración” (Rubiano, 2011), y carta representante de los conservadores que se denominaron, puros o nacionalistas. Ambos proyectos tan contradictorios como profundamente excluyentes como absolutistas, constituyen el trasfondo analítico desde el que Carlosé propone y elabora el proyecto del Republicanismo desde el cual se despliega la Reforma Constitucional de 1910.

No deja de ocultar Restrepo este punto cardinal de análisis sobre los orígenes del Republicanismo; la crítica sobria y serena a las dos constituciones precedidas, consideradas como instrumentos beligerantes, en la que revela cómo ellas fueron, en su aplicación y concepción, las causantes principales de la crisis como de la desintegración del país, en su amplio recorrido desde 1863 a 1909. Este dos regímenes políticos y jurídicos plasmados en las dos constituciones, alentaron la “Anomía jurídica y política” (Girola, 2005), contraria a la concepción de la “Orientación Republicana”, porque, ellas incentivaron la ilegalidad y lo ilegal, alentaron la ineficacia normativa de la democracia, conculcaron los derechos civiles y políticos, incentivaron la extralimitación de los poderes públicos, fomentaron los abusos gubernamentales y las contrariedades de la administración pública, en fin, propiciaron un marco institucional, en el que como síntesis de su naturaleza, se fundaron en lo arbitrario, fomentaron la beligerancia y las luchas armadas que asolaron a Colombia en varias décadas. Así lo explica sin ambigüedades Carlosé:

La constitución de Rionegro sancionó y organizó la anarquía, con los Estados soberanos, la descentralización del orden público, la pluralidad de legislaciones y la debilidad e impotencia del gobierno general. Tratando de huir de aquellos males, los constituyentes de 1886 organizaron un sistema autoritario sin contrapeso ni correctivos bastantes, que amenaza ya seriamente, en sus desarrollos prácticos, ponerse en pugna con las tradiciones republicanas de la nación y del mismo partido conservador, en cuyo nombre y representación obraron, por lo menos, la mitad de los miembros del Consejo Nacional Constituyente (Restrepo, 1972, p. 165).

A contracara de ese examen sobre las dos constituciones, el mismo Carlosé en sus capítulos iniciales de su “Obra” y pensamiento político, define la tradición republicana en el país como existente inveteradamente, al que pese a la fuerza de los hechos, contrariaba aquellos males o vicios fatalmente arraigados en las costumbres políticas de la nación. La existencia de unas instituciones políticas

democráticas era evidente, pese a los fanatismos políticos que la rodearon, a los fraccionamientos partidistas que la dividieron, a los odios acumulados y heredados que la resquebrajaron. Pese a las múltiples causas y consecuencias que destruyeron a la nación, las copiosas virtudes políticas democráticas eran no solamente ideales deseados, sino parcialmente practicados, en las que el líder antioqueño se empeñó por promulgarlas y asentarlas, cuando afirmó que: “Me esforzaré por demostrar, en una serie de artículos esta tesis contraria: que ha existido y existirá una orientación republicana, aun en el seno de nuestros partidos tradicionales; que varios la hemos seguido y que a ella hemos permanecido fieles” (Restrepo, 1972, p. 40).

El “Republicanismo” se fija como tarea fundamental, desarticular los odios partidistas que definieron los rasgos como los principios de las elites políticas a lo largo del siglo XIX y en especial del siglo XX. En contra de las batallas ideológicas, de las luchas políticas y de las contiendas armadas, el “Republicanismo” se asienta como una actitud política de conciliación, tolerancia, transparencia, justicia, libertad, igualdad, derechos y en especial, como un proyecto de ciudadanía, por cuanto busca desarticular el absolutismo político del bipartidismo como igualmente el personalismo político que se enclaustró en las instituciones políticas colombianas en un siglo. En sus valores más apelados, como los más pretendidos a realizar se haya la reconfiguración del régimen político sobre la base de virtudes o principios éticos que rijan los procedimientos como el juego de las dinámicas políticas.

Lo anterior podría ser la muestra de una bandera política de reconstrucción nacional, que emerge según las circunstancias del momento, que aspiraba a realizarse como programa expuesto públicamente y luego como proyecto político en el que la insistencia de una “reforma constitucional”, más que una recurrencia era la imperiosa necesidad de acordar unos procedimientos en el juego político como en la normatividad del país, como salida a las encrucijadas y a los constantes dilemas propiciados por la anarquía, el autoritarismo, la guerra y en especial a la concordancia entre beligerancia y política en nuestro país, como de nuevo admite Restrepo, al señalar:

Como principio eficaz para conseguir y hacer estable la reconciliación indicada, hemos pensado en la necesidad de la expedición de una Constitución verdaderamente nacional, o modificación de la presente, hecha por los más genuinos representantes de todos los partidos, que detalle los artículos del credo republicano que nos son comunes. Hemos creído que una Constitución así expedida, no sólo reunirá fuerzas y capacidades para aliviar los males pasados y conjurar los venideros, sino que conseguirá el mayor beneficio, llenará la necesidad máxima de Colombia: la paz. Y a este victorioso resultado puede llegarse porque se formará un tesoro que a todos interesa guardar, y porque

cuestiones que nos han dividido y enardecido hasta la demencia, se relegarán a un terreno secundario, al de los congresos y asambleas, donde – mediante la justa representación de los partidos – puedan discutirse y resolverse, sin que toleren la suicida apelación a las armas (Restrepo, 1972, p. 286).

Inicialmente el “Republicanismo” no nació como programa definido sino más bien se fue construyendo al vaivén de los altercados políticos en los que se fue precisando a partir de una diversidad de ensayos, escritos, manifiestos y acuerdos, firmados y sustentados por las elites civilistas del país que emergían en medio de la dominación de las “castas políticas tradicionales”, habituadas cuando no era posible el límite de la discusión política, la apelación a las guerras y a las armas. No cabe duda, que fue una apuesta política que intentaba una salida “razonable” a los enfrentamientos bipartidistas, era una “propuesta” civilizatoria frente a los desmanes como también frente a las actitudes irreconciliables trazadas por los líderes de los partidos políticos de Colombia en el siglo XIX. Sus ideas se concretan en acuerdos que propugnan por los principios de justicia, libertad y moral pública, reformar, reorganizar, pero en especial se propone establecer un nuevo pacto político. Pactismo por el consenso y la institucionalidad jurídica, en contra del viejo pactismo, vindicador, excluyente y beligerante, como igualmente confrontador y antagonista fue la esencia del *Republicanismo*.

Su realización se desarrolló en el marco de la “conspiración y golpe a la presidencia de Sanclemente” (Bergquist, 1999, p. 234) en 1900, en la que José Manuel Marroquín tuvo un papel tan desafortunado como oportunista, el republicanismo se acentuó por la preocupante situación generada por la guerra de los Mil Días (1899-1902) y se materializó bajo lo que se denominó en la época como la reorganización política a partir de la conformación de las “juntas de conciliación nacional y la Unión Republicana” entre los años de 1900-1904, para finalmente ser partido y proyecto de gobierno, liderado por su adalid, el abogado antioqueño. Basta retomar de los pasajes de su obra principal, “Orientación Republicana”, lo que Carlos E. Restrepo escribe frente al carácter de facciones de los partidos políticos como su absolutismo personalista o caudillista sin ninguna mediación argumentada, impuestos a la sazón por las arbitrariedades personales, por los caprichos, sin límites éticos y basados en liderazgos oportunistas o convenientes, por lo tanto explica sobre los partidos colombianos que: “(Con) esas modalidades se hicieron partidos políticos, y no como quiera, sino que, cultivadas por gentes sin educación y levantisca; inculcadas como instinto y como pasión a masas ignorantes; y fomentadas por oligarquías ávidas de oro y de mando, se convirtieron en intransigencias y en odios, dividieron cada uno de estos países en dos tribus enemigas y semi-bárbaras;

entronizaron el caudillaje e hicieron de la guerra civil un estado social permanente” (Restrepo, 1972, págs. 49-50).

A la crítica del absolutismo bipartidista se une una reflexión aguda en Carlosé de las circunstancias como de los contextos históricos que determinaron la crisis del país como la destrucción de los vínculos entre nación y ciudadanía. De modo que, quien desee entrar en el inmenso océano de lo que será la “Reforma Constitucional de 1910” y en sí, la propuesta del “Republicanismo” se verá demandado a reconstruir por lo menos en el análisis tres contextos históricos políticos:

- A. Los años que van de 1863 a 1898, es decir de la Constitución de los liberales radicales, conocida como el federalismo y el proceso electoral que condujo a Caro al poder en 1892, en los contextos de los diversos gobiernos de la Regeneración.
- B. El auge de la economía del Café desde 1880, la emergencia de las elites regionales antioqueñas y lo que constituyó el gobierno de Rafael Reyes, más conocido como el “Quinquenio Reyes” (1904-1909).
- C. La caída y abandono de Reyes del poder, la finalización de la Guerra de los Mil Días en 1902, la Pérdida del Canal de Panamá en 1903, el auge de las “Juntas patrióticas” y del “Partido Republicano”, la elección en 1910 de Carlos E. Restrepo por parte del congreso.

Intentaremos responder a las siguientes inquietudes: ¿Qué fue el Republicanismo?, ¿Cuándo y cómo comenzó? ¿Cuáles fueron sus alcances y sus fracasos? Con seguridad entonces quienes sorteen esos tres contextos podrán entender no solamente a cabalidad, sino igualmente, podrán ya tener asegurado un puesto en el conocimiento de los antecedentes y referentes que impulsaron la denominada “Era Republicana”. De 1910 a 2010, la reflexión sobre el “Republicanismo” nos debe arrojar luces sobre lo que ocurre en la actualidad en Colombia y en Latinoamérica por supuesto, ya que el “Republicanismo” como proyecto político se contrapuso al auge de los caudillismos políticos personalistas (Lynch, 1987), al presidencialismo, al autoritarismo de los partidos políticos, a la corrupción burocrática, al sistema de prebendas electorales, a la guerra y a la beligerancia política, a la intransparencia en el juego político, al fraude electoral, a la censura a la prensa, a la poca cultura política de los ciudadanos, a los privilegios, a la pena de muerte, entre muchos otros problemas, los que subsisten hasta el día de hoy con otras especificidades y en su momento fueron objeto de denuncia como de análisis, no solamente por Carlosé, sino también por muchos considerados políticos republicanos, en especial de los que se denominaron como los conservadores históricos.

De la Regeneración a la Guerra de los Mil Días 1885-1902, contexto y dilemas en los inicios del Republicanismo

Las rupturas políticas, sociales y económicas que dieron la entrada de Colombia al siglo XX, fueron más una cuestión de tiempo cronológico que de ingreso en términos de mentalidad al nuevo siglo, pues, los cambios acaecidos se dieron en medio de procesos políticos de continuidad, aunque es necesario aceptar, que si bien, el eje de la política colombiana giraba en la vinculación a caudillos políticos y partidos políticos en pugna, guerras incruentas e inestabilidad política, poderes en disputa y contiendas regionales, despilfarro y derroche administrativo, fraude, corrupción, conspiración, golpes de Estado, destierro, censura a la prensa, recorte de las libertades públicas, agitación religiosa, odios y resentimientos de clases, entre muchos otros problemas, es necesario notar que hubo iniciativas personales y privadas que fueron teniendo alcances inmensos, incluso en la dimensión nacional, como el proyecto al que nos estamos refiriendo (Villegas y Yunis, 1976).

La época de Carlos E. Restrepo se desarrolla en medio del aparente fin de la Regeneración (1886-1902), proyecto político liderado por el notabato de la hacienda señorial en cabeza de Miguel Antonio Caro y antecedido por Rafael Núñez. La “Regeneración” que comenzó en el año de 1878, se consolidó a partir de la “Guerra de 1885” (España, 1985) y se aplicó con la ejecución de la “Constitución de 1886”. Uno de los referentes más importantes para evaluar el “Republicanismo”, es cómo se examinó la era de la “Regeneración” al iniciar el siglo XX, porque es desde allí donde se hicieron las propuestas iniciales y se abanderaron sus presupuestos inaugurales. El mismo Carlosé explora de manera minuciosa las consecuencias de la Regeneración, en su libro “Orientación Republicana”, indica cómo este proyecto que contenía en sus ideales las instituciones republicanas se desplazó al absolutismo político y a la intolerancia, contraviniendo sus principios o presupuestos jurídicos y políticos; así lo señala entonces el líder antioqueño, cuando considera esa contradictoria realidad entre los ideales políticos y las prácticas políticas que en últimas traicionaba los deseos como la voluntad de sus promulgadores viciando o mejor transgrediendo sus presupuestos fundamentales, de modo que:

lo expuesto pone en evidencia que, exactamente al iniciarse la realidad regeneradora se planteó un conflicto vital entre las doctrinas que originaron esa transformación, conflicto que por esta parte representaba el doctor Núñez, y las doctrinas ultraconservadoras de que era el señor Caro vocero avasallador, sostenidas por su partido, que desde entonces pudo verse que era el verdadero triunfador, el más fuerte y el dueño de la hegemonía... Pero esta doctrina, que en otros pueblos no presenta peligro alguno para la parte sana de la sociedad, por la energía con que en ellos se expresa la opinión pública

y por el hábito que da la cultura general de respetar todos los derechos, de tal modo se ha desvirtuado entre nosotros, que las facultades extraordinarias se han convertido en ordinarias; y en virtud de ellas hemos visto, en plena paz y por los más leves pretextos o motivos, ciudadanos desterrados, presos o confinados, imprentas cerradas y bienes confiscados, sin que el gobierno se haya creído obligado a dar siquiera al público las pruebas de los hechos que dieran fundamento a tales procedimientos. La inseguridad ha venido así a ser crónica, y de tal suerte preocupa ella todos los ánimos, que muchas personas creen ya preferible el sistema antiguo, que al menos circunscribía la arbitrariedad al tiempo de guerra, al practicado hoy, que erige el estado de guerra en norma de gobierno, y a voluntad del jefe de Estado, que, a su vez, es árbitro de las voluntades y de las entidades que debieran servir de contrapeso a sus actos (Restrepo, 1972, Págs. 113 y 171-172).

A su vez, al referirse Restrepo a la discriminación como la excepcionalidad política de los dos regímenes políticos que dominaron a Colombia, el ya señalado del radicalismo liberal y el de la Regeneración, añade a sus reflexiones el evento catastrófico de la “Guerra de los Mil Días” (1899-1902). Según su perspectiva, en ese marco se propiciaron unas condiciones que en apariencia vendrían a conformar un nuevo orden sociopolítico, que se expresó en el impulso que tuvieron las nuevas clases emergentes regionales, especialmente las elites antioqueñas, articuladas en especial a la producción y exportación del café (1904-1910), interesadas en la construcción de un nuevo pacto político para el país. En sus pequeños escritos, capítulos XI, XII y XII, de la “Orientación Republicana” expone el papel que los dirigentes regionales, en particular Carlos Martínez Silva y Marceliano Vélez tuvieron en la construcción e impulso del Republicanismo en esos años de incertidumbre y de desasosiego.

Con la “Guerra de los Mil Días” fue evidente el deterioro como la decadencia del régimen de la Regeneración, lo que produjo la crisis de la casta de los notables conservadores y de paso revelaba la exclusión dentro de ese régimen político de los liberales radicales del siglo XIX. Pese a la crisis o decadencia de esas elites, ligadas al caudillismo hacendario o al mundo del comercio y de la ilustración, los cierto es que permitió la emergencia de una nueva clase de políticos humanistas o literatos, con tendencia a la administración pública, a la corrección de los desajustes entre gobierno y Estado, a una concepción más práctica y menos filosófica de la política, quiere decir lo anterior, se produjo un distanciamiento en los ideales y las prácticas políticas con los políticos del pasado, es decir, con los políticos notables militares y caudillos de la hacienda señorial, por lo demás caprichosos e incendiarios del siglo XIX. El hecho más fehaciente de lo anterior fue la creación de la “Escuela Nacional de Minas en Medellín” (1880), el impacto que esta institución tuvo, de la que salió lo más granado de la elite política y del empresariado nacional en el país en el siglo XX. (Mayor, 2005).

Esa elite se orientaba hacia una reorganización del Estado a partir de reformas administrativas y constitucionales que en esencia planteaban una adecuación más propicia de los aspectos jurídicos y políticos del Estado, una tendencia a desmonopolizar políticamente el Estado de tendencias fraccionadas, beligerantes y pugnaces, con lo que se pretendía construir un amplio proceso de “reconciliación nacional”, de “garantías” políticas, pero en especial jurídicas, que permitieran doblar los espíritus ampulosos y enconados heredados del siglo XIX, de ahí, encarrillar el país a la entrada del siglo XX. Sin lugar a dudas, se percibían ciertos procesos de cambio en el terreno de los nuevos procesos socioeconómicos y culturales que exigieron a las elites como a las masas un nuevo estilo de liderazgo y de direccionamiento del país en los años procedentes al final de la guerra de los Mil Días (Uribe Celis, 1985).

Así, un nuevo estilo político se perfiló en las elites nacionales o regionales emergentes, esto es, la combinación entre una concepción práctica de la política con una nueva forma de expresión del conservatismo, esto es, el asistencialismo estatal con caridad, acuñado con el auge de la exportación del café, es decir, con un modelo económico progresista, la exportación, pero especialmente preocupado por los azotes y las consecuencias de la vida capitalista. La denominada época del “Republicanismo” sorteaba las herencias frustrantes del estancamiento del país prolongado por el siglo XIX, con el impulso al menos formal de darle a Colombia la entrada al siglo XX en una simbiosis de tradicionalismo con modernidad, contradictorio pero eficaz, dadas las circunstancias del país, lo que en últimas, planteaba una innovación o variación entre los ideales y las prácticas políticas, con la exigencia y demanda de elevar la participación del ciudadano común en los resortes de la consolidación de la patria. Por ello, Colombia entró al siglo XX, por la puerta de atrás, ya que eran incipientes los elementos de cambio en las mentalidades como eran todavía insinuantes los procesos de modernización social, según los índices de industrialización, urbanización, expansión demográfica e infraestructura, era todavía una sociedad señorial en medio del impulso del comercio y de la economía de mercado con visos hacia el exterior. (Gutiérrez, 1989).

De modo que Carlosé, vivió una época de disyuntivas. Una era tumultuosa, de vaivenes políticos, de incertidumbre económica, de inestabilidad jurídica, de herencias combativas y actitudes incendiarias, de pobreza, subdesarrollo, anomia, incultura, con escasa infraestructura, material y espiritual. En medio de un país por hacerse, orientarse, dirigirse y planificarse, Carlosé convivió con el oportunismo, la abyección, la incredulidad, la corrupción, el clientelismo, la hipocresía, la beligerancia, la repartición del poder a ultranza y más específicamente, con una nación real, donde el monopolio político de los cargos públicos, de la administración pública y de la burocracia se definían por lealtades sinuosas y no por principios éticos, ni virtudes, ni referentes educativos, ni ilustrados (López, 1927).

En fin, una sociedad cuyos valores tradicionales se han utilizado para la malevolencia, para la particularidad, para el personalismo de partidos o de agrupaciones facciosas y no para el bienestar general y colectivo, una sociedad que tras la crisis de esos valores tradicionales, celebraría el centenario de la Independencia de nuestro país (1910) con un llamado al patriotismo y no al enfrentamiento y el desangre como era lo normal del siglo XIX. El *Republicanismo* se afirmaba entonces en medio de un proceso particular donde el país entraba al mundo del capitalismo, cuya sociedad se basaba en el hedonismo, el placer, pero también, en el juego, los vicios, lo que una vez más, demandaba a las élites, plantearse el problema de lo social, enfrentarse a las nuevas experiencias de las masas que del campo se desplazaban a las ciudades (Romero, 1999), se masificaba, con unos nuevos valores que exigían desechar sus antiguos e imponerse como moda e innovación, lo que en últimas fue generando una “sociedad anómica” que debía desde sus bases contrarrestarse y por supuesto establecer la intervención del Estado para mejorar la situación de los ciudadanos.

El “Republicanismo” se consolida a partir del interrogante que formuló Carlosé y que se expresa de la siguiente manera: ¿Después de 100 años de Independencia a qué se debe el retroceso del país? Valga la pena igualmente señalar, después de propuesta hace 101 años la “Reforma constitucional de 1910” y de 201 años de las Independencias en nuestro territorio, qué la ha hecho avanzar o involucionar? Una de las corrientes que para la época se despliegan en Colombia y Latinoamérica tiene relación con el positivismo humanista que tendrá unos lazos ineludibles con la propuesta de Republicanismo de Carlosé. Este positivismo humanista se verá sustentado en las influencias intelectuales que de manera insinuante hace referir Carlosé en sus escritos de la “Orientación Republicana”, en especial en el primer volumen. Ese positivismo humanista cuyas fuentes propositivas que él mismo califica como lo mejor del proyecto republicano en Latinoamérica, aparecen citadas reiteradamente en sus páginas, con precisión señala a Émile Faguet, Anatole France, Bernardino Rivadavia, Esteban Echeverría y Juan Bautista Alberdi; en un pasado más remoto, considera republicanos a Simón Bolívar, Manuel María Mallarino; o en su tiempo cuenta como de la corriente de las virtudes republicanas a Pedro Justo Berrío, a quienes cita, extrae notas e igualmente comenta como bases de su consideración política de lo que es el republicanismo, como las fuentes principales y más destacadas.

Para Latinoamérica la tradición Republicana es una corriente que se ha impuesto sobre la base de confrontar o de limitar las guerras, las facciones políticas, los caudillos y los personalismos políticos, los vicios políticos de las naciones entre muchas de sus acepciones. (Aguilar y Rojas, 2002). No cabe duda que fue muy diciente para las élites la injerencia que tendrá con los años, el Porfiriato,

ya que se hacía alusión en dicha época a los procesos de modernización estatales, realizadas por la revolución mexicana. Carlosé lo indica cuando expresa la relación que tenían por ejemplo en términos de proyecto político la conjunción entre Porfirio Díaz y Rafael Reyes, es más, admira la capacidad emprendedora de ambos, la modernización de la sociedad desde el Estado, pero ataca y critica cómo se desarrollaron bajo la forma de despotismo. En especial, Restrepo hurga con admiración el “Quinquenio Reyes”, su papel emprendedor, pero aborrece sus equívocos políticos, sus inclinaciones al personalismo absoluto como a su despotismo presidencial autoritario. De otro modo, admira la mezcla que se empieza a experimentar entre nacionalismo y progreso económico, el que fue iniciado en Latinoamérica por Justo Sierra, luego pasa por José Enrique Rodó con su *Ariel* (1900), en la que se abre un capítulo especial que en el sentido del “Republicanismo” se verá de manera continua, con los interrogantes sobre si ¿Es necesaria la revolución para el progreso de las naciones? ¿Es necesaria la violencia para el progreso material y espiritual de los pueblos?

Hay una veta de crítica a la revolución y a lo que ella ha causado con la experiencia jacobina y el terror desde la Revolución Francesa de 1789, pero hay una simbiosis de admiración que conecta el nacionalismo como identidad nacional, patria con desarrollo y progreso económico y virtudes con ciudadanía. (Restrepo, 1972, p. 93). En el “Republicanismo” confluyen sin contradecirse, el orden y el progreso, la libertad y el orden, la paz política y social con el desarrollo económico, postulados en los que insistirá Carlosé, y a los que se referirá continuamente. En un pasaje expresivo de Restrepo se plantea esta conjunción ideológica del Republicanismo cuando dice:

La libertad, la justicia, el progreso, la buena administración, la defensa de los fueros populares, son ideales que pueden ser servidos por hombres afiliados en todas las comunidades, con sólo tener un poco de buena voluntad, un poco de generosidad y un poco de amplitud de criterio. Basta con no reputarse poseedores de la verdad; con admitir la sospecha de que los demás puedan tener también razón; y que la incertidumbre nos induzca a buscar la composición del justo medio. (Restrepo, 1972, Págs. 318-319).

Pero dichos lemas, postulados y slogans, tuvieron su expresión en la “Inteligencia americana”, especialmente, el radio de acción del que se originó fue el Ateneo de la juventud de México (Henríquez Ureña, 1984), el “Manifiesto de Córdoba de 1918” (Cuneo, 1988), y la obra que le precedió “*Ariel*” (1900) de José Enrique Rodó. Constituían una ola de ejemplares manifestaciones intelectuales y culturales, construcciones que emprendían una ruptura con lo envejecido del sistema colonial heredado del siglo XIX, en la política, en la arquitectura, en la economía, en la educación y aún en las letras, incentivaban la integración social en primera instancia

de reconstrucción nacional, de patria y patriotismo, de progreso y de modernización de las estructuras sociales consideradas obsoletas y envejecidas.

Regeneración y Guerra. Estos fueron dos referentes principales, las causas primordiales, en la que se inició, se acentuó y se desarrolló la reflexión del “Republicanismo”. ¿Pero qué contenían ellas dos? Primero la Regeneración. Son diversos los referentes a juzgar desde el cual, el discurso “Republicano” de Carlosé se ahínca para trazar sus contenidos y sus componentes. De por sí hay un ataque crítico a las dos constituciones de 1863 y 1886. Según Carlosé, lo primero que manifestaban estas constituciones era contener principios y realidades que generaban una contienda, pues, entre las ideas que los sustentaban y las realidades prácticas en que se aplicaron se generaron la ilegalidad, la exacerbación y la inconsecuencia con los principios republicanos de libertad, justicia, equidad, garantías ciudadanas. Las constituciones principales del siglo XIX, la del liberalismo radical- federalista – y la Regeneración - centralista autoritaria- se aproximaban por su carácter inconstitucional, sin controles y eficacia, sin legitimidad, porque fueron escritas en medio de las batallas y las guerras, como instrumentos concebidos por el vencedor contra los vencidos.

No ocultaba esta aseveración Carlosé al examinar de manera aguda y crítica las constituciones, una ya superada la de 1863, la otra que presidía al país, en las que encuentra Carlosé esa veta de la intolerancia, la irracionalidad y los elementos del faccionalismo político que llevaban a una mezcla entre el uso ilegítimo de la legalidad, como él mismo lo reseña cuando dice:

¿Se ha querido anular una constitución? Se apela por los demagogos o por los déspotas a los ayuntamientos, a las municipalidades. Los ayuntamientos o municipalidades levantan actas favorables a la intriga, y la constitución desaparece. ¿Se ha querido contra la ley, contra el organismo de la república, perpetuar en el poder a un caudillo dictatorial y bárbaro? Se apela a las municipalidades, se levantan actas que expresan la voluntad de los pueblos, y el caudillo se perpetúa y hace vitalicio. ¿Se ha querido glorificar la conducta de algún sátrapa desatentado? Se apela también a las municipalidades. Estas levantan las consabidas actas, y así se justifican y se enaltecen las brutalidades de la demagogia, o las brutalidades de la dictadura. Con esto no se ha hecho más que corromper a los pueblos, que, de complacencia en complacencia, de intimidación en intimidación, de abyección en abyección, han llegado a perder la conciencia de sus deberes y la conciencia de su soberano poder (Restrepo, 1972, págs. 110-111).

Las constituciones colombianas de manera arbitraria habían abusado de la legalidad para extender la ilegalidad, tornando en ilegítimas el poder como la textura de la jurisdicción y la normatividad sin controles y sin límites paradójicamente legales.

Las constituciones de 1863 y 1886 tenían unas semejanzas y unas aproximaciones, pues, en sus modos de operar y de ejecutarse no cumplieron con las aspiraciones republicanas, porque según Carlosé, tenían intenciones, pero en la práctica se convirtieron en constituciones, banderizas, presidencialistas, despóticas y autoritarias. De manera constante lo señala Calosé en todo el primer volumen de su obra “Orientación Republicana”, destacando sintéticamente cuáles eran los puntos de contradicción de esas constituciones, al señalar estos aspectos centrales:

1. El problema del poder político.

Las dos constituciones vulneraban todas las bases de la conformación republicana, en el sentido de la soberanía, la legalidad, la autoridad y la centralización del poder estatal. En cuanto a la soberanía, la legalidad, el proceso electoral, la administración pública y la ciudadanía se violaban todos los criterios de la legalidad, ya que la ilegalidad se desataba sin que pudieran establecerse órganos o límites al abuso del poder, ni desde los mismos partidos, ni desde el Estado, ni desde las constituciones, ni desde la ciudadanía, ni menos en los gobiernos, o desde la misma sociedad. Es notorio como lo indica Restrepo en el primer volumen de la “Orientación Republicana”, que el exceso del poder, el abuso del poder y la extralimitación de poderes, en especial, por parte del ejecutivo preferentemente, o del legislativo a veces, no fue ajeno de las dos constituciones, ni para los liberales radicales, ni para los conservadores de la Regeneración. Éste era uno de los muchos indicadores que deprimen, contrarían los principios del “Republicanismo”, que busca en su intención práctica, el equilibrio “del ejecutivo con el legislativo”, o viceversa, no su complicidad y su connivencia, separación de los poderes pero, ante todo, control jurídico de los mismos. ¿Una de las preguntas que se hacía Carlos E. Restrepo por ejemplo frente al liberalismo radical fue: ¿Cómo intervenir en guerras civiles regionales cuando el principio de inviolabilidad de las soberanías estatales del federalismo era indiscutido? Igualmente frente al conservadurismo de la “Regeneración” ¿Cómo desactivar los poderes extraordinarios del ejecutivo, cuando los mismos funcionarios públicos de las ramas legislativa y judicial, en sus principales órganos, son escogidos por el presidente de la República, según sus credos, su procedencia familiar, y aún más, de acuerdo a la afiliación partidista del presidente? Para quienes lean el primer volumen de la “Orientación Republicana” allí hay una serie de reflexiones muy agudas de esas dos constituciones del siglo XIX, de sus conexiones entre la ilegalidad y la legalidad.

2. La Oposición.

Las dos constituciones lideraron la liquidación y violaron los derechos de la oposición. No cabe duda, que la contienda electoral y las contiendas ideológicas,

propiciaron las muchas “Guerras civiles” del siglo XIX, en la que se constituía la figura del enemigo absoluto. No hubo garantías para la oposición, de hecho como lo dice de manera clara Restrepo, y lo ratifica Hernándo Valencia Villa, en sus “Cartas de Batalla”, las constituciones fueron productos de guerras que buscaban minar, excluir, suprimir, destruir, extirpar el contrincante político. El uso del poder político se hizo a nombre del partido de turno, que por medios legales e ilegales, disponía de todos los mecanismos jurídicos y políticos para exterminar al perdedor y doblegar con ello, al opositor minoritario de manera que quedara mutilado como contradictor político, bajo el lema del dominio político despótico y autoritario. Así fuese para los liberales que lideraron una de las constituciones más avanzadas en el país, la garantía de todas esas libertades, de credos, de imprenta, de movilidad, de pensamiento, sus banderas de las libertades se hicieron en contraprestación bajo las banderas de la vulneración de los principios jurídicos y políticos, bajo la obstinación de la persecución o del señalamiento, de la descalificación del contradictor. Los conservadores ortodoxos, católicos y nacionalistas de la regeneración no dudaron en aplicar esto mismo para los disidentes liberales. Un dato interesante en la evaluación de la constitución de 1863 como la de 1886 fue que ambas atizaron las pugnas y los odios religiosos en su lucha por la libertad, además de propiciar con el federalismo el derrumbamiento de la soberanía nacional y fomentar la anarquía mediante las disputas de las soberanías regionales. Una de las causas fundamentales del proyecto “Republicano” es garantizar la oposición y avalar en el escenario político el papel, la función y la defensa jurídica de las minorías.

3. Lo electoral.

El fraude electoral. Según las constituciones, una que imponía la fragmentación u otra que establecía la centralización, las dos constituciones violaron los principios electorales, democráticos, libres y transparentes. En el Federalismo, cada Estado soberano expedía según su criterio, las reglas procedimentales de lo electoral, en las que muchas veces, el fraude, la corrupción, la manipulación y hasta la farsa electoral, eran imposibles de juzgar, controlar e incluso sancionar o fiscalizar, por cuanto, las elecciones se realizaban según criterios administrativos de procedimientos en cada uno de los Estados federados de acuerdo a conveniencias, oportunismos o lealtades personales, partidistas o locales. Y en relación con la centralización conservadora de la regeneración el voto fue censitario e indirecto, dependía de las condiciones educativas y aún más de las creencias religiosas, igualmente se cometían los fraudes a partir de la manipulación de los resultados, o mediante la intimidación o persecución de los ciudadanos, como igualmente se variaban los criterios, resultados y procesos de votación según el manejo de los cargos públicos destinados a garantizar la

claridad o la transparencia de los mismos que fue muchas veces en contra de estos presupuestos. Algo que fue contundente en los antecedentes políticos de la llegada al poder presidencial del Carlos E. Restrepo, fue en concordancia a la esencia de la propuesta del Republicanismo, denunciar, cuando se produjo la elección de Rafael Reyes, quien llegó al ejecutivo en un cambio de los resultados electorales con el famoso fraude de “Padilla” en 1904.

4. La Enseñanza y la Educación.

La secularización o separación entre el poder civil o político y el poder eclesial, como el monopolio sacralizado de la instrucción pública o privada, constituyó uno de los referentes de la intolerancia, el fanatismo, la combatividad, en fin, el delirio de las guerras del siglo XIX. En un caso u otro, en 1863 o 1886, la educación fue instrumento o motivo de agudas polarizaciones como de desenfrenadas enemistades, que llevaron a la beligerancia. El control de la educación y no su desarrollo, eran primordiales para la conformación de la nacionalidad. Así mismo, era un instrumento de control del poder político, porque si se era radical liberal o si se era conservador nacionalista, ambos utilizaron las instituciones educativas como escenarios de operaciones bélicas. Producto de las libertades, o de la moral católica, los Radicales o los nacionalistas de la Regeneración, habían ejecutado una serie de medidas que atizaron, estimularon, excitaron y avivaron, los odios partidistas: de un lado, luchas desenfrenadas por lograr la libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de imprenta, libertad de cultos, desamortización; o riñas o disputas enconadas por lograr la censura, la alianza o pacto con la Iglesia, el Concordato, la protección de las comunidades religiosas, según fue el caso de cada una de las dos constituciones, que entre otras exigían prerrogativas, demandas, derechos o garantías de acuerdo a los dogmas, credos o afectos desmedidos. La educación fue motivo de beligerancia continua. Para Carlosé la secularización, o división entre el poder sacro y el poder político era una medida imprescindible para reformar no solamente la constitución de 1886, que en su esencia era religiosa. Su líder espiritual, Miguel Antonio Caro no concebía una ciudadanía secular, sino sacra y su estilo de gobierno era ultramontano, presidencialista pero ante todo, autoritario con tintes de moral pública católica.

5. Los Partidos.

El partidismo absoluto. Una de las mayores banderas contra las cuales se plantea el Republicanismo es el providencialismo o personalismo político. Durante el siglo XIX, los líderes partidistas fueron en general caudillos hacendarios, algunos militares, otros profesionales universitarios, o caudillos comerciantes, que convirtieron los partidos en la representación personalista de sus guías o líderes

particulares. El providencialismo y el personalismo, se expresaban mediante la construcción de programas políticos en las que figuraban, más que posiciones políticas, se expresaban rencillas, odios, venganzas, o revanchas personales, incluso según la región, o según la procedencia. Partidos constituidos mediante programas liderados por disputas personales, ya para procesos electorales, ya para gobernar, ya para liderar o dirigir el país, fue lo que permitió una mezcla entre política y particularismo, entre ideas y odios banderizos, que llevaron al ataque, la conspiración, los golpes de Estado, las guerras, como a una continua polarización de la vida política. Una sociedad en la que los odios banderizos, personales mezclados con partidos políticos, militarizaron a su vez sacralizaron la vida civil o social de Colombia. La mayor preocupación de Carlosé al evaluar en sus escritos las constituciones de 1863 y 1886, y proponer su idea de “virtudes cívicas”, era la inercia, lo inerme y la proclividad a la movilización banderiza o guerrerista del pueblo colombiano. Carlosé hace una aguda reflexión política sobre las condiciones culturales y políticas del ciudadano colombiano, un pueblo que muchas veces se veía sustraído a los vaivenes de las luchas banderizas, sin opinión, sin educación y sin real participación en los asuntos públicos del país. Después de la guerra de los Mil Días, en la que participó como Jefe del Estado Mayor de la División Ospina, observó con preocupación dos cosas, la movilización de los bandos beligerantes que se fueron desprendiendo de sus jefes, inclinándose más aún a la delincuencia y la criminalidad, la denominada “Guerra de guerrillas” de los Mil Días, la proliferación de crímenes de guerras cometidos por los ciudadanos alinaderados; y el problema de los prisioneros de guerra que puso en el tapete el tema de la pena de muerte, el destierro y la cárcel, no la amnistía o la rendición con garantías, ya que Sanclemente, como Marroquín y Reyes fueron de la idea que era necesario el fusilamiento, o la ejecución de los detenidos. En uno de los escritos sobre este tema Carlosé hace un análisis a profundidad sobre los prisioneros de guerra como instrumentos políticos, asunto que en la actualidad es candente por lo que vivimos en nuestro país, no solamente con el tema del secuestro sino también con los denominados triunfos o golpes del gobierno.

6. La prensa.

Opinión Pública y libertad. Ineludiblemente, el órgano de mayor prestigio pero el causante de las innumerables guerras civiles del siglo XIX, fue la prensa. Aunque uno de los derechos más debatidos, luchados y perseguidos es el de la libertad de imprenta, al que ineludiblemente concurre el de la libertad de opinión y de escritura, junto a estos principios de las sociedades democráticas y republicanas, está el problema de la censura. Si algo caracterizará la crítica

republicana es la insuficiencia de las normas públicas en los gobiernos cuando a la existencia de la prensa no se la garantiza como instrumento político, con la promoción del alfabetismo. La observación crítica a este respecto de Carlosé sobre la constitución de 1863, era que se garantizaba la libertad de opinión, de escribir y de imprimir para un país donde casi el 80 o 90% de la población no tenía educación básica y por lo tanto, no sabía leer o escribir. ¿Puede existir la libertad, en especial, el voto libre, la elección ciudadana transparente y a consciencia sin educación básica? Fácilmente la movilización política en Colombia deducía Carlosé se hizo mediante la oratoria, la cultura oral o con la simple adhesión o adscripción de lealtades tradicionales, herencias familiares, procedencia regional o credos heredados mediante rivalidades. De igual manera, la Guerra de los Mil Días se presentó por la disputa que en el seno del conservatismo y del liberalismo generó el famoso artículo “K” transitorio de la constitución de 1886, que enfrentó a Miguel Antonio Caro con los denominados conservadores históricos y liberales radicales. Con ese artículo transitorio, el presidente a discreción podía censurar, mediante el cierre de los periódicos, la multa a los escritores, la cárcel, cuando no el destierro a quienes hacían oposición al gobierno o sencillamente incitaban a la rebeldía o la beligerancia. Si un punto de reflexión fue sustancial para el “Republicanismo” es el de las garantías constitucionales para la libertad de opinión y de escritura. De hecho, fue la censura a la prensa la que activó la guerra de los Mil Días, en la que liberales radicales de viejo cuño, como por ejemplo Rafael Uribe Uribe y el sector del conservatismo Histórico entre ellos Marceliano Vélez y Carlos Martínez Silva, se acercaron para luchar contra el despótico régimen de la Regeneración de Caro, y en su momento contra las arbitrariedades del gobierno conocido como el del “Quinquenio Reyes” (1904-1909)

Dichos puntos centrales constituyen la síntesis de los referentes de análisis que le dieron los fundamentos necesarios al proyecto del Republicanismo, no solamente ya como manifiesto sino como programa de gobierno en la entrada del siglo XX en Colombia. Por ello, la discordia que se generó frente al amplio lapso en que dominó la dirigencia de la Regeneración, se expuso mediante escritos polémicos, de debate y controversia, a través de la prensa, que componían una nueva generación de políticos desde la oposición, en la que se unían paradójicamente, el sector liberal radical y el sector de los conservadores moderados distanciados de la Regeneración, ambos excluidos y marginados del control del poder político, ya que entre otras razones, los cargos públicos de la administración del Estado como las políticas que se orientaban a través de ellos estaba determinada por la fidelidad y por la lealtad de la burocracia encargada de mantener el régimen liderado por Núñez y Caro, como se asociaba también al fraude electoral y a la corrupción. Lo peculiar

de la dominación y el control político de la Regeneración, fue aislar en lo posible del espacio político a los liberales que heredaron la política del radicalismo y del *Laissez Faire*, el federalismo y la descentralización administrativa, las libertades individuales y la secularización del país.

Su aislamiento se hizo mediante la restricción no solamente a través de los cargos públicos sino mediante la censura de prensa. Como lo indica Charles Bergquist en su investigación del libro “Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias” (1999), cuando afirma que las leyes promulgadas por los gobiernos de la Regeneración estaban orientadas a desarmar no solamente al partido liberal radical, sino también, a destruir sus ideas o políticas engendradas a lo largo de dos décadas (Bergquist, 1999, p. 72). Es un punto coincidente entre el Federalismo y la Regeneración, esto es, entre el liberalismo radical y el conservadurismo carista, el que por vías diversas pero en últimas con la misma intención buscaron desactivar como fuera al contrincante o al opositor político. Por un lado, los radicales pese a lo ejemplar de su constitución de 1863 en la que se garantizaban las libertades y la controversia política, utilizaron el fraude y la corrupción de manera termitente, como igualmente, los gobiernos de la regeneración utilizaron la fe y las creencias como actitudes políticas vinculantes para desterrar a quienes se le oponían. Los puntos centrales de la disputa entre liberales y los gobiernos de la Regeneración fueron los siguientes:

A- El problema de los derechos civiles y políticos; B- la oposición política y el sistema electoral; C- la censura a la prensa y los impuestos a la exportación del café; D- la emisión del papel moneda.

Inicialmente, Núñez impuso en febrero 17 de 1888 una ley de censura a la prensa, en los que el presidente a discreción podía criminalizar a los periódicos que iban contra el gobierno, contra el presidente y contra las instituciones. Pero fue la ley 61 de mayo 23 de 1888, conocida como la “Ley de los Caballos”, la más autoritaria de todas las leyes de la Regeneración, por cuanto otorgaba poderes extraordinarios al presidente, en la que se consideraba crímenes contra la sociedad:

las publicaciones que incitaran a desobedecer la ley, que menoscabaran el respeto y la dignidad de las autoridades civiles y eclesiásticas, que atacaran la Iglesia, que incitaran a una clases social contra la otra, o que impugnaran el sistema monetario. Las sanciones se clasificaban desde leves hasta extremas: desde la prohibición de anunciar y vender la publicación en la calles, hasta su suspensión permanente. Bajo este decreto fueron suspendidos varios periódicos liberales y desterrados sus directores (Bergquist, 1999, p. 73).

La censura a la prensa como las medidas monetarias de la Regeneración, atizaron el descontento que se alentaría con la contienda armada de 1899 a 1902, ya señalada.

De 1901 A 1910: Los años decisivos y la transición política al Republicanismo

Inicialmente el mayor impacto que se produjo en la coyuntura de 1899- 1910 fue el desenlace de los procesos acumulados que ya venían gestándose en el gobierno del “Quinquenio Reyes” (1904-1909), es decir, la consolidación de una nueva generación de líderes políticos provenientes de la exportación del café, lo que producía una confrontación con los programas políticos, las prácticas políticas y la dirección del Estado de las antiguas elites políticas. En este punto hay un nivel de concordancia, Reyes inició un proceso latente e incipiente de administración racional del Estado, al que no pudo asistir en su completa realización, siendo capitalizado por los gobiernos republicanos de los años 20. Tanto para Uribe Celis como para Marco Palacios, el “Quinquenio” dio las bases de lo que serían las más importantes medidas administrativas y reformas jurídicas de los años 20, especialmente, la instrucción, la administración, la justicia, lo urbano e incluso en lo electoral. Para comprender la medida de las consecuencias que dejó el “Quinquenio” a los posteriores gobiernos comenta Marco Palacios:

El régimen del quinquenio buscó crear un clima de convivencia para emprender el desarrollo económico, proceso en el cual se estimaba que las empresas norteamericanas jugarían un papel central. Entre sus saldos quedaban el autoritarismo, el parroquialismo cultural y la visible corrupción de una rosca de favoritos y amigos políticos que sin remordimiento confundieron la hacienda pública con la privada. El gobierno transicional de González Valencia restableció la libertad de prensa y convirtió al Banco Central en un banco privado más. El colapso del quinquenio fue capitalizado por la corriente republicana, frente bipartidista que surgió en vigor en Bogotá y Medellín a comienzos de 1909, con la bandera de una reforma constitucional que limitara el poder presidencial y fortaleciera el Congreso y los departamentos. Sus huestes, capitaneadas por el concejo municipal de Bogotá, lograron suficiente respaldo de las municipalidades y el vacilante González Valencia debió convocar una Asamblea Nacional que reformaría la constitución y elegiría presidente para el siguiente periodo. (Palacios, 2000, p. 93).

Con el triunfo en 1910 de Carlos E. Restrepo, prestigioso abogado antioqueño, opositor de Reyes, conservador moderado, se le conoció como representante del primer gobierno de los “Republicanos conservadores”, de hecho su coalición suprapartidista se denominó “La Unión Republicana” y su programa “El Republicanismo”. Se inició de este modo, un camino hacia la tensión modernidad y tradición, o una mixtura entre el pasado y el presente en la política que pondrá en jaque a muchos fenómenos políticos heredados y le dará la entrada a muchos problemas políticos novedosos. Con Carlos E. Restrepo se posibilitó entonces el ascenso de una nueva

elite, regional preponderantemente, la que destronará el viejo estilo, ideológico, de las elites decimonónicas, atrapadas en la obstinación de la oratoria belicista y de los privilegios de casta más que de clase. Junto a esta emergencia de las elites regionales en la configuración del poder político en Colombia se suma, el fenómeno de la masificación y el crecimiento demográfico en Colombia, reformulando la relación entre elites, masas y el poder político (Uribe Celis, 1985, p. 24).

Por lo pronto los ejes que tendrá que afrontar la élite republicana se debieron a las insolubles problemáticas que dejaba el gobierno Reyista, entre los que se encuentran: la elección presidencial, lo electoral, los tratados del Canal de Panamá, la tierra, la cuestión obrera, la infraestructura, la administración del Estado, la participación y la representación ciudadana, la urbanización, la cultura y la regulación de la vida cotidiana, entre muchos otros factores. Para lograr desentrañar los antecedentes del Republicanismo es necesario no olvidar lo que había establecido el gobierno de Reyes como queda dicho, esto es, los intentos por pensar el Estado de manera organizada y racional, despolitizar el Estado como instrumento partidista, poner en marcha la inclusión del país a la economía mundial mediante la exportación del Café, explotar las riquezas del país, en especial, el banano mediante las transnacionales, incrementar la infraestructura vial del país y consolidar un proyecto hegemónico de concordia bipartidista de tintes nacionales.

En su capítulo titulado “Café y las transformaciones socioeconómicas” (Palacios, 2000, Pág. 77-78), indica que siendo el café una actividad de producción tradicional y artesanal, se convirtió en el vehículo del ascenso social, movilidad económica, transformación cultural, pero en especial, el camino preponderante al mundo político en varias décadas. No es casualidad que en 1927 se haya creado la “Federación Nacional de Cafeteros” (Uribe Celis, 1985, p. 29), que seguía la serie de confederaciones que había impulsado Rafael Reyes en su “Quinquenio”. Lo que concuerda una vez más como lo comenta Uribe Celis, al decir que, una nueva burocracia, una nueva clase de tecnócratas, una nueva clase comercial, pero ante todo, unas nuevas dinámicas regionales, con lo nacional y lo internacional, matizaron la entrada de Colombia al siglo XX. En otra perspectiva, una coincidencia con la “Regeneración”; el país siguió concibiendo el control político y al Estado como el garante del ascenso económico y como el instrumento por excelencia de la subsistencia. Sin embargo, a contrapelo del siglo XIX, ya no era mediante la guerra o las prácticas corruptas o fraudulentas, - aunque ellas subsistieran con cierta moderación - e incluso a través de la imposición de las constituciones (Valencia Villa, 1987) sino más bien, se impuso en las nuevas elites, una idea de civilismo, que en últimas se podría entender como reglas claras y transparentes en los trámites políticos.

Los antecedentes de este civilismo político, o Republicanismo que encuadra con civismo, se dieron en los años 1909, en vísperas de la (Asamblea Nacional Constituyente de 1909), convocada por el vicepresidente, Ramón González Valencia, quien sustituyó a Reyes, luego de que dejara el cargo y se fuera del país en un barco de la “United Fruit Company” para Inglaterra. Aunque hay trazos del “Republicanismo”, en los años 1892 y 1893, fue en pleno furor y contienda entre las elites partidistas, de un lado, los nacionalistas de la “Regeneración” y de otro lado, los conservadores históricos con los liberales, unos moderados, otros, radicales, en la que se propusieron la bases de una “concordia nacional” mediante un pactismo de las fuerzas vivas del país, aglutinando para ello una tercera fuerza política capaz de derrotar a los intransigentes, dogmáticos, absolutistas y fanáticos de la época.

Como lo señala Fernando Correa, la idea del “Republicanismo” se instala en la necesidad de un tercera fuerza política, que rompiera con la lógica de la fórmula bipartidista y de la coalición conveniente y oportunista, que rompiera las alianzas negociadas y transadas, con el viejo pactismo, para construir un nuevo concepto de pactismo, es decir, una fuerza política que no estuviera dada por la alineación, ni el abanderamiento, ni la inclinación partidista, sino más bien por el patriotismo, por la nación, por las fuerzas dinámicas y vivas del país. Una fuerza que convocara nacionalmente y no sectariamente. Así en una carta de Carlos Albán a Francisco de P. Muñoz de 4 de febrero de 1893 se estimaba lo siguiente:

Formular un programa en forma de una Constitución acordada de antemano (y no entre el humo de los últimos tiros, como la del 63 y la del 86) y, en cuanto sea posible, de acuerdo con el mayor número de liberales ilustrados, con los cuales debería tenerse como base primordial de todo arreglo, un sistema electoral a prueba de fraude... Como creo que los liberales aceptarán el concordato de 1887 y se contentarían con que la cuestión de la pena de muerte se dejara a la ley penal, pienso que no sería difícil organizar un partido seriamente republicano, sin absolutismo, ni demagogias. (Correa, 1996, p. 21).

En Abril de 1899, Carlos E. Restrepo, insigne líder antioqueño, posterior dirigente de la “Unión republicana” y presidente de Colombia, manifestaba lo que sería para él una de las posturas fundamentales de su concepción política; la necesidad de la tolerancia como vía de la paz y la limitación de las pasiones partidistas como medio para construir la unidad nacional. En medio de la apertura de la “Guerra de los Mil Días”, el periódico “El Correo de Antioquia” que dirigía Restrepo, insistía en 1899, en la necesidad de la concordia y la reconciliación nacional. Durante esta época, el embrión republicano se constituía en lo que se conoció como las “Juntas patrióticas” en las que se extendió un activismo político que iba contra la dictadura de Reyes y se construyó una intensa propaganda política de opinión pública que limara las

asperezas de la confrontación y de la enemistad consecuencia de las posiciones del presidente Rafael Reyes después de experimentar un atentado infructuoso en 1896, lo que le indujo a medidas como la pena de muerte y la censura a la prensa.

En conjunción con el autoritarismo presidencialista de Reyes – poderes extraordinarios -, la guerra de los Mil Días había incentivado la secesión departamental. Por la experiencia de la pérdida del “Canal de Panamá”, se cultivó la incitación a la separación de las secciones departamentales como vía pragmática a resolver los conflictos con la centralidad de la nación. La fracturación o la vía separatista podían culminar en guerra que se tornarían más irracionales como de costos mayores. Por lo que Carlos E. Restrepo y sus seguidores, llamaban a la concordia nacional, a la unión de todos los ciudadanos, y en efecto en el año de 1904 ofrecían un panorama del país, bastante desolador y con las preocupaciones que marcaron los antecedentes del “Republicanismo”, la incitación constante de las rupturas regionales (Correa, 1996, p. 62.).

Aunque las Juntas patrióticas no prosperaron en el país, la de mayor consistencia y constancia fue la de Antioquia, de la que surgirá más tarde la denominada “Unión Republicana”. En 1904, en una reunión convocada de nuevo por Carlos E. Restrepo llamada “convención” se acordó que para las elecciones al Congreso en ese año se conformara una “Junta de conciliación nacional” que fundara las bases para la “reforma de la constitución” y permitiera la concordia de los colombianos. Para resumirlo, las reformas se concentraban en la descentralización administrativa, la ley electoral, la pena de muerte y la reducción del periodo presidencial. (Correa, 1996, p. 69). Como se sabe, en 1904 ninguna reforma constitucional impulsada por los sectores del conservadurismo histórico y por los conservadores antioqueños se realizó. Así, Reyes fue elegido presidente en 1904, de manera fraudulenta con los famosos resultados de “Padilla” en la Guajira que le dieron el puesto en el capitolio nacional.

Notemos que el 13 de diciembre de 1904, Reyes cierra el Congreso, convoca una “Asamblea Nacional Constituyente” en 1905, en ella se le otorgan poderes extraordinarios, con estas acciones se convierte a la luz de los opositores en dictador. Para la época, no se le veía ninguna diferencia con el régimen de la “Regeneración”, aún más, fue considerado como un imitador de Rafael Núñez (Correa, 1996, p. 91). Lo que desató la incidencia pública del Republicanismo de Carlos E. Restrepo fueron dos decisiones de Reyes que exaltaron los ánimos y que produjeron la necesidad de intervención de los conservadores antioqueños en el “Quinquenio”; tras el atentado de muerte, infructuoso contra Reyes en 1906, éste asumió medidas represivas, entre las que se encuentran, la censura a la prensa y la pena de muerte. Además hubo una discordia que aumentó la disputa entre Reyes y los antioqueños dirigidos por

Carlos E. Restrepo: el Ferrocarril de Antioquia, que Reyes pretendía convertirlo en propiedad de la nación.

En 1906, la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso, dejó mayor animadversión a los opositores de Reyes, éste, dadas las circunstancias, produjo un cambio en el gabinete, que fue elegido a su antojo y acomodo, por lo tanto, intensificó las tensiones entre su gobierno y los republicanos, que ineludiblemente fue precipitada por el tema del “Canal de Panamá”. Con el tema de la pérdida del Canal de Panamá se enardecieron las manifestaciones en la calle y se reiteraron por parte de líderes del país, la indisposición a la dictadura de general Reyes. Carlos E. Restrepo muchos años antes, había impulsado una campaña de desprestigio frente a Reyes, ya no solamente por el problema del “Ferrocarril de Antioquia”, ahora, los acuerdos sobre la pérdida del Canal de Panamá, atizaron las diferencias y las divergencias entre el gobierno con la oposición. Como punto final, de esta discordia, lo comenta Fernando Correa:

El acontecimiento que provocó la aglutinación y explosión de la oposición a Reyes fue inicialmente el intento de aprobar los tratados con Panamá y los Estados Unidos. Sin embargo, éste, que fue el florero de Llorente, se dejó de lado cuando la oposición cobró más fuerza, a tal punto que la discusión de los tratados pasó a segundo plano mientras se desarrollaba la lucha por llevar al país a las prácticas republicanas. Fueron entonces la soberanía e integridad del Estado, el sufragio libre, la constitución del cuerpo legislativo de elección popular, la libertad personal, la libertad de prensa, la amortización del papel moneda, el voto como condición correlativamente necesaria al impuesto y otros asuntos relacionados, los que convergieron en el programa de liberales y conservadores asociados en las juntas republicanas; discutidos también por los liberales vacilantes entre sentirse agradecidos con Reyes o entrar en la lucha por el pleno ejercicio de la democracia, y los conservadores puros, que se negaron a dejarse disolver en alianzas permanente con los liberales y para ello, para diferenciarse – aun con el temor de sus antiguos y queridos odios -, y como instrumento de organización e identidad, defendieron con ardor los derechos de la prensa inherentes a la libertad de opinión y pensamiento. (Correa, 1996, págs. 122-123).

Esas “Juntas republicanas” se convirtieron en la base social del “Republicanismo” pero nacieron en el contexto de la crisis del gobierno de “Reyes” y en el malestar que produjeron los acuerdos y los tratados sobre la pérdida del Canal de Panamá. Ante la salida de Reyes se creó una especie de interinidad política, por la ausencia en el poder del presidente, aunque no se veía jurídicamente si lo debía reemplazar el vicepresidente, que en ese momento era Ramón González Valencia, pues legalmente era el sucesor, pero una disposición de reforma de 1905 había señalado la supresión de la figura vicepresidencial y la designatura (Correa, 1996, p. 139).

Con todo, en julio 27 de 1909, Holguín presentó formalmente ante el Congreso, la renuncia de “Reyes”, despejando el camino jurídico político de la discordia, pues, los republicanos reclamaron la legalidad del vicepresidente González Valencia, quien sería presidente provisional de 1909 a 1910, año en que se realizarían las nuevas elecciones.

La candidatura de Carlos E. Restrepo levantó las sospechas de una nueva contienda ideológica y partidista, pero esta vez, las rivalidades se insertaban en las disputas regionales, el miedo a los antioqueños en su posible toma del poder alertó a los bogotanos quienes veían en esa candidatura, la monopolización y hegemonía del poder político por la clase en ascenso proveniente de las montañas. Las disputas regionales se agudizaron bajo esta nueva perspectiva. Pero no era solamente un bloque unificado en Antioquia, al interior mismo de los antioqueños hubo disensiones, como antipatías, la más clara fue la polémica de Pedro Nel Ospina frente a Carlos E. Restrepo. (Correa, 1996, p. 158). Finalmente, el 15 de Julio de 1910 fue elegido como presidente de la República, Carlos E. Restrepo, quien al saber de su triunfo de 23 votos a favor y 18 en contra, inmediatamente se alistó a poner en práctica lo que consideró eran las bases que hacía tiempo construyó de su idea de “Republicanismo”, en el que afirmó:

Hasta ahora he sido conservador; pero en el puesto que se me ha señalado no puedo tener partido político; desde la presidencia yo no debo miraros sino como a compatriotas, con iguales derechos, que debo proteger, a los unos y a los otros. Soy antioqueño; pero como presidente de la República, no soy sino colombiano. Soy católico; pero como presidente, dándole a la religión las garantías y la protección a que le ha dado derecho la Constitución Nacional, no puedo ser pontífice de ningún credo religioso, sino el garantizador de la libertad de las creencias, cualesquiera que sean, de todos los colombianos. Os suplico Gravéis estas palabras en nuestra memoria. (Correa, 1996, p. 159).

En conclusión, la elección de Carlos E. Restrepo propició las condiciones de recuperar la “República” bajo los lemas de la concordia, la conciliación y la unidad nacional. Para ello se inclinó a la reconstrucción de los aspectos políticos que habían dividido los partidos en bandos irreconciliables, y la recomposición de las prácticas políticas, negativas heredades del siglo XIX, se nutrió de una nueva dimensión en la que se desterraban los odios y las pasiones y se construía un espacio de intercambio y acercamiento personal y político. Para lograrlo sería necesario escudriñar las disposiciones de la “Reforma constitucional de 1910” y en contraste cotejarla con la trayectoria de las bases o propuestas de la denominada “Unión Republicana”. La beligerancia no culminó, y la entrada de Colombia al siglo XX, dejó en deuda el problema de la oposición política, porque si bien, el republicanismo se centró en la unidad bajo la idea de concordia y de conciliación nacional, las batallas ideológicas

y políticas no desaparecieron pero fueron pasando más de las armas al debate del sufragio como de lo electoral.

“Unión Republicana” y “Republicanismo”: las opciones en la débil consolidación del régimen político y la democracia colombiana

Ya hemos indicado que el Republicanismo de los años 10 al 30, como opción de las elites nacionales y regionales, se movió a partir de tres variantes: conciliación y tolerancia, educación y civismo, e intervencionismo y asistencialismo estatal. A continuación reconstruiremos las tres fases de este republicanismo, seleccionando para ello, los ensayos, los artículos y los programas propuestos por el representante más destacado de esta corriente, Carlos E. Restrepo. Esta figura antioqueña se destacó en el marco de dos periodos políticos de la transición de Colombia hacia el siglo XX: entre 1899 y 1903, en medio de los ardores y las disputas ideológicas que precipitaron la “Guerra de los Mil Días” y en el marco de la crisis y la oposición al “Quinquenio Reyes”.

Desarrollo y conciencia del progreso, pero ante todo, intervencionismo del Estado como asistencialismo se deslizan en las concepciones republicanas del siglo XX en Colombia, como lo demuestra sin lugar a dudas su mayor representante, Carlos E. Restrepo. En uno de los textos que expresan la matriz del *Republicanismo* aplicado a las circunstancias sociales y políticas de Colombia, llama la atención cómo liberalismo y conservadurismo convergen; a diferencia del recalcitrante conservadurismo romántico (Mannheim, 2001), que apelaba al pasado para superar las contradicciones de la modernidad capitalista con imposiciones autoritarias, en el Republicanismo, progreso y orden se conjugan mediante una nueva fórmula: el civismo. Virtudes cívicas significa en el plan republicano: disciplina, obediencia, entrega, compromiso, respeto, tolerancia, concordia, conciliación y mediación entre los ciudadanos, y con ellos, vinculación con el Estado de derecho.

Es necesario insistir que la noción Republicana de intervencionismo de Estado como asistencialismo, difiere de la concepción intervencionista del conservadurismo radical del siglo XIX, en especial, el de la “Regeneración” de Caro, por cuanto, aquí, se trata de modelar la “Conciencia” de los ciudadanos y prepararlos para la democracia y el capitalismo, mientras el intervencionismo estatal de la “Regeneración” fue una imposición ideológica cultural, autoritaria donde se esculpía la “consciencia” de los ciudadanos a imagen de un referente moral rígido, colectivista y corporativista. Sin embargo, antes de analizar los contenidos políticos del programa del Republicanismo, propuesto por su líder Carlos E. Restrepo, es imprescindible señalar

de qué modo evaluó la situación del país y como concibió mediante su programa político, cuáles eran las posibles soluciones a las contradicciones que vivía el país al entrar el siglo XX.

En una serie de artículos escritos en la Revista titulada “Colombia Revista Semanal” fechada el día 26 de mayo de 1916, indicó Restrepo cuáles eran los males del país y exploró cuáles eran sus causas y efectos de la crisis de la “patria”, en el contexto de la transición política de los años 20 del pasado siglo:

Tiempos difíciles alcanzamos para recomenzar esta propaganda republicana de tolerancia y caridad, de reconciliación y apaciguamiento, de concesiones mutuas y de transacciones racionales. Tiempos difíciles porque, como tantos lo habíamos previsto y publicado, con la concentración de los partidos se ha quintaesenciado el espíritu de partido, que no sabe de caridad, que no se reconcilia nunca y que con nada se acomoda. Tal es la mentalidad de la política dominante, agravada de modo singular por el hecho de que las más altas autoridades de la República se hayan creído en el deber de bajarse a la lucha partidista inmisericorde, y que la más prominente de ellas en el orden civil emplee las únicas energías que nos ha hecho el honor de revelar, en denigrar a parte de sus gobernados, en declararlos excluidos hasta de las luchas por la libertad y poco menos que excomulgados y fuera de la ley y de la patria (Restrepo, 1984, p. 203).

La conciliación y el pactismo cuya orientación ha de desestimular el carácter bélico ideológico del bipartidismo decimonónico y dirigirlo hacia una unificación partidista sin pasiones, odios, revanchismos o venganzas fue el centro del gobierno de Restrepo. Observando la situación política del país, en las primera década del siglo XX, no deja de criticar esta fórmula republicana el sectarismo político, la animosidad beligerante y la introyección del dogmatismo o fanatismo partidista de los liberales y conservadores, para asegurar que entre los males de Colombia, la confusión entre partidos y gobierno, o mejor, entre programas políticos y prácticas políticas ha sido lo que ha incrementado el desorden y la violencia de nuestra nación. En un ensayo del programa del *Republicanismo* se nota que:

El espíritu sectario arrastra a los partidos, cuando están en la oposición, a ser pródigos en promesas inconsideradas, para ganar popularidad y conquistar el poder. De ahí que ellos no pongan de acuerdo sus obras con sus palabras. Son unos en la oposición, donde prometen mucho, y son otros en el poder, donde no pueden o no quieren cumplir todo lo prometido. No es raro el caso de que ofrezcan una cosa y hagan exclusivamente lo contrario. Casi todos los gobiernos de Colombia habrían sido excelentes, si no se hubieran guiado por la política de partido; la oposición habría sido fecunda casi siempre, si el espíritu de secta no la hubiera desnaturalizado con frecuencia; y apenas hay problema público que no se hubiera resuelto si no lo hubiera estorbado el

sectarismo. Es curioso notar cómo surge éste y cómo se yergue en el seno de los partidos que son o creen ser numerosos (Restrepo, 1984, págs. 190-191)

La definición del Republicanismo bajo el anterior aspecto es muy claro, la reconciliación filosófica de las contradicciones de la modernidad capitalista, la conciliación entre ideologías, prácticas y programas políticos, la mediación entre el Estado y la sociedad civil; por ello, el mismo Carlos escribió refiriéndose al “Programa” que llevó a la Unión Republicana al poder, como un proyecto político en el que se da la confluencia de lo mejor del liberalismo y del conservadurismo, o sea, ni jacobinismo – entiéndase guerra y violencia o revolución - sino progreso económico; ni fanatismo reaccionario, intolerancia y absolutismo político, sino conciliación. Así entonces se define el *Republicanismo*, al agregar que:

Conviene llamar la atención a dos de las diferencias que distinguen específicamente al Republicanismo de otras agrupaciones colombianas: es la primera, que él no es una escuela filosófica sino un partido de índole neta y exclusivamente política; y es la segunda, que para él es base fundamental la solidaridad de todos los colombianos, por lo cual plantea todos los problemas en el campo de las conveniencias generales, con exclusión rigurosa de los intereses de partido. Dadas esas dos premisas, hay pocas cuestiones de alguna importancia en que la actitud de los republicanos pueda coincidir exactamente con la de los conservadores o con la de los liberales (Restrepo, 1984, p. 185).

Por ello, la crítica a la apología ideológica de los partidos, al sectarismo partidista, al caudillismo político, a las contiendas ideológicas, al absolutismo y al dogmatismo se entrecruza con la valoración de la política como escenario de educación, de tolerancia, de respeto, de vitalidad e incluso de civilización. La política en contra de la barbarie y a favor de la civilización expresa en el Republicanismo; la capacidad racional y práctica de los ciudadanos y los políticos en aras de lograr la concordancia y el acuerdo de la civilización política en Colombia. Para ello, el Republicanismo sintetiza un esfuerzo en el que la mediación política reúne aspectos que pueden parecer contradictorios, liberalismo con el conservadurismo, ciencia y religión, pacifismo con activismo político, educación con practicismo, entre muchos otros. Restrepo concibió que cristianismo, humanismo y Revolución social, no agitaban o generaban “Violencia o Guerra”, porque, la primacía que se le otorga al cristianismo se da porque se utiliza como medio, como freno a los azotes trágicos del mundo moderno capitalista, en la que se incentivan ya no los valores sociales como el egoísmo, la profanidad, el hedonismo y el placer, sino más bien, la virtud, la moral y la obediencia. El humanismo se establece como referente de consolación frente a la secularización que produce los vacíos sobre los cuales, los seres humanos pierden en cuanto seres genéricos, la solidaridad, la fraternidad, la

ayuda mutua; por ello, en el “Republicanism” se construye la virtud política y social como caridad, junto a ella, la Revolución Social se considera como progreso, pero no solamente el económico, el social, el político, sino más bien, el cívico de la civilización. Al respecto en una conferencia de 1890, ya define Carlos E. Restrepo, los contornos del Republicanismo bajo esos referentes:

Sin profanarse y sin que se presente a la liza en mundanas contiendas, puede esta sociedad, humilde y religiosamente, cumplir misión como factor social. Repito: acaso San Vicente jamás tuvo tal mira en sus acciones ni allá va el más ahincado empeño de las nuestras... Hablo señores, de los efectos puramente sociales que nuestras obras de caridad están llamadas a producir en la clase proletaria. ¡Bella misión es ésta de civilizar a los desvalidos, socorriéndolos! Que nadie extrañe mis palabras. Si el Cristianismo es un elemento de progreso, ¿Por qué no ha de ser también la Caridad, su hija predilecta? La llamada Revolución social no es un movimiento torpe, que entonces sería vencida por la fuerza: es una idea temible, que fascina por la verdad que parcialmente entraña: es el reclamo del trabajador que no alcanza a sustentarse y necesita vivir; del padre, para verse obligado por la escasez a desgastar en ruda labor las fuerzas de las mujeres y niños de la familia; del obrero, que ve llegar, con la vejez, la miseria. Uno de los caracteres que distinguen a la Caridad es la justicia: se da pan al menesteroso porque ésta es obra justiciera; porque es justo se enseña al que no sabe. La justicia de la Caridad se hermana con la parte que de justicia tiene la idea social; así unidos, el amor cristiano endereza a la hija de la Revolución, aleccionándola en el progreso. (Restrepo, 1984, págs. 131-132).

Los desajustes que provienen de la masificación urbana, de la industrialización, de la modernidad en el marco del acceso al consumo y al mercado, la competencia individual y los múltiples aspectos que devienen de la sociedad que transita a la producción y el trabajo, constituyen la mayor preocupación de los republicanos, en especial, de los que como Carlos E. Restrepo, pensaban que el desarrollo y sus implicaciones se atenuaban con procesos educativos y con la intervención del Estado en la cuestión “Social”. Los abismos que abría, el tiempo libre en la sociedad del trabajo, mediante el juego, los vicios, la criminalidad, las depravaciones que generaban incluso en la sociedad, en la que el desocupado, el desempleado, el “parado”, sin oportunidades ni herramientas para ser competitivo y funcional para la sociedad se presentaba como amenaza, como potencial “peligro”, han de ser contenidas mediante la “educación cívica” y con la asistencia del Estado, por ello, replica Carlos E. Restrepo:

Mediante el atinado ejercicio de la virtud cristiana en sus múltiples aplicaciones, podemos enseñar al hijo del pueblo que llegará a ser particionero en la riqueza nacional, no degradándose con el pillaje, sino ennoblecándose con el

trabajo; al padre de familia se le mostrará que tiene hermanos que preparan a sus hijos vocación honrada y recogen a los niños para educarlos y señalarles vías de fortuna; comprenderá el anciano que hay corazones para suplir su impotencia, y que su prole – heredera forzada de su infortunio - recibirá sustento en los senos fecundos de la madre Caridad... Tres palabras sintetizan las aspiraciones de todo miembro social: libertad, Igualdad, Fraternidad; aspiraciones que la Revolución prohijó y que la Iglesia no ha tenido embarazo en justificar, siempre que se les dé su recta inteligencia; esta madre tan sabia como buena también las ha proclamado sin embozo; y cómo no, si Jesucristo despertó en la humanidad tan nobles sentimientos, adormecidos cuando fueron pagados. (Restrepo, 1984, págs. 132-133).

La concepción republicana entonces de los años 10 al 20 en Colombia, sintetizó de manera prodigiosa, el liberalismo económico en el que se consolida la sociedad del trabajo y la producción con el ciudadano virtuoso, moral y cívico, que se ajusta a los procesos de organización e integración de la sociedad, en medio de la estructura social escindida y estratificada. Superar las contradicciones de la modernización mediante la conjugación de liberalismo y cristianismo, articulado al eje del progreso social entendido como civilización fue la obra, como la concepción política del *Republicanismo* de Carlos E. Restrepo. La denominada cuestión social, el problema de la degradación social a partir del proceso de industrialización se debía intervenir para integrar a los “desvalidos” a las nuevas condiciones urbanas y demográficas, por eso en su conferencia concluye con la idea de la “República de hermanos en el amor”, así lo indica el siguiente párrafo:

Ya veís de qué manera, sin profanarse – como al principio dije – puede la Sociedad cumplir misión docente, dando justa dirección a los tres sentimientos inflamados que agitan, al par que amenazan a los pueblos. De este modo piadoso y objetivo simbolizan la Sociedad de San Vicente de Paúl, al lado de las banderas que simbolizan Libertad, Igualdad, Fraternidad que infunden miedo, podrá ostentar entre sus muchos gloriosos estándares uno blanco que guarde cuidadoso entre sus pliegues el mismo lema, santificado por el cristianismo: Libres, en la Verdad; iguales, en el Derecho; Hermanos en nuestro Padre Dios!. (Restrepo, 1984, pág. 135).

La dimensión cristiana y católica como sofreno y no como fanatismo e intolerancia se enlazaba con la idea del ciudadano virtuoso y cívico.

El valor que se le da a la educación del ciudadano para las actividades del mundo del mercado, para el trabajo, la producción e incluso para la participación política son preponderantes del entramado del “Republicanismo” colombiano del siglo XX. En un texto particular, en la que concibe no solamente las sociedades de “mutua ayuda”, las organizaciones e instituciones encargadas de la caridad y de auxilio a

los desvalidos, a los necesitados, a los marginales y en general a esa capa de proletarios y de desocupados, se consolida con otras instituciones encargadas de llegar al pueblo, las denominadas “Escuelas nocturnas”. El ensayo titulado “Un tema antiguo de 1905 y tan eterno como la ignorancia” demuestra esa relación entre educación y practicismo que buscaba conciliar el liberalismo económico con las virtudes cívicas. La indigencia y la mendicidad, la holgazanería y la improductividad de las clases menos favorecidas, no proletarizadas de las ciudades que recibían el impacto contradictorio de la masificación figuraron como el caldo de cultivo de la mirada y preocupación de los “Republicanos”, por su incitación a la criminalidad o la violencia.

Desde la anterior óptica, Carlos E. Restrepo resumió y sintetizó su papel de liderazgo y su concepción misional política bajo los siguientes términos:

Creo por lo tanto, y mientras se carezca de recursos y de una masa general de obreros mejor preparados, debe educárseles en escuelas nocturnas, comunes para todos, donde no se les enseñe sino elementos sencillos y útiles, lectura, escritura, nociones de aritmética, dibujo lineal y algo de higiene, y por métodos sencillos y de inmediata aplicación. Más tarde, tan pronto como se pueda, tendrían las Escuelas Nocturnas su natural ensanche, estableciendo una o varias, sólo para determinado gremio de artesanos, en que cada uno de sus miembros pudiera perfeccionarse científicamente en la especialidad a que se ha consagrado. Las inteligencias así iluminadas no volverían a aguzarse para el mal, ni los corazones de esa manera domesticados tornarían a ejercitarse en el odio, ni los brazos amaestrados en el manejo de los instrumentos de producción esgrimirían ya más el hierro homicida (Restrepo, 1984, p. 137).

Virtudes y educación son los contornos valorativos del Republicanismo, acentuados en la responsabilidad del gobernante a acercar a los más desvalidos al proceso de civilización y de atenuar las ambiciones excluyentes de los más favorecidos o privilegiados por la riqueza. Nada delató más esa idea de Republicanismo que enlaza elevar la moral de los colombianos mediante la educación cuando Restrepo en un texto titulado “Prólogo a la tesis de grado de Miguel Moreno Jaramillo”, uno de los más grandes juristas antioqueños admite que

En efecto, una de las condiciones esenciales de progreso en las Repúblicas – condición que es una desventaja en las retrasadas y una ventaja en las prósperas – es la solidaridad en el esfuerzo progresivo. Las democracias no pueden civilizarse con buen gobierno y mal pueblo, con buenos representantes y malos representados, así como tampoco trocando estos factores. Hay urgencia de nivelar por lo alto y elevar aquella `masa de población nativa inerte e ignorante` a la altura de las clases superiores y a la dignidad de saber gobernar y saber gobernarse. Esta es la obra de educación social, de educación del pueblo: es la obra de las escuelas primarias, de artes y oficios y de agricultura: de

institutos industriales técnicos y de aplicación; de civilización de indígenas y de misiones catequistas; de conferencias públicas y de bibliotecas populares; de métodos modernos de experimentación; es la obra de los buenos caminos, de los ferrocarriles y de las vías fluviales; es la obra futura – pero de un futuro que necesita ser próximo – de los aeroplanos y de la inmigración. Sólo por este medio conseguiremos que la representación de las mayorías no sea lógicamente la representación de la corrupción política, sino de las virtudes del pueblo colombiano (Restrepo, 1984, p. 171).

Encausado a desactivar las pasiones políticas, es de notar de qué modo, se propuso entonces la superación del viejo pactismo decimonónico, oportunista y clientelar, por un nuevo pactismo, patriótico, nacionalista y tolerante, por ello, en el programa del Republicanismo, elaborado en la “Convención Nacional del Partido Republicano” se admitía lo siguiente: “Dentro de la justicia y las conveniencias nacionales, debe fomentarse la política de transacción entre los diversos partidos, porque ella concilia intereses antagónicos y promueve sentimientos de tolerancia, que son el alma de la civilización política. Es bueno y patriótico todo lo que contribuya a que la intolerancia, que en nosotros es enfermedad de raza, encuentre obstáculos y no halle ocasiones para trascender de las palabras a los hechos” (Restrepo, 1984, págs. 177-178). Contra los gobiernos de partido y la rotación de ellos mismos a partir de las contiendas bélicas como a partir de la corrupción que se incrusta mediante privilegios y prebendas con los puestos públicos, se erigió el Republicanismo tratando de construir un escenario político de transparencia y de democracia que restringiera los intereses personales, los intereses partidistas como las conveniencias políticas particulares.

Las reformas del *Republicanismo* en el contexto del régimen político colombiano se inclinaron a transformar las condiciones del juego político, básicamente en el asunto de la representación y la participación política. Bien lo hace notar de nuevo Carlos E. Restrepo cuando arguye:

Un sistema electoral sectario, aparente para que siempre triunfe el partido que gobierna, o para que se distribuya la representación de los pueblos en proporción convencional entre dos solos grandes partidos, con desconocimiento de otros partidos o agrupaciones, es la más clara negación de la República. El voto debe ser dado con libertad y escrutado con honradez, lo que es decir, en favor de los candidatos que resulten elegidos cualquiera que sea su filiación política, para lo cual es preciso que se reforme sustancialmente la legislación electoral, de manera de llenar estos objetivos. (Restrepo, 1984, págs. 178-179).

Lo que se ajustaba a la idea de civismo fue en el Republicanismo, el acatamiento y el respeto por las leyes y la constitución, de modo que se pudiera contener cualquier actitud o práctica viciada en la que las normas y las formas de regulación política

fueran utilizadas al antojo, capricho o arbitrariedad de gobernantes, partidos o sectas políticas que manipulaban el poder a su disposición y de acuerdo a sus intereses o voluntades. Contra la conveniencia política de los partidismos o personalismos, el *Republicanismo* instaba a la regulación de la sociedad mediante el firme y claro respeto a las leyes promulgadas por la nación, representada por la honradez, la virtud y la moral cívica de los gobernantes y en concordancia con ello de los gobernados. Pero este ajuste no era posible sin un nivel de equilibrio entre las masas y las elites, entre los partidos y sus dirigentes, entre sus liderazgos y sus seguidores, de modo, que la educación política figuraba como un resorte que podía oponer resistencia a la inclinación amoral e irracional de intereses políticos en contravía de los intereses nacionales. Las formas de participación y de representación política son viables a partir de la concepción de la política como concordia no como batalla o campo de disputas, por lo que en el programa del Republicanismo figura la siguiente idea del equilibrio entre los partidos:

Un partido fuerte puede llegar a ser una amenaza para las libertades públicas, porque tiene medios de dominar al país y de imponerle su voluntad. Los partidos pequeños no están en capacidad de amenazar a nadie; no logran prevalecer sino merced a sus buenas obras, y por necesidad indeclinable tienen que acudir a la política de transacción, que es la única civilizada, porque concilia los intereses antagónicos y promueve sentimientos de mutua tolerancia y de solidaridad nacional. El sistema de la lucha agria y amenazante, en que un partido trata de vencer al otro, de arrancarle concesiones, de forzarlo a mantenerse dentro de ciertos límites, de obligarlo a respetar los derechos del adversario, sólo sirve para enconar los ánimos, para aumentar la mutua hostilidad, para hacer más tercios a los contendores a los que se buscan. Los pocos progresos institucionales que hemos realizado, han venido siempre en momentos de tregua y de calma, en que cesan los gritos y los aprestos de lucha y en que los grupos transigen amigablemente. (Restrepo, 1984, p. 184).

Para lograrlo fue fundamental la “Reforma a la constitución de 1886”, en las que para lograrlo se procedió a plantear la referida “Reforma Constitucional de 1910”. Contenía ella, propuestas como: proteger los derechos de la oposición; fortaleció el poder judicial, eliminó la reelección, limitó los poderes de excepción, redujo el periodo presidencial a cuatro años, y consagró su responsabilidad en caso de violación de la ley, además buscó mecanismos para asegurar la vigencia efectiva de la constitución. La más importante logró el control constitucional. Desde las “Juntas Republicanas” que comenzaron a instalarse a principios del siglo XX, posteriormente el triunfo de la “Unión Republicana”, se inició un periodo de relativa calma y paz, en la que dominaron prácticamente los gobiernos conservadores moderados. El Republicanismo desapareció con su gestor y la transición de Colombia se daría en el siglo XX, a partir de una contienda esta vez con tintes desproporcionados,

pues, los años que fueron del 30 al 50, contemplaron la experiencia de la transición de los liberalismos a los protofascismos; de López Pumarejo, a Laureano Gómez, mediado por la muerte de Jorge E. Gaitán el 9 de abril de 1948; precipitando luego al Frente Nacional, en 1958, todos estos procesos mediados por los populismos de izquierda y derecha. A esta época le sucedería la violencia política, la conocida violencia bipartidista de los 40 y 50, en los que la exclusión, la intolerancia, el fanatismo y el dogmatismo dominaron, en un proceso político de involución del régimen colombiano hasta entrados los años 70 y los 80.

El balance del *Republicanismo* podría considerarse que fue la opción política para un país que en su modernismo reaccionario, esto es, liberalismo económico y conservadurismo dejaba intactos los problemas sustanciales del país a la entrada del siglo XX, pues aún no se consolidaba una sociedad que entrara decididamente a la modernidad y menos se resolvían los problemas fundamentales del tránsito hacia la industrialización, la masificación y la urbanización incipientes vividos en los años 30, 40 y 50. Todo lo contrario, Colombia siguió postergando su experiencia de la modernidad (Jaramillo, 1990), dejando en deuda los problemas que como cataclismo se expresarían de manera intensa y casi insoluble en los gobiernos sucedáneos. La cuestión religiosa, la tierra, las masas, el liderazgo, las elites, el partidismo, la nacionalidad, la burocracia, el urbanismo, la mujer, las organizaciones obreras, la anomia, la criminalidad, la educación, la economía, en fin, una suerte de problemas que en esos campos serán el azote de las posturas ideológicas y políticas de los incipientes liberalismos hasta la reacción de las derechas.

Como muy bien anota Jorge Orlando Melo, al hacer un balance del Republicanismo y de la obra y gobierno de Carlos E. Restrepo, al expresar que:

El disgusto de los grupos dirigentes del país por las prácticas del reyismo marcó la actividad administrativa del gobierno republicano. Iniciado con un serio desequilibrio presupuestal, mantuvo una actitud de rígida austeridad fiscal. Esto lo llevó a agudizar el conflicto con el Congreso, cuyas leyes de gastos fueron objetadas reiteradamente por el presidente. Los auxilios a empresas, los grandes proyectos de obras públicas se eliminaron casi por completo. En el terreno industrial, el gobierno, a pesar de los vínculos del presidente con los industriales antioqueños, se orientó hacia la reducción de las tarifas proteccionistas y la eliminación de las `industrias exóticas`, aunque en forma no muy doctrinaria. La situación económica, apoyada en un auge cafetero de magnitudes insólitas, fue elevando rápidamente los ingresos fiscales, de manera que el gobierno no debió enfrentar déficits reales serios, aunque los presupuestos expedidos por el Congreso seguían siendo muy superiores a los ingresos previsibles. Los sistemas legales lograron un notorio avance, con la expedición del código fiscal, que reemplazaba al de 1873, y que aclaró la propiedad de la nación sobre los yacimientos petroleros. Igualmente se

expidió el código de régimen político y municipal, que daría las normas para la administración pública durante más de 50 años. Por último se aprobó el código contencioso administrativo. En el aspecto militar, el gobierno reforzó la policía, que de unos 800 agentes pasó a tener cerca de 1500, y trató de modernizar el ejército, mediante el reemplazo del sistema vigente de reclutamiento forzoso y arbitrario por el servicio militar obligatorio, y con la preparación profesional de los oficiales, para lo cual se trajo una misión chilena (Melo, 2001, págs. 229-230).

La resolución del conflicto diplomático por la pérdida del Canal de Panamá, entre otros eventos marcaron el rumbo de los gobiernos Republicanos, el de José Vicente Concha (1914-1918) y el de Marco Fidel Suárez (1918-1922), los que encarnaron de nuevo esa convergencia de liberalismo y conservadurismo con matices diversos pero con una misma raíz ideológica: la paz y la conciliación partidista. No es acá el propósito y el espacio para poder considerar esos dos gobiernos, sino destacar del entramado político y del análisis político, lo que significó el *Republicanismo*. Con todo, a los intentos de reforma política se sumaba una serie de acumulados que si bien, hacia 1913 se oían los cantos de despedida del proyecto republicano, se podría considerar que fue una opción y un intento por darle regularidad a las instituciones políticas, tal y como lo vuelve anotar Melo cuando escribió:

La reforma constitucional daba las bases para una convivencia relativamente pacífica de liberales y conservadores, aunque permitiera a éstos condenar casi inexorablemente a los primeros a la situación de minorías. Durante el gobierno de Restrepo, los dirigentes conservadores y liberales hicieron una experiencia práctica de convivencia y un trabajo conjunto, cuya importancia sería difícil sobreestimar en la conservación del régimen constitucional durante los años siguientes. Aunque el país volvió a los regímenes de partido, y éstos reimplantaron las prácticas hegemónicas tradicionales, lo hicieron dentro de cierto legalismo y respeto a los derechos de la oposición (Melo, 2001, p. 231).

Las rupturas insospechadas por las elites y las masas, la insoluble e imposible construcción de la política de Colombia orientada a la democracia efectiva y eficaz, se demostrará con toda su magnitud e intensidad en los años que van de 1934 a 1958, entre la subida al poder de Alfonso López Pumarejo, pasando por la muerte de Jorge Eliécer Gaitán (1948) y culminado con la firma en Sitges y en Benidorm, del Frente Nacional en 1958. La modernidad reaccionaria colombiana haría su experiencia del tránsito del liberalismo a posturas protofascistas, que concluirá con la involución política y la violencia desenfrenada bipartidista con lo cual, la conciliación, la tolerancia, el pactismo racional, la justicia con caridad, el civismo y el legalismo, fueran sólo el algodón húmedo que termina desecho en medio de dos vidrios rotos, es decir, una nación mucho más fragmentada pero curiosamente,

una fragmentación diseminada de vidrios rotos, esparcida en el territorio, que tendrían alguna composición pese a su difusa imagen informe. Habría que esperar decenios para recomponer la espesura de los vidrios rotos en Colombia. O llegar a la conclusión que esa es nuestra imagen del país y de la realidad, como diría Jorge Gaitán Durán el insigne poeta de la “Revista Mito” (1955-1962), Colombia es una cosa impenetrable (Gaitán, 1999, p. 46).

Bibliografía

- ARENDDT, HANNAH. (1987). Los orígenes del totalitarismo. Madrid: Alianza.
- BERGQUIST, CHARLES. (1999). Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los mil días: sus antecedentes y consecuencias. Bogotá: Áncora.
- CANNETTI, ELÍAS. (2002). Masa y poder. Madrid: Alianza.
- CARO, MIGUELANTONIO. (1960). Obras Completas. Vol. I. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- CORREA, FERNANDO. (1996). Republicanismo y Reforma Constitucional. 1891-1910. Medellín: Universidad de Antioquia.
- DURKHEIM, EMILE. (2003). Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del derecho. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- ESCALANTE, GONZALBO FERNANDO. (1993). Ciudadanos Imaginarios. México: Colegio de México.
- GAITÁN DURÁN, JORGE. (1999). La Revolución invisible. Apuntes sobre la crisis y el desarrollo de Colombia. Bogotá: Ariel.
- GIROLA, LIDIA. (2005). Anomia e Individualismo en Durkheim. Bogotá: Anthropos.
- GUTIÉRREZ GIRARDOT, RAFAEL. (1989). Hispanoamérica: Imágenes y Perspectivas. Bogotá: Temis.
- HOBSBAWM, ERIC. (2003). Historia del siglo XX. Barcelona: Crítica.
- JARAMILLO VÉLEZ, RUBÉN. (1990). Colombia: La modernidad Postergada. Bogotá: Argumentos.
- JOHNSON, JOHN. (1961). Transformación política de América Latina. Surgimiento de los sectores medios. Buenos Aires: Hachette.
- MANNHEIM, KARL. (2001). Ideología y Utopía. México: Fondo de Cultura Económica.
- MAYOR MORA, ALBERTO. (2005). Ética, trabajo y productividad en Antioquia. Bogotá: Tercer Mundo.
- MARCUSE, HERBERT. (1970). Cultura y Sociedad. Buenos Aires: Sur.

- MELO, JORGE ORLANDO. (2001). "De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez. Republicanismo y gobiernos conservadores". En: Nueva Historia de Colombia. Historia Política 1886-1946. Bogotá: Planeta.
- PALACIOS, MARCO. (2000). Entre la Legitimidad y la violencia. Colombia. 1875-1994.
- PECAUT, DANIEL. (2001). Orden y Violencia. Evolución sociopolítica de Colombia entre 1930 y 1953. Bogotá: Norma.
- RESTREPO, CARLOS E. (1972). Orientación Republicana. Bogotá: Banco Popular.
- RESTREPO, CARLOS E. (1984). Carlos E. Restrepo. Medellín: Imprenta Departamental de Antioquia.
- ROMERO, JOSÉ LUIS. (1999). Latinoamérica: Las ciudades y las ideas. Medellín: Universidad de Antioquia.
- RUBIANO MUÑOZ, RAFAEL (2011). Prensa y Tradición. La imagen de España en la obra de Miguel Antonio Caro. Bogotá: Siglo del Hombre.
- SENNETT, RICHARD. (2001). El declive del hombre público. Barcelona: Península.
- URIBE CELIS, CARLOS. (1985). Los años veinte en Colombia. Ideología y cultura. Bogotá: Colombia Nueva.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO. (1987). Cartas de Batalla. Bogotá: Cerec.



Título: Apagando una ilusión 2

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensión: 24 x 36

GOBERNABILIDAD Y GOBERNANZA EN MEDELLÍN: ¿MODELOS EXCLUYENTES O COMPLEMENTARIOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN EL ESCENARIO LOCAL? *

* Este artículo hace parte del informe final de la investigación “Gobernabilidad y Gobernanza en el gobierno local: aproximación a formas de gobierno no convencional en Medellín en el periodo 2004-2007.” Financiado por Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI–.

Fecha de recepción: enero 15 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

GOBERNABILIDAD Y GOBERNANZA EN MEDELLÍN: ¿MODELOS EXCLUYENTES O COMPLEMENTARIOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN EL ESCENARIO LOCAL?

*Luisa Fernanda Cano Blandón***

RESUMEN

En los últimos años, gobernabilidad y gobernanza aparecen en el escenario local como modelos de gestión de lo público alternativos al modelo administrativo burocrático. Este escrito pretende dar cuenta de las expresiones de gobernabilidad y gobernanza, que tuvieron lugar en Medellín en el periodo 2004 a 2007 como una posibilidad para enriquecer la lectura sobre las formas de gobierno local que permita analizar la coexistencia entre el desarrollo local y la democracia participativa.

Palabras clave: Gobernanza, gobernabilidad, gobierno local, políticas públicas.

GOVERNABILITY AND GOVERNANCE IN MEDELLIN: ARE THEY EXCLUSIVE OR COMPLEMENTARY MODELS OF THE PUBLIC ACTION IN THE LOCAL SCENE?

ABSTRACT

In recent years, governability and governance appear in the local scene as models of public management alternative to bureaucratic administrative model. This paper pretends to explain the ways of governability and governance in Medellin during the period of 2004 to 2007. This may be an opportunity to enrich the reading on the forms of local government in order to explore the coexistence between local development and participatory democracy.

Key words: Governance, governability, local government, public policies.

** Abogada, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Magister en Gobierno y Asuntos Públicos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), México. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, luisafcano@yahoo.com.mx

GOBERNABILIDAD Y GOBERNANZA EN MEDELLÍN: ¿MODELOS EXCLUYENTES O COMPLEMENTARIOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN EL ESCENARIO LOCAL?

Introducción

En las últimas décadas los Estados latinoamericanos han implementado un paquete de reformas institucionales para replantear el modelo estatal que se impulsó entre las décadas del sesenta y el ochenta bajo la llamada era progresiva de la administración pública (Arellano, 2002:3) denominado “desarrollista” o “burocrático”, en la medida en que implicaba al Estado como motor principal del desarrollo, por lo que debía crecer en tamaño, funciones y propiedades para atender los requerimientos sociales de sus nacionales.¹

Sin embargo, pronto comenzaron a aparecer las fisuras de tales medidas. Desde la economía y la administración pública se escucharon voces que argumentaron la ingenuidad de la tendencia progresista al pretender separar la arena política de la administrativa (Niskanen, 1971 y Ostrom, 1973, citados por Arellano, 2002: 6), pasando por alto la racionalidad de los actores, quienes no perderán oportunidad para maximizar sus ganancias sin ningún tipo de consideración ética. A partir de esta consideración, se desarrolla la llamada Nueva Gestión Pública (NGP) como tendencia administrativa dirigida a dos propósitos fundamentales: i) recuperarse de la crisis de la deuda de los años ochenta y ii) reunir las condiciones de entrada al mundo globalizado.² Estos propósitos se condensan en lo que se ha conocido como gobernabilidad.

El nivel local del gobierno no ha sido ajeno a este impulso gerencial o de buen gobierno, por lo que se han propuesto medidas que buscan el saneamiento fiscal,

1 En este sentido, Prats (2006:191) señala que “hasta mediados de los años setenta las reformas administrativas se inspiraron en el modelo burocrático weberiano sobre el cual se construyó la arquitectura institucional del Estado democrático y social de derecho.”

2 “En noviembre de 1989, el Instituto de Economía Internacional convocó en Washington una conferencia sobre ‘El ajuste en América Latina: ¿cuánto ha sucedido?’ (...) John Williamson intentó un sumario de las coincidencias entre los presentes en la reunión que pronto devino en un auténtico manifiesto para la reforma económica conocido como el Consenso de Washington que incluía medidas de disciplina fiscal, prioridades del gasto público, liberalización financiera y comercial, privatización, desregulación y claridad en los derechos de propiedad” (Joan Prats Catalá 2006:487).

la transparencia y el desarrollo en el ámbito local. Sin embargo, recientemente y a partir de las críticas que se hacen al modelo gerencial por estar orientado prioritariamente a la eficiencia y descuidar la política, se sugieren medidas participativas y alianzas extra-gubernamentales para buscar el desarrollo en el escenario local teniendo en cuenta las condiciones globales, a lo cual se ha denominado, en términos generales, gobernanza. En palabras de Aguilar (2006:35) “recientemente nuestra referencia intelectual o profesional es en mayor o menor grado el enfoque de la nueva gestión pública y la nueva gobernación/gobernanza, que han surgido con el propósito de neutralizar las malformaciones fiscales y administrativas de los gobiernos” como propuestas alternativas o no convencionales que han dado lugar a un “movimiento que nos ha llevado de la administración a la gerencia y de la gerencia a la gobernanza” (Joan Prats, 2006:191).

El propósito de la investigación que da origen a este escrito es dar cuenta de las expresiones de gobernabilidad y gobernanza que tuvieron lugar en Medellín en el periodo 2004-2007 como una posibilidad para enriquecer la lectura sobre las formas de gobierno local que permita constatar el nivel de coexistencia entre el desarrollo local y la democracia, así como analizar, a través de estas expresiones el agotamiento de las vías tradicionales de la política local en la ciudad.

La investigación comenzó por detectar, obtener y consultar la bibliografía nacional y extranjera referida a las categorías principales del proyecto: gobernabilidad, gobernanza y gobierno local. Luego de la construcción del marco teórico se pasó a la documentación del caso de Medellín en el periodo 2004-2007 con el propósito de analizar la correspondencia fáctica con las categorías de análisis. Para ello se revisaron documentos públicos (informes de gestión, acuerdos municipales, decretos locales, informes de auditorías), pronunciamientos de veedurías ciudadanas y entes de control y resultados de encuestas aplicadas en el ámbito local, así como otras investigaciones sobre el periodo de gobierno de interés.

La investigación parte de la necesidad de una reflexión que permita analizar los sucesos políticos recientes en Medellín y que contribuya a la discusión de futuras propuestas electorales para la ciudad a partir de la pertinencia de los modelos de gobernabilidad y gobernanza, a los que urge dotar de contenido y de sentido.

1. El gobierno local.

Alicia Ziccardi define el gobierno local como “el ámbito de gestión de todo lo relacionado con el uso y apropiación del espacio urbano, el suministro de los servicios públicos y en donde se instalan las relaciones más próximas entre el gobierno y

la ciudadanía” (Ziccardi, 1995:13), es decir, es un ámbito de gestión económica pero también de relacionamiento político; es en este nivel donde se pone a prueba la democracia territorial y se convierte en una posibilidad la incidencia de la participación ciudadana en el diseño e implementación de políticas públicas.³ La gobernabilidad local se convierte, entonces, en un laboratorio para la innovación y la experimentación de políticas de ajuste y de estrategias público-privadas para responder a la crisis fiscal del Estado por lo que, alrededor de este concepto, se han generado propuestas desde el desarrollo local y la planeación estratégica urbana, que aluden al papel decisivo de las ciudades en los procesos de internacionalización económica. En la actualidad, de acuerdo con Prats (2006:256), el mundo funciona con base en las ciudades en virtud a su proximidad al individuo, por representar el primer ámbito de pertenencia a una comunidad política.

Este llamado al sujeto local como usuario-cliente –desde la NGP– y como ciudadano corresponsable –desde la gobernanza–, ha generado una tensión permanente entre las relaciones políticas y las relaciones económicas del gobierno local con sus gobernados. Al respecto, Ziccardi sostiene que “las preocupaciones en relación con el buen gobierno local suelen ubicarse más en el campo del desempeño administrativo que en el ejercicio del poder político. Pero junto con la eficiencia que se asocia a la disponibilidad de recursos técnicos y humanos, existen criterios sociales y políticos que otorgan legitimidad y consenso a la actuación gubernamental” (Ziccardi, 1995:14).

En similar sentido Enrique Cabrero explica que en el ámbito local se busca, por una parte, mejorar la eficiencia en la prestación de bienes y servicios a la población a través de herramientas que hagan menos costosa su producción y se atiendan adecuadamente y con mayor calidad las preferencias de los demandantes del servicio. Por otra parte, se busca fortalecer las relaciones entre ciudadanos y gobierno por medio de mecanismos abiertos de participación ciudadana como la cogestión de programas gubernamentales o la sistemática rendición de cuentas. Sin embargo, de acuerdo con este autor, los gobiernos locales terminan privilegiando las reformas de tipo económico inspiradas en la Nueva Gestión Pública “dejando para más tarde” las reformas que promueven una nueva gobernanza democrática.⁴

3 En cuanto a la delimitación de lo local, Gallicchio (2006) señala que algunas veces se refiere a lo municipal, a lo regional o lo metropolitano, en todo caso, el autor indica que “lo local” no se define a priori, sino que es, básicamente, una construcción social.

4 CABRERO, E. Instrumentos del *new public management* para construir una *new public governance*: el caso de los gobiernos locales en México. Fuente: <http://www.scribd.com/doc/29983737/Instrumentos-del-New-Public-Management-para-construir-una-New-Public-Governance> Consultada el 2 de noviembre de 2009.

Cabe señalar, además, que lo local en lugar de inspirar tendencias localistas o cerradas, parte de la idea de que las ciudades deben insertarse en una dinámica mundial compleja sin necesidad de tener como intermediario el nivel nacional de gobierno.⁵ Cabrero (2007) denomina esta situación la “revolución silenciosa” de los gobiernos locales que ocurre porque, por un lado, los patrones de la nueva economía mundial ofrecen ventajas a los gobiernos locales para “tejer redes de empresariedad local, la audacia para atraer inversiones y el ingenio para integrar estos elementos en un proyecto de desarrollo equilibrado y sustentable” (2007:13) y, por otro lado, son el espacio propicio para la consolidación de las prácticas democráticas y la construcción de una gobernanza estable.

2. La gobernabilidad: puesta en marcha de la Nueva Gestión Pública

Pese a que surgieron como términos equiparables, gobernabilidad y gobernanza son hoy en día conceptos distintos, pero en lugar de ser opuestos, podrían verse como expresiones de lo no convencional frente a la tradicional forma de gestión de lo público.⁶

Lo “convencional” puede ser definido como las rutinas tradicionales que obedecen a patrones predefinidos y predecibles por los actores, es decir, se deriva del término convención que significa “norma o práctica admitida tácitamente, que responde a precedentes o a la costumbre.”⁷ Así, los gobiernos convencionales se basan en precedentes, en una forma de concebir al gobierno que se encuentra arraigada en la vida política de una sociedad. Por el contrario, lo “no convencional” alude a alternativas de gestión ajenas a las dinámicas definidas por los sistemas políticos burocráticos y de partidos, esto es, a formas novedosas, diferentes o inéditas por medio de las cuales los gobiernos han intentado hacer transparente el uso de los recursos, eficiente la provisión de servicios y participativa la relación tradicionalmente corporativa y clientelista entre gobernantes y gobernados (Valencia, 1995:81).

5 Joan Prats sostiene que “la descentralización es uno de los procesos que más destacadamente acompañan a la globalización (...) Los desafíos específicos del desarrollo se dan hoy también en el espacio metropolitano y regional” (2006:186) por lo que “a los Estados les va a corresponder cada vez más un papel de ‘gestor de las interdependencias’ entre desafíos, actores y estrategias situados a lo largo del eje local-global” (2006:190).

6 El Instituto del Banco Mundial ha jugado un papel importante en definir las dimensiones de la gobernabilidad al crear los indicadores para su medición sobre los cuales se elabora un informe global desde 1996: Voz y Rendición de Cuentas, Estabilidad Política y Ausencia de Violencia, Efectividad Gubernamental, Calidad Regulatoria, Estado de Derecho y Control de la Corrupción.

7 *Diccionario Real Academia Española*. Fuente: <http://www.rae.es/rae.html> Consultada el 23 de noviembre de 2009.

Una primera dimensión de lo no convencional es la perspectiva gerencialista. Bajo sus recomendaciones, llamadas de “buen gobierno” o gobernabilidad, se buscó cerrar el paso a prácticas corruptas y formas clientelistas de hacer política mediante la imposición de la técnica de *management* proveniente de la empresa privada. Acciones tales como aumentar los controles y sistemas de evaluación por resultados, favorecer la rendición de cuentas (*accountability*) y la disponibilidad de información, desregular y privatizar, certificar procesos públicos bajo estándares de calidad, equilibrar las finanzas públicas locales, reducir instancias o jerarquías burocráticas innecesarias y asumir al ciudadano como un usuario de servicios públicos, fueron algunas de las principales iniciativas post-burocráticas de los últimos veinte años que han pretendido cerrar el paso al Estado desbordado, burocrático o desarrollista (Aguilar, 2006).

Bajo estas condiciones, en los modelos gerencialistas, el involucramiento directo de los ciudadanos y grupos sociales en las funciones nucleares del gobierno, constituye la excepción (Ackerman, 2004). Cunill (1997) critica este enfoque y denomina “participación administrativa” a las figuras de participación que propone la Nueva Gestión Pública vía “consulta no organizada” a los ciudadanos en tanto clientes e indica que es la tendencia predominante en América Latina. El sujeto convocado a participar es el usuario de un servicio particular, quien se invita a participar en la actividad que Cunill denomina “control de los consumidores” sobre la administración pública, actividad que desplaza la participación ciudadana en tanto ejercicio político. Así, la autora concluye que si bien las reformas de rearticulación de las relaciones Estado-sociedad de la década del noventa en Latinoamérica, enfatizan en la revitalización de la participación ciudadana, centran la atención en intervenciones individuales y, particularmente, relativas al control de calidad de servicios públicos, reforzándose así “la despolitización social y una mayor corporativización del aparato del Estado” (Cunill, 1997:298).

3. Gobernanza: ¿el camino democrático a la eficiencia?

De las críticas al primer sentido de lo “no convencional”, emerge especialmente en Europa, una segunda forma de guardar distancia respecto de la política tradicional mediante estrategias alternativas a través de las cuales el gobierno local pueda articular y perseguir los intereses colectivos sin necesidad de acudir a instrumentos coercitivos y estrictamente institucionales; formas alternativas que, sin embargo, no reemplazan sino que complementan la búsqueda de dichos intereses a través de los canales institucionales.

De acuerdo con Prats (2006:222) “llamamos gobernanza a la estructura de relaciones entre los diferentes actores a través de la cual se toman las decisiones sobre la cosa pública.” Por su parte, Aguilar Villanueva (2006:90) entiende por gobernanza “el proceso mediante el cual los actores de una sociedad deciden sus objetivos de convivencia –fundamentales y coyunturales– y las formas de coordinarse para realizarlos: su sentido de dirección y su capacidad de dirección,” es decir, la gobernanza tiene como centro de atención el proceso de decisión gubernamental y no la institucionalidad gubernamental, de ahí que se pregunte por las *prácticas directivas*, en lugar de las *capacidades directivas* y propenda por una gestión local relacional y no por una gestión local institucional (Aguilar, 2006:68).

La solución ya no es dotar al gobierno de vías institucionales de acción como lo pretende el modelo de gobernabilidad local bajo fundamentos teóricos del neoinstitucionalismo, sino construir prácticas, redes (*policy networks*) y relaciones que entienden la dirección de la sociedad como una acción colectiva compuesta por acciones gubernamentales y no gubernamentales. Bajo estas circunstancias el gobierno local se entiende como un organizador colectivo más que como un proveedor. En este sentido “la política es cada vez menos dirección política de organizaciones y cada vez más articulación de asociaciones entre diversos niveles de gobierno y con las organizaciones empresariales y las organizaciones y movimientos de la sociedad civil” (Prats, 2006:188).

Ambos modelos han recibido críticas. Por una parte, se dice que el enfoque de gobernabilidad desestima el papel político del ciudadano en aras de la eficiencia y el fortalecimiento de la institucionalidad, por otro lado, la gobernanza local, comienza a ser vista con recelo por académicos y analistas políticos, quienes consideran que bajo la bandera del empoderamiento comunitario, el capital social y la formación de redes, es posible llegar a una desinstitucionalización de las decisiones públicas y a un deslizamiento de las responsabilidades estatales a la esfera privada.

De lo anterior puede concluirse la necesidad de adoptar medidas provenientes de ambos modelos puesto que el fortalecimiento institucional no es incompatible con la participación de la sociedad en asuntos públicos, en virtud de que, para la gobernanza, es indispensable contar con un gobierno transparente, participativo y eficiente. De ahí que el gobierno pierda exclusividad pero conserve su centralidad en la actividad gubernamental.

Al respecto Prats (2006:200), indica que “los nuevos modos de gobernación que se reconocen crecientemente como gobernanza, no significan anulación, sino modulación y reequilibrio de los anteriores (burocracia y gerencia).” Esta evolución ha conducido al reconocimiento, incluso por parte de los defensores del gerencialismo, de la relación inseparable que existe entre el proceso de formulación de políticas públicas (*policies*) y el proceso político (*politics*) de modo que, ignorar este vínculo,

puede conducir a reformas inadecuadas (Stein y Tomassi, 2006:395) y a políticas públicas técnicamente adecuadas pero políticamente inviables.⁸

4. Gobernabilidad y gobernanza en Medellín en el periodo 2004-2007

En este apartado se presentan los discursos y las acciones que fueron implementados en la administración de Sergio Fajardo, así como el resultado de distintos indicadores en su periodo que, de acuerdo con el marco conceptual previo, pueden considerarse manifestaciones del modelo de gobernabilidad o de gobernanza.

4.1 Antecedentes

El municipio de Medellín a lo largo de la década del noventa, al igual que muchos escenarios locales en América Latina, fue receptivo al modelo de gestión político administrativa, sustentado en los imperativos de la eficiencia y la eficacia como soportes de una noción de buen gobierno y con el que, además, se intentaba oxigenar y acreditar unas nuevas prácticas que permitieran reinventar las formas de gobierno y la política.

El sentimiento de desconfianza en la política y en los partidos tradicionales, sirvió de soporte para que las formas no convencionales tuviesen un terreno abonado, de modo que nociones como lo cívico y lo gerencial, hicieron carrera en cuanto discurso y factor incluyente de propuestas por una nueva ciudad de la mano de un alcalde-gerente. En palabras de Arenas y Escobar (2000) “el malestar con los políticos hizo que se generalizara en los años noventa un discurso según el cual es necesario un administrador o un gerente al frente de los asuntos de gobierno con lo que se trasladan los conceptos de eficiencia y calidad al interior de las teorías sobre el buen gobierno”. Estos autores muestran como en el origen del discurso de la política no convencional en la ciudad, se encuentran elementos de ambos modelos: gobernanza y gobernabilidad. Por una parte, el recurso a “lo cívico” aparece como antecedente inmediato del modelo gerencial. En 1988 Juan Gómez Martínez y en 1990 Oscar Peña Alzate, en condición de candidatos conservadores, se mostraron como líderes cercanos y comprometidos con los problemas de las comunidades. Por otra parte, la imagen de un candidato alejado

8 El profesor Enrique Cabrero (2005:24) prefiere hablar del concepto de “acción pública” como la vía a través de la cual los gobiernos locales logran sinergias hacia un propósito colectivo, por lo que constituye un punto de intersección entre la acción gubernamental y la acción social, es decir, la acción pública se construye colectivamente bajo la dirección de un “Estado-socio” en la co-construcción de las opciones y los problemas públicos. Sin duda, este concepto aparece muy cercano a gobernanza pese a que el autor aclara que la gobernanza es una cualidad de la acción pública pero no constituye un marco de análisis.

de la política, joven y experto en gerencia en el sector privado, fue impulsada por el liberalismo en la campaña electoral de 1990 con el candidato Omar Flórez. Hacia 1992 este discurso seguiría cosechando favorables resultados y el turno sería para el candidato conservador Luis Alfredo Ramos quien imprimió la idea de eficiencia y competitividad de corte empresarial en los criterios de decisión pública (Arenas y Escobar, 2000).⁹

En los años posteriores, la idea de lo no convencional siguió obteniendo resultados electorales positivos, sin embargo, tal como lo señalan Arenas y Escobar (2000), esto no se entiende como prueba de una nueva cultura política en la ciudad sino, más bien, de la forma en que los partidos tradicionales acomodaron sus fichas para permanecer en la escena local ante el malestar ciudadano con la política convencional.

4.2 El gobierno de Sergio Fajardo Valderrama: ¿entre la gerencia y la participación?

Sergio Fajardo Valderrama recogió las banderas del civismo y la competitividad que habían hecho su aparición discursivamente en la década del noventa. Postuló su nombre a la Alcaldía de Medellín por segunda vez para el periodo 2004-2007 con el aval del Movimiento Alianza Social Indígena. La propuesta de un estilo político desde afuera de los partidos tradicionales logró el respaldo de varios sectores de la ciudad, llevando al candidato a obtener la más alta votación en la historia de la alcaldía de Medellín hasta entonces con 208.541 votos, correspondiente al 45,7% del total de votos. Sergio Naranjo, candidato que resultó segundo en la votación, obtuvo 100.931 votos.¹⁰ El diseño de una estrategia de acción pública basada en la capacidad gerencial, la participación ciudadana y la defensa del interés público, así como el llamado a la cooperación ciudadana, indican que el gobierno local 2004-2007 en Medellín recurrió discursivamente a formas no convencionales de gobierno. Lo que se intenta mostrar a continuación, es la correspondencia empírica de las políticas emprendidas en este periodo y de los resultados obtenidos, con los modelos de gobernabilidad y de gobernanza local.

4.2.1 Gobernabilidad local en Medellín

En el Plan de Desarrollo 2004-2007 “Medellín, compromiso de toda la ciudadanía,” se hace explícita la referencia a la gobernabilidad local. El Plan denomina su primera línea “Medellín gobernable y participativa” y señala que “hacer una ciudad Gobernable, se

9 Llama la atención que en las mismas elecciones a la alcaldía de 1992, el candidato liberal Aurelio Aguirre partía del mismo discurso, prueba de ello es su lema de campaña: “Medellín: nuestra gran empresa”.

10 Llama la atención el alto nivel de abstención en las elecciones locales, de 1.002.684 personas incluidas en el censo electoral, el total de votos válidos (427.746), indica una abstención de más del 50%. Fuente: <http://www.registraduria.gov.co/2003CC/e/val01001.htm?1> Consultada el 3 de septiembre de 2010

refiere a la necesidad de tener unas reglas de juego claras sobre la transparencia y la equidad, en la manera como se toman las decisiones de interés público”¹¹

En este periodo se promulgaron varios acuerdos relacionados con los propósitos del Plan en materia de gobernabilidad:

TABLA 1. PRINCIPALES ACUERDOS MUNICIPALES RELACIONADOS CON GOBERNABILIDAD

No. del Acuerdo	Tema	Síntesis
17 de 2004	Establece el sistema de informe de gestión del Municipio –Rendición de cuentas– con el propósito de mantener comunicación pública con la comunidad	El informe de gestión se realizará como mínimo una vez por año, ante el Concejo Municipal sobre información relativa a los procesos de fortalecimiento institucional y los resultados de ejecución del Plan de Desarrollo soportado en indicadores de evaluación
25 de 2007	Establece la obligatoriedad de la implementación del Sistema de Gestión de la Calidad en el Municipio y sus entidades descentralizadas como sistema complementario a Control Interno	Implementar el Sistema de Gestión de la calidad basado en la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública NTCGP1000:2004 como herramienta de gestión sistemática y transparente para dirigir y evaluar el desempeño institucional, en términos de calidad y satisfacción social en la prestación de los servicios a cargo de las entidades y agentes obligados
28 de 2007	Institucionaliza la Feria de la Transparencia en la Contratación en el Municipio de Medellín	El evento se realizará anualmente con invitación abierta y gratuita a los ciudadanos con el fin de conocer el plan de compras y proveedores del Municipio

Fuente: Elaboración propia

11 Esta línea incluye un componente de Transparencia y Desarrollo Institucional cuyo objetivo es “Incrementar el desarrollo de la gestión pública de la Administración Municipal buscando la eficacia, eficiencia y transparencia de sus actuaciones” a partir de estrategias como el fortalecimiento del Sistema de Control Interno, el desarrollo de la cultura de la Rendición de Cuentas, y el fortalecimiento de la Cultura Organizacional y de los sistemas de información para el seguimiento y control público de la gestión, entre otras. Plan de Desarrollo 2004-2007, “Medellín compromiso de toda la ciudadanía”, p. 18.

De acuerdo con Shah (2008:3) los principios de la gobernabilidad local son: eficiencia, rendición de cuentas y autonomía. Las variables relacionadas con la categoría de análisis “gobernabilidad” que se analizan en el periodo de interés pretenden dar cuenta de los dos primeros principios: a) Desempeño en el manejo de los recursos públicos y b) Transparencia y rendición de cuentas, las cuales se exploran a partir de los siguientes indicadores:

TABLA 2. VARIABLES PARA GOBERNABILIDAD

CATEGORÍA	VARIABLES	INDICADOR	FUENTES
Gobernabilidad	a) Desempeño en el manejo de los recursos públicos	1) Indicador de desempeño fiscal	-Departamento Nacional de Planeación (DNP)
		2) Relación de la deuda sobre los ingresos corrientes	-Informes Medellín Cómo Vamos
		3) Porcentaje de ingresos que corresponde a transferencias y a recursos propios	-Departamento Nacional de Planeación (DNP)
		4) Porcentaje de inversión sobre gastos totales	- Departamento Nacional de Planeación (DNP)
		5) Tendencia de la situación presupuestal (ingresos menos gastos)	- Estado de las finanzas. Informes de la Contraloría General de Medellín
	b) Transparencia y rendición de cuentas	1) Transparencia en la contratación municipal	- Encuesta Probidad 2006
		2) Resultados del Control Fiscal	- Estado de las finanzas. Informes de la Contraloría General de Medellín
		3) Confianza institucional y favorabilidad del alcalde	-Encuesta de Cultura Ciudadana 2007

Fuente: Elaboración propia

a) Desempeño en el manejo de los recursos públicos.

Posiblemente este aspecto de la gestión de Sergio Fajardo fue uno de los más relevantes para que Colombia Líder¹² lo eligiera como el mejor alcalde del país entre 188 postulados, teniendo en cuenta los siguientes criterios: liderazgo, política social, infraestructura, desarrollo económico, ambiente y gestión fiscal.

El desempeño fiscal comenzó a tener mayor relevancia como indicador para medir la eficiencia en la gestión a partir de la Ley 617 de 2000 cuyo propósito es la racionalización del gasto público nacional.¹³ En este periodo, el indicador fue favorable para el municipio de Medellín, teniendo en cuenta que va de cero a cien e indica mejor desempeño de forma ascendente: al inicio del periodo de gobierno comienza en 74,1 y termina en el 2007 en 80,7. Esto se verifica, además, con referencia a los valores y puestos obtenidos en años anteriores a este periodo; como se aprecia en la Tabla 2 entre 2000 y 2003 el indicador fluctuó entre 55 y 70, mientras en el periodo 2004-2007 osciló en promedio entre 74 y 80.

12 De este proyecto hacen parte, Publicaciones Semana S.A., Asobancaria, la Fundación Antonio Restrepo Barco, Fedesarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), RCN Radio y RCN Televisión, y la Fundación Fescol y "surgió con el objeto de monitorear y evaluar los programas y políticas de los gobiernos locales y departamentales." Fuente: <http://www.colombialider.org/scripts/verNoticia.php?idNot=146>

13 El índice de desempeño fiscal es un indicador sintético que desarrolla anualmente el DPN y se basa en cuatro categorías: disponibilidad de recursos (que se mide por la generación de recursos propios y la dependencia de las transferencias de la Nación); manejo del gasto (que se mide por la autofinanciación de su funcionamiento y la magnitud de la inversión); sostenibilidad del gasto (que se mide de acuerdo con la capacidad de generar ahorro propio) y manejo de la deuda (que refleja la capacidad que tienen las administraciones municipales para garantizar el pago de la deuda con sus ingresos).

TABLA 3. INDICADORES DE DESEMPEÑO EN EL MANEJO DE RECURSOS 2000-2007

Año	Indicador de desempeño fiscal	Puesto a nivel nacional	Relación de la deuda sobre ingresos corrientes	% de ingresos por transferencias	% de ingresos por recursos propios	% del gasto destinado a Inversión	Tendencia de la situación presupuestal (en millones de pesos)
2000	55,8	279	N.D.	18,9	43,32	45,6	24.979
2001	64,1	75	39,6	12,3	51,5	48,1	-33.822
2002	70,8	23	30,9	17,4	49,8	66,3	43.841
2003	70,8	31	33,8	35,4	43,1	71,9	-35.735
2004	74,1	16	24,1	30,2	38	76,2	189.378
2005	75,7	12	29,8	29,7	38,2	80,4	251.838
2006	77,6	10	28	26,7	38,5	84,5	192.165
2007	80,7	24	22	27,9	37,8	83,9	459.271

Fuente: Elaboración propia.

El segundo indicador, es la relación de la deuda pública municipal sobre los ingresos corrientes (suma de ingresos tributarios y no tributarios), el cual muestra la sostenibilidad de la deuda, de modo que un municipio será sostenible si la deuda no excede el 80% de sus ingresos.¹⁴ En este caso, el porcentaje se encuentra lejos del tope establecido por la Ley 358 de 1997. Como se ve en la Tabla 2, en el periodo de estudio la deuda pública se reduce respecto al periodo anterior que había alcanzado casi el 40% de los ingresos, entre 2004 y 2007 la deuda fluctúa entre el 24 y el 22%. Al final del periodo el saldo de la deuda pública asciende a 209.635 millones de pesos.

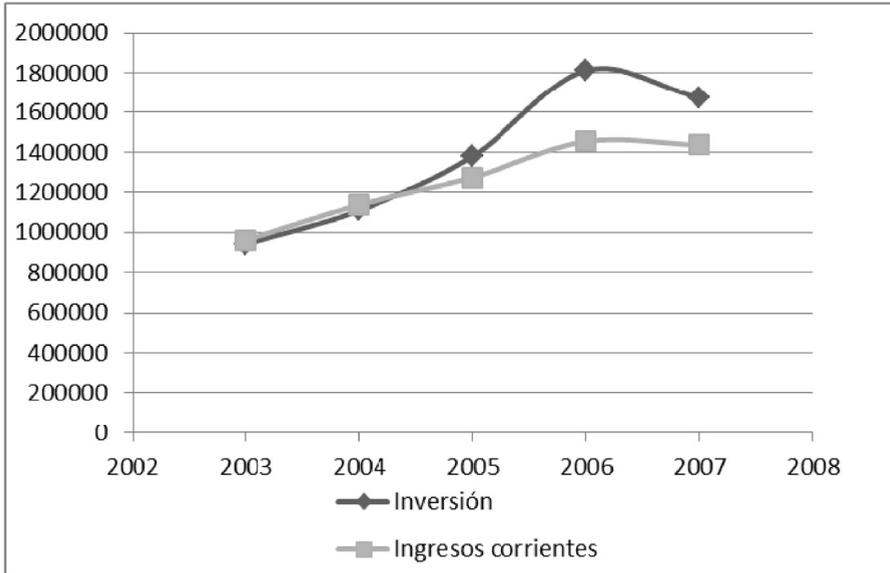
En cuanto al tercer indicador relativo al porcentaje de ingresos que corresponden a transferencias y a recursos propios, permanece relativamente estable en este periodo.¹⁵ Los ingresos corrientes del municipio pasan de 960.483 millones de pesos en el año 2003 a 1.435.155 millones de pesos en 2007.

De otro lado, el gasto público destinado a inversión oscila alrededor del 80% del gasto total del municipio, nivel que no había sido alcanzado en periodos anteriores cuando el gasto de inversión llegaba a cerca de la mitad del gasto total municipal; del total de los recursos ejecutados entre 2004 y 2007, \$5,8 billones correspondieron a dineros para cubrir proyectos de inversión, mientras que en funcionamiento y servicio de la deuda se ejecutó el 16% y el 3% respectivamente.¹⁶ Finalmente, la tendencia presupuestal (ingresos menos egresos) pasó de una situación de déficit en 2003 a una situación de superávit; al final del periodo se contó con un excedente de 459.271 millones de pesos.

14 De acuerdo con el Informe Final de la Gestión de este periodo, el recaudo final superó en 33% lo que se tenía programado percibir por concepto de ingresos tributarios, situación que se atribuye a la confianza de los ciudadanos y su voluntad de comprometerse con las metas de la Administración. Informe Final pág. 37 Lo anterior posiblemente determinó en parte el resultado positivo del ICV –Índice de Calidad de Vida– que pasó de 68,09 en 2001 a 83,77 en 2006, el incremento del PIB local de 1,36% en 2001 a 5,97% en 2006 Del miedo a la esperanza, pág. 272 y el resultado positivo del IDH –Índice de Desarrollo Humano– que en 2004 estaba en 79,45 y en 2006 en 80,45.

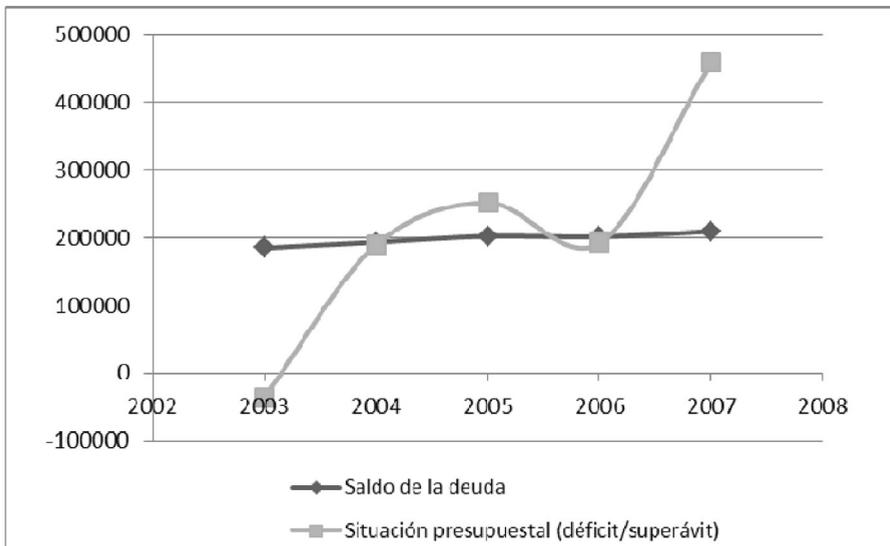
15 Sin embargo, los ingresos del Sistema General de Participaciones se mantiene debido a que de las capitales colombianas, Medellín fue la que recibió mayor cantidad de recursos adicionales del Sistema General de Participaciones (\$4.690 millones) por concepto de esfuerzo fiscal y administrativo, premio para el municipio de mejor gestión en ingresos tributarios per cápita en los tres últimos años y por el crecimiento de la inversión con ingresos corrientes de libre destinación. Del miedo a la esperanza, p. 44.

16 Informe final de gestión del Plan de Desarrollo 2004-2007, p. 38.



Gráfica 1. Evolución ingresos/inversión

Fuente: Elaboración propia



Gráfica 2. Evolución deuda/situación presupuestal

Fuente: Elaboración propia

b) Transparencia y rendición de cuentas

El nivel de transparencia municipal es evaluado a partir de la información suministrada por la Encuesta Probidad 2006 con relación a la transparencia en la contratación, cuya calificación va de 1 a 5 siendo 1: poco transparente o confiable y 5: transparente y altamente confiable.¹⁷ De acuerdo a esta medición, Medellín fue calificada con 3,19 en el 2004 y mejoró este indicador en el 2006 obteniendo 4,53. Así mismo, la encuesta indica una disminución de las prácticas corruptas de 3,53 en 2004 a 1,95 en 2006.

Por su parte el control fiscal también mostró mejoría, el dictamen anual de la Contraloría General de Medellín sobre el manejo de las finanzas municipales que había sido Negativo en el año 2003, pasó a ser dictamen de Salvedad en el 2004 y dictamen Limpio para los años 2005, 2006 y 2007.¹⁸ Una medida técnica que se destaca en este periodo es la implementación del sistema de gestión empresarial SAP –Sistemas, Aplicaciones y Productos en Procesamiento de datos–, aplicación que buscaba integrar la información sobre el flujo fiscal del municipio y mejorar su comunicación interna y externa por medio de su sitio Web.

En cuanto a la confianza en las instituciones locales, la Encuesta de Cultura Ciudadana 2007¹⁹ muestra a la Alcaldía en el cuarto lugar de confianza institucional (le preceden los maestros, la iglesia y el ejército), con un porcentaje de 49,7%, por encima del nivel nacional de confianza en la alcaldía que se ubicó en 24,7%.²⁰ Como consecuencia de esto, el Alcalde culminó su periodo con una favorabilidad del 80%, el promedio histórico más alto registrado para un mandatario local.²¹

17 Estudio realizado por el Programa Probidad con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID, la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y Confecámaras. Fuente: http://urbanismosocialmedellin.universia.net.co/downloads/articulos/medellin_cifras.pdf

18 La Contraloría General entiende el dictamen como “el informe del revisor fiscal, auditor externo o contador independiente mediante el cual expresa una opinión sobre los estados financieros de un ente contable” Estado de las finanzas 2006, p. 176.

19 Esta Encuesta fue realizada por la Corporación Visionarios para la Fundación Terpel y la Secretaría de cultura ciudadana de la Alcaldía de Medellín.

20 La Encuesta destaca que la confianza en la Alcaldía en Medellín es superior en los estratos altos (57,4%)

21 Valores similares se encuentran en la Encuesta de Percepción Ciudadana de Medellín Como Vamos. Para el año 2007 indica que el 90% de los encuestados consideran como “muy buena” la gestión del alcalde y el 96% de ellos tienen una imagen suya favorable. En una escala de 1 a 5, donde 5 es que confía mucho, el promedio de confianza es de 4,4 para el 2007. El tamaño de la muestra de esta Encuesta es de 1509 personas, mientras

Adicionalmente, desde 2005 se dio inicio a la Feria de Transparencia en la Contratación, evento en el cual la Administración Municipal muestra públicamente a la ciudadanía el plan de compras institucional y la contratación que realizan todas las entidades municipales así como sus proveedores. Esta actividad fue calificada como experiencia exitosa por el Banco de Éxitos de la Presidencia de la República. Por último, la rendición de cuentas en este período se realizó, principalmente, por medio del programa semanal “Con el Alcalde” de Telemedellín y audiencias públicas con este propósito.²² Al final del periodo, en el Informe final de gestión, se concluye que el Plan de Desarrollo se ejecutó en un 96,6%.

Pese al panorama alentador que al parecer indican estas cifras, el informe final de seguimiento y evaluación de la Veeduría Ciudadana al Plan de Desarrollo de Medellín –VCPDM– resalta que “si bien se realizaron anualmente, las ferias de la transparencia, consideramos que se mantuvo la tendencia encontrada de la primacía de las modalidades de convenios y la contratación directa, que en general no dan lugar a procesos de concurrencia en las negociaciones.” Este pronunciamiento destaca, así mismo, la falta de seguimiento a la gestión de las entidades descentralizadas²³ y a la inversión privada en materia de servicios públicos. Por tanto, de este informe se infiere que los resultados favorables a la Administración se debieron más a la situación de superávit de ingresos del periodo que a las medidas de gestión pública orientadas a la eficiencia del gobierno local.²⁴ Al respecto, la VCPDM indica que ésta situación debió consultarse socialmente puesto que el exceso de recursos

que el tamaño de la muestra de la Encuesta de Cultura Ciudadana es de 2112 y tiene mayor profundidad, por lo que en este caso se optó por la información contenida en ésta última.

- 22 Sin embargo, la Veeduría Ciudadana al Plan de Desarrollo de Medellín –VCPDM– al referirse a uno de dichos eventos señala que “fue un evento de rendición pública de cuentas, sin cuentas sobre la gestión administrativa de la ciudad, ni sobre el Plan de Desarrollo 2004- 2007”, es decir, estas audiencias se caracterizaron por informar sobre los logros sin referencia a lo planeado y sin posibilidad de retroalimentación por parte de la ciudadanía en su labor de control social. De acuerdo con la Veeduría “por la complejidad de nuestra ciudad, se requiere que el gobernante también rinda cuentas acerca de algunos temas-problemas de alta sensibilidad para opinión pública. Es por esto que la rendición de cuentas debe organizarse y planearse en relación con los indicadores, esto es, los informes de gestión deberán dar cuenta de los indicadores de cumplimiento de las metas físicas y financieras propuestas para el periodo que se informa, según el Plan de Desarrollo 2004-2007, pero deberán hacerse además rendiciones de cuentas sobre los indicadores de calidad de vida, gestión pública y desarrollo humano.” Carta sobre la rendición de cuentas dirigida al primer mandatario, octubre 1º de 2004.
- 23 Tales como Empresas Públicas de Medellín, Empresas Varias, Telemedellín, EDU, ITM, Hospital General, Área Metropolitana y otros.
- 24 Los ingresos del periodo ascendieron a \$8,14 billones de pesos y la ejecución de egresos llegó a 7,27 billones de pesos, “equivalente a un 94% de los presupuestos definitivos establecidos, destacándose que la inversión presupuestada al inicio del plan era de 4,04 billones, alcanzando 5,75 billones, o sea 1,71 billones de pesos más, equivalentes a un 43% más de lo presupuestado inicialmente para inversión.” Pronunciamiento Público Plan de Desarrollo, VCPDM, p. 6.

se orientó al desarrollo de las mismas metas del Plan de Desarrollo, por lo que es lógico encontrar un cumplimiento ampliamente superior al previsto inicialmente.²⁵

Llama la atención que pese a contar con recursos y tiempo para hacerlo, la Administración no elaboró una “Línea Base sistemática de referencia, para el seguimiento y evaluación de resultados, logros e impactos de la gestión pública y privada en los distintos ámbitos de intervención”,²⁶ lo que indica la falta de interés por evaluar impactos más allá de los resultados mediáticos de las políticas públicas.²⁷ El Pronunciamiento de la VCPDM señala que las herramientas de seguimiento y evaluación “se volvieron irrelevantes por el desbordamiento de los logros, la falta de reprogramación de metas y los sobrecostos inestimados de las ejecuciones, así como por el afán de la estructura administrativa para garantizar la ejecución financiera y física del plan.”²⁸

A falta de mecanismos técnicos y objetivos para el seguimiento y la evaluación de la acción pública, se puede concluir que durante la Administración 2004-2007 se implementaron algunas medidas propias del modelo de gobernabilidad pero no es posible asegurar que éstas determinaron plenamente los resultados positivos del periodo en virtud de la situación de superávit fiscal. El periodo concluyó, ciertamente, con más eficacia que eficiencia.

4.2.2 Gobernanza local en Medellín

En la misma Línea Estratégica en la que el Plan de Desarrollo 2004-2007 se refiere a gobernabilidad, alude al propósito de una sociedad participativa en la cual “la ciudadanía y sus organizaciones, asumen la responsabilidad de aportar en el mejoramiento de las condiciones de vida, con sus ideas, sus proyectos y sus acciones.”²⁹ En este sentido, se indica que la participación “fortalece nuestra capacidad de articular esfuerzos, de tal manera que se fortalece el capital social gracias al trabajo conjunto entre el

25 “La ejecución de ingresos con respecto a lo programado al inicio del plan en 2004 creció en un 12%, en 2005 en un 29%, en 2006 en un 45% y para 2007 la proyección es de 55%, para alcanzar en el cuatrienio un 37% más de lo presupuestado inicialmente” Gestión del Desarrollo 1995-2007, VCPDM. p. 94

26 Pronunciamiento Público Plan de Desarrollo 2004-2007, VCPDM p. 5.

27 En efecto, una evaluación de impacto permitiría conocer, por ejemplo, la variación efectiva en el nivel nutricional de los menores destinatarios de determinado programa nutricional, dato de mayor relevancia que aquel que indica cuántos menores son beneficiarios, cuántos alimentos se entregaron o cuánto dinero se invirtió en ello.

28 Op. Cit, p. 8

29 Plan de Desarrollo 2004-2007, “Medellín compromiso de toda la ciudadanía”, p.14.

Estado y la ciudadanía.”³⁰ De forma clara se identifica la referencia a los elementos de gobernanza que se confirman en la continua alusión a la corresponsabilidad y a la necesidad perentoria de articular esfuerzos:

Los ciudadanos y ciudadanas deben ser conscientes de que el derecho a la ciudad plantea la responsabilidad de ser gestores dinámicos y directos del proceso de su construcción y transformación (...) para resolver nuestros problemas la corresponsabilidad, es decir, la articulación de los esfuerzos de todos y todas, es la herramienta clave (...) la corresponsabilidad busca una mayor eficiencia en la ejecución de acciones orientadas al bienestar colectivo, concentrando esfuerzos alrededor de un mismo objetivo (...) implica una nueva cultura de la civildad y una revaloración de lo público.³¹

Esta propuesta de participación como responsabilidad compartida entre actores institucionales, sociales y privados, deja de lado la faceta política de la participación y enfatiza en la autogestión y en el aporte de los particulares en su calidad de contribuyentes o colaboradores de la Administración local, es decir, la participación se entiende como un instrumento al servicio de los propósitos institucionales. Incluso el concepto de “cultura ciudadana” que en época electoral tuvo connotaciones políticas buscando favorecer el voto de opinión, durante el periodo 2004 a 2007 pierde tal sentido y se relaciona, en su lugar, con expresiones artísticas, eventos, redes culturales y diversidad.³²

Pese a esta connotación funcional que aparece en el discurso de la participación en el periodo de estudio, vale la pena destacar el proceso participativo para la elaboración del Plan de Desarrollo, los congresos de ciudad y la revisión del Acuerdo 043 de 1996 relativo al Sistema Municipal de Planeación mediante el Acuerdo 43 de 2007 que institucionaliza la planeación local y el Presupuesto Participativo y otorga facultades a los Consejos Comunales y Corregimentales para orientar la planeación participativa en las comunas y corregimientos.³³ Las debilidades que posteriormente mostrarían estas instancias, es un tema que desborda el propósito de este informe. Sin embargo, vale la pena mencionar los inconvenientes en su aplicación que se mencionan en la Encuesta de Cultura Ciudadana y en los Informes de Derechos Humanos de la Personería de Medellín, referidos a la incidencia de los grupos paramilitares desmovilizados en el Presupuesto Participativo. En este sentido, la Encuesta de Cultura Ciudadana 2007 señala

30 Ibid.

31 Ibid., p 15.

32 Informe final de gestión 2004-2007, p. 196

33 Mediante el Presupuesto Participativo se asigna el 7% del presupuesto de inversiones del Municipio. Entre 2005 y 2008 se decidió el destino de 296.144 millones, Cada comuna y corregimiento contó con cinco Consejos Consultivos Comunales y Corregimentales anuales para un total de 377 reuniones anuales y participaron 6409 personas. (Informe final de gestión 2004-2007, p 71).

que “se han denunciado amenazas de algunos grupos de reinsertados del Bloque Cacique Nutibara a ONGs y organizaciones comunitarias, especialmente relacionadas con el ejercicio del presupuesto participativo (cf. Reina, Miralles & Arenas 2006: 18-9).”³⁴

Por su parte la Personería de Medellín señaló con referencia al año 2005 la existencia de “denuncias sobre acciones de intimidación contra organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias que se han enfrentado a las organizaciones influenciadas por los grupos de desmovilizados en el proceso de discusión del presupuesto participativo para Medellín.”³⁵ Al concluir el periodo de gobierno, la Personería indicó que “en algunos barrios de Medellín los reinsertados montaron organizaciones y grandes proyectos con el fin de tomarse el presupuesto participativo y las juntas de acción comunal. Igualmente existen quejas de que la Secretaría de Desarrollo Social, ha hecho caso omiso a esta problemática y por tanto no controla a las directivas de Asocomunal. En una de las comunas es reiterada la denuncia sobre corrupción en algunos de los proyectos sociales.”³⁶

Los principales Acuerdos del Concejo Municipal relacionados con gobernanza son:

TABLA 4. PRINCIPALES ACUERDOS MUNICIPALES RELACIONADOS CON GOBERNANZA

No. del Acuerdo	Tema	Propósito
75 de 2006	Crea el programa “el ciudadano tiene la razón en el Concejo de Medellín”	Espacio para analizar los aciertos y desaciertos de la administración pública municipal, a través del ciudadano o ciudadana que, comprometidos con el progreso de Medellín y la calidad de vida de sus habitantes, pueda expresar su queja, reclamo, sugerencia y felicitación.
43 de 2007	Crea e institucionaliza la planeación local y el Presupuesto Participativo en el marco del Sistema Municipal de Planeación	Regula la planeación municipal en general, el Plan de Desarrollo y el presupuesto participativo.

Fuente: Elaboración propia

34 Encuesta de Cultura Ciudadana 2007, p 151.

35 Informe de Derechos Humanos 2005 p. 16.
Fuente: <http://www.personeriamedellin.gov.co/documentos/finish/62/451.html>

36 Informe de Derechos Humanos 2007 p. 43.
Fuente: <http://www.personeriamedellin.gov.co/documentos/finish/62/453.html>

Para analizar el recurso a la gobernanza en el periodo de interés se acude a dos variables: la participación y la corresponsabilidad. En ninguno de los dos casos resulta sencillo hablar de cifras, conocer su verdadera incidencia en las decisiones públicas y sus motivaciones, sin caer en la subjetividad y la generalización, por lo que se trata principalmente de una exploración a partir de datos de percepción sobre el tema en la ciudad. La participación se analiza desde las Encuestas sobre el tema y el presupuesto total destinado a éste en el periodo. La corresponsabilidad se explora en la percepción ciudadana sobre el aporte de instituciones públicas y privadas a la calidad de vida y en el aporte económico de instituciones no gubernamentales del orden nacional e internacional a las políticas y programas del Municipio.

TABLA 5. VARIABLES PARA GOBERNANZA

CATEGORÍA	VARIABLES	INDICADOR	FUENTES
Gobernanza	a) Participación ciudadana	1) Tendencia a la participación	- Encuesta de Cultura Política 2007 - Encuesta de Percepción Ciudadana 2007
		2) Presupuesto destinado al componente “Organización y participación ciudadana”	- Veeduría Ciudadana al Plan de Desarrollo
	b) Corresponsabilidad	1) Percepción de participación de actores en el mejoramiento de la calidad de vida	- Encuesta de Percepción ciudadana 2007
		2) Presupuesto no gubernamental	- Medellín en cifras 2007

Fuente: Elaboración propia

a) Participación ciudadana

La tendencia a la participación se observó en dos fuentes: el porcentaje de personas consultadas por la Encuesta de Cultura Política que aseguran haber participado alguna vez en actividades comunitarias y la información suministrada por la Encuesta de Percepción Ciudadana sobre este tema. En el primer caso, el 16,7% de los encuestados afirmó haber participado alguna vez en

trabajo comunitario para mantener en buen estado las zonas públicas de su barrio, el 17,9% dice haber participado en organización de eventos, el 12,1% en actividades comunitarias para mejorar la seguridad y el 10,5% en construcción de obras comunales. Esta Encuesta destaca una mayor participación comunitaria de los hombres y en los estratos bajos; así mismo, señala que “en Medellín dos terceras partes de la población no pertenece a organizaciones sociales, las personas participan poco en actividades de la localidad y de trabajo voluntario, y confían poco en los posibles catalizadores de muchas de esas actividades: los líderes del barrio.”³⁷

Por otro lado, la Encuesta de Percepción Ciudadana preguntó a los encuestados si participan en alguna instancia. En los años 2006 y 2007, el 94% respondió que no participan, sólo el 6% afirma que participa. De ellos 3% participa en las Juntas de Acción Comunal –JAC–, 1% en asociaciones de padres de familia, 1% en asociaciones cívicas y comunitarias del barrio y el otro 1% no respondió la pregunta. Es paradójico que pese a este bajo nivel de participación, el 85% de los encuestados en 2006 y el 90% en 2007, indica que le parece útil este tipo de mecanismos para mejorar la calidad de vida de la comunidad.

Ahora bien, en términos de presupuesto el interés gubernamental estuvo más orientado hacia medidas de gobernabilidad que de gobernanza. Así, la Línea 1 denominada Medellín gobernable y participativa, ejecutó el 9% del presupuesto del Plan y la distribución dentro de la Línea favoreció el componente de seguridad y convivencia –que ejecutó el 42,3% del total–, seguido de Transparencia y Desarrollo Institucional, con el 24,3%, de Cultura ciudadana con el 21,4% y, finalmente, Organización y participación ciudadana, con el 12% del presupuesto de la Línea.³⁸

b) Corresponsabilidad

La Encuesta de Percepción Ciudadana preguntó a los encuestados “cuáles instituciones cree que están realizando acciones por mejorar su calidad de vida.” En el año 2007 los primeros lugares son ocupados por instituciones públicas o que prestan servicios públicos: la Alcaldía (87%), las empresas de servicios públicos (69%), la Policía (59%), el Gobierno nacional (42%) y el Concejo (30%). Las asociaciones cívicas y comunitarias aparecen en noveno lugar con el 22% y la empresa privada obtiene el 16%, por lo que la percepción

37 Encuesta de Cultura Ciudadana 2007, p. 153.

38 Gestión del Desarrollo 1995-2007, VCPDM, p. 10

del aporte de los actores sociales y privados a los asuntos públicos –elemento central de la gobernanza–, se mantiene en un nivel bajo.

Por último, el informe Medellín en Cifras presenta los rubros aportados por actores sociales y privados a proyectos de la Administración local. Por una parte, las acciones de cooperación internacional pasaron de 1.087.218 millones de pesos en 2004 a 13.419.286 millones en 2007, para un total de 22.989.054 millones de pesos como aporte al periodo por este concepto. Por otra parte, la sumatoria de donaciones en dinero o en especie por parte de empresas, organizaciones no gubernamentales y fundaciones del orden nacional, asciende aproximadamente a 557.176 millones de pesos durante el periodo de estudio.

Por lo anterior, la Veeduría Ciudadana al Plan de Desarrollo –VCPDM– destaca en su informe final el importante papel que jugaron las organizaciones de la sociedad civil en la ejecución del plan de desarrollo. Sin embargo, llama la atención que para la Veeduría las organizaciones sociales *participan* cuando son contratistas del Municipio, y si bien ello puede empoderar a estas organizaciones, olvida el sentido político de la participación ciudadana y pasa por alto la autonomía requerida para ejercer el control social.³⁹

5. A modo de conclusión ¿ni gobernabilidad ni gobernanza?

1. La administración municipal de 2004 a 2007, se presentó como un gobierno distante de las formas convencionales de gobernar una ciudad e hizo explícito su discurso hacia una ciudad gobernable y participativa. Términos como gerencia social, gobierno en red, planeación estratégica y cultura ciudadana, entre otros, han aparecido recientemente en los discursos de los actores locales, por lo que está claro que gobernabilidad y gobernanza han estado presentes en la ciudad y su inclusión en las propuestas de campaña ha arrojado beneficios electorales. Tal como se evidenció, en el periodo de estudio, las mediciones fueron favorables ampliamente respecto a años anteriores. No es sencillo, sin embargo, establecer una relación de causalidad entre las medidas adoptadas y los resultados obtenidos pues ello requeriría una evaluación detallada de

39 La siguiente cita de la Veeduría ilustra tal concepto de participación: “Sólo la administración Fajardo ha promovido medianamente el desarrollo de mecanismos de seguimiento y evaluación ciudadana de las prácticas públicas del Municipio, promoviendo la vinculación de ONGs a la contratación, aunque se han privilegiado los convenios con entidades públicas, EDU, universidades, en detrimento de las ONGs y contratistas comunitarios y particulares.” Gestión del Desarrollo 1995-2007, VCPDM, p. 86.

cada programa ejecutado por medio de herramientas que permitieran aislar los efectos de otras circunstancias sobre tales resultados.⁴⁰

2. Arenas y Escobar (2000) concluyen, frente a la llegada del discurso gerencial al escenario local en los noventa, que fueron exitosos en la medida en que se lograron combinar con viejas prácticas políticas y sirvieron sobre todo a los partidos tradicionales para dominar las elecciones a la Alcaldía y al Concejo Municipal. Posiblemente el arribo del discurso participativo, de corresponsabilidad y de civismo, años después, ha corrido la misma suerte y permanecen ancladas, aún en la política local, las prácticas de patronazgo, favoritismo y otras “enfermedades” que se han creído superadas.

Han sido pocas e insuficientes, en todo caso, las medidas de gobernabilidad y gobernanza que, en la práctica, se han emprendido. Siguen siendo tareas pendientes, por ejemplo: la implementación de vías para la rendición de cuentas más allá de los informes institucionales televisados, sin oportunidad de cuestionamientos por parte de la ciudadanía; el fortalecimiento de las veedurías ciudadanas independientes y ajenas a los procesos de contratación municipales y, la participación ciudadana en el proceso de políticas públicas más allá de la socialización de las medidas institucionales previamente decididas.

3. De acuerdo con Pardo (2004:18) tanto la NGP como la gobernanza “toman distancia del gobierno; gobernar para ambas es timonear pero no remar”, ambos modelos privilegian la presencia de otros actores para reducir costos o, para hacer más eficaz y legítima la acción pública, es decir, la gobernanza local podría entenderse como una vía para alcanzar la gobernabilidad. Al parecer este fue el sentido concedido a la participación en el periodo de análisis; una participación que se valida en tanto responde a la oferta institucional de espacios disponibles para participar.

40 En cuanto a la relación entre los éxitos logrados en el periodo con los acuerdos con actores ilegales, algunos medios de comunicación denominaron “donbernabilidad” al modelo de gestión de la época. Al respecto, María Jimena Duzán indicaba que “a la luz de lo que está sucediendo hoy, en Medellín, evidentemente el modelo fue equivocado. Su principal error consistió en haber cimentado el proceso en asociaciones de desmovilizados que siempre tuvieron un pie en la ilegalidad y que nunca jugaron limpio (...)Al fortalecer esos vasos comunicantes con esas asociaciones de desmovilizados en lugar de haberlas denunciado, la administración de Fajardo terminó incurra en un pacto tácito, nunca explícito, con unas asociaciones que en realidad eran una fachada de la mafia que manejó ‘Berna’ desde la cárcel hasta su extradición (...)Las cifras confirman esta ‘donbernabilidad’: durante la administración Fajardo, la oficina de Envigado no sólo creció, sino que se fortaleció al conseguir neutralizar a la Policía (a través del general Pedreros) y a la Fiscalía (a través del fiscal Guillermo Valencia Cossio). María Jimena Duzán, ¿Qué pasa en ‘Medallo’?, sábado 6 de junio de 2009. Revista Semana. Fuente: <http://www.semana.com/noticias-opinion/pasa-medallo/124805.aspx> Consultada el 12 de enero de 2011.

No hay que olvidar, en todo caso, que “la gobernanza tampoco implica suponer o afirmar que es un proceso en el que los sectores sociales participan de manera igualitaria, simétrica, cooperativa” (Aguilar 2006:94), algunos sectores tendrán predominio en el proceso de definición de los objetivos colectivos, por lo que es necesaria la organización ciudadana para hacer frente al riesgo de que el llamado a la gobernanza sea el llamado a la corporativización del Estado local (Cunill, 1997).

4. Luis Aguilar Villanueva se pregunta “¿cuál es la forma de organización, dirección y operación que debe tomar el gobierno (...) que contribuya a inmunizarnos ante cualquier retorno a las enfermedades públicas del pasado y nos ayude a conducirnos en la incierta y agitada navegación del siglo XXI?” (Aguilar, 2006:13). Podrían intentarse dos respuestas: por una parte, se podría decir que no existe una receta aplicable a cualquier escenario, no obstante, una combinación de elementos de gobernabilidad y gobernanza local resultaría un buen intento por superar “las enfermedades del pasado” relacionadas con clientelismo, ineficiencia, opacidad, nepotismo, entre otros males. Por otra parte, y posiblemente será una respuesta menos esperanzadora, aquella que indica que las vías no convencionales de gestión de lo público que aquí se abordaron –gobernabilidad y gobernanza– pueden convivir, en la práctica, con las “enfermedades” que, en teoría, buscan erradicar.

Lo cierto es que los modelos explorados invitan a innovar en la gestión local teniendo en cuenta que la configuración del mapa de actores locales ha cambiado a la luz de la complejidad social y política que enfrentan, por lo que es necesario intentar caminos de co-gobernabilidad que respeten la autonomía de la sociedad y las competencias del Estado, pero que no excluyan la posibilidad de sinergias productivas –y ante todo democráticas– entre ellos.

Referencias bibliográficas

- ACKERMAN, John. Sinergia Estado-Sociedad en pro de la rendición de cuentas. Documento de trabajo del Banco Mundial No.31. Washington: Banco Mundial, 2004, 58p.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. Gobernanza y gestión pública. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, 500p.
- ARBOS, Xavier. La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial. Madrid: Siglo XXI, 3ª ed., 2002, 105p.

- ARELLANO, David. Más allá de la reinención del gobierno. Fundamentos de la Nueva Gestión Pública y presupuestos por resultados en América Latina. México: Miguel Ángel Porrúa-CIDE, 2004.
- . Nueva Gerencia Pública. ¿El meteorito que mato al dinosaurio? Lecciones para la reforma administrativa en países como México. En: Revista del CLAD Reforma y Democracia. Venezuela, No. 23, 2002, p.1-21.
- ARENAS, Juan Carlos y ESCOBAR, Juan Carlos. Discursos políticos y resultados electorales en Medellín durante los años noventa. En: Revista Estudios Políticos, No. 16, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2000, pp. 73-99.
- BOZEMAN, Barry (Coord.). La gestión pública, su situación actual, México: Fondo de Cultura Económica, 1998, 547p.
- CABRERO, Enrique. Acción Pública y Desarrollo Local, México: Fondo de Cultura Económica, 2005, 447p.
- . La agenda de políticas públicas en el ámbito municipal: una visión introductoria. En: CABRERO, Enrique (Coord.) Políticas Públicas Municipales. Una agenda en construcción. México: Miguel Ángel Porrúa-CIDE, 2003, p.13-48.
- CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN. Estado de las finanzas 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.
- CUNILL, Nuria. Repensando lo público a través de la sociedad: Nuevas formas de gestión pública y representación social. Caracas: CLAD; Editorial Nueva Sociedad, 1997, 320 p.
- GALLICCHIO, Enrique. Una lectura del desarrollo local en América Latina: cómo combinar gobernabilidad, desarrollo económico y capital social en el territorio. Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH). Uruguay. Ponencia presentada en el Foro de Planeación Estratégica, Área Metropolitana del Valle de Aburra, septiembre de 2006.
- INSTITUTO POPULAR DE CAPACITACIÓN. Cultura ciudadana y comportamiento político electoral en Medellín, una síntesis 1997-2003. Medellín, 2007.
- PARDO, María del Carmen (Comp.). De la administración pública a la gobernanza, México: El Colegio de México, 2004, 224p.
- PRATS, Joan. A los príncipes republicanos. Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, 752p.
- SHAH, Anwar. La nueva visión de la gobernabilidad local y los cambiantes papeles de los gobiernos locales. En: SHAH, Anwar (ed.). Gobernabilidad local en países en desarrollo, Bogotá: Banco Mundial, 2006, p 1-46.
- STEIN, Ernesto y TOMMASI, Mariano. La política de las políticas públicas. En: Política y gobierno. Vol. XIII, No.2 (2º semestre de 2006): p. 393-416.

- VALENCIA, Guadalupe. La administración panista del municipio de León, Guanajuato (1989,1991). En: ZICCARDI, Alicia. La tarea de gobernar: gobiernos locales y demandas ciudadanas. México: Miguel Ángel Porrúa, 1995, p. 81-127.
- ZICCARDI, Alicia. La tarea de gobernar: las ciudades y la gobernabilidad. En: ZICCARDI, Alicia. La tarea de gobernar: gobiernos locales y demandas ciudadanas. México: Miguel Ángel Porrúa, 1995, p. 13-37.

Referencias electrónicas

- Alcaldía de Medellín. Del miedo a la Esperanza. Fuente: http://www.sergiofajardo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=12
- Colombia Líder. Fuente: <http://www.colombialider.org/scripts/verNoticia.php?idNot=146>
- Diccionario Real Academia Española. Fuente: <http://www.rae.es/rae.html>
- Enrique Cabrero. Instrumentos del *new public management* para construir una *new public governance*: el caso de los gobiernos locales en México. Fuente: <http://www.scribd.com/doc/29983737/Instrumentos-del-New-Public-Management-para-construir-una-New-Public-Governance>
- Encuesta de Cultura Ciudadana de la ciudad de Medellín, Fundación Terpel, Secretaría de Cultura Ciudadana, septiembre de 2007, 232 p.
- Fuentes:<http://www.reddebibliotecas.org.co/sites/Bibliotecas/Cultura/Documents/Descargas/ENCUESTA%20CULTURA%20CIUDADANA%20MEDELLIN%202007.pdf>
<http://www.medellin.gov.co/alcaldia/img/enlaces%20de%20interes/ENCUESTA%20DE%20CULTURA%20CIUDADANA.pdf>
- Encuesta de Percepción Ciudadana 2007. Medellín Como Vamos. Fuente: <http://www.medellincomovamos.org/presentaci-n-de-resultados-encuesta-de-percepci-n-ciudadana-2007>
- Indicador de Desempeño Fiscal. Departamento Nacional de Planeación. Fuente: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Programas/DesarrolloTerritorial/Evaluaci%C3%B3nySeguimientodelaDescentralizaci%C3%B3n/Desempe%C3%B1oFiscal.aspx>
- Informe final de Gestión Plan de Desarrollo 2004-2007. Fuente: http://www.medellin.gov.co/alcaldia/jsp/modulos/P_desarrollo/index.jsp?idPagina=1134
- María Jimena Duzán, ¿Qué pasa en ‘Medallo’?, sábado 6 de junio de 2009. Revista Semana. Fuente: <http://www.semana.com/noticias-opinion/pasa-medallo/124805.aspx>
- Medellín en cifras. Fuente: http://www.medellin.gov.co/alcaldia/jsp/modulos/N_admon/obj/pdf/MEDELLIN%20EN%20CIFRAS%20FINAL2006.pdf?idPagina=1105
http://urbanismosocialmedellin.universia.net.co/downloads/articulos/medellin_cifras.pdf
- Medellín como vamos. Fuente: <http://www.medellincomovamos.org/gesti-n-y-finanzas-p-blicas>

- Personería de Medellín. Informe de Derechos Humanos 2005 Fuente: <http://www.personeriamedellin.gov.co/documentos/finish/62/451.html>
- Personería de Medellín. Informe de Derechos Humanos 2007 Fuente: <http://www.personeriamedellin.gov.co/documentos/finish/62/453.html>
- Plan de Desarrollo “Medellín: compromiso de toda la ciudadanía” Fuente: www.medellin.gov.co/alcaldia/jsp/modulos/P_desarrollo/obj/pdf/Linea_1.pdf
- Registraduría Nacional. Fuente: <http://www.registraduria.gov.co/2003CC/e/val01001.htm?1>
- Veeduría ciudadana al plan de desarrollo de Medellín. Pronunciamento público “Plan de Desarrollo 2004-2007 “Medellín, compromiso de toda la ciudadanía.” Seguimiento y evaluación, enero de 2004 – diciembre de 2007. Fuente: http://www.veeduriamedellin.org.co/publicaciones2.shtml?AA_SL_Session=1e11c5ec13367b6d7bc9ec6d2473439d&x=937
- Veeduría ciudadana al plan de desarrollo de Medellín. Gestión del desarrollo 1995-2007. Balance e hipótesis de desarrollo para la Ciudad y la región. Medellín, 2008. Fuente: <http://www.veeduriamedellin.org.co/biblioteca2.shtml?x=1229>
- Veeduría ciudadana al plan de desarrollo de Medellín. Carta sobre la rendición de cuentas dirigida al primer mandatario, octubre 1º de 2004. Fuente: www.veeduriamedellin.org.co/.../VPDM_CP04_2005_10_01_RendicionDeCuentas.pdf



Título: En la habitación de un náufrago

Técnica: Mixta, lienzo

Dimensión: 30 x 40

LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, ENTRE LA IMITACIÓN, LA IDENTIFICACIÓN Y LA INVENCION, 1970-2000*

* Artículo de investigación terminada, producto del proyecto “Representaciones sociales sobre la investigación jurídica de los profesores del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, 1970-1990”, inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: enero 15 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 20 de 2011

LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, ENTRE LA IMITACIÓN, LA IDENTIFICACIÓN Y LA INVENCION, 1970-2000

Sandra Patricia Duque

Sandra Martínez

*Patricia González***

RESUMEN

El objeto de estudio de este artículo es el análisis de las representaciones sociales sobre la investigación en la Universidad de Antioquia en las tres últimas décadas del siglo XX. En el caso de estudio, estas etapas fueron enunciadas por los profesores, los estudiantes y los administradores de la Universidad, y se muestra cómo la prensa escrita permitió la creación y el mantenimiento de esas representaciones sociales.

Se analizan en el tiempo tres momentos: la imitación, la identificación y la innovación, como puntos donde confluyeron las representaciones sociales sobre la investigación en la Universidad de Antioquia, durante las décadas de 1970, 1980 y 1990.

Palabras clave: Representaciones sociales, investigación, profesores y administradores universitarios.

INVESTIGATION IN UNIVERSITY OF ANTIOQUIA, BETWEEN THE IMITATION, THE IDENTIFICATION AND THE INVENTION, 1970-2000

ABSTRACT

The study object of this paper is the analysis of social representations research coursed at the University Antioquia in the last three decades of the twentieth century. In the case study, these stages were set out by teachers, students and administrators at the University and shows how the press allowed for the creation and maintenance of these social representations. Analyzed in three time periods: the imitation, identification and innovation, as places where social representations converged on research at the University of Antioquia, in the 1970, 1980 and 1990.

Keywords: Social representations, research, university professors and administrators.

** Profesoras, investigadoras del Grupo Derecho y Sociedad, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Se les agradece a las estudiantes en formación: Catalina Velásquez, Natalia Baena y Sandra Gómez que hicieron parte de esta investigación.

LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, ENTRE LA IMITACIÓN, LA IDENTIFICACIÓN Y LA INVENCION, 1970-2000

Introducción

En la investigación se problematizaron las representaciones sociales sobre la investigación jurídica de los profesores de la Universidad de Antioquia entre los años de 1970-2000. Este artículo se concentra en realizar una primera aproximación a la problemática sobre la incidencia de los medios de comunicación en la construcción y mantenimiento de representaciones sociales, en este caso se enfocó en lo relacionado con la investigación en la universidad, y en el cómo se construyó la representación social de ser una universidad investigadora. Se partió de la palabra investigación, la cual fue asumida como el objeto y el dominio de observación, y se realizó un acercamiento a la prensa, concretamente el periódico *El Colombiano*, para identificar y analizar el cómo emergieron los discursos en relación con la investigación desde esa fuente escrita.

Las políticas implementadas en materia investigativa por la Universidad de Antioquia durante 30 años, entre 1970 y 2000, tratan de ubicarla como una universidad investigadora, situación que debe ser problematizada como una situación que aunque comporta condiciones de posibilidad, también existen tensiones con un discurso que intenta unificar las diferencias en materia de investigación.

Una de las tensiones a tener en cuenta en el aspecto investigativo es el cómo un saber se comienza a medir en términos de indicadores de producción. Este factor incide de forma directa en los criterios que se adoptan para ver el rendimiento administrativo de una Institución, e incluso, determina los criterios laborales de los profesores. Esta situación es visible cuando se desconoce la labor intermedia o de proceso de los profesores para llegar a la producción final de un producto, y muestra que poco o nada aporta a la academia el trabajo de buscar y no encontrar, escribir y borrar, seguir una sospecha y regresar, en fin, parece que el proceso de aprendizaje debe generar un producto final. La búsqueda investigativa se orientó a la obtención de un producto cuantificable.

En este artículo se analizaron tres momentos que corresponden cada uno a una década y se relacionaron desde el concepto de Investigación. El primero, es

la investigación como imitación, que analiza los informes de prensa del año 1970; el segundo, *la investigación como identificación*, que analiza la prensa del año 1980 y el tercero, *la investigación como innovación*, que analiza la prensa del año 1990.

1. La investigación en la Universidad de Antioquia desde la imitación: Década de 1970

Se muestra que los profesores de la Universidad de Antioquia elaboran y comparten representaciones sociales sobre la investigación. Esta situación es posible verla en la prensa como la fuente escrita de esta investigación, donde estos grupos de profesores comienzan a asimilar y reproducir las representaciones sociales sobre la investigación por medio de sus comportamientos académicos.

En este caso, las interacciones de los profesores son orientadas por las experiencias previas y las condiciones del entorno, sus representaciones sociales comienzan a producir, necesariamente, procesos como la observación y la reflexión individuales mediados por el contexto propio de la universidad ya su vez, permiten la generación de otras representaciones sociales que hacen parte de la interacción, por lo que son inseparables de los grupos y los objetos de dominio; estas son: la comunicación, el ámbito cultural, los códigos y los valores. Por lo que las representaciones son sociales en cuanto alcanzan una extensión en la colectividad y son producto de la expresión y la organización social de los sujetos.

El conocimiento espontáneo o del sentido común, en muchos aspectos, es socialmente elaborado y compartido¹ por los miembros del grupo, y se constituye a partir de dispositivos de pensamiento que se reciben y se transmiten a través de la tradición, la educación y la comunicación social. El sentido común, muestra cómo aparecen las cosas, aunque no es definitivo y completo, permite una base común de conocimientos y certezas independientes de las condiciones geográficas y temporales en las que están los sujetos. Por lo que es importante que éstos participen e intercambien ideas para propiciar la generación de nuevos conocimientos. Las representaciones sociales “...constituyen modalidades de pensamiento práctico orientados hacia la comunicación, la comprensión y el dominio del entorno social, material e ideal...”²

1 JODELET Denise. La representación social: fenómenos, concepto y teoría, en: MOSCOVICI Serge. Psicología Social II, Editorial Paidós, Barcelona (España), 1986, p.473..

2 Ibid., p. 474-475.

La representación social emerge y a través de la práctica social se mantiene.³ Por consiguiente, las representaciones tienen por misión describir, clasificar, y explicar. No obstante, ninguna representación social de la investigación existe aislada, debe contar con la existencia de otras representaciones sociales que muestran la importancia de las historias de vida de los sujetos y del resultado de sus interacciones con el grupo.

Prensa local, universidad e investigación: la década de 1970 y la imitación

En la Universidad de Antioquia, durante la década de 1970, se puede ver un movimiento estudiantil contundente, sus confrontaciones permitieron que se planteara que dentro del claustro existía el ingreso de fuerzas extrañas, completamente ajenas a la universidad:⁴

...los institutos de enseñanza superior se encuentran bajo presión de ideologías extrañas... Los centros académicos están siendo convertidos... en cátedras o en altavoces de la propaganda comunista... Obligación irrenunciable de los conservadores y liberales amantes de la democracia es velar por el mantenimiento de la verdadera imagen de la universidad colombiana. No podemos permitir que la gloria de los claustros sea vilipendiada por los enemigos... por quienes se empeñan en esclavizar los centros universitarios, en convertirlos en dóciles instrumentos del marxismo internacional.

Fue constante el énfasis que se realizaba al papel de la influencia política y de partido en los conflictos estudiantiles, y cómo este se reflejaba en la actividad política estudiantil dentro del claustro. La posición política estudiantil se trataba de colisionar con el llamado a realizar estudios científicos y así evitar el atraso en las universidades:⁵ “...en el campo de la investigación científica nuestras universidades tienen un retraso de decenas de años. Todo esto es preocupante y explica en gran parte las actitudes de descontento y de rebeldía estudiantil”.

La educación universitaria era permanentemente vinculada con el desarrollo industrial e intelectual del país. Se trataba de propiciar espacios para la educación superior, con el fin de que el capital humano no estuviera sub-utilizado.⁶ Se afirmó que la Universidad de Antioquia debía ser parte integral de la sociedad, situación

3 JODELET Denise. La representación social: fenómenos, concepto y teoría, en: MOSCOVICI Serge. Psicología Social II, Editorial Paidós, Barcelona (España), 1986, p. 478.

4 El Colombiano, Editorial. Enero 7 de 1970, p.3

5 El Colombiano, Editorial, enero 18 de 1970. p.3.

6 El Colombiano, suplemento dominical, julio 5 de 1970. p. 1.

que fue apoyada en el discurso de posesión del Rector el Dr. Samuel Syro, quien propuso un modelo de estudiante comprometido en su propio aprendizaje y con el interés de ser una persona útil a la sociedad. Así mismo se exalta la labor que debía realizar la universidad, cumpliendo con el compromiso de ser integral en aspectos académicos y sociales. No obstante, durante 1970 la Universidad de Antioquia⁷ sufrió constantes cierres de sus instalaciones.

Paralelo a la situación de orden público, se analizan factores académicos particulares de algunos programas, como fue el caso de los estudios que se impartían en los programas de Derecho, fue notorio el cuestionamiento a las Facultades de Derecho por su enseñanza, la selección de los estudiantes y la falta de rigor académico; esto implicó una fuerte crítica al discurso sobre la excelencia académica:⁸

...horrible redacción, una pésima presentación de las cartas y un promedio de cinco errores de ortografía por página, explica el bajísimo y merecido nivel de ingresos que consiguen los miembros de una profesión importante venida a menos por la irresponsabilidad con que se enseña, ya que no se seleccionan los alumnos con base a ningún criterio de rendimiento académico y se les permite terminar la carrera sin necesidad de estudiar.

Por otro lado, se visibilizaba la importancia de abrir un espacio en todos los saberes para la investigación, pero no se dejó de reconocer que algunas áreas como las ingenierías y las técnicas eran las más apropiadas para generarla. Se argumentó que en las universidades se debía articular la investigación con el trabajo cotidiano o de docencia:⁹

...sino se crea una conciencia, primero de la necesidad de la investigación, segundo, de que toda buena investigación genera tantas nuevas preguntas como respuestas, y tercero, de que es necesario por tanto asimilar y diseminar los resultados, entonces no se satisfacen los objetivos de producir información útil y de dar servicio a la comunidad;...al decir investigadores...se trata de personal que ha adquirido la conciencia de lo que es investigación y que está preparado para emprender esta actividad...

Nuevos requerimientos se le hacen a la universidad en Colombia, y la investigación como discurso comenzó a permear los diferentes programas académicos. Sin embargo, se precisó la necesidad de contar con unos recursos suficientes para cubrir las nuevas necesidades que ese reto implicaba. Esto apuntaló a que ni el aumento de

7 El Correo, marzo 4 de 1970. p. 2.

8 El Colombiano, febrero 26 de 1970. p.10

9 El Colombiano, marzo 10 de 1970. p. 8.

la cobertura estudiantil, ni el aumento de la planta profesoral eran compatibles con los ingresos asignados a la universidad:¹⁰ “...incrementar el número de alumnos en educación superior de 1.650 en 1963 a más de 9.000 en el presente año (1970), y el de aumentar el número de profesores de tiempo completo de 65 a más de 400...”.

A la par con los asuntos de orden académico se encuentran los de orden público. Ambas, se entregaron a la fuerza pública con el fin de que se implementaran las acciones necesarias para conjurar las dificultades que pudieran llevar al cierre de la universidad. De esta manera, se consideraba a los estudiantes como sujetos manipulados por grupos de insurgencia o “*agitadores profesionales*” que operaban al interior del claustro universitario. El 21 de abril de 1971 la administración de la universidad decidió cerrarla para evitar una “tragedia”. Por lo que se expidió el Decreto presidencial 599, que ordenó el cierre indefinido de la Universidad de Antioquia, y se desplegó la fuerza pública en su interior. Esta acción se sustentó en el hecho de que los estudiantes decidieron salir a paro y se organizaron para realizar una protesta que terminó en disturbios.

A finales del año 1971 y ante la presencia de la fuerza pública en el campus universitario se llevó a la universidad a un paro iniciado por los profesores en el que se exigía el retiro del pie de fuerza militar de la universidad y la liberación de profesores y estudiantes detenidos. Asociado a lo anterior, el paro también tenía que ver con la promulgación del decreto 1259 que reguló las responsabilidades de los docentes en investigación y extensión, y desplazó las facultades ordinarias que estaban en cabeza del Consejo Superior, al rector, el Dr. William Rojas Montoya. Este funcionario en uso de sus facultades, clausuró las Facultades de Derecho y Economía, justificando su actuar, por la inactividad para reanudar las clases de sus estudiantes y profesores. El rector desvinculó la planta directiva y docente de dichas dependencias y modificó de forma arbitraria los requisitos previos para la desvinculación de estos funcionarios.

La década del setenta presentó desde sus inicios un componente importante de proyectos de reforma a la educación universitaria que reflejaban los lineamientos con los que el Estado comenzaba a visualizar la educación como una institución fundamental para la proyección social y económica del país. En este sentido, se planteó que la función de la institución universitaria debía descansar en “*analizar y enjuiciar los fenómenos sociales, económicos, culturales y políticos del país y formular alternativas de solución*”.¹¹

10 El Colombiano, febrero 1 de 1971. p.6.

11 El Colombiano, julio 30 de 1971. p. 21.

La preocupación del gobierno por la generación de políticas para el fortalecimiento de la educación y la investigación se hizo visible cuando propuso, en agosto 31 de 1972, unas “*exenciones a los cerebros fugados*” para que regresaran al país y celebraran un contrato de índole económico y social. Con este fin se expidió el decreto 1397 de 1971 para autorizar al ICETEX y al fondo de investigaciones científicas hacer visibles las exigencias respecto a la cualificación de los docentes. Se exigió para la vinculación de profesores universitarios, el título académico, por lo que fueron despedidos 25 profesores de la Universidad de Antioquia por adolecer de este requisito.¹²

El rector Luis Fernando Duque Ramírez analizó la situación de la universidad y ratificó la idea de que uno de los problemas más importantes de la institución era “*la extremada politización de estudiantes y profesores*”.¹³ Pero el funcionario se concentró en mostrar que en la institución existía la libertad de investigación:¹⁴

...Estamos desarrollando diferentes programas para fortalecer la investigación de nuestros problemas y colaborar con los investigadores para darles mejores ocasiones para sus proyectos... Es necesario cultivar con mayor energía la capacidad crítica de los alumnos y profesores, que es la base para la formulación de hipótesis y la actitud investigativa, para formar hombres que sepan dudar y que sean capaces de crear respuestas a los interrogantes que se plantean y se hace necesaria una mayor compenetración de la universidad con las diferentes actividades ciudadanas de los distintos sectores de desarrollo para orientar la investigación aplicada hacia la solución de nuestros problemas reales.

Para el año 1973 la presencia de la Universidad de Antioquia en la sociedad, se pensó con base en el apoyo a los menos protegidos. Y se creó en la Facultad de Derecho El Consultorio jurídico¹⁵ que se conoció con el nombre de “*Abogados para pobres*”:

...esta instancia permitía que se acercaran a la universidad la población más pobre de Medellín en la búsqueda de soluciones jurídicas para sus casos”...en el Consultorio de la Universidad de Antioquia... veinte personas en promedio, visitan diariamente este centro, donde los estudiantes de último año de Derecho empiezan a “untarse de tinta” y a vivir la abogacía....Antes se les solicitaba a los clientes, para atenderlos, que presentaran el “certificado de pobreza” y la declaración de renta. Pero como la pobreza es una herramienta (la peor

12 El Colombiano, septiembre 13 de 1972, p.22.

13 El Colombiano, octubre 13 de 1972. p.1.

14 El Colombiano, octubre 13 de 1972. p. 7.

15 El Colombiano, febrero 10 de 1973.p.1.

de todas!) que salta a la vista, ya con sólo ver al cliente se le pide que tome asiento y se le escucha la queja...

El inicio de actividades académicas en la universidad cada principio de año, mostraba una universidad con dificultades presupuestales, e incluso ocurría un hecho notorio, el aumento en la cobertura, que aunque no era significativo para la época, comenzaba a mostrar que el crecimiento de estudiantes en el claustro requería de más recursos:¹⁶

En los diferentes estamentos de la Universidad de Antioquia existe una coincidencia: el alma mater ha crecido a un ritmo superior al de sus propios recursos. Y esta situación se pone de presente con la llegada de los 6000 estudiantes, entre los cuales figuran 2000 nuevos... faltan sillas, aulas y mayor iluminación... muchos grupos son de 50 y 60 alumnos, lo cual imposibilita una labor de docencia adecuada...

La preocupación por el alto número de estudiantes era paradójica, algunos dirigentes de la época, como el rector Luis Fernando Duque, reprocharon el hecho de perder cerca de 446 admisiones a programas novedosos en ciencia y tecnología, debido a que los aspirantes preferían ingresar a las carreras tradicionales:¹⁷

...Muchos bachilleres despreciaron la oportunidad de cursar carreras tan promisorias... para el porvenir del país como bibliotecología, física, mecánica industrial, electrónica, tecnología de alimentos y regencia de farmacia... En cambio, las carreras tradicionales tuvieron una demanda imposible de satisfacer: a medicina se presentaron 1250 aspirantes, cuando sólo pueden ingresar 175; a Derecho aspiraban 243 cuando a lo sumo podrían ingresar un centenar... y a todo lo anterior... se suma la circunstancia de que los estudiantes de secundaria... siguen orientados... por un criterio eminentemente memorístico...

Se había mostrado en la prensa local una preocupación constante por la crisis universitaria de la época, y para esto se pensó y se argumentó que se debía entregar una universidad crítica pero en orden, en cuanto a lo que se prescribía como beligerante. Pero se enunciaba otro asunto interesante, y era que se tomaba como parte de la crisis universitaria la situación de los trasplantes teóricos y prácticos entre países: “...es que somos muy dados a copiar ciegamente los caminos que se están transitando en otros países, sin que medie un estudio

16 El Colombiano, marzo 20 de 1973. p. 1.

17 El Colombiano, marzo 18 de 1974. p.1.

*a fondo sobre las conveniencias o inconveniencias de adoptar sistemas que funcionan en otros lugares... ”.*¹⁸.

Los documentos que trataban sobre la crisis universitaria generaban de forma casi inmediata intentos de reformas estructurales en la Universidad de Antioquia. Fue así que en el año 1975, se propusieron dos jornadas académicas debido a la ampliación de cobertura y de esta manera, se planteaba la posibilidad de otorgar contratos de exclusividad a los profesores para que mejoraran sus ingresos: “...*En estas condiciones, el alma mater es el establecimiento colombiano de Educación superior que en mayor forma amplía la capacidad de admitir nuevos estudiantes, si se compara con las demás universidades...En otras palabras el 70% de los aspirantes logró ingresar en la Universidad...En Derecho y Ciencias Políticas, por ejemplo, se prevé la admisión del 80 por ciento de los aspirantes...*”.¹⁹

Sin embargo, la discusión sobre el ingreso masivo de estudiantes, mostraba el deterioro de la situación económica de la universidad. El gobierno ofreció la ayuda necesaria para conjurar la crisis presupuestal, pero el rector Bernardo Trujillo Calle fue enfático en asegurar que la situación financiera de la universidad se debía a los incrementos de cupos no planeados y que no se tenían en cuenta cuando se elaboraba el presupuesto anual: “*informa el detalle del presupuesto adicional que la universidad requería, no para entrar a estudiar en incremento de cupos, sino para responder adecuadamente a los estudiantes que ya había recibido...*”.²⁰A pesar del aumento de cupos era alarmante que aunque se presentaban 13.000 aspirantes nuevos a la universidad, sólo había 5.000 cupos disponibles. Por su parte, la Asociación de Profesores se vio en la necesidad de denunciar el programa de ampliación de cupos y exigió que fueran dispuestos los recursos necesarios cuando se pretendiera cualquier ampliación en la universidad:²¹ “*tal y como ha sido impulsado por el gobierno, tiene el efecto de fomentar ilusiones en las masas estudiantiles, en tanto que no se han adecuado los recursos necesarios para atender dicha ampliación, por lo tanto su propósito es eminentemente demagógico*”.

Debido a la tensión entre las políticas educativas y lo académico, los comentarios de tinte político sobre el Alma Mater causaron fuertes enfrentamientos entre el Consejo Superior y el Gobernador del Departamento de Antioquia, el Dr. Oscar Montoya Montoya,²² quien sostuvo que “*La Universidad de Antioquia es una fábri-*

18 El Colombiano, marzo 20 de 1974. p. 1.

19 El Colombiano, enero 15 de 1975. p. 1.

20 El Colombiano, octubre 3 de 1975. p. 20.

21 El Colombiano, octubre 15 de 1975. p.20.

22 El Colombiano, octubre 18 de 1975. p. 17.

ca de subversión que cuenta con un grupo de comunistas dispuesto a demolerla” y concluyó que la universidad “...está en poder de bandidos”.

La situación se tornó difícil al inicio del año 1976 debido a que el Secretario de Educación de Antioquia, el Dr. Gabriel Vallejo Ospina, criticó el papel que cumplía la docencia y la investigación en el interior de la Universidad de Antioquia, su inconformismo fue plasmado en un artículo de prensa que se tituló:²³ “*Desgobierno en la Universidad de Antioquia: Hay profesores que...sólo dictan 16 horas de clase y que tienen compromisos en otras universidades y colegios... Otros no dictan clase y dizque están haciendo investigación pero estas no aparecen...*”. Aunando fuerzas y puntualizando el argumento del Secretario de Educación, el secretario de la universidad, Dr. Gustavo García Rivera, manifestó que el nivel académico de la universidad “*decrece ostensiblemente por la vinculación de nuevos profesores sin calidades académicas ni morales*”.²⁴

La situación universitaria en materia de orden público y la búsqueda de la excelencia académica generaron preguntas sobre la importancia de contar o no con universidades en el país, por lo que se cuestionó la planeación con las que fueron creadas y se esgrimió una tensión con el modelo foráneo que se utilizó al momento de su implementación:²⁵

El Estado no sabe para qué quiere la Universidad: ...cuando llegaron los izquierdistas, encontraron el campo libre...la masificación universitaria produce un impacto político, pero acaba con la excelencia académica...En Colombia de cada 100 niños en edad escolar sólo ingresan a la escuela 77... de cada 100 que entran a esta, solo terminan primaria 28 y de estos sólo 10 van a la secundaria. Esta la terminan tres, dos entran a la universidad y uno la termina...Contra la solvencia económica de la universidad está atentando el llamado poder estudiantil y el reciente poder profesoral...Por falta de imaginación se copió de los Estados Unidos una serie de instituciones como el campus universitario y las facultades básicas de ciencias y humanidades, que masificaron la enseñanza y también sus problemas.

A pesar de las discusiones, el Dr. Misael Pastrana, expidió en el Plan de desarrollo estatal la promoción al aumento de cupos universitarios en un 101%. Y las críticas no se hicieron esperar, se consideró y se argumentó que la universidad había dejado de ser para personas y se había convertido sólo en una universidad de números. En

23 El Colombiano, febrero 13 de 1976. p. 1.

24 El Colombiano, octubre 21 de 1976. p. 1.

25 El Colombiano, marzo 28 de 1976. p. 1.

la Universidad de Antioquia era visible la dificultad:²⁶ *“Inminente parálisis en la UdeA: El alma mater duplicó número de alumnos....de 1974 a hoy el número de estudiantes ha crecido de 11.866 a 24.574 conforme al interés del presidente Alfonso López de duplicar los cupos en las universidades”*. Sin embargo, las políticas de ampliación de cupos no planeaban la ampliación del presupuesto, por lo que la educación pública crecía en cantidad y disminuía en calidad. Esta fue una política estatal e institucional no planeada ni discutida por los diferentes sujetos interesados, y que afectó el bienestar de los estudiantes y de los profesores universitarios:²⁷

...Claro que se ha duplicado la población estudiantil y triplicado la docente, pero ha sido un crecimiento anormal porque se ha procedido sin adecuación de los recursos...Esta población, registrada hoy en 19222 alumnos, incluyendo los liceos, alcanzarán próximamente una cifra superior a los 22000 y consecuentemente más gastos de mantenimiento y asistencia en los campos académicos, de investigación y recursos docentes. La relación de alumno profesor es de aproximadamente 13 a uno, si se tiene en cuenta que el cuerpo de profesores lo integran 1583, de los cuales 1192 son de tiempo completo...

Frente a estas delicadas situaciones la Universidad de Antioquia no salió bien librada, se mostraba desorden administrativo y presupuestal por el mal manejo de la política de ampliación de cupos. Situación que fue denunciada por el Ministro de Educación, Dr. Rafael Rivas Posada, quien al referirse específicamente sobre la Universidad de Antioquia, se lavó las manos y argumentó:²⁸ *“dentro de las universidades seccionales fue la que con más irresponsabilidad interpretó las aspiraciones del gobierno de incrementar el número de nuevos alumnos, llegando a duplicar la población estudiantil en cerca de dos años y medio, imponiendo una gran carga administrativa que no fue capaz de manejar”*.

La mirada se inclinó en el profesor universitario de tiempo completo, y se propusieron políticas educativas tendientes a efectuar la ampliación de cobertura no sólo de los estudiantes, sino también de los profesores. Sin embargo, esta no fue contundente debido a que se tuvieron en cuenta los estudios esgrimidos por el Instituto Nacional de los Estados Unidos para la seguridad y la salud en el trabajo, en el que se manifestó que ser profesor universitario era una de las labores que menos stress generaba en quienes se dedicaban a ésta:²⁹ *“...trabajos que producen poca tensión: costurera, artesano, cuidadora de niños...profesor a nivel superior”*.

26 El Colombiano, marzo 1 de 1977. p.1.

27 El Colombiano, marzo 28 de 1977. p. 1.

28 El Colombiano, octubre 26 de 1977. p. 11 A.

29 El Colombiano, marzo 20 de 1978. p. 1.

Continuaron los análisis sobre la universidad colombiana, a propósito el Ministro de Educación, el Dr. Rafael Rivas Posada, analizó la problemática educativa en el campo de la investigación:³⁰

En países como el nuestro la educación no puede ser responsabilidad exclusiva del Estado...La universidad colombiana poco investiga...la educación ha reflejado una descomposición social...es necesario intensificar el desarrollo de las líneas técnicas...y, la universidad colombiana investiga? El esfuerzo investigativo está limitado prácticamente a la universidad oficial y, de esta, no hay más de cuatro que tengan una actividad importante: la Nacional, el Valle, la de Antioquia y la de Santander...todas las demás se limitan a impartir docencia en forma relativamente rutinaria...lo que pasa en este país es que no hay atmósfera investigativa desarrollada y no hay recursos humanos suficientes que ayuden...

Durante la posesión del Presidente de la República, Dr. Julio César Turbay Ayala, el mandatario mostró el énfasis que su gobierno le daría a la universidad en Colombia:³¹

... sería inexcusable, que no reiterara mi anunciado propósito de devolverle la Universidad, a la Universidad, mediante la inmediata presentación del acto legislativo que revoque la facultad presidencial de nombrar libremente al rector de dicho instituto docente, posteriormente, la ley deberá señalarle dicha atribución al consejo directivo de la Universidad para que la persona que asuma su orientación y dirección sea extraída del propio medio universitario. De análoga manera, se propone mi gobierno utilizar en muchas oportunidades la Universidad como cuerpo consultivo y fortalecer las investigaciones tecnológicas y científicas. No deseo una Universidad desconectada de la realidad Nacional, sino una vinculada a sus circunstancias colaborando desde su campo de acción en el proceso de desarrollo con Justicia Social.

La menciona la investigación se realizó ubicándola como un eje central de las disposiciones que señalaban la función y los objetivos de la universidad. No obstante, al presentar la investigación como un lineamiento de carácter general se podía vislumbrar dentro de la lectura de las reformas, que se aludía fundamentalmente a la investigación que proporcionaba resultados y avances científicos y tecnológicos; y esta mirada de la investigación era la que debía estar presente en la universidad en todos sus órdenes.³²

30 El Colombiano, marzo 23 de 1978.p.1.

31 El Colombiano, agosto 8 de 1978.

32 El Colombiano, agosto 12 de 1979.p.15A.

El ICFES fue la dependencia encargada de sugerir en la reforma a la educación postsecundaria el punto de partida y de llegada de la investigación interdisciplinaria, que se consideró orientada hacia la solución de problemas concretos y reales del país; la labor de docencia debía procurar³³ “...la confluencia de los procesos de investigar y enseñar”... “...que obliga a repensar los métodos actuales...para poder responder a la pregunta de si la investigación corresponde al profesor...”.

El Instituto Colombiano de investigación –Colciencias–, entidad que tenía como función primordial la financiación de la investigación, publicó por medio de su director, el Dr. Fernando Chaparro, que el instituto patrocinaba dos tipos de investigación. La investigación básica, que versaba sobre temas de interés académico y que permitía su utilización para la elaboración de programas docentes; y la investigación aplicada, que se ocupaba de generar estudios para solucionar problemas concretos y aplicables en la práctica. Y argumentó que la Universidad Nacional recibía el 30% del presupuesto del instituto para investigación debido al tipo de investigación que estaba realizando, en esa medida, le correspondía a la Universidad de Antioquia recorrer los caminos que había trazado la Universidad Nacional. Se finaliza el documento con una directriz: “Colciencias está apoyando la investigación, principalmente aquellas que están relacionadas con la realidad actual del país”.³⁴

Se observa finalizando la década de 1970, la importancia del discurso sobre la investigación en las universidades públicas, el cual se muestra como un eje dinamizador de lo académico; por lo que ya no sólo era la docencia, ni la alta cobertura, ni la poca preparación desde la secundaria, ni la falta de recursos, todo parece que se solucionará con la investigación, eso se deja ver en el texto publicado por el Rector Luis Carlos Muñoz.³⁵

Adecuar la universidad a nivel de los tiempos: tesis del nuevo rector de la U de A: los problemas fundamentales de administración están incidiendo en los ámbitos de la docencia y es necesario transformar esas estructuras obsoletas...la investigación y el examen crítico de la sociedad, son dos aspectos que deben convertirse en las más serias disciplinas universitarias...Creo que hay que hacer más por nuestros profesores, para que sean los mejores, de modo que ser profesor de la universidad de Antioquia sea una distinción y un signo de calidad intelectual y para ello hay que procurar que el profesorado esté siempre en la educación continuada, que tenga

33 El Colombiano, septiembre 9 de 1979. p. 13A.

34 El Colombiano, octubre 9 de 1979. p. 13 A.

35 El Colombiano, febrero 4 de 1979.

modos y medios para investigar...y sobre todo, creo que hay que facilitar el contacto permanente con las realidades que se vive. Si no investigamos, sino presentamos modelos y experiencias propias, nuestra educación se desubicará...

Con la llegada de la década de 1980, se pretende acomodar la Universidad de Antioquia a los estándares que servían de medida general para la calidad de la educación universitaria. Se habló sobre la libertad académica y de investigación, por lo que se propuso realizar inspecciones académicas y de proporcionar los parámetros para mejorar las condiciones de las bibliotecas universitarias. Y se implementaron diferentes modelos de evaluación institucional.

2. La investigación en la Universidad de Antioquia desde la identificación: Década de 1980.

La sociedad industrial aboga por la utilidad de los sujetos en todos los saberes. El desenvolvimiento social no es ajeno a los recursos tecnológicos y científicos de comunicación que se han articulado con los sujetos, y les permite interactuar y conocer la misma información aun estando en espacios diferentes. Estos avances son modificadores de la vida social pues suponen nuevas dinámicas para la sociedad contemporánea. Y en estos casos, los sujetos profesores son invadidos por el pensamiento científico que crea diversas representaciones sociales sobre la investigación.

Se puede determinar que los escenarios donde interactúan los sujetos en materia investigativa se convierten en espacios simbólicos cargados de significados que exigen una serie de conocimientos y códigos comunes para hacer posible la interacción entre los sujetos, estos lugares comunes inciden en la forma de actuar, o sea, es un conocimiento particular que está guiado por el papel que el sujeto ocupa en la sociedad. De esta forma, se propicia la comunicación interpersonal que permite el intercambio de imágenes, valores, opiniones y juicios en los que se constituyen y emergen las representaciones sociales de profesores sobre la investigación.

En el caso de los medios de comunicación, éstos constituyen una fuente determinante en las prácticas sociales, tal es el caso de la prensa escrita. Con este medio se obtiene información, se transmiten conocimientos, valores y creencias que orientan la visión de la realidad, por lo que es posible crear nuevos espacios y tiempos para ser dedicados a su consumo. Esto proporciona un conocimiento del entorno y de lo social, de ahí que muchas de las ideas o percepciones del mundo tienen que ver con lo que los medios de comunicación muestran, por lo que se convierten en la

“*industria de la realidad*”³⁶, y son estos medios de comunicación los que poseen el poder de determinar qué mostrar y cómo mostrarlo:³⁷

Este nuevo escenario social propicia una fragmentación de los espacios vitales y una mayor información en algunos sectores de la población urbana. Los grados de información dependen de diversas circunstancias socioeconómicas, tales como la escolaridad, la ocupación, los ingresos, la colonia o zona donde se habita, etc. en este escenario fragmentado es donde se construyen las representaciones sociales y en esto radica la diferencia fundamental con las representaciones colectivas analizadas a principios del siglo XX por Durkheim. Mientras que estas últimas irradiaban a todos los integrantes de una sociedad, las representaciones sociales irradian solo a un sector, comunidad o grupo de ésta. Mientras que unas son generalizadas, las otras son particularizadas.

Las representaciones al ser sociales hacen parte de la producción de procesos en los que los sujetos que forman parten de una sociedad están comprometidos con ciertas acciones, las cuales se dan en un contexto en el que se comparten significados y símbolos. En este sentido, la objetivación de las representaciones sociales en materia investigativa permite poner en imágenes las ideas, las percepciones y los conceptos para lograr su materialización a través de la articulación entre la cognición, la comunicación y la socialización en un grupo.

Las presentaciones sociales se construyen en la diferencia existente al interior de una sociedad en relación a un objeto social; nacen del debate, del desacuerdo entre grupos ubicados en un mismo contexto social, y en función a la experiencia que tienen de un objeto de representación. En este sentido, están íntimamente relacionadas a la experiencia y a las prácticas sociales, en tanto influyen y orientan las acciones, y definen la particularidad de un grupo. El proceso de objetivación de las representaciones sociales está conformado por tres momentos que se interrelacionan: la construcción selectiva; el sistema figurativo y la naturalización.³⁸

Prensa local, universidad e investigación: década 1980 y la identificación

La especificidad del grupo de profesores y su identificación en materia de investigación es lo que se analiza en la prensa escrita durante la década de 1980. Se muestra que existe un marcado interés por contar con una universidad pública organizada

36 LOMAS, Carlos. Textos y contextos de la persuasión. Los medios de comunicación de masas y la construcción social del conocimiento, en: *Enunciación*, N°. 6, diciembre 2001, p. 6.

37 *Ibid.* p. 107.

38 TAMAYO, William y NAVARRO, Óscar. Representación social del habitante en situación de calle. En: *Revista de psicología*, Vol. 1, N°. 1, enero – junio, 2009, pp. 9-10.

y en orden, por lo que se promulgó un nuevo Reglamento estudiantil que contara con criterios éticos y académicos en la formación. Para esto, se postuló la libertad de aprendizaje y la posición del estudiante como sujeto activo dentro de la generación de conocimiento.

El primer año de esta década muestra múltiples esfuerzos tendientes a lograr que la universidad estuviera activa y lograra superar la crisis vivida en la década anterior. Como parte de esta intensa actividad se discutió la implantación de un semestre supletorio, la reforma postsecundaria a nivel nacional y la creación de un nuevo estatuto docente en la Universidad de Antioquia.

A la par y ante la crítica por el aumento de cobertura sin planeación, el Dr. Jaime Restrepo Cuartas, consideró en un artículo de prensa, que la Universidad de Antioquia sólo estaba para las minorías, debido al bajo número de admitidos. Y argumentó que no existía en la universidad un presupuesto adecuado para la investigación, lo que imposibilitaba brindar el apoyo académico adecuado a los profesores en sus estudios: “...en la universidad los escasos avances científicos son el resultado de los esfuerzos personales de algunos profesores, más que de los estímulos provenientes de alguna ayuda oficial”.³⁹

El Rector de la Universidad, el Dr. Aristizábal, se mostró interesado en la investigación y en el análisis científico de la problemática social:⁴⁰

La universidad debe tener un fondo para incentivar a quienes se ocupan de la investigación. Y no se trata simplemente de hacer trabajos que beneficien a un determinado grupo social o sector de la vida nacional. También será preciso adelantar estudios de tipo social capaces de detectar toda una situación del hombre contemporáneo...La Universidad tiene que adelantar una labor muy importante en la investigación para asegurar una docencia científica, verdaderamente libre.

En el año de 1981 se realizó un planteamiento que apoyaba de forma contundente la mirada investigadora, se propuso no pensar únicamente en continuar siendo una universidad productora de profesionales, sino que se le debía permitir ser un recinto de altos estudios, en cuanto pudiera “...discutir ideas de la época, realizar investigación científica ligada a la realidad, concebir modelos de innovación social y tecnológico...”.⁴¹

39 El Mundo, enero 15 de 1980. p. 3.

40 El Colombiano, mayo 8 de 1980. p. 2A.

41 El Colombiano, marzo 17 de 1981.

Por tanto, las políticas de educación para la universidad en Colombia fueron sometidas a las nuevas exigencias que promovió el ICFES a nivel nacional y que se consideraban como las encargadas del mejoramiento de la calidad académica. A propósito la entrevista publicada al Dr. Hakim Murad:

...sufre un deterioro basado en la expansión de las instituciones superiores, porque se pasó en los últimos 10 años, de 30 de ellas a cerca de 100. La colocación de sus mismos egresados como profesores, creó una disminución en la calidad...el ICFES inició un programa, con apoyo internacional, para los próximos cinco años, por 120 millones de dólares, con el ánimo de promover la investigación científica en la universidad pública y la formación de investigación en los centros de excelencia que hay en ellas. Entonces vamos a escoger dentro de las públicas cuáles tienen los mejores programas de posgrado, cuáles tienen los mejores investigadores, y vamos a apoyar grandemente, en equipo y en dinero a esos departamentos que tienen esos avances para que preparen profesores de otras universidades, con el fin de mejorar la calidad sistemática, masiva y planificada...se piensa para la preparación de docentes no en enviarlos a estudiar al exterior sino en traer profesores extranjeros para que preparen grupos de investigación, basándose en las propuestas nacionales... creo que hay que preparar a la gente acá, porque es aquí donde tenemos los problemas y hacer la investigación sobre lo nuestro: obviamente utilizando la tecnología internacional. En Colombia no hemos investigado nuestras cosas. Sabemos mucho del exterior...⁴²

En la década de 1980, continuaba la ampliación de la cobertura estudiantil en la Universidad de Antioquia, a tal punto que se criticaba que la infraestructura y los pocos recursos destinados para el funcionamiento y el servicio no podían compensar o solucionar los problemas presentes desde la década de 1970. En este sentido, el Rector de la Universidad de Antioquia, Dr. Antonio Yepes Parra, dijo: “...*los cupos de admisión para el semestre próximo... a la universidad ingresarán 1874 nuevos estudiantes, para un total de 20000...es la vez que más estudiantes se registran, en una universidad que fue diseñada para 10000 y que no ha adecuado sus recursos al crecimiento de su población*”.⁴³

Las situaciones de orden público generaron diversas intervenciones, en su momento el Dr. Yepes Parra, consideró que la imagen de la universidad debía cambiar. Precisó que creía en el estudiantado y abogó por lo que se esperaba de una universidad pública y de su planta de profesores:⁴⁴

42 El Colombiano, agosto 7 de 1981. p. 4A.

43 El Colombiano, septiembre de 1981.

44 El Colombiano, febrero 21 de 1982.

...que en este claustro se están haciendo cosas importantes en el campo de la investigación y la docencia...se quejó de los medios de comunicación que sólo hablan de los actos violentos...y de las empresas que tienen un concepto negativo de sus egresados...La conformación de una universidad pública es más distinta y eso hace que seamos más críticos. ¿Por qué se dice que somos tan costosos y que mantenemos una serie de profesores haciendo nada? Es la famosa idea del profesor de tiempo completo tan discutida, que se da en la universidad pública. Él se dedica a la investigación, el estudio...la universidad pública es el organismo que cuestiona la sociedad. No hay que negar que en eso de los profesores de tiempo completo se han presentado abusos, pero las ventajas son mayores...Los partidos políticos tradicionales liberal y conservador abandonaron la Universidad. Aquí se ven todas las líneas ideológicas, pero ellos no están presentes...

A pesar de las dificultades planteadas, a la universidad pública se le continuaba exigiendo la ampliación de su cobertura. El Rector de la Universidad de Antioquia afirmó que: *“Es la segunda del país, pero la menos bien tratada en el presupuesto. Tiene el mayor índice de aceptados, pero los menores aportes”*. Recalcó que en virtud del Acuerdo Superior 23 de Junio de 1981 se creó el Sistema Universitario de Investigación, al que se le destinaría el 2% del presupuesto de la universidad, es decir, 40 millones para invertir en los diferentes proyectos de investigación que se presentaran. Con este sistema se *“procura una mejor aplicación de los recursos en el desarrollo de los diferentes proyectos universitarios de investigación”*.⁴⁵

Ante las precarias condiciones financieras, se reiteró la idea de que la universidad debía buscar sus propios ingresos de otras fuentes de financiación⁴⁶ como la prestación de servicios, las asesorías y las investigaciones para empresas públicas y privadas. Se insinuaba la revisión de las matrículas y el enorme compromiso que se requería para la contratación de profesores de tiempo completo, y se consideraba que no era justo que *“...una universidad les pague ocho horas y ellos trabajen cuatro”*.⁴⁷

La universidad pública con grandes dificultades de tipo económico, era blanco de miradas reformistas a nivel administrativo y académico para que estuviera acorde con las políticas de gobierno. El entonces Presidente Betancur anunció un plan de desarrollo denominado *“cambio con equidad”*; y precisó la importancia de introducir cambios al plan de estudios de las universidades, por considerárseles, a los que estaban vigentes, como anacrónicos y desactualizados:⁴⁸ *“...la creación*

45 El Colombiano, noviembre 8 de 1981. p. 1, 4A.

46 El Colombiano, diciembre 17 de 1982. p. 6C.

47 El Colombiano, diciembre 15 de 1982. p. 7C.

48 El Colombiano, julio 15 de 1983. p.15A.

de mecanismos financieros capaces de impulsar las siguientes metas: educación pública y privada, el desarrollo del plan de fomento a la educación rural, la segunda expedición botánica, el fomento a la investigación científica, los esfuerzos a favor de la identidad y el patrimonio cultural... ”.

Ante las exigencias, el Consejo Superior de la Universidad de Antioquia decidió fijar los lineamientos para efectuar un receso académico que permitiera abrir la universidad en condiciones óptimas, y respondiera a las necesidades del país y de la región; se discutió también el papel del profesor: *“se afrontará el replanteamiento conceptual del papel del profesor en la universidad contemporánea y de manera específica en la de Antioquia...se entiende que es urgente definir que el profesor además de investigador debe ser pensador; para que en medio de estos dos polos –la investigación y el pensamiento– pueda fluir con libertad toda la vida del claustro universitario”*.⁴⁹

Fue así que se expidió la Resolución N° 141 que buscaba mostrar una nueva y dinámica universidad. La reestructuración permitió la conformación de una Comisión especial que propuso como actividades fundamentales de la universidad: la investigación y la docencia. Se sustentó que: *“Por medio de la investigación, el profesor enriquecerá su enseñanza elevando el nivel académico y científico de los cursos que tiene bajo su condición”*.⁵⁰ Esta comisión consideró importante la reapertura del Alma Mater entre el 1 de Abril al 5 de Mayo de 1986:⁵¹

... Tampoco hay una apertura de espacios propios para la investigación, ligados esencialmente a la concepción y desarrollo efectivos de los programas. Los planes de estudio tienen la investigación como apéndice de la actividad académica... la labor del profesorado debe trascender y olvidar su concepción meramente laboral y burocrática. Se debe reivindicar la investigación como fundamento del trabajo docente... Los programas profesionales tienen que adecuar sus planes de estudio y el perfil de sus egresados a las exigencias hechas por el gobierno, la industria, los gremios, el mercado ocupacional, etc., de donde surgen las exigencias específicas para la conformación del currículo, la duración y las mismas posibilidades de investigación...

Durante el mes de agosto de 1987 se presentaron graves hechos de violencia en la universidad, incluso, ocurrió el asesinato de varios estudiantes y docentes en diferentes localidades y en momentos en los que no se encontraban en los claustros universitarios. La situación en el país y de la universidad cada día se tornaba más

49 El Colombiano, septiembre 27 de 1985. p. 2A.

50 El Colombiano, octubre 30 de 1985. p. 8B.

51 El Colombiano, febrero 6 de 1986. p. 1A y 5D.

tensa.⁵²En mayo de 1988, se propuso reabrir la Universidad de Antioquia después de seis meses de parálisis.

3. La investigación en la Universidad de Antioquia desde la innovación: Década de 1990 y el Anclaje de la ciencia

El análisis de las representaciones sociales muestra que las experiencias sociales y culturales hacen parte de la historia, son propias de los sujetos y provienen de las relaciones que se gestan en los grupos sociales, y a su vez, permiten diferentes miradas, ya que inciden factores de cantidad y calidad de la información a la que tengan acceso. Por esto, la comunicación entre los profesores investigadores de un mismo grupo y la comunicación masificada de la institución universidad, juegan un papel fundamental en la producción colectiva de las representaciones sociales sobre la investigación y generan dispositivos o modelos para que estas sean compartidas por un mismo grupo social.

La investigación como anclaje es una forma y un proceso que permite a los sujetos enfrentar las innovaciones; es decir, se realiza un juego entre el comprender algo y no comprenderlo, lo que propicia un problema; esto se hace a través de la incorporación de lo extraño en una red de categorías y significaciones por medio de dos modalidades: una, es la inserción en un marco referencial conocido y preexistente; dos, es la instrumentalización o inserción de las representaciones en la dinámica social para que sean útiles en la comunicación.⁵³

Por medio del anclaje se construye y se organiza la comunicación que propicia la socialización cuando se llega a acuerdos en relación con los signos y los símbolos empleados para acceder a lo que se percibía como desconocido. Una vez presentados los acuerdos, se permite a los sujetos obtener conocimiento, comprender el mundo, adaptar el contexto físico-sociocultural, organizar sus experiencias y regular sus conductas.⁵⁴

52 El Colombiano, agosto 26 de 1987. p. 5B y 18B.

53 JODELET Denise. La representación social: fenómenos, concepto y teoría, en: MOSCOVICI Serge. Psicología Social II, Editorial Paidós, Barcelona (España), 1986, p.p. 486-487.

54 ARAYA UMAÑA, Sandra. Las representaciones sociales: ejes temáticos para su discusión, en: <http://www.flacso.or.cr/fileadmin/documentos/FLACSO/Cuaderno127.pdf>, p. 21, octubre 12 de 2009. p. 36.: "Si bien el proceso de anclaje permite afrontar las innovaciones o el contacto con objetos que no son familiares para las personas, hay que advertir que las innovaciones no son tratadas por igual por todos los grupos sociales, lo cual evidencia el enraizamiento social de las representaciones y su dependencia de las diversas inserciones sociales. En efecto, los intereses y los valores propios de los diversos grupos actúan con fuerza sobre los mecanismos de selección de la información, abriendo más o menos los esquemas

Durante el proceso de anclaje se da significado al objeto representado, en el caso de estudio, la investigación en la Universidad de Antioquia permite comprender cómo se construyen y expresan las representaciones sociales por medio de la orientación de los comportamientos de los miembros del grupo, o sea, los profesores. Es decir, que se utiliza en la interpretación, la justificación y la orientación de sus comportamientos. Por lo que las representaciones sociales cumplen cuatro funciones básicas⁵⁵ en la dinámica de las prácticas sociales investigativas que son: la comprensión; la valoración; la comunicación e interacción y la actuación.

La posibilidad de los intercambios verbales entre los profesores exige y permite la creación y mantenimiento de las representaciones sociales sobre la investigación:⁵⁶ “...la utilización de un mismo código lingüístico. Exigen que se comparta un mismo trasfondo de representaciones sociales, aunque sea para expresar posturas contrapuestas”.

Cuando se hace mención a las condiciones de emergencia, se pretende mostrar que las representaciones sociales de la investigación surgen determinadas por ciertas situaciones como son los momentos de crisis y conflictos, donde los sujetos ponen de manifiesto sus creencias, valores, normas, actitudes y opiniones en un escenario de controversia y debate. En este sentido, se hace una clasificación donde se establecen tres condiciones de emergencia:⁵⁷ la *dispersión de la información*; la *focalización* y la *presión a la inferencia*.

Prensa local, universidad e investigación: década 1990 y la innovación

La investigación se considera productora de verdad, y es reforzada con la cientificidad de sus hallazgos. Con esta mirada se analiza la información de prensa que orienta la investigación durante la década de 1990 en la Universidad de Antioquia.

En materia educativa, en 1992 se realizó una entrevista al Rector de la Universidad de Antioquia, el Dr. Luis Pérez Gutiérrez, quien respondió las preguntas sobre la situación actual de la universidad y esbozó un panorama desalentador. El artículo

establecidos para que la innovación pueda ser integrada. Si el nuevo objeto que ha aparecido en el campo social es susceptible de favorecer los intereses del grupo, este se mostrará mucho más receptivo”

55 SANDOVAL, C. (1997) Sueños y sudores en la vida cotidiana de trabajadores y trabajadoras del a maquila y la construcción. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica. Citado por: ARAYA UMAÑA, Sandra. *Ibid.*, p. 37.

56 *Ibid.*, p.p. 38.

57 MOSCOVICI, Serge. Op. Cit., p. 18. Citado por Martín Mora Martínez, El modelo de las representaciones sociales de Serge. Moscovici, en: <http://www.robertexto.com/archivo/moscovici.htm>, septiembre 13 de 2009.

de prensa se tituló: *¿Hacia dónde va la Universidad colombiana?*, este texto comportó tres preguntas.⁵⁸

1. ¿Continúa la brecha universidad VS sector privado?

Sí. Es culpa de ambos lados...se ha perdido la excelencia académica, la Universidad tiene que ganarse la confianza de la sociedad y de los sectores productivos, demostrando que se opera normalmente, con eficiencia, con profesores realmente capacitados y demostrando que hay productividad investigativa.

2. ¿Hay calidad total?

En esta Universidad no ha habido control de calidad riguroso que nos permita entregar un gran profesional al país.

3. ¿Forman empresarios?

...al estudiante se le prepara para que responda los retos de una estructura social que hay en el país, que conduce más a que sea empleado que empleador.

Se solicitó que la formación estudiantil debía avanzar con los posgrados, la educación continuada y las especializaciones: *“la universidad debe estar acorde con los cambios tecnológicos y para esto hay que poner en el mismo nivel la investigación y la docencia”*.⁵⁹ Respecto a la investigación, se reconoció los avances y logros, y se afirmó que el número de docentes dedicados a esta era insuficiente para ingresar a la comunidad científica nacional e internacional. Se insistía en mejorar el sistema de estímulos para los profesores con el objetivo de que no sólo desarrollaran actividades docentes, sino que se vincularan a la investigación.⁶⁰

...destacar los esfuerzos que realiza la Universidad de Antioquia con su trabajo de investigación. En la actualidad están registrados en el sistema universitario de investigación 178 proyectos, con un costo total de \$3.188.548.345. Asimismo por actividades de extensión (venta de servicios) la universidad ha recibido \$1.000 millones y en los próximos dos años debe triplicar esta cifra.

Se nota una preocupación de las directivas y del sector gubernamental por realizar documentos de carácter público con una mirada de la universidad no revolucionaria sino concentrada en la labor académica e investigativa: *“Les presentamos la Universidad de Antioquia”*, se tituló el siguiente informe.⁶¹

58 El Colombiano, enero de 1992. p.15A.

59 El Colombiano, octubre 9 de 1992. p.6D.

60 El Colombiano, octubre 9 de 1992. p.6D.

61 El Colombiano, marzo 7 de 1993. p.7D.

Han pasado 190 años de vida del Alma Mater. Durante este tiempo la Universidad ha participado en el desarrollo de la educación pública, el avance científico y tecnológico, en la investigación y la cultura, en las artes, en la defensa de la justicia y las libertades esenciales, la normatividad del país, su democracia, la vigencia del derecho y la convivencia civilizada, además del permanente y desinteresado acompañamiento a los sectores menos favorecidos de la población...Es muy alto el prestigio de la Universidad de Antioquia...aunque durante mucho tiempo a sus estudiantes se les haya prejuzgado y discriminado”. Con esta presentación se buscó orientar la misión de la universidad, por lo que se elaboraron cuatro objetivos: 1) consolidación de la Universidad...como protagonista de la historia local, regional y nacional; 2) excelencia académica, eficiencia administrativa y funcionamiento normal y continuo de la Institución, fortalecer la credibilidad de la Universidad dentro de la sociedad...3) saneamiento de las finanzas y 4)...permanecer como epicentro científico, tecnológico e investigativo...

Se promulgó el nuevo Estatuto General, con el que se pretendía lograr reformas en lo académico, lo administrativo y lo investigativo en la Universidad de Antioquia. La universidad se reconoció como un espacio de controversias, de libre asociación, de libertad de cátedra, de aprendizaje, de libre desarrollo de la personalidad de los docentes, investigadores y alumnos, y de descentralización administrativa. Y trazó el camino que debía seguir la investigación en la universidad: “...eje de toda la vida universitaria...multiplicar el papel que juega la investigación en la Universidad...”.⁶² A propósito el entonces rector de la Universidad, el Dr. Aubad López, consideró que: “En el Estatuto profesoral...se definen unos fines profesionales en el sentido de que no hay solo actividad académica sino que cada docente debe hacer investigación, extensión y docencia, lo que no significa que tiene que hacerlo al mismo tiempo”.⁶³

A finales de 1994 fue elegido como Rector del Alma Mater el Dr. Jaime Restrepo Cuartas, quien propuso en su plan de trabajo la puesta en marcha de lo que se denominó una “cultura de la investigación” que vinculaba profesores y estudiantes a las actividades de investigación.⁶⁴ El nuevo rector se posesionó en el mes de enero de 1995, y entre sus pilares estaba el ubicar la universidad:⁶⁵ “...como un verdadero espacio de libertad, la defensa a ultranza de la universidad pública y un plan estratégico que estimule el desarrollo de las especializaciones, maestrías y doctorados, para fortalecer la investigación y formar el recurso humano que la

62 El Colombiano, marzo 9 de 1994. p.10A.

63 El Colombiano, abril 16 de 1994. p. 10A.

64 El Colombiano, diciembre 24 de 1994. p. 1D-7D.

65 El Colombiano, enero 11 de 1995. p.8A.

universidad requiere. Además que el estudio sea autónomo y sea integrado a la investigación, a los grupos interdisciplinarios y a la extensión". Planteó el rector que la selección de profesores debía estar ceñida por criterios académicos y propuso la creación de una veeduría que se encargaría de vigilar la labor social de la investigación, para que se vinculara con los problemas del país.

La preocupación de la época giró en la creación de una política institucional universitaria en tres frentes: la docencia, la investigación y la extensión.⁶⁶ Era de suficiente conocimiento que el Decreto 1444 impulsaba que el personal docente debía realizar producción para recibir una remuneración de acuerdo con sus méritos académicos. Por lo que era necesario que la universidad se concentrara en abrir espacios para la investigación y la publicación de los resultados. Se propuso mantener de forma permanente, la financiación de proyectos de investigación, sitios de trabajo adecuados, laboratorios debidamente dotados, libros y revistas actualizadas para el avance investigativo.

El eje investigativo fue la constante en los discursos y pronunciamientos de las autoridades administrativas de la Universidad de Antioquia, era claro el intento por mostrar que efectivamente se contaba con una nueva universidad.⁶⁷

...si el Alma Mater quiere entrar al siglo XXI por la puerta que usarán los más destacados centros de educación superior del mundo, tendrá que sacudirse tanto polvo de tiza y remover tantos tableros como los que todavía se utilizan allí para la formación profesional. Y abrirse, no solo a la provincia que debe servir sino también al mundo, escenario de investigación que es sinónimo de desarrollo...se percata de que la Universidad de Antioquia no es sólo ese enmallado que produce malos recuerdos de incendios y pedreas. Es la cuna del saber del departamento, que se tiene que desarrollar para poder revertir desarrollo.

Aunque la referencia a la investigación era una constante, se puede observar la actividad política y académica que se presentaba al interior del claustro; como fue el caso que se presentó en el mes de mayo de 1995, cuando el Consejo Académico implementó una reforma al proceso de ingreso de los nuevos estudiantes. El colegiado consideró que el examen de admisión se correspondía en su capacidad selectiva con las pruebas del ICFES, razón por la cual abolió de la universidad el examen de admisión, y "*...la selección de estudiantes para cada uno de los pregrados sería determinado por el puntaje de las pruebas del ICFES...*".⁶⁸ Esta situación generó el

66 El Colombiano, febrero 27 de 1995. p. 1C.

67 El Colombiano, abril 21 de 1995. p. 11A.

68 El Colombiano, mayo 19 de 1995. p. 7B.

rechazo de los estudiantes, y se decretó un paro estudiantil que duró varios meses. La administración tuvo que retirar la medida.

En el año de 1996, se expidió un documento que debería guiar la universidad e sus próximos diez años, “El Plan de Desarrollo” el cual hizo énfasis en la investigación. Se pretendió que la universidad fuera un centro de formación avanzada que fomentara la investigación interdisciplinaria, el desarrollo académico-científico y el desempeño profesional especializado. La investigación permitiría, según el documento, apoyar la formación de doctores e investigadores y la vinculación de estudiantes en la renovación académica que tendría que ocurrir con el relevo generacional.⁶⁹

En el mes de abril del año de 1996, se registró en la prensa con beneplácito la normalidad académica que estaba prevaleciendo en la Universidad de Antioquia durante el último año, y se mostró el interés de todos los sujetos por mantener en funcionamiento el claustro, por lo que “*el Alma Mater en normalidad académica también era noticia*”.

En la universidad, se le entregó una mención de honor al científico Manuel Pataroyo, en la que mostró su posición sobre la investigación:⁷⁰

¿Están dadas las condiciones en Colombia para investigar?

R/ En nuestro país no hay dificultades para investigar, este es un vicio que se ha esgrimido siempre, lo que existe es una pereza intelectual por la investigación.

¿Se vislumbra un futuro promisorio para las nuevas generaciones de investigadores?

R/ El futuro es mejor que lo que yo tuve. Porque Colombia está tomando conciencia de ciencia. Ahora la ciencia es motivo de análisis, de discusión...

¿Para qué le ha servido divulgar la ciencia y lo que usted ha aprendido en el laboratorio?

R/ Popularizar la ciencia me ha valido muchas patadas. Pero si no fuera por la lucha, hoy no existiría la misión de ciencia, educación y desarrollo, y que se tengan ejemplos y paradigmas nuevos...

En el mes de junio de 1996, se realizó un encuentro de profesores universitarios en el que se discutió la función de la investigación como uno de los ejes centrales de

69 El Colombiano, marzo 14 de 1996. p. 1C.

70 El Colombiano, abril 29 de 1996. p. 6B.

la educación superior que se brindaba en las universidades. Se partió de la premisa de que la investigación era vital para el país y la universidad; y se planteó que los objetivos para avanzar en la investigación serían posibles siempre y cuando el Estado y el sector productivo se unieran e invirtieran en la universidad pública, pero se puntualizó en el respeto por su autonomía:⁷¹

La universidad del siglo XXI tendrá su eje central en la investigación, la que involucrará a profesores y estudiantes como sus estamentos más dinámicos, razón suficiente para resolver el falso dilema investigación-docencia. La investigación será el mejor soporte para una buena docencia en la universidad... Lograr mejor investigación en los centros de educación superior y su impulso al progreso, en todos los ámbitos, implica que el gobierno nacional se comprometa a fondo con la universidad pública... Mientras lo hace, los académicos se responsabilizan de investigar los conflictos y de plantear las soluciones, para que la universidad no continúe siendo una isla en medio de la sociedad...

¿Para qué se está investigando? ¿Acaso los investigadores al servicio de Colciencias se han convertido en maquilladores de ciencia?... Los docentes afirman que a pesar de los trabajos individuales o colectivos que se han adelantado en las instituciones de educación superior, en el país no se puede hablar de una cultura de la investigación. Para ellos falta independencia, identidad y autoestima es estas labores. Además, tampoco han existido ni los ambientes, los espacios, la infraestructura organizativa ni de gestión para su sano ejercicio.

Finalizando el año de 1996, se promocionó la feria universitaria denominada “*Expouniversidad 96: Ciencia, tecnología y vida*”. El objetivo, según el Rector Restrepo Cuartas, era que la universidad⁷² “...muestre nuevos caminos para el desarrollo científico, tecnológico, informático e investigativo, en diferentes áreas, buscando con ello la participación de la sociedad en la construcción de un porvenir que ofrezca mejor calidad de vida”.

En el año de 1997 se anuncia que la Universidad de Antioquia invertiría 20.000 millones de pesos en trabajos de investigación en diferentes áreas. La normativa universitaria permitió que los estudiantes participaran de forma activa y directa en la presentación de proyectos de investigación financiado e inscritos ante el sistema de investigación de la universidad, el interés era que los estudiantes se formaran como investigadores en su campo de saber: “...con el fin de avanzar efectivamente en la exploración de nuevos ámbitos para el desarrollo de la ciencia, la cultura y el arte en el país...con

71 El Colombiano, junio 27 de 1996. p. 2C.

72 El Colombiano, junio 1 de 1996. p. 16A

*estos dineros se pretende reforzar en el claustro la especialización del personal docente en doctorados, la acción investigativa...la presencia de la universidad en la provincia antioqueña”.*⁷³

Los avances investigativos continuaban mostrándose como noticia importante en la prensa escrita, y se consideraba relevante la entrega de premios a la investigación aplicada. Por esto Colciencias y el BID manifestaban la importancia de la formación de nuevos investigadores para poder hablar de una “*sociedad del conocimiento*”. A su vez, el Rector Restrepo Cuartas explicó que “*...por norma universitaria se obligó la vinculación estudiantil en todos los proyectos con el fin de posibilitar la formación de nuevos investigadores*”. Por su parte el Doctor Herrán Jaramillo, miembro del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, destacó la importancia de:⁷⁴ “*...impulsar los nuevos talentos investigadores desde los últimos semestres universitarios...facilitándoles la universidad un currículo flexible que les permita trabajar en los equipos de investigación y su posterior candidatura a las becas de maestrías y doctorados...*”.

La Universidad de Antioquia contó con un sistema de investigación que permitía el acceso a profesores y estudiantes, por lo que se concentró en pensar en un lugar adecuado para ubicar los grupos de investigación de excelencia. Se propuso la creación de un edificio para realizar investigación de alto nivel y con la suficiente infraestructura para que los investigadores avanzaran en su labor investigadora, y esto se consideró como un servicio para toda la comunidad: “*...En terrenos de la Facultad Nacional de Salud Pública se construirá...un edificio inteligente, ultramoderno...Allí se concentrará la gran masa pensante y la tecnología para dinamizar la investigación y lograr una nueva visión en esa misión de trabajar los problemas regionales en forma interdisciplinaria*”.⁷⁵

Además, se puede apreciar en los avisos de prensa publicados por la Universidad de Antioquia, la solicitud de cubrir sus plantas de profesores vacantes con profesores – investigadores. La investigación en la Universidad de Antioquia tomó gran importancia en las convocatorias que se efectuaron durante finales de los años noventa, por lo que cada vez se hacía mayor su presencia como requisito indispensable para ocupar una plaza docente. Entre las exigencias se solicitaba el título que permitiera asegurar una formación investigativa, por lo que se exigía el título de magister, preferiblemente el título de doctor; se debía tener trayectoria investigativa comprobada con proyectos terminados o en curso e incluso con la publicación de

73 El Colombiano, febrero 21 de 1997. p.15A.

74 El Colombiano, abril 8 de 1997. p. 16A.

75 El Colombiano, junio 25 de 1997. p. 4C.

la investigación. En algunas dependencias se exigía que las publicaciones fueran internacionales, que se propusieran líneas de investigación y la elaboración de una propuesta investigativa. Otras dependencias solicitaban que la experiencia investigativa fuera acorde con los años de experiencia profesional. El perfil de los profesores se orientaba hacia la misión de investigar como eje fundamental de la docencia.

La situación de la Universidad de Antioquia finalizando el siglo XX era preocupante, se efectuó una reunión con el Rector Restrepo Cuartas y los profesores para puntualizar la gestión y mostrar el inconformismo por el posible cierre de la universidad, pero el propósito del rector fue exaltar la labor investigativa del claustro, ubicando la función de investigar como un pilar fundamental en la crisis:⁷⁶ “...*Debemos luchar unidos por la permanencia de la universidad, sobre todo en estos momentos en que Colciencias la calificó como la que mayor número de investigación desarrolla en el país...*”. Argumentó para finalizar, que había en el sistema de investigación un total de 480 investigaciones, lo que mostraba una masa de investigadores en la universidad, que estaba conformada por profesores y estudiantes.

A modo de conclusión

Las representaciones sociales sobre la investigación en la Universidad de Antioquia no se configuraron aisladas de los sujetos profesores y administradores, y se mostró con este artículo las interacciones que se presentaron por parte de los grupos de profesores durante tres décadas, y su mirada sobre la universidad investigadora.

Durante la década de 1970, la prensa escrita de la región mostró la Universidad de Antioquia como una universidad pública que contaba con una posición política de profesores y estudiantes dentro del claustro. La referencia a la ampliación desmedida de cupos se criticaba como una política que no fue concertada y que incidió de forma negativa en la sostenibilidad económica y financiera de la institución. Y fue constante la solicitud de que la actividad política no debía impedir el realizar estudios científicos por lo que se proponía, que la educación universitaria estuviera vinculada con el desarrollo industrial- tecnológico y con el avance intelectual del país.

En la década de 1980, se puede observar un acercamiento a la investigación desde la administración y los profesores. Los espacios universitarios permiten la interacción de los sujetos en torno a la investigación por medio de los códigos dispuestos para esto: autofinanciación, progreso, producción de conocimiento, avances científicos

76 El Colombiano, junio 24 de 1999, p. 1C.

e investigaciones. Los medios escritos de comunicación constituyen una fuente determinante en las prácticas sociales, ya que crean y muestran espacios en la universidad pública para que sean utilizados en procura de la investigación.

La especificidad del grupo de profesores y su identificación en materia de investigación, permitiría, según los discursos, mejorar los contenidos de los cursos, y propondría reunir criterios éticos y académicos en la formación de los estudiantes. En la libertad de aprendizaje, al profesor se le identificó con el investigador y su saber se debía exponer dentro de los cánones propios del método científico, y a su vez, el estudiante debía acercarse a la misma información científica.

En la década de 1990, los sujetos profesores investigadores mantenían una comunicación constante por medio de la investigación institucional, el anclaje permitió la organización de la información y los acuerdos en relación con los símbolos empleados. La legislación procuró que el salario de los profesores dependiera de la producción investigativa, y se crearon los mecanismos de evaluación con preponderancia de la producción científica.

La investigación profesoral fue motivada para que continuara su avance, por lo que se debía incrementar la calidad y la capacidad de oferta. Los estímulos salariales buscaban que los profesores no se dedicaran de forma exclusiva a la docencia, por lo que la Universidad de Antioquia debía propiciar espacios para la publicación de investigaciones, laboratorios dotados, bibliotecas especializadas y financiación de proyectos para lograr mejores remuneraciones en su planta profesoral. De esta manera, la investigación se ancló como parte central de la educación superior que se brinda en la Universidad de Antioquia, y esto hace parte de las representaciones sociales sobre la labor investigativa de este claustro.

Bibliografía

- ARAYA U. Sandra. Las representaciones sociales: ejes temáticos para su discusión, en: <http://www.flacso.or.cr/fileadmin/documentos/FLACSO/Cuaderno127.pdf>, p. 21, octubre 12 de 2009. p. 36.
- JODELET. Denise. La representación social: fenómenos, concepto y teoría, en: MOSCOVICI Serge. *Psicología Social II*, Editorial Paidós, Barcelona (España), 1986.
- LOMAS. Carlos. Textos y contextos de la persuasión. Los medios de comunicación de masas y la construcción social del conocimiento, en: *Enunciación*, N°. 6, diciembre 2001.
- MARTÍNEZ. Martín. El modelo de las representaciones sociales de Serge. Moscovici, en: <http://www.robertexto.com/archivo/moscovici.htm>, septiembre 13 de 2009.

SANDOVAL. C. Sueños y sudores en la vida cotidiana de trabajadores y trabajadoras de la maquila y la construcción. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica. Citado por: ARAYA UMAÑA, Sandra. (1997)

TAMAYO, William y NAVARRO. Oscar. Representación social del habitante en situación de calle. En: Revista de psicología, Vol. 1, N°. 1, enero – junio, 2009

Prensa

Periódico El Colombiano. Impreso en Medellín, Antioquia. Años 1970 a 1999.



Título: Canción a la luna

Técnica: Mixta lienzo

Dimensión: 24 x 30

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA*

* Este artículo es resultado de investigación, se encuentra en el marco del Proyecto de tesis doctoral titulado: “Los muertos de Ley 100: Prevalencia del derecho a la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC”, dirigido por el doctor Carlos Bernal Pulido. Tesis que el 2011 fue aprobada con la mención Summa o Sobresaliente Cum Laude por parte del Tribunal calificador de la Universidad Externado de Colombia.

Fecha de recepción: febrero 19 de 2011

Fecha de aprobación: abril 15 de 2011

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

*Jaime León Gañán Ruiz***

RESUMEN

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Según un primigenio criterio formalista de interpretación el derecho a la salud fue considerado como un derecho meramente prestacional debido a su ubicación topográfica en dicha Constitución. De allí, y por influjo directo de las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, parece haberse reconocido como un derecho fundamental *per se*. El derecho a la salud analizado en clave del Estado social es un verdadero derecho fundamental, por ello, debe ser protegido por todas las garantías constitucionales y legales propias de tal tipo de derechos.

Palabras clave: Constitución, salud, derecho fundamental, Estado social, jurisprudencia.

LEGAL NATURE OF THE RIGHT TO HEALTH IN COLOMBIA

ABSTRACT

The right to health was established in the articles 44 and 49 of our Politic Constitution how a inherent right to the person. According to a formalism view of the right, the right to health was consider how a right merely benefit, due to the ubication in the Constitution. However, the jurisprudence of Constitutional Court about the topic, has said that the right to health is a fundamental right *per se*. The right to health interpreted through Social State of Law, is a fundamental right, then, it should be protected with all constitutinals guarantee.

Keywords: Constitution, health fundamental right, Social State, jurisprudence.

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor, Coordinador Académico del Radio Consultorio Jurídico y de la Cátedra Abierta en Seguridad Social y Salud de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Dirección postal: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Oficina 14-419, Medellín, Colombia. gananr@une.net.co

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Introducción

El Preámbulo de la Constitución Política de 1991 determina como uno de los fines esenciales del Estado colombiano el garantizar a sus integrantes la vida. A su vez, la protección del derecho a la vida se encuentra positivizada en el artículo 11 de la precitada Constitución Política como un derecho fundamental. Su satisfacción efectiva e integral, como derecho a una vida digna¹, depende del aseguramiento real de otros derechos. Entre ellos se destaca el derecho a la salud².

Los artículos 48 y 49 constitucionales fueron desarrollados por la Ley 100 de 1993³ que, entre otros, estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante: SGSSS). El SGSSS tiene como objetivos: regular el servicio público de salud, crear condiciones para el acceso de toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y como corolario, garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con tal fin, la citada Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud (en adelante el: POS)⁴, como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de tal Sistema.

1 Debe recordarse que la Corte Constitucional ha señalado que "... el derecho a la vida no sólo implica para su titular el hallarse protegido contra cualquier tipo de injusticia, sea esta de índole particular o institucional, sino además tener la posibilidad de poseer todos aquellos medios sociales y económicos que le permitan a la persona vivir conforme a su propia dignidad." Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz. p. 8.

2 Véanse entre otros los artículos 44, 48 y 49 de la C. P.

3 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI). Artículo 1º y artículo 5º de la Ley 100 de 1993. La Ley 1122 de 2007 reformó parte del SGSSS, al igual que la Ley 1438 de 2011 por la cual se fortalece tal Sistema.

4 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993. "... Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan...". Véase los Acuerdos 008, 011 y 014 de la Comisión de Regulación en Salud. CRES.

En este contexto, la naturaleza jurídica del derecho a la salud ha sido ampliamente discutida para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela⁵. Discusión que *prima facie* zanjó la sentencia T-760 de 2008⁶ el reconocer al derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. Sin embargo, no se percibe de algunas de las subsiguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional una absoluta correspondencia con el reconocimiento realizado por tal sentencia. De hecho, sentencias posteriores a la T-760 de 2008 han regresado a la concepción del derecho a la salud como fundamental sólo por conexidad, tal como se verá posteriormente. Aún en algunos espacios académicos se discute la fundamentalidad o no del derecho a la salud. Por ello, en este breve trabajo se pretende analizar las características propias del derecho a la salud y compararlas con las propias de un derecho fundamental a fin de buscar la consolidación de tal derecho como un derecho seriamente fundamental para todos los efectos legales y prácticos, y no solo como fundamental para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela. En tal sentido se analizará qué tipo de derecho es el derecho a la salud, cuál su estructura y finalmente se hará un recorrido por las decisiones de la Corte Constitucional con respecto de la justiciabilidad de tal derecho vía acción de tutela.

En todo caso se partirá de la concepción del derecho a la salud en clave de lectura del Estado social, como un derecho integral e integrador y bajo la premisa que el derecho a la salud implica la garantía real a gozar de un estado físico, mental, emocional y social que permita al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general.

Consideraciones iniciales

La lectura de los derechos, en especial de los derechos fundamentales, difiere según se realice en clave del Estado liberal, de la concepción del Estado democrático o desde la perspectiva del Estado Social en su carácter de teorías materiales de tales derechos.

En el pensamiento liberal-burgués, señala Osuna⁷ el Estado propio del liberalismo (el Estado de Derecho), se justifica teóricamente como una organización política

5 Se debe anotar que para el caso de los menores de edad, el derecho a la salud fue catalogado por el artículo 44 constitucional como un derecho fundamental.

6 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 Véase Osuna Patiño, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita". n.º 37. Bogotá: 1997, pp. 13 y ss.

racional, cuyo último fin consiste en el respeto de la libertad individual, en ese sentido, dice el autor, el pensamiento liberal-burgués, los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza corresponden al hombre individual libre. Por tanto, según el autor citado, las notas comunes de tal pensamiento son las del individuo aislado como titular, libertad individual como objeto protegido, protección puramente jurídica, y Estado como sujeto pasivo.

En la concepción democrática de los derechos fundamentales, éstos son legitimados en cuanto permiten un proceso democrático de formación de la voluntad política⁸. En este contexto, refiere Osuna, los derechos fundamentales, más que pautas de separación entre el Estado y los ciudadanos, son normas que fundamentan competencias y funciones para permitir la libre participación del ciudadano en los asuntos políticos y en el proceso político. Bernal afirma que la tesis central de la teoría democrática de los derechos fundamentales señala que las facultades morales de la persona democrática se convierten, bajo el imperio de la Constitución, en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano⁹.

Finamente en la concepción de los derechos fundamentales en el marco del Estado social de derecho el acento, según Osuna¹⁰, se pone en la posibilidad material de todos los ciudadanos –diríamos de todas las personas– para gozar efectivamente de la *libertad real* en condiciones de igualdad –y le agregaríamos, en iguales condiciones de dignidad–. El mismo autor citado, señala que a diferencia de lo que ocurre con la teoría liberal-burguesa, los derechos fundamentales en el Estado social son algo más que las cláusulas de separación entre las competencias privadas y públicas pues dada su relación con el reparto de la riqueza y con la participación de la colectividad en el bienestar se tornan en uno de los componentes más significativos de la dinámica política¹¹. Por su parte Bernal¹² señala que el Estado Social se define como un modelo de organización política que remonta su separación con respecto a la sociedad civil. Al respecto, Baldassarre¹³ detalla que el “Estado social” es la respuesta político-constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva, que constituye el subproducto, al parecer difícilmente ineludible, tanto de los desequilibrios de poder que implica el libre juego de las fuerzas sociales

8 Véase Osuna. Ob. cit. p. 14.

9 Véase Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 319.

10 Ob. cit. p. 16.

11 Ob. cit. p. 17.

12 Bernal. Ob. cit. 353.

13 Baldassarre. Ob. cit. p. 27.

y la incertidumbre implícita en los mecanismos espontáneos del mercado, entre otras causas. En palabras de Pérez Luño¹⁴ en la medida que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. La solidaridad pasa a ser el núcleo rector de la concepción de Estado social de derecho en reemplazo de la idea del bien común como garantía al individuo del mayor espacio posible de autonomía privada y la igualdad real entre todos los miembros del Estado como base para que el ejercicio de la libertad pudiese ser universal¹⁵.

Los derechos sociales en el marco de un Estado social de derecho deben trascender de los simples enunciados programáticos a principios iusfundamentales. Principios iusfundamentales que sean fines en sí mismos, pero igual sean medios instrumentales para la materialización de la *libertad fáctica*. Que garanticen la exigibilidad real de tal derecho por parte de cada uno de los individuos, pero igual permitan la materialización del principio de solidaridad entre los miembros de la sociedad, precisamente en el marco de un Estado social¹⁶ y la igualdad real o material entre ellos.

En tal sentido, la lectura de la persona y de la sociedad en clave del Estado social debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se cambia el centro de la libertad como fin último, y se pone tal libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto no se hablaría de garantizar un *mínimo existencial* sino de garantizar una vida digna y con calidad que permita el mayor desarrollo posible del plan de vida de cada persona y de la sociedad en general acorde con la definición del derecho a la salud referido como orientador de este trabajo, esto es, a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral y del disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Por ello los derechos sociales no serán un mero complemento de los derechos de libertad y de los derechos democráticos sino que en sí mismos serán verdaderos derechos universales y vinculantes.

14 Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Tecnos, 2007. p. 21.

15 Cfr. Bernal. Ob. cit. p. 353.

16 Según Chinchilla Herrera desde la perspectiva de su función en el Estado social constitucional, los derechos sociales son necesarios para asegurar posibilidades reales o materiales de ejercicio de los derechos de libertad, igualdad, defensa y participación. Ob. cit. p. 188.

Precisamente en el devenir histórico verificable de la determinación de la salud como un derecho nos encontramos que el derecho a la salud está prolijamente regulado en los instrumentos jurídicos de carácter internacional, consagración de la cual se puede colegir que el derecho a la salud es un derecho humano, universal, vinculante e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Es un derecho social, inclusivo, interdependiente con otros derechos. Entraña libertades y derechos, se reconoce la salud como un bien público, garantizado por los estados parte. Es un derecho que leído en el contexto del Estado social implica la dignificación del ser humano y la búsqueda de su bienestar integral.

Efectivamente el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁷ En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es consagrado como un derecho a la preservación de la salud y al bienestar.¹⁸ Precisamente en 1966, por medio del PIDESC, se determina el derecho a la salud como un derecho social al reconocerse como "... el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental..."¹⁹. Mediante la Observación General 14 se amplía su concepción al definirse como un "derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos"²⁰, y al determinarse que "El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos."²¹ En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida "... como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social." Así mismo que se reconoce como un "... bien público"²². De acuerdo con

17 Numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, artículo XI: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

19 Artículo 12, numeral 1 del Pacto citado.

20 "Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente". Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del PIDESC. Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC). Párrafo 1.

21 "... en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud". Obra citada. Párrafo.3.

22 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 1988. Artículo 10. Derecho a la Salud.

la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): "... La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"²³.

Por su parte, en Colombia el derecho a la salud se elevó a rango constitucional con la Constitución Política de 1991²⁴. También fue determinado en el artículo 50²⁵ de la Constitución. En ambos casos en el marco de los derechos sociales. Igualmente, el derecho a la salud fue expresamente consagrado como un derecho fundamental en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991²⁶. Así mismo, el derecho a la salud puede derivarse de la enunciación normativa de algunos artículos constitucionales, que leídos en clave de Estado social y desde la visión integral de tal derecho, permiten colegir la estipulación del derecho a la salud en ellos. Así, por ejemplo, de la enunciación normativa del artículo 46 puede deducirse el derecho a la salud o a los servicios de salud de las personas de la tercera edad. Lo mismo con el artículo 47 en lo referente a las personas en estado de discapacitadas. El 52 en cuanto refiere al ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas en función de la preservación y desarrollo de una mejor salud en el ser humano. El 53 con relación a la salud de los trabajadores. El 54 respecto de los trabajadores de la tercera edad o discapacitados. El 64 en cuanto a los trabajadores agrarios. El 79 como determinante del derecho a un ambiente sano.

Con estas breves consideraciones se dará paso entonces al análisis de qué tipo de derecho es el derecho a la salud, su naturaleza jurídica, su estructura y su justiciabilidad.

-
- 23 "...El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados". Principios de la Constitución de la OMS. Documentos básicos, suplemento de la 45 edición, octubre de 2006.
- 24 Consagrándose como parte del capítulo II. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, del título II. De los Derechos, las Garantías y los Deberes de nuestra Constitución Política Principalmente a través del artículo 49, hoy reformado por el Acto Legislativos 002 de 2009.
- 25 Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.
- 26 Son derechos fundamentales de los niños: "... la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...".

1 ¿Qué tipo de derecho es el derecho a la salud?

El derecho a la salud, tal como se ha venido afirmando, es un derecho, lo cual excluye, de entrada, la discusión de si es un derecho o si es un servicio público²⁷. En su preferente connotación como derecho comparte, por lo tanto, las características formales y materiales de un derecho. Desde tal perspectiva, se tratará de abordar la posición de que el derecho a la salud es fundamental, para lo cual se seguirán las consideraciones realizadas por Miguel Carbonell, en su libro *Los Derechos Fundamentales en México*²⁸, igual siguiendo a Ferrajoli²⁹ y los autores Alexy, Bernal y Arango. Teorías que son acogidas como referente en cuanto realizan un análisis conceptual y material integrador de los diferentes enfoques para estudiar los *derechos fundamentales*. Así, primero se hará la ubicación conceptual de cada característica y luego la estructuración del derecho a la salud como fundamental, en relación con dicha característica.

Carbonell, previo reconocimiento de las discrepancias entre los filósofos de la justicia y los teóricos políticos, realiza una primera aproximación a los conceptos y valores que pueden determinar que un derecho sea considerado como fundamental³⁰. Entonces, desde el nivel de análisis de la teoría de la filosofía de la justicia o desde la teoría de la política, considera que los derechos serían determinados como fundamentales en la medida que se constituyen en instrumentos de protección de los intereses más importantes, entiéndase vitales, de las personas, ya que preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Entendiéndose por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. De allí se deriva la característica de la

27 Se reitera que a pesar del reconocimiento realizado por la sentencia T-760 de 2008 en relación a la fundamentalidad del derecho a la salud, aún parece no existir consenso doctrinario al respecto. Por ello la presente aproximación.

28 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. n.º 185. Elaboración de formato PDF: Sara Castillo Salinas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2004. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en versión completa digital en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=1408>].

29 Véase Ferrajoli, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.

30 Según Ferrajoli uno de los criterios axiológicos, sugeridos tanto por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional, es el nexo entre derechos humanos y *paz* instituido en el preámbulo de la *Declaración universal* de 1948. Según el citado autor deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad persona, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también en un mundo en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia. Agregamos, que el derecho a la salud sin duda hace parte de tal categorización, por ende debe ser garantizado como un derecho fundamental. Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías. Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001. Ob. cit, p. 43.

universalidad de los derechos fundamentales, en cuanto protegen bienes con los que debe contar toda persona para el logro de una vida digna, independiente de factores circunstanciales, tales como características físicas, lugar de nacimiento, entre otras.

En términos de nuestra Constitución, podemos relacionar plan de vida con dignidad y con libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, ¿no es objetivo del derecho a la salud y los bienes y servicios de salud, proteger los bienes básicos necesarios para el desarrollo de cualquier plan de vida? ¿No es el derecho a la salud un derecho universal, en cuanto protege, junto con otros derechos, los bienes básicos de todos los residentes en Colombia? ¿Acaso el derecho a la salud no es una condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida de cualquier persona en Colombia? En nuestro criterio, se considera que habría que contestar positivamente a cada una de las preguntas referidas, ya que el derecho a la salud es inherente a la protección de la salud, las personas tienen el derecho a su pleno desarrollo, a una vida digna y con calidad y a gozar realmente de las libertades, a contar con la protección de su integridad personal y al goce pleno de todos sus derechos constitucionales y legales. Por tanto, en ese sentido el derecho a la salud es universal, asignado a todos los colombianos, es en sí mismo un bien y una condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida³¹.

Siguiendo a Carbonell, se deduce de los conceptos de Alexy y de Ferrajoli las características de inalienabilidad y de no negociabilidad, como consecuencia de la *universalidad de los derechos fundamentales*, que según dicho autor no por ser universales deben implicar uniformidad. De tales características se infiere que los derechos fundamentales no son disponibles, concepto que clasifica en no disponibilidad activa y no disponibilidad pasiva³².

La activa, entendida como la no disponibilidad por el sujeto que es su titular. La pasiva que no son disponibles, expropiables o puestos a consideración de otros

31 En este punto es procedente señalar que la sentencia T-227 de 2003 afirmó que: "... será derecho fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir en la medida que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella..."). M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, p. 13. En este contexto el derecho a la salud cumple con ambos requisitos: Estar funcionalmente dirigido a la materialización de la dignidad humana en cuanto la realización de cualquier plan de vida y la posibilidad de su exigencia como un derecho subjetivo, por lo menos, en cuanto los servicios de salud se refiere. La Sentencia citada agrega además que la Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas, tal como se verá en el apartado relacionado con la naturaleza jurídica del derecho a la salud desde la jurisprudencia constitucional.

32 Véase obra citada. p. 16.

sujetos, incluyendo sobre todo al Estado, y agrega que la no disponibilidad activa solamente supone que el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos, lo cual no implica que se le impida renunciar a ejercer uno o varios derechos de los que es titular o que no pueda renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando sean violados. En tal sentido podríamos preguntarnos: ¿Puede un colombiano disponer de su titularidad al derecho a la salud? ¿Puede el Estado disponer de su derecho a la salud? ¿Pueden otros particulares disponer de su derecho a la salud? En nuestro criterio, se considera que habría que contestar no. En el marco de los actuales estados sociales de derecho el derecho a la salud, desde su visión integral y sistémica de los derechos, no sólo es inherente a la persona humana sino que es absolutamente necesario para la realización digna de cualquier plan de vida. Por tanto, la titularidad del derecho a la salud es indisponible por activa o por pasiva. Dentro de los derechos derivados de la objeción de conciencia quizá se pueda renunciar a un determinado tratamiento, o negarse a determinados servicios de salud, pero no a la titularidad del derecho a la salud. En tal sentido el derecho a la salud es irrenunciable³³.

Hasta aquí se puede colegir que el derecho a la salud cumple las condiciones de universalidad y que todas las personas tienen derecho a él, a la protección de bienes e intereses vitales, entonces es inherente a ellas para desarrollar cualquier plan de vida digna³⁴, y es una pretensión moral y existencial justificada. Su titularidad es irrenunciable, es inalienable e innegociable, y la persona no puede disponer de su titularidad. El Estado tampoco puede disponer de su titularidad. En fin, podría decirse que el derecho a la salud es un verdadero derecho fundamental, no sólo social fundamental, ni fundamental por conexidad o extensión, sino un derecho fundamental por cumplir con tales características³⁵. En otras palabras, el derecho a la salud tiene conexión

33 Paredes citando el documento *La Salud como Derecho*, Marco Nacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, n° 3, Provea, Caracas, 1998, p32; se refiere al tema de la irrenunciabilidad del derecho a la salud, afirmando categóricamente, que la salud como derecho humano no es negociable. Postura con la cual se está en absoluto acuerdo. Véase Paredes Hernández, Natalia. *El Derecho a la Salud: Su situación en Colombia*. Ediciones Antropos. Bogotá: Cinep – GTZ, 2003, p. 85.

34 Como bien lo expresaba la sentencia T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez: “El derecho a la salud y a la vida son derechos fundamentales porque son esenciales al hombre, la salud se encuentra ligada al medio ambiente que le rodea y que dependiendo de las condiciones que éste le ofrezca, le permitirá desarrollarse económica y socialmente a los pueblos, garantizándoles su supervivencia.” p. 8.

35 Al respecto la sentencia C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, expresó: “El carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad, esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, ya que se trata, de un lado, de un derecho que es predicable de manera universal y sin excepción respecto de todas las personas sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una

directa con los principios constitucionales, como derecho vincula a todos los poderes del Estado, se constituye en un derecho subjetivo, máxime en Colombia en donde el derecho a la salud se encuentra sobrenormado y donde existe, por lo menos, un Plan Obligatorio de Salud que lo debe garantizar el Estado a toda persona. Por ende debe tener una eficacia directa.

El derecho a la salud se encuentra conectado directamente con los principios constitucionales colombianos por varias razones: por ser Colombia un Estado social de derecho, por contribuir a la materialización de la dignidad humana, por ser un derecho inalienable que en consecuencia goza de primacía, sin discriminación alguna, por ser la Constitución norma de normas y ser el derecho a la salud una disposición constitucional. Por ende, con los demás derechos constitucionales tiene supremacía constitucional sobre normas infraconstitucionales y vincula a todos los poderes del Estado y a los particulares. Faculta a las personas para exigir acciones positivas por parte del Estado a favor del derecho a la salud. Pero también le prohíbe al Estado realizar acciones negativas que perjudiquen el derecho a la salud de las personas. El Estado es garante del derecho a la salud y de la materialización progresiva de los bienes y servicios de salud. El derecho a la salud como derecho irrenunciable es un derecho de las personas y de la comunidad, más allá de la voluntad del Estado para reconocerlo³⁶. Por ser inherente a la persona humana, deja de ser una promesa, porque quizá la promesa no sea el derecho, ya que el derecho existe *per se*, tal vez lo sea la garantía de cumplimiento de la faceta prestacional del derecho, referida a los bienes y servicios que el Estado debe implementar progresiva y, en comienzo, irreversiblemente³⁷.

Las características generales de los derechos fundamentales en relación con su génesis como derechos humanos, esto es: vocación de universalidad, son innatos,

necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica, a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación, tal y como lo prevé el artículo 49 Superior. Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional. Adicionalmente, esta Corte ha reconocido también la fundamentabilidad del derecho a la salud por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida digna e integridad personal.” p. 49.

36 En tal sentido léase a Osuna Patiño, Ob. cit, p. 23.

37 De todas formas no puede descalificarse el derecho como tal por la eventual falta de su garantía. Tal como lo afirma Ferrajoli si se confunden derechos y garantías resultarían descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales. Se agrega que en un Estado social de derecho, los derechos sociales deben contar con garantías jurídicas reales de materialización en bien de la dignidad de la persona humana y del bienestar de la colectividad. Ob. cit, p. 59.

irrenunciables, obligatorios, inalienables, imprescriptibles, indivisibles, inviolables y progresivos, de las cuales podemos afirmar que el derecho a la salud cumple con cada una de ellas por su natural condición de derecho humano positivado en no pocos instrumentos internacionales de derechos humanos.

De las características especiales, que se analizaron en tal apartado, podemos afirmar, tal como arriba se dijo, que el derecho a la salud tiene carácter vinculante sobre todos los poderes públicos en razón de lo estipulado en el artículo 4º de la Constitución de 1991 y analizado en clave de Estado Social es un derecho estructural de tal concepción jurídico-política. Por ello, su fundamentalidad es y debe ser contundente en el marco de nuestro Estado Social de derecho, por ende su justiciabilidad a través de acciones privilegiadas para la defensa de tales derechos.

En ese orden de ideas, siendo el derecho a la salud un derecho fundamental debe compartir con los demás derechos fundamentales de la Constitución de 1991 la esfera de garantía y de protección que ella les otorga. Es decir, se reitera, vincula a todo los poderes públicos³⁸, debe ser un derecho de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos³⁹, debe estar dotado de la garantía de la reserva de ley⁴⁰ y ser un derecho protegido aun frente al poder constituyente secundario, en Colombia⁴¹, debe gozar de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo y estar garantizado mediante acciones de amparo constitucional⁴² y no podrá ser suspendido durante los estados de excepción⁴³. De no contar con todas esas garantías especiales, entonces, el derecho a la salud sería un derecho fundamental sólo para efectos de su protección por vía acción de tutela, pero no sería un derecho seriamente fundamental. Lo cual podría no ser un problema grave en la defensa de la salud individual, ya que de todas formas se protegería el derecho a la salud en caso de su amenaza o violación por su condición de derecho, pero seguiría siendo tomado como un instrumento para materializar los derechos típicos de los Estados liberal y democrático y no como un fin en sí mismo del Estado Social⁴⁴.

38 Artículo 4º de la Constitución de 1991.

39 Artículo 85 de la Constitución de 1991.

40 Por lo cual requeriría que su regulación legislativa sea por medio de ley estatutaria –artículo 152 de la Constitución de 1991–

41 Debe someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a tal derecho y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Artículo 377 de la Constitución de 1991.

42 Por ejemplo por medio de la acción de tutela. Artículo 86 de la Constitución de 1991.

43 Artículo 214, numeral 2º de la Constitución de 1991.

44 Cortés cita de la sentencia de 18 de julio de 1991 de la Corte Constitucional que: "... el bien salud es tutelado no sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como *derecho fundamental del individuo*, de tal forma que se configura como un derecho primario y absoluto, plenamente operativo en las relaciones

Finalmente, se reitera que el derecho a la salud siendo un derecho fundamental, es decir de configuración *prima facie* es en consecuencia restringible por una norma constitucional directamente estatuida o por normas legales cuando el Legislador haya sido autorizado para imponerle restricciones en virtud de la reserva de ley que las normas de competencia han establecido, como es el caso del artículo 49 constitucional que da competencia al Legislador para reglamentar tal derecho en aspectos tales como: la participación de particulares en la administración y prestación de los servicios derivados de dichos derechos, las competencias nacionales y territoriales, los medios e instrumentos para su materialización. Por ende se reitera no es absoluto.

2 Estructura del derecho fundamental a la salud

Si se asume que la naturaleza jurídica del derecho a la salud es la de un derecho fundamental, es preciso entonces determinar la estructura jurídica de tal derecho.

Tal como en su momento se dijo, según Alexy⁴⁵, la base de la teoría analítica de los derechos es una triple división de las posiciones que han de ser designadas como “derecho” en derecho a algo, libertades y competencias.

De acuerdo con Alexy⁴⁶, la forma más generalizada de un enunciado sobre un derecho a algo se puede concebir como una relación triádica expresada así: DabG. En donde “D” representa la relación triádica; “a”, el *portador* o titular del derecho; “b”, el destinatario del derecho, y “G”, el *objeto* del derecho. Alexy realiza, además, una clasificación en cuanto al objeto de los derechos. Por tanto, determina la existencia de derechos a acciones negativas (derechos de defensa) y los derechos a acciones positivas. Los primeros los divide en tres grupos: los derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular de derecho, los derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades o situaciones* del titular del derecho, y los derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho. El segundo grupo lo divide en dos: el de aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa.

entre privados”. (cursivas intencionales). Véase Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá: 2009, p. 132.

45 Ob. cit, p. 163.

46 Ob. cit, pp. 163 y ss.

El derecho a la salud en su connotación de derecho fundamental puede ser objeto de impedimentos o de obstáculos en el *accionar* de los titulares del derecho por parte del Estado o de particulares que por su delegación administren o presten bienes y servicios de salud. Igual pueden ser afectadas determinadas *situaciones* con relación a tal derecho, y, por supuesto, eliminarse *posiciones jurídicas* de titular del derecho. En la faceta prestacional del derecho a la salud el objeto puede ser una acción fáctica y por supuesto también una acción normativa.

Precisamente un impedimento u obstáculo a determinadas *acciones* de titular del derecho a la salud, en el caso colombiano, puede ser el impedir u obstaculizar la libre elección del usuario a una determinada entidad promotora de salud o de una institución prestadora de servicios. Igual son, como el propio Alexy lo refiere⁴⁷, ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano. Así mismo, un ejemplo de eliminación de posiciones jurídicas del titular del derecho a la salud es precisamente en relación con el impedimento de seleccionar una determinada entidad administradora de salud, caso en el cual se elimina el derecho subjetivo de elegir libremente, cuando una norma deroga o prohíbe el cambio de entidad se elimina la posibilidad de decidir libremente entre, por ejemplo, una entidad promotora de salud pública o una de tipo privado. Respecto a la faceta prestacional del derecho a la salud, acciones fácticas positivas de protección de la salud son innumerables, por ejemplo, la estructuración de programas de promoción de la salud, de protección de la enfermedad, la dotación de una empresa social del Estado. Con relación a acciones normativas, igualmente, pueden ser múltiples, como es el caso de la inclusión de un medicamento en el POS, el no pago de cuotas de recuperación por parte de las personas identificadas como del nivel del Sisben, pertenecientes al régimen subsidiado de salud, entre otras.

En consecuencia, la estructura del derecho fundamental a la salud coincide con las fórmulas presentadas por Alexy⁴⁸, en cuanto son derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Ambos en sus diferentes modalidades frente al Estado.

Así, entonces, tenemos que Alexy presenta el siguiente esquema: el derecho a la salud es un derecho a algo, expresado con la relación triádica DaeG, en donde *b*, el sujeto obligado indeterminado o el sujeto destinatario del derecho en la relación triádica DabG, antes reseñada, es reemplazado por *e*, que representa al Estado como garante del derecho a la salud, de acuerdo con el artículo 49 de nuestra Constitución. Por tanto, en nuestro caso, podríamos afirmar que toda persona tiene derecho a que

47 Ob. cit, p. 168.

48 Ob. cit, p. 173.

el Estado colombiano le garantice el derecho a la salud. De otra forma: **DpecS**, en donde *D* representa la relación triádica; *p*, toda persona; *ec* el Estado Colombiano, y *S*, el derecho a la salud.

En cuanto a derechos a acciones negativas, según Alexy, las relaciones triádicas podrían ser así, dependiendo de su tipología⁴⁹:

Derechos a no impedimentos de acciones⁵⁰: Dae [\neg dificulta e (Ha)]. Es decir, de acuerdo con Alexy, *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no le dificulte a *a* llevar a cabo la acción *h*. Por tanto, podríamos afirmar que toda persona tiene frente al Estado colombiano un derecho a que éste no le dificulte llevar a cabo una acción relacionada con su derecho a la salud. De otra forma: **Dpec [\neg dificulta ec (Hps)]**.

Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones⁵¹: Dae [\neg afecta e (Sa)]. Es decir, según Alexy, *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*. Alexy utiliza “*Sa*” tanto para representar “*a* tiene la propiedad *A*” como para “*a* se encuentra en la situación *B*”. En consecuencia, podríamos afirmar que toda persona tiene frente al Estado colombiano un derecho a que éste no le afecte el derecho a estar sano. De otra forma: **Dpec [\neg afecte ec (Sps)]**, en donde *s* representa su derecho a estar sano.

Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas⁵²: Dae [\neg elimina e (Pja)], donde *Pj* es posición jurídica. Es decir, según Alexy, *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica de *a*, por tanto, podríamos afirmar que, toda persona tiene frente al Estado colombiano un derecho a que éste no elimine libertades derivadas del derecho a la salud. De otra forma: **Dpec [\neg elimine ec (Lps)]**, en donde *L* representa libertades derivadas del derecho a la salud, entre otras, como la de elegir libremente la entidad promotora de salud⁵³.

En relación con los derechos a acciones positivas derivadas de la faceta prestacional del derecho a la salud⁵⁴, se retomará la fórmula de Arango⁵⁵. Esto es, en cuanto a derechos a acciones positivas fácticas, una relación triádica representada

49 Se sigue manteniendo la correspondencia de *p* persona, *ec* Estado Colombiano y *S* derecho a la salud.

50 Ob. cit, pp. 166-168.

51 Véase Alexy. Ob. cit, pp. 168-169.

52 Ibídem, pp. 169-173.

53 Libertad consagrada, entre otras normas, en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 806 de 1998.

54 En Colombia, desde sentencias como la T-484 de 1992, M. P Fabio Morón Díaz, p. 5, se concibió como un derecho, pero también como un servicio en lo que concierne a la garantía de los establecimientos, bienes y atención en salud.

55 Véase Arango. Ob. cit, pp. 59 y ss.

así: $DieA_{pr}$, la cual se adoptará para efectos de este apartado, como $DpecA_{pr}s$, en donde se agrega que la acción o actividad positiva fáctica se realiza por parte del Estado colombiano *ec* con relación directa al derecho a la salud a fin de buscar su materialización real y su eficacia jurídica. Es decir, toda persona tiene derecho de exigir del Estado colombiano acciones positivas fácticas en relación con el derecho a la salud, tales como implementar programas de salud de prevención primaria o realizar una jornada de vacunación.

En cuanto a derechos a acciones positivas normativas fácticas, una relación triádica será representada, para efectos de este apartado, como $DpecA_{pn}s$. Aquí se agrega que la acción o actividad positiva normativa se realiza por parte del Estado colombiano *ec* en relación directa con el derecho a la salud, es decir, toda persona tiene derecho de exigir del Estado que lleve a cabo acciones positivas normativas según el derecho a la salud, tales como expedir un acuerdo ampliando el contenido del POS o una ley que garantice el acceso inmediato de cualquier persona a los establecimientos que presten servicios de salud, en caso de urgencias.

En conclusión, el derecho a la salud es un norma iusfundamental que como tal puede ser amparado, en nuestro caso colombiano, por la acción de tutela cuando efectivamente se demuestre su amenaza o vulneración en los términos del artículo 86 de la Constitución y de sus decretos reglamentarios. Precisamente se analizará a continuación cómo ha sido la justiciabilidad del derecho a la salud, según las sentencias de la Corte Constitucional.

3. Justiciabilidad del derecho fundamental a la salud

Previas las consideraciones arriba realizadas, preguntamos: siendo el derecho a la salud un derecho fundamental y vinculante, que responde a las relaciones triádicas antes descritas, ¿es justiciable?

Si partimos de la concepción del derecho a la salud como un derecho fundamental, obviamente es justiciable, tanto por la jurisdicción ordinaria laboral a la que se le encomienda el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral⁵⁶. O por la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵⁷ sobre las controversias y conflictos jurídicos derivados del derecho a la salud entre las personas y entidades que no pertenezcan al SSSI,

56 Véase el artículo 2 de la ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

57 Véase el Decreto 01 de 1984 y normas concordantes.

en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁵⁸, como también por vía de la acción de tutela, en forma subsidiaria cuando el derecho se encuentre amenazado o vulnerado⁵⁹. En cuanto a la prerrogativa de exigibilidad del derecho a la salud, está claro que son afiliados, beneficiarios y en general los habitantes del territorio colombiano, quienes pueden exigir su cumplimiento del Estado.

En lo relacionado con la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de acción de tutela es fácil comprender que su defensa ha dependido de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental o como un derecho estrictamente social.

Según la fundamentalidad del derecho a la salud, en eventos diferentes al derecho de la salud de los niños, se puede analizar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional, así:

En lo relacionado con la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de acción de tutela es fácil comprender que su defensa ha dependido de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental o como un derecho estrictamente social. Como un derecho estrictamente social, programático o de prestación no ha sido objeto de tutela con base en los preceptos del artículo 86 de la Constitución Política de 1991; en cuanto se refiere a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se ha excluido, en principio, el derecho a la salud, exclusión que en nuestro criterio obedecía a una lectura formalista, estricta y exegética de tales derechos⁶⁰.

Con respecto a la iusfundamentalidad o no del derecho a la salud, en consecuencia su protección por vía de acción de tutela, es posible señalar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional, dentro de lo que podría denominarse como el *decurso de una fundamentalidad anunciada*: (i) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud, en una concepción primigenia, fue considerado como un derecho fundamental⁶¹, es decir, sin

58 Véase la discusión sobre el tema referida en el apartado respectivo con relación al derecho a la seguridad social.

59 Confróntese el artículo 86 de la Constitución de 1991 y normas concordantes.

60 Lecturas que puede llevar a consideraciones tan extremas como la de un amparo en revisión mexicano que señaló: “ Si bien es cierto que la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud, al no existir normas jurídicas que especificaran el derecho subjetivo a tratamientos específicos, estos no podían ser exigidos. La ley sólo reguló los aspectos administrativos de los servicios de salud, sin especificar a qué servicios y tratamientos tenía derecho la población”. Véase La protección de la salud en la Comisión Nacional de de los Derechos Humanos. José Luis Soberanes Fernández en *Temas selectos de salud y derecho*. México: 2002. Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinadora: Marcia Muñoz de Alba Medrano, p. 181.

61 Véanse las sentencias T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, p. 8; T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 11; T- 613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 5; y la T-180 de 1993, M.

ningún tipo de ficciones jurídicas. Más tarde, la sentencia T-307 de 2006⁶² retoma el argumento del derecho a la salud como fundamental en sí mismo “...*cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto*”, sin que por ello, deje de ser un derecho fundamental. Posteriormente la sentencia T-016 de 2007⁶³ señalará, entre otros, los muy interesantes y, a la vez, muy controvertibles puntos: “todos los derechos constitucionales son fundamentales, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional”⁶⁴. Luego, la sentencia C-811-2007⁶⁵, determinó que el derecho a la salud es un derecho que tiene categoría autónoma como fundamental, y que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. En el mismo sentido la sentencia C-463 de 2008⁶⁶, expresó que el carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad⁶⁷. Posteriormente, la sentencia T-760 de 2008⁶⁸ vuelve a reconocer, sin ningún tipo de ficción jurídica, que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁶⁹. (ii) Doble connotación del derecho a la salud: funda-

P. Hernando Herrera Vergara. p. 9.

62 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss.

63 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 16 y ss. En igual sentido, véanse las Sentencias T-770 y T-816 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. pp. 11 y 5, respectivamente.

64 Se comparte con la sentencia la determinación del derecho a la salud como fundamental, que el derecho fundamental a la salud debe ser analizado a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales que actualmente lo regulan, porque siendo fundamental no es necesario buscar conectarlo con otros derechos *expresamente* fundamentales. No se comparte con tal sentencia que todos los derechos constitucionales sean fundamentales. Al respecto Vila Casado, se refiere a que sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales porque hacen parte de la Constitución [...] es negar, contra toda evidencia, que existe un conjunto de derechos con prerrogativas especiales que los diferencian de los demás derechos constitucionales. Véase Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2007, p. 465. En igual sentido véase Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009, p. 113.

65 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. p. 33.

66 M. P. Jaime Araújo Rentería. p. 31.

67 Esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, por su universalidad y por su relación directa e inescindible con el principio de la dignidad humana.

68 Véase la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. p. 18.

69 La sentencia en cita, retoma el hecho de que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de dignidad humana, concepto que se relaciona directamente con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”. Véase la sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet. p. 33. Recuérdese que la sentencia T-227 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet ya había señalado

mental y asistencial⁷⁰. Muy temprano en las sentencias de revisión de tutela se empezó a considerar el derecho a la salud en su doble connotación⁷¹, como derecho fundamental y como derecho con carácter asistencial⁷². (iii) Derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad⁷³. En el mismo sentido de relacionar el derecho a la salud con el derecho a la vida, la sentencia T-487 de 1992⁷⁴, aun en forma muy general, realiza la conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida⁷⁵. Es en la sentencia T-491 de 1992⁷⁶ que se hace explícito el concepto de conexidad⁷⁷. Una importante conexión fue la realizada entre el derecho a la salud y el principio fundamental de la dignidad humana⁷⁸, conexión que también se realizó con la integridad física, psíquica y moral. La teoría de la conexidad o extensión quizá haya sido la teoría predominante, aunque no unánime, en las sentencias de la Corte Constitucional⁷⁹, como luego

que sería fundamental todo derecho que funcionalmente este dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, p. 11.

- 70 Obviamente, en los interregnos entre las sentencias citadas, otras sentencias debatían diferentes criterios acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, aun después de las sentencias T-016 de 2007, C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008. Véase la sentencia C-1041 de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. p. 70.
- 71 Como ejemplo inicial tenemos la sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. p. 5. Véase, además, en el Documento *Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, el tema relacionado con los criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido entendido como derecho fundamental, Defensoría del Pueblo, 2003, pp. 39 y ss.
- 72 Como fundamental por conformar, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que lo identifican como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivaldría a atentar contra su propia vida.
- 73 Es preciso aclarar que la teoría de la conexidad se refiere aquí con relación directa al derecho de la salud. No obstante, desde la sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, p. 20, tempranamente ya se había estructurado la teoría de la conexidad en términos generales.
- 74 M. P. Alejandro Martínez Caballero. p. 4.
- 75 Manteniendo, la posición del carácter dual del derecho a la salud, la Corte expresa que proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es un derecho constitucional fundamental inalienable.
- 76 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. p. 4.
- 77 Se entiende por derechos fundamentales por conexidad aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales.
- 78 Véase la T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. p. 4.
- 79 En ese sentido se pueden citar, entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-236 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 10; T-030 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p.7; T-271 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 17; T-281 de 1996, M. P. Julio César Ortiz Gutiérrez, p. 9; T-125 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 2; T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, p. 5; T-529 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 7; T-155 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p.3; T-461 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 7; T-994 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6; T-1105 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2; T-748 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5; T-074 de 2005, M. P. Alfredo

se verá. (iv) Derecho a la salud como un derecho prestacional. No obstante las consideraciones, en algunas sentencias de 1992, no solo de que el derecho a la salud era un derecho fundamental sino su doble connotación por conexidad, en el año 1997 la Sala Plena de la Corte Constitucional reversó una consideración típicamente prestacional del derecho a la salud. Precisamente, en la sentencia SU-111 de 1997⁸⁰ se expresó que el derecho a la salud remite esencialmente a un contenido prestacional, aunque no es ajeno a la conservación de la vida orgánica, sostuvo la Corte, por esta razón no se convierte en derecho fundamental de aplicación inmediata⁸¹. La posición de la sentencia en cita luego sería matizada por la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de ciertas poblaciones, o en el caso de los contenidos del POS. (v) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de algunas poblaciones específicas. Ha sido pacífica la consideración del derecho a la salud como fundamental con respecto a determinadas poblaciones, dado su alto carácter de vulnerabilidad e indefensión. Igual ha sucedido con el derecho a la seguridad social como en el caso de las personas de la tercera edad o adulto mayor⁸² y en el de las personas discapacitadas o personas en estado de discapacidad⁸³. (vi) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de

Beltrán Sierra, p.4; T-627 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 9; T-408 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño, p.8; T-517 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. p. 9.

80 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. p. 17.

81 Pese a estar a cuatro años de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y a casi dos de la entrada en vigencia del SGSSS, la Sala sostuvo que los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal.

82 La sentencia T-535 de 1999 determinó que en aras de garantizar real y eficazmente los presupuestos consagrados en el artículo 46 de la Constitución Política debe considerarse el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. M. P. Carlos Gaviria Díaz. p. 4. De su parte, la sentencia T-261 de 2007 fue enfática, así mismo, en la determinación del derecho a la salud del adulto mayor como un derecho fundamental autónomo. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 12 y ss. En el mismo sentido véanse, entre otras, las sentencias T-527 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp.7 y ss; 638 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, p.7; T-1097 de 2007 y 015 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, p. 4 en ambas sentencias; T-073 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3, y la T-866 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 9 y ss.

83 La sentencia T-1038 de 2001 determinó que en aplicación de los artículos 13 y 47 de la Constitución Política el Estado debe otorgar especial tratamiento y protección a los disminuidos físicos y psíquicos. M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 6. Véanse además las sentencias T-248 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 5; y T-762 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero. pp. 13 y ss. Así mismo, en la sentencia T-124 de 2002 se consideró especialmente el derecho a la salud como la garantía de un mínimo de dignidad de estabilidad tanto física como psíquica de las personas con discapacidad mental. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. p. 6. La sentencia T-063 de 2007 detalló una protección especial de un joven reclutado que resultó discapacitado como resultado de la prestación del servicio militar. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss. Confróntese, además y entre otras, las Sentencias T-339 de 1995, T-179 de 2000 y la T-261 de 2007.

los contenidos del POS. La sentencia SU-819 de 1999⁸⁴ refiere a la posibilidad jurídica que el derecho a la salud y en general los derechos económicos, sociales y culturales tiendan a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial) en una realidad concreta en favor de un sujeto específico⁸⁵. Quizá fue con la sentencia T-859 de 2003⁸⁶ que se determinó directamente que el derecho a la salud, en su componente prestacional del POS, tiene naturaleza de derecho fundamental de manera autónoma y, por tanto, el derecho a recibir la atención de salud definido en el Plan Básico de Salud, el POSC y POSS de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias⁸⁷.

A manera de conclusión de este apartado, se puede decir que no existe aún una línea jurisprudencial unánime acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud en la Corte Constitucional. No obstante, en la evolución del concepto, pueden apreciarse algunas posturas mayoritarias, como en el caso de la fundamentalidad por conexión del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, ejemplo las poblaciones o personas altamente vulnerables o indefensas, precisamente de la tercera edad o adulto mayor, y las personas en estado de discapacidad. Pero, en esa misma evolución conceptual y doctrinaria, en veces las diferentes salas de la Corte Constitucional han reversado o ido en contrario de avances significativos en tal conceptualización. Nótese, como bien lo expresó la C-1041 de 2007, que han coexistido variados criterios, en ocasiones, sin tener en cuenta posturas que ya en pleno se habían tomado según

Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz, p. 5; Alejandro Martínez Caballero, p. 19; y Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 10; respectivamente.

84 M. P. Álvaro Tafur Galvis. pp. 13 y ss.

85 En consecuencia, al transmutar el derecho a la salud en un derecho subjetivo, el beneficiario del derecho puede hacerlo valer efectivamente ante las instancias judiciales y deviene en un derecho fundamental exigible por vía de tutela. Al respecto la sentencia SU-819 se refiere a las sentencias T-108 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, pp. 9 y ss; T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 8 y ss, y T-042 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. pp. 5 y ss.

86 M. P. Eduardo Montealegre Lynett. pp. 7 y ss.

87 En el mismo sentido, la sentencia T-860 de 2003 determinó que los contenidos propios del POS devienen en prestaciones vinculantes para los entes encargados de su cumplimiento y en derechos subjetivos, de carácter fundamental autónomo para las personas. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. pp. 10 y ss. En igual referencia las sentencias T-200 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 6 y ss; T-261 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 12 y ss; y la sentencia T-767 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 4 y ss, confirman que el derecho a la salud en casos especiales es un derecho fundamental de manera autónoma. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 6 y ss. Véase la sentencia 016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. p. 19.

a la fundamentalidad del derecho a la salud. En el mismo sentido pueden apreciarse recientes sentencias de la propia Corte Constitucional que han retomado el concepto de conexidad para determinar la fundamentalidad del derecho a la salud, o que lo utilizan para reforzar su fundamentalidad, o se utiliza en forma preferente la posición de que todos los derechos constitucionales son fundamentales, pese a los pronunciamientos, por ejemplo, de la citada T-760 de 2008⁸⁸, lo cual demuestra que hasta el momento no existe una línea jurisprudencial consolidada en relación con la iusfundamentalidad del derecho a la salud en la propia Corte Constitucional.

Finalmente, y a pesar de lo arriba señalado, se podría afirmar que la Corte Constitucional va en camino de un consenso sobre la determinación del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en todos los casos y para todas las personas⁸⁹, en especial desde las sentencias C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008, ya referidas, posición que se comparte plenamente en aras de la protección de la vida digna y con calidad. Finalmente y a pesar de algunas sentencias que han retomado el concepto de la conexidad o extensión, la Corte Constitucional parece haber arribado nuevamente al primigenio concepto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁹⁰. Concepto del cual no debió haberse apartado y que debe consolidarse en clave de Estado social. Por ende, en clave de Dignidad Humana.

88 Véase como ejemplo muy reciente la sentencia T-814 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 6 y ss; que retoma la teoría de la conexidad, no obstante que sentencias como la T-016 de 2007, la C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008 han afirmado categóricamente que el derecho a la salud es fundamental autónomo. Otra cosa es si ha sido o no amenazado o vulnerado. O si el medio de protección es o no la acción de tutela por existir o no otro medio de defensa o existiendo medio de defensa diferente éste es ineficaz ante una amenaza o vulneración determinada. En el mismo sentido de utilizar la conexidad como vía de fundamentalizar el derecho a la salud, entre otras sentencias de 2009, se tiene por ejemplos la T-079, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez, p. 3; la T-183, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, p. 14, y la T-214, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, p. 3.

89 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 8 y ss; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 5 y ss. Del 2009, entre otras, las sentencias T-053, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 9 y ss; T-120, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 3 y ss, y la T-201, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

90 Al respecto véanse las sentencias: T-224 de 2010, T-246 de 2010, T-650 de 2010, T-654 de 2010, T-664 de 2010, T-668 de 2010, T-685 de 2010, T-730 de 2010, T-815 de 2010, T-835 de 2010, T-864 de 2010, T-874 de 2010, 009 de 2011 y T-022 de 2011. A más, que ha sido claro desde tiempo atrás que el derecho a la salud para el caso de las personas especialmente protegidas por la Constitución del 91 es un derecho fundamental autónomo.

Conclusión

El derecho a la salud es un verdadero derecho. Se encuentra consagrado no solo en la Constitución de 1991, sino también en múltiples instrumentos jurídicos internacionales que hoy hacen parte de nuestra normativa por vía del llamado bloque de constitucionalidad. Igualmente se encuentra desarrollado en innumerables disposiciones de origen legal y reglamentario. En especial por medio de las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Debido a la ubicación inicial del derecho a la salud en nuestra Constitución de 1991 mucho se ha dicho sobre su naturaleza jurídica. Quizá ha sido la Corte Constitucional quien ha ido estabilizando vía jurisprudencial la iusfundamentalidad del derecho en cuestión. Decurso que ha sido controversial, no lineal, no pacífico y en veces ha sufrido serios retrocesos. No obstante, hoy parece haberse ido consolidando la fundamentalidad del derecho a la salud por tal vía. Por lo menos, existe una cierta concertación jurisprudencial en cuanto a que el derecho a la salud es un derecho fundamental por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, el desarrollo de la libre personalidad, obviamente con la dignidad humana.

Pero, precisamente por su relación directa con la dignidad humana, por ser universal, inherente a la persona humana, indisponible, irrenunciable, por entrañar libertades y derechos, por su esencialidad en la materialización de una vida digna y con calidad, por ser un derecho integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por tener una dimensión individual, pero también una dimensión colectiva es que el derecho a la salud, sin lugar a dudas, es un derecho fundamental; y como derecho seriamente fundamental debe ser objeto de todas y cada una de las garantías constitucionales y legales previstas para tal tipo de derechos y no sólo para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2006.

- BALDASSARRE, Antonio. *Los Derechos Sociales*. Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho. N. 20. Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. *Una Visión Integral de la Seguridad Social*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Primera Reimpresión. Bogotá: Ed. Legis, 2008.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo *El Derecho de los Jueces*. Universidad de los Andes. Legis. 2009.
- OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. n.º 37. Bogotá: 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Tecnos, 2007.

Normativa

Instrumentos Jurídicos Internacionales y Declaraciones.

Constitución Política de 1991.

Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007 y decretos reglamentarios. Ley 1438 de 2011.

Acuerdos de la Comisión de Regulación en Salud.

Sentencias de constitucionalidad: En especial la C-811-2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencias de Unificación: En especial. SU-111 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero. SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencias de Tutela: T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez. T-613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero. T-227 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet. T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Documentos:

La Salud como Derecho, Marco Nacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, nº 3, Provea, Caracas, 1998,

Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Defensoría del Pueblo, 2003.

Libro Virtual:

Los Derechos Fundamentales en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Miguel Carbonell, Serie Doctrina Jurídica. nº. 185. Elaboración de formato PDF: Sara Castillo Salinas. Universidad Nacional Autónoma de México. ISBN 970-32-1580-7. 2004. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en versión completa digital en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1408>].



Título: Hombre de papel y esfinge
de cristal entre incienso y pirámides

Técnica: Óleo sobre acrílico

Dimensión: 22 x 21

“ES MI CUERPO Y EL ESTADO NO LO ADMINISTRA”: DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO EN LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA*

* Artículo derivado de la investigación: *“Algunas implicaciones jurídicas del comercio de componentes humanos en Colombia y otros países latinoamericanos.”* Terminada y aprobada 2010. El autor del artículo fue el investigador principal. Investigación inscrita en el Grupo de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica de Oriente.

Fecha de recepción: febrero 20 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 6 de 2011

“ES MI CUERPO Y EL ESTADO NO LO ADMINISTRA”: DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO EN LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA

*Gustavo Adolfo García Arango***

RESUMEN

Mientras el derecho en la mayoría de países occidentales prohíbe la compraventa de órganos, personalidades y grupos de presión han estado abogando por su permisión basados en múltiples argumentos, entre ellos, que el Estado no tiene por qué controlar las decisiones sobre su propio cuerpo. En Colombia, el Estado ha prohibido la entrega o recepción de órganos y tejidos humanos con ánimo de lucro. Respecto de la donación de órganos, la Corte Constitucional ha dado algunos conceptos jurídicos pero no ha tenido un pronunciamiento expreso sobre el comercio de órganos. No obstante, sí ha hecho algunos pronunciamientos respecto de otros temas relacionados con la libre disposición como la dosis mínima, el suicidio y el hermafroditismo, que por analogía podrían justificar la permisión de la compraventa de órganos, enfocado desde el libre desarrollo de la personalidad y la no afectación a derechos de terceros o la salud pública, restringiendo el control del Estado sobre el cuerpo de las personas. La doctrina colombiana, por su parte, considera que el cuerpo humano es extrapatrimonial, no es una cosa, sin embargo se considera que algunos elementos separados del cuerpo sí se pueden enajenar.

Palabras clave: comercio de órganos, control estatal, cuerpo humano, libre desarrollo de la personalidad.

“IS MY BODY AND STATE DOESN'T MANAGE IT”: DISPOSITION ABOUT THE OWN BODY IN THE ORGAN DONATION IN COLOMBIA

ABSTRACT

While the law in the majority of western countries prohibits the sale of organs, personalities and pressure groups have been advocating based on multiple arguments, between them, that the State does not have to control decisions about their own bodies. In Colombia, the State has prohibited the delivery or receipt of human organs and tissue for profit. Respect of organ donation, the Constitutional Court has given some juridical concepts but but it has not had an express pronouncement on the organ trade. Nevertheless, it has made some pronouncements on other topics related to the free disposition as the minimal dose, suicide and hermaphroditism, which by analogy might justify permission the sale of organs, focused from the free development of personality and not affectation to rights of third parties or the public health, restricting state control over the person's body. Colombian doctrine, for its part, thinks that the human body is extrapatrimonial, not a thing, but considering that some elements separated from the body they can be sold.

Key words: free development of personality, human body, organs trade, state control.

** Filósofo de la Universidad Pontificia Bolivariana; abogado de la Universidad de Antioquia; especialista en Derecho Privado y Magister en Derecho, UPB. Abogado de la Secretaría de Educación de Medellín, docente Universidad de Antioquia, investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: gustavo.garcia@medellin.gov.co; Tel. 514.83.65.

“ES MI CUERPO Y EL ESTADO NO LO ADMINISTRA”: DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO EN LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN COLOMBIA

Introducción

La existencia del ser humano parte de su creación, lo que implica materializarse en el mundo. Superadas las teorías dualistas de otros tiempos, se reconoce hoy que el ser humano “*es*” cuerpo y no que “*tiene*” un cuerpo. La corporalidad no es un elemento accesorio a la persona humana, sino que por el contrario, la constituye esencialmente y es base de su desarrollo, porque es a través del cuerpo que el hombre aprehende las cosas, se relaciona con los demás, se conoce a sí mismo, se articula con el medio.

El Código Civil Colombiano explica en el artículo 669 que “*el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.*” La propiedad es una característica jurídica excluyente, sólo puede disponer de la cosa el propietario o quien él disponga y nadie más. El derecho de propiedad incluye, como se lee en el artículo, el derecho de disposición que implica la capacidad de consumir la cosa, destruirla, enajenarla o gravarla con derechos a favor de terceros. Muchos reclaman la aplicación de estas disposiciones sobre el propio cuerpo humano. De hecho, los orígenes del derecho en la mayoría de los pueblos, está lleno de situaciones legales en las que el cuerpo de las personas estaba efectivamente dispuesto bajo las reglas puras de la propiedad, incluyendo la disposición arbitraria.

La disposición sobre el propio cuerpo es aun materia de controversia jurídica y social en temas de más actualidad como el consumo de drogas, el aborto, la experimentación médica, los deportes de riesgo y, obviamente, la cesión de órganos y tejidos.

Conceptos como la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, le dan connotaciones especiales al tratamiento de la propiedad y disposición sobre el cuerpo humano.

Y es que el comercio de componentes humanos en el mundo se enmarca en dos tendencias: en un extremo está la posición adoptada institucionalmente por los

organismos de carácter multilateral como la Organización Mundial de la Salud o por parte de algunos Estados, dirigida a controlar la decisión de las personas individualmente consideradas sobre su propio cuerpo, limitando las disposiciones que puedan tomar sobre él, tema ya trabajado en los numerales anteriores; en el otro extremo, están los grupos y personas que consideran que la autonomía de cada individuo lleva implícita la posibilidad de hacer con su cuerpo lo que quiera, siempre y cuando no se afecte a los demás. Entre ambos extremos, como en todo lo humano y social, existen varias posiciones que van dando varios matices a la problemática.

Las tendencias sociales, filosóficas y personales terminan siendo el marco dentro del cual se desarrollan las normas. Junto con las normas van las disposiciones jurisprudenciales, la doctrina y las tendencias sociales marcadas por pronunciamientos de personas reconocidas, los grupos de presión y la difusión por parte de los medios de comunicación.

En particular, el comercio de componentes humanos y las discusiones derivadas se enclavan en la disposición sobre el propio cuerpo, lo que ha dado pie al desarrollo del aspecto investigativo que se presenta en este artículo.

El trabajo se desarrolló bajo el método documental. La búsqueda bibliográfica se seccionó en cuatro bloques: primero, se trató de identificar autores no jurídicos que hicieran referencia a la libertad de compraventa de órganos; en segundo lugar, se dio la ubicación de normas sobre la disposición del cuerpo con fines de lucro; como tercero, se hizo un rastreo jurisprudencial sobre la libertad de disposición en materia de donaciones; y, por último, una búsqueda de pronunciamientos doctrinales sobre el tema.

Tendencias permisivas de personas destacadas en el mundo

El marco general sobre el comercio de órganos y la libre disposición sobre el propio cuerpo tiene a los grupos de presión o a personalidades reconocidas como factor de obligatoria revisión por la influencia especial que pueden ejercer sus opiniones.

El proponente más representativo es Gary Becker¹. Junto con Becker, Richard Posner, juez de la Corte de Apelaciones de Circuito de Chicago, poseen un blog

1 Nacido en 1930, licenciado de Princeton University (1959), con título de máster y doctor en economía de la Universidad de Chicago. Se ha desempeñado como profesor asociado de la Universidad de Chicago, Universidad de Columbia y la *National Bureau of Economic Research*. En 1992 recibió el Premio Nobel de Economía por un trabajo en la aplicación de la economía al comportamiento humano y la interacción humana, como en la familia.

personal en el cual expusieron en el 2006 un artículo titulado “*Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted?*”² En él, luego de dar algunas cifras sobre donantes, personas en lista de espera, trasplantados y personas muertas por falta de algún órgano, señalan que para un economista la razón del desequilibrio entre la oferta y la demanda de órganos, al menos en Estados Unidos, es por la prohibición de la compra venta de estos. En su concepto, si se permitiera la compraventa de órganos tanto en vida como después de la muerte, aumentaría la oferta de estos y se disminuiría la mortalidad; y bajo las leyes del mercado libre, los precios de los órganos se ajustarían al disminuir la demanda sobre la oferta (a mayor oferta y menor demanda, menor precio). Adicional a ello, un mercado legal reduciría drásticamente el mercado negro de órganos.

El documento incluye una reflexión sobre una de las principales críticas al comercio de órganos: la mayoría de órganos vendidos provendría de las personas más pobres. Sin embargo, Becker sostiene que no observa razones por las cuales no se le pueda permitir que las personas pobres consientan en vender sus órganos después de la muerte y que el beneficio obtenido sea legado a sus padres o hijos. Bajo estas circunstancias, no se entiende por qué se cree que los pobres estarían mejor si se les impide obtener este lucro. Por tanto propone, que si ese es el temor que se tiene frente a la liberalización de la compraventa de órganos, se estime un porcentaje límite de órganos provenientes de personas de escasos recursos. Sostiene, además, que la posibilidad de que la mayoría de órganos provengan de personas pobres no es del todo cierta, porque muchos de los componentes anatómicos son proporcionados por los mismos parientes del paciente. También afirma que las personas de clase media, igualmente estarían en disposición de vender sus órganos después de su muerte si el producto de la venta va dirigido a los niños, padres u otros parientes. Haciendo una analogía, comenta que los pronósticos, que apuntaban a que la constitución de los ejércitos se cubriría en su mayoría con población de escasos recursos resultó ser equivocada, entre otras razones, porque el nivel escolar no les permitía acceder a la milicia y que de ese mismo modo, muchas personas pobres no serían aceptadas en el mercado de órganos por no poseer la salud suficiente debido al uso de drogas o por el padecimiento de enfermedades.

Frente a la cuestión de que la liberalización del comercio de órganos fomentaría el secuestro y el abuso de los presos en países totalitaristas, haciendo una clara alusión

2 BECKER, Gary y POSNER, Richard. *Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted?* [en línea]. 2006. <Disponible en: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html> > [Consulta: 18 feb. 2011]. “¿Debería ser permitida la compra venta de órganos para cirugías de trasplantes?” [Traducción del autor].

a China, responde que seguramente sucederá pero no en una escala significativa porque la fuente del órgano puede ser determinada en la mayoría de casos.

Señala Becker, que otra crítica común frente al comercio de órganos de vivos, es que algunas personas toman una decisión apresurada por las necesidades económicas de corto plazo y que posteriormente lamentan su decisión. El profesor plantea que no se conoce en qué porcentaje pueda ser como se plantea pero que podría darse un tiempo de espera entre el momento de aceptación de la venta del órgano y la práctica de la cirugía, permitiendo a la persona cambiar de opinión en ese lapso.

En conclusión, no le parecen convincentes los argumentos en contra de la posibilidad de vender los órganos, cuando sería mayor el beneficio por el número de vidas que se salvarían por el aumento de órganos disponibles gracias a los incentivos financieros.

Juan Ramón Rallo, es director del Observatorio de Coyuntura Económica del Instituto Juan de Mariana y profesor de economía en la Universidad Rey Juan Carlos y autor de varios textos. Rallo adopta una posición franca y directa a favor de la venta de órganos³, refutando tres tesis: que el hombre no es propietario de su propio cuerpo, tesis que denomina religiosa; que es inmoral el ánimo de lucro, la que llama tesis virgiliana; y, que los órganos de los individuos pertenecen a la sociedad, la que bautiza como tesis socialista. Frente a la primera tesis inicia expresando textualmente lo siguiente:

Imaginen que mañana el Gobierno impusiera a los panaderos o a los quiosqueros la donación del pan y los periódicos, esto es, que no recibieran ninguna contraprestación. ¿Alguien cree honradamente que podríamos adquirir cada día el pan y el periódico con la normalidad actual? El caso de los órganos y la sangre no es distinto. Los neoinquisidores han vilipendiado y condenado el comercio de órganos y sangre hasta el punto de calificarlo como res extra commercium. Los políticos, en su cruzada moralizadora, desprecian, y por tanto prohíben, los intercambios libres y voluntarios de órganos.

Esta posición se refuerza con una dura crítica al Estado, en cabeza de los políticos, en cuanto considera que el Estado asume la propiedad sobre el cuerpo humano, legitimándose para expropiar y apoderarse de los cadáveres, procediendo a una “nacionalización masiva del cuerpo de los individuos.” Para el autor, bajo la idea de que el ser humano no es plenamente propietario de su cuerpo, es tan inmoral vender los órganos como donarlos; “(...) eliminar la prohibición a la venta de órganos

3 RALLO, Juan Ramón. Venda un órgano, salve una vida [en línea]. Instituto Juan de Mariana. Madrid, 2005. <Disponible en: <http://www.juandemariana.org/articulo/353/venda/organo/salve/vida/>>. [Consulta: 18 feb. 2011].

no supone que todo el mundo tenga forzosamente que aceptar venderlos. Es del todo lícito pensar que no somos plenamente propietarios de nuestro cuerpo; pero de ahí no se deduce que podamos prohibir a los demás los actos de disposición sobre su cuerpo..."

Critica, además, la idea de que la disposición de órganos pueda ser sólo con el ánimo de donación, pues se estaría considerando como inmoral en sí mismo el ánimo de lucro, en lo que encuentra contradicciones, ya que recibir una contraprestación tiene sentido justamente cuando se ofrece algo verdaderamente útil y valioso, cuando se realiza un enorme sacrificio, irreversible, además. La segunda crítica a la satanización del ánimo de lucro va dirigida al objetivo real del acto, a lo que realmente vale la pena observar: *"Parece que los órganos sólo prestarán su función salutar si no contienen la pecaminosa mancha original del 'ánimo de lucro'. Es honroso donar un órgano, pero repudiable venderlo. Sin embargo, al paciente que necesita un órgano le salvará la vida tanto si ha sido comprado como si ha sido regalado. La única diferencia es que en el primer caso obtendrá el órgano y en el segundo, probablemente, no."*⁴

Bajo la tesis socialista, el cuerpo del individuo pertenece a la comunidad, de donde se deriva que un mercado de órganos podría suponer un beneficio de los ricos a costa de los pobres, cuando todas las personas tienen un igual derecho a adquirirlos. Frente a esto contesta si es criticable el hecho de que los ricos se adelanten a los pobres para comer, que tanto pobres como ricos padecen la carestía de órganos y que si se permitiera su venta el aumento de la oferta haría que los precios estuvieran al alcance de todos⁵.

Luego de los argumentos éticos, abarca el texto los argumentos económicos en contra de la venta de órganos, tales como que las personas no estarían en disposición de vender sus órganos vitales porque requiere estar vivos para poder disfrutar de la recompensa, situación que no comparte el escritor, toda vez que podrían establecerse contratos de compraventa sobre los órganos para después del fallecimiento, un mercado futuro de órganos que él mismo entiende como un contrato sometido a término. Aprovecha para señalar que así como el semen no se encuentra por fuera del comercio y los bancos de semen viven abastecidos, así mismo ocurriría con los órganos. El segundo argumento en contra que enfrenta es relacionado con la tesis de que la venta de órganos generaría una ola criminal, especialmente en los países del Tercer Mundo, y en donde los niños saldrían perjudicados y respecto de

4 Ibid.

5 Ibid.

lo cual existen múltiples historias sobre personas que despiertan sin algún órgano luego de una noche en la discoteca o niños raptados para el comercio de órganos. Frente a esta tesis sostiene: “*La entidad de este argumento es equivalente a señalar que la existencia de la propiedad privada estimula el robo. Un delito es siempre un delito, por tanto tales acciones deberían ser rápidamente perseguidas...*”⁶. Más adelante afirma que es materialmente imposible en los países en desarrollo arrancar los órganos, ya que se necesita de centros médicos especializados y de múltiples medidas par a la conservación y que, de hecho, ninguna empresa recibiría órganos en mal estado provenientes de África o Suramérica. “*Estamos ante leyendas urbanas de escasa sustancia.*”⁷ No sobra decir que esta misma posición respecto de los “*robos de órganos en Latinoamérica*” es asumida por muchos especialistas alrededor de todo el mundo.

De esta manera, termina concluyendo el Doctor Ramón Rallo que “*no hay razones éticas ni económicas para que la prohibición de la comercialización de sangre y órganos siga en pie. Más bien todo lo contrario: tras haber analizado detenidamente el asunto, es evidente que constituye un imperativo económico y moral de primer orden suprimir tan absurda prohibición*”⁸.

En 2007, Thomas Sowell, doctor en economía de la Universidad de Chicago, investigador del Instituto Hoover de la Universidad de Stanford, publicó un artículo a favor de la venta de órganos. En un apartado sobre la crítica a la prohibición, escribe:

Muchas de estas personas sensibleras tienen buena salud y probablemente nunca necesiten un trasplante de órganos. Pero otras que no son tan afortunadas tienen que sufrir y morir porque estas personas físicamente sanas tienen demasiados escrúpulos con que se compren y vendan órganos. No hay duda de que es más probable que la gente pobre venda un riñón que la gente que es rica, de modo que la oposición a tales transacciones se puede disfrazar entre la retórica de “la justicia social”.

¿Pero qué es exactamente negar a algunas personas una oportunidad para salir de la pobreza y negar a otras la posibilidad de salir del sufrimiento y la convalecencia que solamente pueden terminar en la muerte?⁹

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 SOWELL, Thomas. Trasplantes, eficiencia y altruismo [en línea]. Wordpress, 2001. <Disponible en: <http://www.juandemariana.org/articulo/64/trasplantes/eficiencia/altruismo/>>. [Consulta: 18 Feb. 2011].

Así mismo, al igual que los otros autores, aboga porque se permita la venta de órganos de cadáveres, tanto por parte de la misma persona cuando esté viva como por parte de los familiares.

También se encuentra el español Francisco Capella, licenciado en Ciencias Físicas con postgrado en Astrofísica y en Inteligencia Artificial e Ingeniería del Conocimiento; consultor y profesor en varias instituciones. De manera sintética, la posición frente al comercio de órganos va encaminada en el siguiente sentido:

Éticamente todo ser humano es propietario de su propio cuerpo, y puede donar sus órganos, su sangre o cualquier otro constituyente de su cuerpo, de forma gratuita o a cambio de una compensación económica, o negarse a hacerlo. La prohibición de la compraventa de órganos perjudica a los donantes y a los receptores potenciales, produciendo carencias de órganos y sangre. El sistema estatal de trasplantes utiliza dinero confiscado a los ciudadanos para pagar a los profesionales médicos y beneficiar a unos enfermos a expensas de otros. El elemento principal, el donante, no recibe nada, y sólo se invoca a su generosidad para que participe en el sistema. ¿Por qué no se pide también el altruismo de los médicos y los contribuyentes de forma voluntaria?¹⁰

En 2003, el diario El Mundo de España publicó una nota sobre la propuesta de legalizar la venta de órganos en Inglaterra¹¹. Señala el artículo que el docente John Parris, profesor de la Universidad de Manchester y experto en bioética, propuso que se legalizara la venta de órganos en un congreso organizado por la Asociación Médica Británica en diciembre de ese año. Destaca el informe que numerosos cirujanos prestigiosos se unieron a la propuesta con la intención de evitar más muertes de personas en espera de un trasplante.

También, en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, se creó una Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil. El borrador de discusión del libro primero del Código Civil remitido en 2003 a la Procuradora de las Mujeres, recibió el siguiente comentario sobre los Capítulos 1, 2, 3 y 4 del Libro Primero sobre “*Las Relaciones Jurídicas (Persona, Bienes y Hechos y Actos Jurídicos)*”:

En el Artículo 14 sobre disposición de órganos y fluidos del cuerpo, estamos de acuerdo con que se reconozca la donación de órganos, tejidos y fluidos.

10 CAPELLA, Francisco. Op. Cit.

11 HERNÁNDEZ VELASCO, Irene. Médicos británicos apoyan la creación de un mercado de órganos [en línea]. <Disponible en: <http://193.110.128.199/papel/2003/12/04/ciencia/1535469.html>>. El Mundo. Madrid, 2003. [Consulta: 2 Ago. 2010]. Se aclara que en la verificación de datos de este artículo se buscó referencias del citado docente en la página Web de la Universidad de Manchester y en la página Web de la *British Medical Association* y en ninguna de las páginas se encontró referencia alguna sobre el tema del artículo, de manera que queda éste como única fuente de citación.

Sin embargo tenemos reparo a la prohibición de recibir remuneración en la extracción de fluidos en los casos en que no afecte la integridad corporal, como lo son la sangre, semen, plasma, plaquetas y óvulos. Aunque el articulado reconoce que la prohibición no es absoluta, ya que indica “... salvadas las excepciones que establezca la ley”, desconocemos cuáles son esas excepciones y tampoco surgen del comentario. Sugerimos que de estar contempladas en las excepciones los casos que señalamos se hagan formar parte del articulado de forma expresa.¹²

Rosa Luxemburg, manifiesta su posición sobre el control del cuerpo por parte del Estado bajo la siguiente perspectiva:

Aunque dejemos a un lado que nadie tiene derecho a legislar sobre mi cuerpo, no sé cómo se pueden olvidar de que diariamente mueren -sólo- en Estados Unidos 18 personas a causa de faltas de transplantes. Además mucha gente podría beneficiarse de la ayuda económica que supondría la venta (gente que no deja de vender sus órganos porque esté prohibido) actualmente su actuación sólo beneficia a las mafias, a las mafias y al estado que es el que ordena las listas...¹³

Las posiciones son claras, para muchas personas del común, sea legal o no, la persona es dueña de su cuerpo y de su vida y es libre para hacer consigo mismo lo que le parezca.

Adicional a ello, se encuentran referencias claramente a favor de la compra venta de órganos en una blog denominado Chileliberal y apoyo de un movimiento llamado Partido Libertario oriundo de Estados Unidos, pero con movimientos en varios países del mundo.

En general, las críticas de las personas que están a favor de la venta de órganos va orientada a que: primero, la propia persona es quien debe decidir sobre su cuerpo (siempre y cuando no atente contra los demás); segundo, que el lucro sería la forma en que se acabaría la escasez de órganos y con ello los mercados negros y las muertes por falta de trasplantes; tercero, existen medidas económicas, estatales, médicas y sociales que evitarían el abuso de la población más pobre.

12 PROCURADURÍA DE LAS MUJERES. Comentarios al Borrador para Discusión del Libro Primero del Código Civil [en línea]. San Juan de Puerto Rico, 2003. Disponible en: <<http://www.codigocivilpr.net/documents/008.pdf>> [Consulta: 14 Mar. 2010].

13 LUXEMBURG, Rosa. Se abre debate sobre venta de órganos en Estados Unidos [en línea]. Ajopringue, 2006. <Disponible en: <http://www.ajopringue.com/category/sanidad/>> [Consulta 9 de agosto de 2007]. Otra persona a favor es el doctor Raymond Crockett, citado por GARZÓN VALDÉS, Op. Cit. P. 230.

El control del Estado sobre la disposición del propio cuerpo en materia de compraventa de componentes humanos

En la actualidad jurídica colombiana, el Estado ha tomado varias medidas respecto de la compraventa de componentes humanos: por la Ley 73 de 1988 prohíbe en el artículo 7° el ánimo de lucro para la donación o suministro de los componentes anatómicos a que se refiere esta Ley. En el Decreto 2493 de 2004 destinó el artículo 15 a la prohibición de lucro, en los siguientes términos: prohíbe el pago al donante vivo, a la familia del donante fallecido, al banco de tejidos u órganos, a la IPS, a la EPS, a los intermediarios sean personas naturales o jurídicas, cobrar a quien recibe el órgano e incluso hacer publicidad buscando alguna remuneración. Así mismo, el Decreto 1571 de 1993, norma vigente que regula lo relacionado con la sangre, en los artículos 4° y 28° dispone que la sangre humana sólo puede ser extraída y utilizada sin ánimo de lucro. Además, está la Ley 919 de 2004 que prohíbe la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Adicional a todo lo anterior, la Ley 73 de 1988 trae un sistema mixto de disposición sobre el cadáver para efectos de donación de órganos, en donde la misma persona tiene capacidad de disponer de su cadáver, a falta de su manifestación de voluntad la tienen los familiares y a falta de los dos anteriores es el Estado quien puede disponer de él. La posición en la que el Estado puede disponer de los cadáveres, tiene su fundamento en el bien común, en la utilidad pública y la función social. Derivado de esta potestad el Estado decreta normas como la de la presunción legal de donación. La revisión de este control estatal sobre la libre disposición de venta de componentes humanos sobre el propio cuerpo para efectos de trasplantes, genera el presente artículo.

La libre disposición sobre el cuerpo desde la Corte Constitucional de Colombia.

No existe un pronunciamiento ampliamente desarrollado por parte de las altas cortes colombianas respecto de la libre disposición sobre los órganos y componentes humanos por parte de cada persona, sin embargo la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en el derecho de libertad, de los principios del libre desarrollo de la personalidad y el principio de la autonomía de la voluntad, ha adoptado varias posturas, que bajo una interpretación doctrinal, pueden ser extendidas al tema de investigación, con las limitaciones propias que trae el aspecto metodológico, porque en sí, este sólo punto ameritaría una investigación por separado.

Respecto de los componentes humanos la Corte Constitucional parte de la premisa legal de la prohibición del comercio de órganos y tejidos humanos. Sin embargo, sí

toca el tema de la autonomía de la voluntad respecto de la donación y de la donación *postmortem*. En la sentencia C-933/07, expresa la Corte:

...es necesario insistir nuevamente en que en todo caso, el consentimiento de la persona donante o de los familiares de ésta juega un papel fundamental en el tema de la donación de órganos, y encuentra su fundamento filosófico y jurídico en el principio de libertad, de autonomía del sujeto y en el de dignidad humana, en cuanto la persona debe decidir libremente sobre la disposición de su cuerpo o partes de él, y a falta de esta voluntad pueden entrar a decidir sus familiares.

A pesar de ello, no ha existido demanda de inconstitucionalidad sobre la Ley 73 de 1988 (“*Por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes y otros usos terapéutico*”) y de la Ley 919 de 2004 por violación al derecho de libertad o cualquier otro fundamento constitucional, por lo que no ha habido un pronunciamiento judicial al respecto. Pero en general, la Corte Constitucional ha tocado varios tópicos de gran trascendencia social y jurídica relacionados directamente con la vida y la capacidad de disposición de la persona sobre sí misma, su vida, su salud, su calidad de vida. Las sentencias más destacadas relacionadas con el tema son sobre la despenalización de la dosis mínima, el hermafroditismo y las sentencias referidas a la negativa a recibir tratamientos médicos. Las posiciones de las mismas sentencias y de los salvamentos de votos se mueven entre extremos, señalando en unas que el libre desarrollo de la personalidad va hasta el nivel de autodestrucción como en el consumo de sustancias adictivas o en el suicidio asistido, con el respectivo respaldo argumentativo, lógico, ético y jurídico, y; en otras posiciones, respaldadas con explicaciones razonables y racionales, igualmente éticas y jurídicas, se sostiene que el libre desarrollo de la personalidad es limitado e incluye la restricción de acciones que únicamente afectan al individuo, como en el caso del uso de los cinturones de seguridad. Entre ambos extremos se encuentran unas variables considerables que reorientan las posturas, como el derecho a la libertad religiosa, la edad, la calidad de vida, las obligaciones del Estado, los deberes y derechos de los médicos, las limitaciones económicas y la educación, entre otros.

Sólo para ilustrar la situación que podría trabajarse por analogía en los aspectos más liberales sobre la libre disposición sobre el propio cuerpo, se hacen unas breves referencias a algunos extractos de sentencias constitucionales sobre los temas arriba enunciados.

En la sentencia C-239/97, sobre la eutanasia, expresamente la Corte señaló que “*ni en ese estatuto ni en el Código Penal que hoy rige se consagró como delito la*

tentativa de suicidio, admitiéndose así, aún bajo el imperio de una Constitución notoriamente menos explícita que la vigente en el reconocimiento de la autonomía personal, que la decisión del individuo sobre el fin de su existencia no merecía el reproche penal.”

En la sentencia C-221/94 sobre la despenalización del consumo de la dosis personal mínima de droga, señala la Corte:

Cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno y, en armonía con ella, el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) no consideraba la tentativa de suicidio como conducta delictual; mucho menos podría hacerse ahora esa consideración. Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.

De una lectura rápida de la cita anterior y en aplicación de ese mismo enfoque en el tema de la disposición de componentes del propio cuerpo en beneficio de personas extrañas y movido con el sólo interés del lucro, puede decirse que siendo cada persona dueña de su propia vida y no el Estado, mal puede éste último, así sea a través de normas legalmente establecidas, limitar un derecho fundamental como el del libre desarrollo de la personalidad. De manera que, si se ha despenalizado el suicidio (acto extremo del ejercicio de libertad) con mayor razón debería despenalizarse la posibilidad de donar órganos y tejidos con ánimo de lucro dado que este acto de voluntad sólo afecta al sujeto en su propia salud y libertad.

Continúa expresando la sentencia C-221/94 lo siguiente y que puede leerse sobre la capacidad que tienen las personas para disponer de su propio cuerpo: *“La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena.”* En esta misma línea continua señalando el Tribunal Constitucional:

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.

La única limitación que legal y constitucionalmente podría imponerse a una persona respecto del ejercicio del libre ejercicio de su autonomía es el de los derechos de los demás, como lo señala el texto citado. De primera instancia podría señalarse que en el caso del comercio de órganos más que vulnerarse derechos de terceros sucede lo contrario, ya que el acto de una persona de disponer de sus órganos o tejidos para cederlo onerosamente a otra persona está permitiendo que el tercero se beneficie del componente anatómico mejorando su salud y posiblemente salvando su vida. Podría pensarse, además, con base en el pronunciamiento judicial anterior, que se entra en un antagonismo jurídico al tratar de prohibir el comercio de órganos y tejidos bajo el concepto de la cosificación del hombre, cuando la misma injerencia del Estado en los espacios donde sólo el mismo individuo debe tener control elimina la decisión moral y hasta ética que debe primar en el fuero interno de la persona, reduciéndola a la misma determinación con que se trata un objeto, teniendo en cuenta que el Derecho sólo debe reglamentar la esfera de las interrelaciones humanas sin tocar la esfera íntima (derecho a la libertad, derecho a la intimidad), por lo que únicamente podría entrar el Derecho a operar cuando la autonomía, la libertad, los derechos de los demás se ven afectados, situación que no es tan evidente en la compraventa de órganos y tejidos, salvo en los casos en los que se presenten vicios de la voluntad.

Adicional a los pronunciamientos anteriores, existe el caso del hermafroditismo donde la persona adulta que posee los dos órganos sexuales, voluntariamente accede a que le sea eliminado uno. En sentencia SU-337/99 expresa la Corte respecto de la autonomía de la persona y en relación a las intervenciones sobre su propio cuerpo:

Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso. Por ello, el derecho constitucional contemporáneo ha hecho suya la vieja idea del derecho civil continental, así como del Common Law, según la cual el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito (...)

Con el extracto anterior, a los elementos de autonomía de la voluntad y de no lesión de los derechos de los demás y de la injerencia del Estado en las decisiones éticas del sujeto, se suma el consentimiento informado necesario para un acto válido de voluntad y disposición sobre el propio cuerpo, porque informando a la persona que desea vender sus órganos respecto de las consecuencias físicas que va a tener su cuerpo y su salud puede cambiar de decisión o al menos sopesar dentro de su fuero interno cuál es la prioridad: su cuerpo, su salud o el dinero. También podría decirse que la salud del otro es un criterio de valoración que el potencial vendedor

puede tener en cuenta, pero es un criterio que puede orientar la decisión tanto si existe ánimo de lucro como si no, para lo cual está la figura lícita existente en el momento como lo es el de la donación de órganos y tejidos. Pero adicional a ello, el segmento jurisprudencial citado aporta un elemento que matiza el derecho de la autonomía frente a la disposición sobre la propia salud y frente a los intereses de los demás: hay casos en los que la decisión que toma la persona sobre sí misma afectaría igualmente a los demás como en el caso de una enfermedad contagiosa, situación en la que es perfectamente entendible que el Estado pueda limitar la autonomía de la voluntad al involucrar la salud de terceras personas.

Como ejercicio académico, se ha tomado un extracto de la sentencia C-221/94 y se le ha cambiado la alusión al consumo de estupefacientes por la del comercio de órganos. Como se verá, el sentido de la sentencia ajusta en el planteamiento:

El Estado colombiano se asume (en tanto que sujeto pretensor) dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y, por eso, arrogándose el papel de Dios, en la concepción teológica, prescribe, más allá de la órbita del derecho, comportamientos que sólo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir (...)

Cabe entonces preguntar: ¿qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable [la venta de órganos] y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. (Palabras entre corchetes fuera de texto).

En conclusión, aunque no existe un análisis jurisprudencial expreso sobre la permisibilidad del comercio de componentes humanos, la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional sobre dosis mínima y hermafroditismo, apuntaría a la permisión de esta práctica con base en la autonomía de la libertad.

La doctrina colombiana

Doctrinantes como Raúl Ochoa¹⁴ y Luís Guillermo Velásquez¹⁵ entienden que el cuerpo humano vivo como tal no es considerado bien o cosa, por lo que no es posible entenderlo como objeto patrimonial, por lo que es extrapatrimonial. Sin embargo, sí es posible comprender como bien, y por tanto como cosas susceptibles

14 OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. Bienes. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2003. p. 70-71

15 VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. Bienes. Medellín: Comlibros, 2006. p. 5-6

de enajenar, algunos elementos separados del cuerpo como el cabello, las uñas o el semen. En una posición más estricta el doctor Valencia Zea señala:

No es objeto de discusión el que las personas tienen un derecho sobre su cuerpo, de la misma manera que lo tienen sobre su vida; y que este derecho se revela en que el cuerpo de cada persona, especialmente en su integridad, es protegido por el orden jurídico contra los atentados de los demás, así como contra los atentados que provienen del mismo titular de ese derecho. Sin embargo, algunos autores trataron de configurar el derecho sobre el cuerpo con el mismo criterio con que se estructura el derecho de propiedad sobre las cosas de la naturaleza. Este punto de vista es criticable. El derecho de propiedad privada y demás derechos reales se ejerce sobre las cosas no libres de la naturaleza. Es verdad que cada ser humano, en virtud de su existencia corpórea, es naturaleza, pero naturaleza dotada de voluntad y libertad. El cuerpo humano no es cosa en sentido estrictamente jurídico. De ahí la definición de cosa que nos presentan los autores como “partes de la naturaleza no libre y dominable que rodea al hombre”, sea correcta.¹⁶

En este punto, Valencia Zea es enfático en señalar que ni siquiera el mismo individuo puede usar y abusar de su propio cuerpo, y que incluso el ordenamiento jurídico debe proteger el cuerpo humano de los “atentados que provienen del mismo titular”. Como puede verse, la posición doctrinal de este autor puede distar un poco de algunas interpretaciones de la teoría del libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, continúa ahondando el señor Valencia Zea:

El derecho sobre el cuerpo es un derecho humano o de la personalidad: es absurdo al respecto recurrir a la teoría de los derechos reales (...) Es objeto de un derecho de la personalidad pero en ningún caso se asimila a una cosa. El derecho humano o de la personalidad sobre el cuerpo se manifiesta en diversos aspectos a saber: (...) d) la persona no puede disponer de su cuerpo, salvo en relación con ciertos negocios que no afecten en forma permanente la integridad física, ni sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres; e) disposición posible sobre el cuerpo humano muerto (cadáver).¹⁷

Del anterior extracto se pueden obtener los siguientes comentarios: primero, el doctrinante es contundente en señalar que el cuerpo humano está por fuera de la consideración de bien y no puede ser considerado como objeto de derechos reales. Sin embargo, aun en su firmeza, el doctor Valencia Zea accede a que la persona sí puede disponer de sus componentes corpóreos siempre y cuando no haya afectación permanente de la integridad corporal, por lo que se suma a la

16 VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá: Temis, 1987. p. 344-345.

17 Ibid., p. 345.

posición asumida por los otros doctrinantes aquí citados, los cuales admiten la viabilidad de que sean enajenados, por ejemplo, el cabello, la leche materna, los dientes, las uñas o el semen.

Al desarrollar el punto, Valencia expresa:

*Ciertamente, nadie puede disponer de su cuerpo, considerado en su totalidad, a favor de otro; empero, la costumbre actual de las naciones civilizadas no puede condenar en forma absoluta ciertos negocios jurídicos que recaen apenas sobre alguna de las partes integrantes del cuerpo, cuando mediante esos negocios no se lesiona la integridad corporal, ni la salud, ni se causa una lesión permanente en la capacidad de trabajo, y cuando, además, se persiguen fines no prohibidos por las buenas costumbres.*¹⁸

Valencia agrupa los contratos sobre partes integrantes del cuerpo en dos categorías: los contratos que recaen sobre partes integrantes del cuerpo que tienen virtud de reproducirse y los contratos que recaen sobre órganos o partes del cuerpo que no son susceptibles de reproducirse. Los ejemplos que el mismo doctrinante plantea para los primeros son claros e ilustrativos y no los tacha de manera alguna: venta de leche materna: a través del contrato de lactancia; venta de cabellos; venta que hace el hombre de su semen para inseminación artificial; y, venta de sangre. Sobre esta última, en nota de pie de página señala que otro tratadista expresa que el derecho no puede prohibir la venta de sangre siempre y cuando no se perjudique la persona que la cede.

Para los contratos sobre órganos no susceptibles de reproducirse, expone una lista de ejemplo que no concreta en su posición jurídica. Son ellos: venta de un ojo humano para evitar la ceguera de otra persona, citando a Borriell Maciá, expresa que estos contratos son legítimos y no pueden ser prohibidos por la ley como la venta de testículo u ovario para salvar de la esterilidad a otra persona, al respecto cita una sentencia de la Corte Suprema de Roma en 1934 que falló a favor de la práctica; la venta de riñón; la venta de piel para cederla a otra persona para que no sufra de desfiguración facial, aquí manifiesta Valencia que los autores italianos consideran lícitos estos actos —al menos para esta época— mientras no haya desfiguración. En general todos los casos suponen una cesión de elementos corporales con fines también humanitarios, situación con la cual se terminan convalidando todos los negocios al respecto, pero teniendo presente que la disposición sobre los componentes humanos se hace bajo el supuesto de que se separan del cuerpo humano en su integridad.

18 Ibid., p. 348.

En segundo lugar y siguiendo la reflexión sobre el texto de Valencia Zea, éste plantea dos limitantes para la disposición del cuerpo humano: el orden público y las buenas costumbres. Estos elementos, tal como los maneja el autor, podrían ser considerados por aparte según la interpretación del caso. De esta manera, si algo no afecta la integridad pero va contra las buenas costumbres podría ser prohibido o permitido de acuerdo a la orientación que el intérprete u operador jurídico le dé al hecho. El manejo de estos conceptos podría aplicarse en la actualidad al caso de la disposición sobre embriones fecundados o la venta de semen u óvulos.

Tercero, Valencia Zea manifiesta que nadie puede ser coaccionado en su integridad corporal; explícitamente, al desarrollar este punto, hace referencia a las operaciones quirúrgicas y a las intervenciones médicas. El texto, que data de 1987, muestra la posición clara y contundente del tratadista que manifiesta un rechazo absoluto en lo relacionado a la disposición sobre el propio cuerpo. Expresa el autor: “*No existe el derecho de vivir enfermo, ni menos de perjudicar a los demás.*”¹⁹ La posición es terminante y en contraposición puede observarse cómo la jurisprudencia constitucional ha evolucionado frente a la posición doctrinal al respecto.

Una muy ceñida posición (por no decir que fiel copia) a la de Valencia Zea (en 1987) adopta el doctor Fabio Naranjo²⁰. Sin embargo, el doctor Naranjo añade un elemento adicional de interés al tema del comercio de elementos humanos como lo es el de la permanencia de los componentes humanos al cuerpo humano. Al respecto, y evocando al doctor Valencia Zea, señala el texto lo siguiente:

*Es obvio que están afectados de nulidad los negocios jurídicos sobre partes del cuerpo humano, antes de estar separados de él, así se trate de partes susceptibles de renovación natural, como ocurre con la leche materna el semen, el cabello, pues en ningún caso puede asimilarse el cuerpo humano a una cosa, sobre la cual puedan vincularse derechos de terceros. Pero una vez separados tales elementos, se convierten en cosas, propiedad de la persona a cuyo cuerpo se incorporaban, susceptibles de negocios jurídicos, en cuanto éstos no contraríen el orden público, la moral y las buenas costumbres.*²¹

19 Ibid., p. 346

20 NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho civil: personas y familia. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2006. p. 133 y siguientes.

21 Ibid., p. 135.

Conclusiones

La enorme demanda de órganos humanos alrededor de todo el mundo ha generado efectos sociales, científicos, éticos, jurídicos y económicos, que aún no están conciliados. Los conceptos éticos que se proyectan en las normas jurídicas no son contundentes a la hora de entrar a demostrar las razones por las cuales se debe prohibir la compraventa de órganos para trasplantes y por ello la potestad del Estado para limitar al sujeto en lo relacionado con la disposición de su propio cuerpo en una acción que beneficiaría a miles de personas está siendo objeto de discusión por parte de muchas personalidades de nombre internacional, académicos y estudiosos sobre el tema que han ido rompiendo el silencio sobre un tema que era considerado tabú.

Los debates de parte y parte, los que están a favor y en contra, han esgrimido razones lógicas y jurídicas para soportar su posición. No obstante “el deber ser” de la donación de órganos como un acto altruista, el alto número de personas en espera de un órgano, las pocas donaciones, la necesidad de órganos bajo urgencia de vida o muerte, la disposición de muchas personas a entregar parte de su cuerpo a cambio de una remuneración económica, la falta de criterios lo suficientemente fuertes como para no aceptar el comercio de estos bienes, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de derecho a la libertad, a la autonomía, han permitido marcar nuevos límites al Estado frente a la regulación que este impone a sus ciudadanos respecto de las decisiones que toma frente a su propio cuerpo, situación que puede aplicarse en la venta de órganos, bajo el criterio de que la cosificación de la persona también puede darse por parte del mismo Estado al limitar, conforme lo que las mayorías creen que es bueno, la voluntad, la autonomía, la libertad de la persona.

En términos generales, podría concluirse que la discusión jurídica está planteada con suficientes argumentos a favor de la compraventa de órganos, señalando unos límites comprensibles desde las pautas que ha ido estableciendo el derecho colombiano, como el consentimiento informado, el respeto por los derechos de terceros, la salud pública y la justa compensación; máxime cuando la doctrina ha estado de acuerdo en que un componente humano separado del cuerpo puede ser objeto de transacción marcando los límites de la salud y la calidad de vida.

Posiciones como estas son las que han ido redimensionando las potestades que tiene el Estado frente a aspectos que pertenecen al fuero interno de la persona en función de su autonomía y su cuerpo, como la abolición de la cárcel por el incumplimiento frente al pago de acreencias económicas, lo relacionado con la negativa a tratamientos médicos, la exclusión de la homosexualidad y la bigamia como delitos y sancionables incluso administrativamente, el uso del cabello largo, el cambio de sexo o el suicidio asistido.

Referencias bibliográficas

- CAPELLA, Francisco. Trasplantes, eficiencia y altruismo [en línea]. Instituto Juan de Mariana. Madrid, 2001. <Disponible en: <http://www.juandemariana.org/articulo/64/trasplantes/eficiencia/altruismo/>>. [Consulta: 19 Feb. 2011].
- BECKER, Gary y POSNER, Richard. *Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted?* [en línea]. 2006. <Disponible en: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html> > [Consulta: 18 de feb.2011]. "¿Debería ser permitida la compra venta de órganos para cirugías de trasplantes?" [Traducción del autor].
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos [en línea]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000011.htm>> [Consulta: 14 Mar. 2010].
- HERNÁNDEZ VELASCO, Irene. Médicos británicos apoyan la creación de un mercado de órganos [en línea]. <Disponible en: <http://193.110.128.199/papel/2003/12/04/ciencia/1535469.html>>. El Mundo. Madrid, 2003. [Consulta: 2 Ago. 2010].
- LUXEMBURG, Rosa. Se abre debate sobre venta de órganos en Estados Unidos [en línea]. Ajopringue, 2006. <Disponible en: <http://www.ajopringue.com/category/sanidad/>> [Consulta 9 de agosto de 2007].
- NARANJO OCHOA, Fabio. Derecho civil: personas y familia. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2006. 545p.
- OCHOA CARVAJAL, Raúl Humberto. Bienes. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2003. 380p.
- PROCURADURÍA DE LAS MUJERES. Comentarios al Borrador para Discusión del Libro Primero del Código Civil [en línea]. San Juan de Puerto Rico, 2003. Disponible en: <<http://www.codigocivilpr.net/documents/008.pdf>>. [Consulta: 14 Mar. 2010].
- RALLO, Juan Ramón. Venda un órgano, salve una vida [en línea]. Instituto Juan de Mariana. Madrid, 2005. <Disponible en: <http://www.juandemariana.org/articulo/353/venda/organo/salve/vida/>>. [Consulta: 18 feb. 2011].
- SOWELL, Thomas. Trasplantes, eficiencia y altruismo [en línea]. Wordpress, 2001. <Disponible en: <http://www.juandemariana.org/articulo/64/trasplantes/eficiencia/altruismo/>>. [Consulta: 18 Feb. 2011].
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil: derechos reales. Tomo I. Bogotá: Temis, 2006. 679p.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Medellín: Comlibros, 2006. 687p.

Normatividad

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 73 de 1988.

_____. Ley 919 de 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 1571 de 1993.

_____. Decreto 2493 de 2004.

Jurisprudencia

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. C-221/94

_____. C-239/97

_____. SU-337/99

_____. C-933/07



Título:
Después de una noche de lluvia en río Ozama
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensión: 30 x 40

REDUCCIÓN TEÓRICA EN LA CIENCIA JURÍDICA: NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVA Y EMPÍRICA DE ESTUDIO DEL DERECHO*

* Conicet. Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba. Este trabajo es el resultado de un trabajo de investigación sobre epistemología jurídica que he efectuado con apoyo del Conicet, Argentina.

Fecha de recepción: febrero 21 de 2011
Fecha de aprobación: mayo 13 de 2011

**REDUCCIÓN TEÓRICA EN LA CIENCIA JURÍDICA:
NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVA Y EMPÍRICA
DE ESTUDIO DEL DERECHO**

*Guillermo Lariguet***

RESUMEN

En este trabajo intento mostrar cómo opera la idea de reducción teórica en la llamada ciencia jurídica. Discuto la operación de las estrategias normativa y empírica de estudio del Derecho.

Palabras clave: Reducción teórica, análisis conceptual, estrategia normativista, estrategia empirista.

**THEORY-REDUCTION IN LEGAL SCIENCE: SOME NOTES ABOUT
NORMATIVE AND EMPIRICAL STRATEGIES OF STUDY OF LAW**

ABSTRACT

In this paper I attempt to show the operation of theory-reduction in so called legal science. In addition I discuss the operation of normative and empirical strategies of study of Law.

Key words: Theory Reduction, conceptual analysis, normative strategie, empirical strategy.

** Investigador adjunto del Conicet (Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Nación) y del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) glariguet@yahoo.com

REDUCCIÓN TEÓRICA EN LA CIENCIA JURÍDICA: NOTAS SOBRE LAS ESTRATEGIAS NORMATIVA Y EMPÍRICA DE ESTUDIO DEL DERECHO

“Esta es la posición relativa de las dos tendencias principales de la filosofía del derecho, el idealismo metafísico y el realismo científico. La batalla final entre ellas no puede ser librada dentro del dominio de la filosofía jurídica, sino que tiene que serlo en el campo de la filosofía general. La controversia entre el idealismo y el realismo en la filosofía del derecho se disuelve necesariamente en problemas fundamentales de epistemología”.

Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Traducción: Genaro Carrió, Eudeba, Bs.As., 1994, p. 67.

Introducción

La reducción teórica o conceptual es una operación epistemológica ampliamente extendida. Esto se puede constatar en los más diversos campos de las ciencias; particularmente, en el campo de las ciencias de la naturaleza donde sus éxitos son claramente comprobados.

Tal es su pregnancia en el campo de la ciencia en general que, algunos, han llegado a pensar que ‘reducción’ y ‘científico’ son términos interdependientes. Esta fuerte interdependencia trazada entre ambos términos parece asentarse en el reconocimiento de que una de las principales funciones de la ciencia es la de buscar explicaciones (a través de conjeturas) de los fenómenos que capturan su interés.

Precisamente, la reducción, puede ser definida, en principio, como una operación mediante la cual, una teoría t_1 o su aparato conceptual pasan a formar parte —como derivación lógica— de una teoría t_2 ; es decir, t_1 pasa a ser explicada por t_2 .¹

1 Nickles, Thomas: “Two concepts of intertheoretic reduction”, *The Journal of Philosophy*, Vol. LXX, N° 7, 1973, p. 181. Aquí, el autor discute que no todas las reducciones interteóricas implican una explicación deductiva de una teoría t_1 por su sucesora t_2 .

Es claro, que las cosas son más complicadas. Las complicaciones surgen por la necesidad –ulterior- de determinar el tipo de teorías que se procura reducir, el ‘status epistemológico’ que la t1 pasa a ocupar de resultar efectiva la operación de reducción (or), qué partes de ella son afectadas, la relevancia epistémica de estas partes en la descripción, explicación y eventual predicción de fenómenos, etc. A este respecto, la pregunta que puede formularse el científico es acerca de si t1 ha sido eliminada completamente por t2 o ha sido ‘absorbida’ en gran medida quedando como un caso especial o ‘límite’ de aquella.²

La definición preliminar que se expresó arriba, requiere pues, de un esfuerzo tendiente a caracterizar la ‘naturaleza’ de la or de que se trate.

Es aceptado que, respecto de la expresión ‘operación de reducción’, permean diversas ‘conceptualizaciones’ y diversas ‘concepciones’. Desde las ‘conceptualizaciones’ se pretende establecer qué significa reducir una teoría a otra. Dicho de manera más simple: lo que se pretende es conceptualizar qué ‘aspectos’ de una teoría son reducidos por otra y qué carácter e implicaciones lógicas entraña la reducción. ¿Reducir significa ‘eliminar’ o ‘reformular’³ conceptos o términos y sus contrapartidas fácticas? ¿Qué ocurre con las entidades de la teoría reducida? ¿Se alteró la referencia?

Las ‘concepciones’, por su parte, parecen involucrar algo más que detalles ‘técnicos’ de la or. Parecen registrar una visión ‘filosófica’ del asunto. Éstas se preocupan por discutir los aspectos axiológicos, ontológicos y morales que subyacen a una or. Suelen emplearse como un bloqueo a estrategias reduccionistas ‘inaceptables’. En el caso de las ‘conceptualizaciones’, las “razones” suelen centrarse en las imposibilidades científicas de emprender una or. En el caso de las ‘concepciones’, la ‘inaceptabilidad’ parece ser de índole axiológica o moral. Por ejemplo: reducir la ‘intencionalidad’ como fenómeno mental a meras transmisiones neuronales desdibujaría aquello que permite distinguir el mundo espiritual del mundo empírico⁴.

Admito que lo que he llamado ‘conceptualizaciones’ y ‘concepciones’ son perspectivas que se solapan en forma inextricable en la práctica efectiva de la ciencia. En ella, ni las conceptualizaciones son absolutamente ‘neutrales’ ni las concepciones

2 Nickles, Thomas: op.cit, p 183.

3 Sobre los distintos significados de la palabra ‘reducción’ usados por los filósofos de la ciencia, ver: Nickles, Thomas: op.cit, p. 184.

4 Midgley, Mary. “Megalomanía reduccionista: En: P.W. Atkins, John D Barrow, et al, *La imaginación de la naturaleza*, edición a cargo de John Cornwell, traducción y presentación a cargo de Jorge Estrella, Editorial Universitaria, Chile, 1997, p. 195.

se dedican pura y exclusivamente a discutir la aceptabilidad o inaceptabilidad valorativa o moral de los proyectos o estrategias reduccionistas.

Con esta distinción entre conceptualizaciones y concepciones busco una herramienta que permita separar lógicamente –en el pensamiento– los aspectos ‘conceptuales’ y los aspectos ‘morales o valorativos’ que forman parte de una or.⁵

Una de las ventajas de esta herramienta radica en que no prejuzga acerca de si la discusión acerca de la aceptabilidad o inaceptabilidad de una or es planteada en forma racional o sólo en forma emotiva.

No son pocas las reacciones ‘emotivas’ que ha suscitado y puede suscitar una or. Una posible explicación del origen de éstas, pueda encontrarse, tal vez, en la falta de distinción entre dos estrategias divergentes: ‘reducción’ y ‘reduccionismo’.

En efecto, a pesar de los diversos criterios propuestos para su distinción⁶, aún, no ha sido posible acrisolar una distinción clara en todos los casos. El hecho de que las estrategias de reducción estén incardinadas en el lenguaje, no puede evitar los problemas de ambigüedad y vaguedad. Los criterios fijan el significado y alcance de los casos ‘claros’ de aplicación de las palabras reducción y reduccionismo pero no evitan los potenciales casos de ‘penumbra’⁷; esto es, aquellos en que no sabemos cuando una reducción es reduccionismo o cuando un reduccionismo es reducción. Al lenguaje, se añade la situación cultural, científica y tecnológica e histórica que contextualice una propuesta de reducción. Lo que puede haber nacido como reduccionismo, luego se materializó en un concreto y exitoso programa de reducción explicativa.

Pero más allá de estas disquisiciones, lo que importa destacar es el carácter de ‘herramienta’ de análisis que la reducción teórica puede ofrecer a efectos de examinar la naturaleza, fundamentos, propósitos, éxitos e implicaciones lógicas que las estrategias teoréticas de explicación o interpretación de fenómenos tienen en un *dominio específico de la ciencia*.

5 Sobre si la or es una operación austera respecto de aspectos valorativos o morales, ver Midgley, Mary: op.cit, pp. 184-195.

6 La reconstrucción de uno de estos criterios propuestos indica dos notas en la caracterización del ‘reduccionismo’ como opuesto a ‘reducción’, a saber: la existencia de una “pretensión” de haber efectuado una reducción que, en rigor, no ha sido hecha y la existencia de una “ideología” no controlable por procedimientos lógicos y empíricos. Cfr. Estrella, Jorge, *Presentación*, en P.W. Atkins, John D Barrow, et.al: op.cit., Tal vez por esto Weinberg sostiene que el ‘reduccionismo’ no es una guía para programas de investigación racional. Weinberg, S: *El sueño de una teoría final*, Grijalbo, Barcelona, 1995, p. 50.

7 La distinción entre “casos claros” y “casos de penumbra” la tomo de Hart, H.L. A: *El concepto de derecho*, Traducida por Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As, 1992.

En este sentido, parece más fructífero hacer un ejercicio de *epistemología aplicada* a un dominio particular. En mi caso, al dominio de la llamada ciencia o “dogmática jurídica” o, más específicamente, al dominio de la discusión ‘metateórica’⁸ sobre el status epistemológico de ella.

En efecto, detrás de muchas de las estrategias conceptuales urdidas por las teorías generales del derecho para caracterizar metateóricamente la actividad teórica de la dogmática jurídica puede detectarse la existencia de múltiples operaciones de reducción.

Los niveles y formas de estas operaciones son variados: Reducción de una teoría jurídica o un conjunto de ellas a otra más abarcadora (reducciones interteóricas); reducción de una disciplina o un conjunto de ellas a otra mayor (reducción interdisciplinaria); reducción de conceptos jurídicos aparentemente divergentes a unos pocos conceptos fundamentales⁹ (reducción conceptual), etc.

El arsenal de procedimientos de que se han valido los teóricos generales del derecho para llevar a cabo las operaciones reductivas —enunciadas en el párrafo anterior— son también variados. Análisis, postulación de teorías o modelos reconstructivos, estipulación de significados, redefinición de términos, etc.¹⁰

Sin embargo, tras la aparente variedad, un denominador común las enlaza; al menos, en algunos modelos metateóricos de reconstrucción de la ciencia jurídica. Me refiero concretamente análisis conceptual.

Podría pensarse que el ‘análisis conceptual’ tiene —al igual que la medición en física— la función de “desenredamiento” de lo complejo¹¹. Es verdad, que no existe una claridad definitiva en la conceptualización de qué significa el análisis conceptual

8 Por ámbito de discusión metateórica sobre la ciencia jurídica me refiero al ámbito delimitado por las teorías generales del derecho que se ocupan de esta.

9 Por ejemplo, lo que hace Hohfeld con respecto a las nociones de ‘derecho subjetivo’ y ‘deber jurídico’. Hohfeld, N. W: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción: Genaro Carrió, Fontamara, México, 1997.

10 Con respecto a la reducción metateórica de los conceptos jurídicos empleados por los dogmáticos del derecho, pueden visualizarse dos estrategias reduccionistas, una fuerte y la otra moderada. La ‘fuerte’ opera una verdadera “redefinición” de los conceptos vigentes en una práctica lingüística. El objetivo es lograr un aparato conceptual económico y coherente que se constituya de unas pocas nociones básicas. Para esto, es menester decidir qué conceptos tendrá un significado unívoco y cuáles serán excluidos de la representación científica del derecho. La estrategia ‘moderada’ se mantiene relativamente cerca de los usos vigentes; no hace uso de definiciones estipulativas. Más bien, reconstruye el núcleo de significado central de los usos vigentes, manteniendo aquellos conceptos que marcan distinciones útiles, más allá de la ambigüedad de su uso; para lo cual, recurre a “redefiniciones parciales”. Cfr. Carrió, Genaro: *Nota preliminar; Los conceptos jurídicos fundamentales*, op.cit, pp. 10-12.

11 Esta función de los procesos de medición es desarrollada por Penrose, Roger: “¿Debe ser reduccionista la física matemática?”, En: P.W. Atkins, John D Barrow, et al, op.cit, pp. 41-42.

como herramienta teórica. Algunos, como Strawson, admiten que el análisis puede servir tanto para *conectar* como para *reducir* conceptos implícitos en una práctica determinada.¹² No obstante, la apariencia de dicotomía, es claro que ambas operaciones no son independientes; ya que, ‘reducir’ una profusa cantidad de conceptos a unos pocos es resultado de la ‘conexión’ de sus significados centrales.

De lo que no queda duda, es que la ‘fertilidad’ del análisis reposa en su capacidad de *explicitación* de las teorías o conceptos ‘implícitos’ en los usos que de ellos hacen los científicos¹³; en este caso, los científicos del derecho. Es por esto, que el examen analítico es una suerte de ‘artesanía conceptual’, para parafrasear a von Wright, a partir de la cual, arrojamos luz sobre el ‘significado’ de nuestras actividades teóricas y la naturaleza genuina de nuestros problemas¹⁴. Esto no empece, a que el análisis sirva para ‘disolver’ pseudo problemas.

Como quiera que sea, los teóricos generales del derecho, han echado mano -sea por la vía del análisis o por otras vías- de la reducción teórica.

Así, por ejemplo, de igual modo a cómo el ‘flogisto’ *desapareció* para dar lugar al ‘oxígeno’¹⁵ -como entidad que explicaba la combustión de materiales- muchas teorías generales del derecho han intentado *eliminar* o, en su caso, *reformular* la existencia de determinadas entidades¹⁶. Entidades teóricas como las ‘normas jurídicas’ o las ‘proposiciones científicas’ que a ellas se refieren han pasado por el tamiz eliminador o reformulador de las diversas teorías generales del derecho que se han propugnado a lo largo de la historia de la filosofía del derecho.

Las estrategias metateóricas de caracterización y reducción conceptual de las normas y las proposiciones científicas, como unidades elementales del derecho y de la ciencia jurídica respectivamente, han sido numerosas y han apuntado a diferentes propósitos.

12 Cfr. Strawson, P.F: *Analysis and Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp.10-14; 17-28.

13 Cfr. Strawson, P. F: op. cit., p. 7; Guibourg, Ricardo: *Pensar en las normas*, Eudeba, Bs. As, 1999, pp. 171-172.

14 Cfr. Navarro, Pablo y Moreso, José. J: “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía* 5, México, 1996, pp. 121-122.

15 Para una enumeración de ejemplos y distintas posibilidades de reducción ontológica, puede consultarse: Churchland, Paul. M y Churchland, Patricia. S: “Reducción interteórica: un campo guía para neurocientíficos”, en P.W. Atkins, John D Barrow, et al, op.cit., pp. 101-102. Sobre qué se ganó y qué se sacrificó al reemplazar el ‘flogisto’ por el ‘oxígeno’: Kuhn, Thomas: “Objetividad, juicios de valor y elección de teoría”, en *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p.347.

16 Sobre la situación de las “entidades” afectadas por una or, puede verse: Gottlieb, Dale: “Ontological reduction”, *The Journal of Philosophy*, Vol. LXXIII, N° 3, 1976, p. 58.

Como es obvio, no me ocuparé de todas ellas; pues ello, excede las intenciones de este trabajo. Tampoco me ocuparé de los problemas internos a la discusión misma sobre la naturaleza conceptual, posibilidades, conveniencias o inconveniencias, éxitos o fracasos de la reducción científica. En rigor, me parece más provechoso *usar* la reducción teórica como una herramienta aplicada al análisis concreto de dos estrategias de reducción teórica en la ciencia jurídica.

Siendo así, en este trabajo me propongo mostrar y discutir algunos de los problemas epistemológicos que han enfrentado a dos estrategias metateóricas divergentes en lo que a conceptualización del derecho, la ciencia y sus unidades elementales se refiere.

Siguiendo con una conocida terminología filosófica, es usual referirse a estas estrategias como estrategia “normativista” y estrategia “empírica”, respectivamente. Detrás de ellas, han aparecido distintas formulaciones, cuya diversidad en matices es manifiesta.

Las estrategias empíricas –con los admitidos matices diferenciales- han tratado de reducir las normas a entidades fácticas observables y a las proposiciones de la ciencia jurídica como aserciones de naturaleza fáctica descriptivas o predictivas de estas entidades.

Las estrategias normativistas, por su parte, han tratado, con todos los medios argumentales a su alcance, de bloquear el paso a estas reducciones.

Como puede verse, detrás de estas estrategias de reducción y estrategias de anti-reducción de las unidades elementales del derecho y la ciencia jurídica subyacen cuestiones de diversa índole de abstracción. Cuestiones que van desde los presupuestos filosóficos que sostienen las estrategias en pugna hasta cuestiones tales como: el tipo de ciencia que se postula, estructura lógica de las proposiciones científicas, condiciones necesarias y suficientes de “existencia del derecho”, fundamentos veritativos de estas proposiciones, etc.

Ello para no hablar de problemas teóricos concretos tales como el de conflicto de normas de distinto grado de jerarquía, naturaleza del poder constituyente originario, relaciones entre la validez y la eficacia de un sistema jurídico, concepto de obligación, relaciones entre el derecho y la moral etc.

Este trabajo no intenta situar ningún planteo novedoso o sorprendente. Se trata, más bien, de un ajuste de cuentas con algunas lecturas y preguntas que me han surgido al estudiar estas estrategias.

Dicho de modo más llano: se trata de explicitar y discutir cuestiones que son consecuencia de asumir una u otra estrategia en el análisis del derecho y de la estructura de la ciencia encargada de investigarlo.

Hechas las aclaraciones del caso, este trabajo se estructurará de la siguiente forma: en la sección 1 presentaré -en forma de tesis- las principales propuestas de la estrategia normativista con relación a los conceptos de normas, proposiciones científicas y naturaleza y funciones de la ciencia jurídica; lo mismo haré en la sección 2 con la estrategia empirista; en la sección 3 propondré una serie de discusiones hipotéticas entre los contendores de ambas estrategias alrededor de sus tesis y de algunas cuestiones implícitas en ellas que especificaré oportunamente y, en la sección 4, presentaré las consideraciones finales.

1. Las principales tesis de la estrategia normativista

1.1 El concepto de norma

- Las normas son la expresión del ‘sentido objetivo’ de ciertos actos.
- No todo el ‘sentido subjetivo’ de un acto se convierte en su sentido objetivo.
- Las normas en sentido objetivo muestran el carácter específicamente jurídico del derecho.
- El sentido objetivo de las normas es su validez, esto es, su fuerza obligatoria.
- Precisamente, el sentido objetivo de las normas como fuerza obligatoria permite distinguir el mundo de la facticidad del mundo de las normas; en otras palabras, el sentido objetivo permite distinguir las normas de una banda de asaltantes de las normas de un Estado de Derecho.
- La ‘validez’ o ‘fuerza obligatoria’ de las normas o de un sistema de normas debe distinguirse de la eficacia de normas individuales o de un sistema de normas.
- El sentido objetivo ‘reconstruido’ o ‘descripto’ por la ciencia jurídica se remonta a una última norma: una *norma hipotética* que es una condición del pensamiento que permite discernir entre la ‘legalidad natural’ que vincula hechos del mundo fáctico y la ‘legalidad específicamente jurídica’ que vincula ‘hechos’ del mundo normativo.
- Entre las normas no hay relaciones lógicas de implicación o contradicción; no son verdaderas ni falsas; sólo, son válidas o inválidas, eficaces o no eficaces.

1.2 La estructura lógica de las proposiciones de derecho

- Las proposiciones de la ciencia jurídica son proposiciones del deber ser y no del ser; es decir, son proposiciones que se refieren a un deber que vincula a las

conductas como condiciones a las sanciones como consecuencias: se refieren a que un juez condenará a Pedro si éste mató a Juan o, mejor, que un juez *deberá* condenar a Pedro si éste efectivamente mató a Juan; que un funcionario cobrará el impuesto a las ganancias si el legislador x lo ha establecido o, mejor, que un funcionario *f deberá* cobrar el impuesto a las ganancias si el legislador x ha ordenado que se debe desplegar tal conducta.

- Las proposiciones *describen* normas y no hechos; son, por lo tanto, proposiciones neutrales ya que describen avalorativamente las valoraciones que el legislador ha efectuado.
- Las únicas proposiciones genuinamente científicas son aquellas de tipo cognoscitivo o constataivo y no prescriptivo.
- Por su estructura lógica, cabe predicar relaciones lógicas entre ellas y asignarles valores de verdad o falsedad.

1.3 La naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones

- La ciencia jurídica es una *ciencia normativa* en el sentido específico de su objeto y método: su objeto son las normas y no los hechos; su método no es el de ‘causalidad’ propio del mundo fáctico sino el de ‘imputación’ propio del mundo normativo.
- La ciencia jurídica debe ser descriptiva, es decir, debe ser una ciencia cognoscitiva claramente discernible de los juicios de valor, de las propuestas normativas o políticas o ideológicas.
- Las normas en sentido objetivo son el producto de la reconstrucción teórico-cognoscitiva de la ciencia jurídica.
- Esto es posible gracias a que los científicos del derecho *presuponen* en forma *hipotética* la validez de las normas con recurso a una norma hipotética (grundnorm) que sirve como hipótesis de trabajo epistemológico.
- Esta hipótesis de trabajo epistemológico es una suerte de ‘condición lógico transcendental’ que posibilita ver al *material empírico* del derecho –resultado de ‘hechos’, por ejemplo, del legislador, como un *material normativo* y no como un material fáctico bruto.
- En suma, la ciencia jurídica tiene como función, en sentido ‘fuerte’ la ‘reconstrucción teórica’ del material empírico-jurídico y, en sentido ‘débil’ la sola descripción de un sistema de normas ‘válidas’ en cierto tiempo y cierto territorio.

2. Las principales tesis de la estrategia empirista

2.1. El concepto de norma

- Las normas son una clase especial de hechos: órdenes y aceptaciones de estas; a lo sumo, pueden ser vistas como un ‘esquema de interpretación’ de esa sub-clase de hechos sociales.
- Las normas establecen deberes, facultades, obligaciones o autorizaciones con respecto a determinadas conductas.
- No hay nada fuera de estos deberes; no hay nada fuera de lo que el derecho mismo establece.
- Es por esto, que carece de ‘significado’ la idea de un ‘sentido objetivo’ para explicar la ‘normatividad del derecho’.
- Dicho de otra manera: la ‘obligación’ de obedecer al derecho no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por el derecho mismo.
- Razón por la cual, la idea de una validez ‘apriorística’ o ‘fuerza de obligatoria’ del derecho es fugarse del sistema jurídico mismo; ya que, esta idea de validez no es otra cosa que un refuerzo ‘moral’ de la obligación de obedecer al derecho.
- Conforme con esto, las normas no son más que entidades fácticas, toda vez, que son el resultado de una clase especial de hechos sociales observables
- Si la validez como fuerza obligatoria es un resabio metafísico sin sentido lo único que queda es la idea de normas ‘eficaces’.
- La ‘validez’ del derecho no es un deber ser metafísico es un ‘hecho de la realidad’, un hecho psíquico o la racionalización de un hecho psíquico.
- Los hechos psíquicos que permiten la adecuación de las conductas con respecto al derecho de sus destinatarios, están constituidos por dos clases de ‘impulsos’ distintos: un impulso ‘interesado’ consistente en cumplir con lo preceptuado por las normas por ‘temor’ a la sanción y un impulso ‘desinteresado’ consistente en el cumplimiento de las normas con base en la ‘creencia’ en la competencia formal de las “autoridades oficiales” para compeler a la realización u omisión de conductas en algún sentido.

2.2 La estructura lógica de las proposiciones de derecho

- Las proposiciones de la ciencia jurídica son proposiciones del ‘ser’ y no de un ‘deber ser’; son, en efecto, proposiciones ‘fácticas’ pues se refieren a la ‘existencia fáctica’ de las normas vistas como fenómenos empíricos.
- Si esto es así, las proposiciones científico-jurídicas se refieren a la ocurrencia de ciertos hechos sociales, tales como, la aplicación o, mejor dicho, la *disposición* de los jueces a usar en sus sentencias las normas pertinentes a un cierto caso.
- Las proposiciones de la ciencia jurídica son *predictivas* de lo que los jueces harán en un determinado caso.
- Las proposiciones genuinamente científicas constituyen ‘aserciones’ acerca de la existencia de un hecho particular.
- Motivo por el cual, a diferencia de las normas que son ‘alógicas’ tienen una ‘estructura lógica’.
- Esta estructura contiene juicios de ‘probabilidad’ sobre la disposición de los jueces a usar las normas de que se trate en sus decisiones.
- Y, dada su estructura lógica es posible ‘verificar’ la ‘verdad’ de ellas con cierto ‘grado de certeza’.

2.3 La naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones

- La ciencia jurídica es una *ciencia sociológica* o, si se admite, una ciencia *psico-sociológica* en el sentido específico de su objeto y método: su objeto lo configuran la existencia de ciertos hechos que constituyen los criterios de identificación de ‘normas’ tales como los hechos de promulgación y derogación de normas por el legislador, los hechos de la aplicación de las normas primarias y secundarias por parte de los jueces en sus sentencias, etc.; su método no difiere del modelo ‘explicativo’ de las *ciencias empíricas*.
- En rigor, las proposiciones de la ciencia jurídica tienen como fundamental cometido la descripción del derecho *vigente*.
- El concepto de derecho ‘vigente’ puede ser reconstruido en el sentido de que los juicios o proposiciones asertivas de esta ciencia son *predictivos* propiamente de la conducta de los jueces; más específicamente, de cierta ‘disposición’ de su conducta a usar las normas como criterios de decisión en sus sentencias.

- Asertar que “D es derecho vigente” significa que “D es usado o aplicado por los jueces en sus sentencias.
- Si bien estos juicios predictivos son distintos lógicamente de los juicios políticos o ideológicos acerca del derecho, es forzoso reconocer que, muchas veces, ambos se confunden entre sí ya que, estas ‘predicciones’, pueden tener influencia en la adopción de decisiones políticas.

3 Las discusiones

Ante todo, es menester admitir, que las tesis que he presentado arriba son una simplificación –tal vez, excesiva- de las estrategias en cuestión y no representan la gama, intensamente variada, de posiciones normativistas y empiristas, respectivamente.

Como puede resultar patente a esta altura, con las tesis de la estrategia normativista he pretendido dar cuenta de algunas de las principales ideas de Hans Kelsen y, con las tesis de la estrategia empirista, dar cuenta de algunas de las principales ideas de Alf Ross. Mucho me temo, que también sus propias posiciones hayan corrido la suerte que he debido admitir en el párrafo anterior.

Mi respuesta para explicar esta ‘simplificación’ consta de tres pasos, a saber:

- Todo modelo de reconstrucción teórica opera por ‘abstracción’ y no por ‘idealización’. Esto significa que, toda reconstrucción teórica, por oposición al proceso de idealización que es ‘agregativo’, supone la selección de algunos datos y, por consiguiente, la eliminación de otros. Esto es así, porque la reconstrucción como modelo abstracto es un recurso que permite tratar en una forma simplificada y económica la “complejidad” de los datos a examinar. Esto exige que ciertos datos –aquí, las ‘tesis’- no sean considerados en la reconstrucción. En el modelo reconstructivo se discuten unas pocas tesis. Si esto es así, se pierde en generalidad pero se gana en profundidad.
- En efecto, las tesis involucradas en estas estrategias son numerosas y, a veces, incompatibles entre sí. Así, por ejemplo, las tesis de Kelsen pueden ser interpretadas de acuerdo con los presupuestos metodológicos y epistemológicos del neokantismo o, por el contrario, con los presupuestos del positivismo empirista¹⁷. Ross, por su parte, propugna un modelo empírico del derecho y la ciencia jurídica extremadamente complejo y su obra, internamente, en ocasiones, propugna tesis que riñen

17 Bulygin, Eugenio: “Kant y la filosofía del derecho contemporánea”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 371-382; Bulygin, Eugenio: “Validez y positivismo”, op.cit., p. 500 y ss.

entre sí¹⁸. Cada una de estas tesis, a su vez, genera innúmeros problemas teóricos directa e indirectamente vinculados con ellas. Esto, sin olvidarnos que, desde la perspectiva concreta de las ‘estrategias’ hay muchas más posiciones –ciertamente diferentes- a las que mantienen Kelsen o Ross. Otros autores pueden reclamar para sí una ‘estrategia normativista’ o una ‘estrategia empirista’ en el enfoque del derecho y la ciencia jurídica y no consentir que se los compare con Kelsen o Ross. Entre los primeros, se me ocurre, pueden reclamar el título de ‘normativistas’ autores como Ronald Dworkin o Jürgen Habermas; los cuales, enfatizarán en las diferencias que los separan de Kelsen o Ross y las diferencias que los separan a ellos mismos. Entre los segundos, pueden reclamar el título de ‘empiristas’ autores como Austin, Hart, Lewellin, Holmes, etc. Ellos pueden alegar, a su vez, diferencias con Kelsen y Ross y, claro está, diferencias entre ellos.

- Lo anterior, no empece a que –cuando me parezca pertinente- tenga en cuenta otras tesis que las contempladas en los subítems de 1 y 2. Y, por supuesto, tampoco empece a que asuma la importancia que tenga dar cuenta de las posiciones de otros autores sobre los temas de discusión a efectos de enriquecer su tratamiento.

He reconocido ya, que las tesis presentadas aquí, son una ‘compresión’ o reducción de algunas tesis que, con respecto a las normas, las proposiciones científicas y la ciencia jurídica han formulado Hans Kelsen y Alf Ross. En esta parte, reformularé dichas tesis de manera tal de cubrir distintas posibilidades argumentales en la discusión sobre las cuestiones señaladas en la introducción. Trataré, para ello, de extraer en los argumentos lo mejor de cada una de las posiciones y en los contraargumentos sus flancos débiles. La representación que haré de las posiciones de cada estrategia será la siguiente: A la estrategia *normativista* la denominaré ‘N’ y a la estrategia *empirista* ‘E’.

- En lo que sigue, iniciaré la discusión sobre los conceptos de norma, proposición científica y naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones que, desde luego, son aspectos interrelacionados.

3.1. El concepto de norma

N: El concepto de norma no puede reducirse ontológica y conceptualmente a la clase de simples hechos sociales. Esto eliminaría a la norma como ‘entidad’ diferenciable de los hechos y quitaría fisonomía a la ‘ciencia’ que intenta conocerla. Si esta reducción se admitiera, los contornos que delimitan el campo de lo ‘jurídico’

18 Al menos, esto es lo que quiere mostrar Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, pp. 422-455.

respecto del campo de los ‘hechos’ se desdibujaría. Mucho esfuerzo le ha llevado a la teoría general del derecho hallar el ‘objeto’ que le es propio a la ciencia jurídica. Para ello, fue necesario liberarla, entre otras cosas, del objeto y método de la ‘sociología’¹⁹. La sociología se ocupa de hechos, de conductas humanas, de los efectos del derecho en ellas; más, la ciencia jurídica, la dogmática jurídica se ocupa de normas. La ciencia jurídica no es o no debe definirse como sociología²⁰. Esta ocupación tiene su propia ‘legalidad’. Dicha legalidad no se reduce a la legalidad del mundo natural. Si pretendemos construir una ciencia acerca de normas, debemos discernir entre ‘causalidad’ e ‘imputación’²¹. La imputación es el instrumento que permite definir con claridad el concepto de norma jurídica. Las normas son las unidades elementales del derecho. El derecho es un orden de la conducta humana, un sistema de normas. Las normas son el sentido objetivo que se confiere a ciertos actos de voluntad, cuyo sentido subjetivo, es decir, el sentido que los propios sujetos intervinientes otorgan a sus actos, consiste en que otros individuos ‘deben conducirse’ de una manera determinada. Por tanto, la ciencia jurídica no se ocupa de conductas directamente; su referencia son las normas. Este sentido objetivo tiene que ser diferenciado estrictamente del acto, el que comprende el sentido subjetivo en tanto que fenómeno psicológico, como fenómeno ‘natural’ y, por ende, empíricamente ‘verificable’²². Este sentido objetivo constituye una ‘realidad específica’ que, como tal, difiere de los sucesos empíricos de los que se ocupa la sociología.

E: El derecho y las normas pueden y deben ser definidas en términos “puramente fácticos” sin apelar a propiedades morales o valorativas²³. Hay que distinguir tajantemente lo que es de lo que debe ser. Y, para ello, hay que distinguir la *existencia fáctica* de las normas y del derecho, de su *mérito o demérito moral*. Las normas no pueden separarse de cierta clase de hechos sociales; si se quiere, ‘hechos institucionales’ tales como su promulgación y derogación legislativa y su aplicación judicial. Las normas, si no quiere caerse en parloteo metafísico, deben reducirse a estos hechos. Las normas, en síntesis, no son más que estándares o ‘esquemas interpretativos de conductas’²⁴. La ciencia jurídica, a partir de estos esquemas, establece que hay ‘razones’ para predecir que, ‘probablemente’, ellos serán usados

19 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, Traducción de Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1995.

20 Kelsen, Hans: “*La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 212.

21 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, op.cit.

22 Caracciolo, Ricardo. A: “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”, en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. III, N° 2, 1977, p. 177.

23 Cfr. Nino, Carlos. S: *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, p.23.

24 Cfr. Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia.*, Traducida por: Genaro Carrió, Eudeba, Bs. As., 1994, p. 18.

por los jueces en la justificación de sus sentencias. Esta ‘probabilidad’, es la que determina el ‘rango’ conceptual de las normas. Este rango conceptual consiste en la ‘vigencia’ de estas que es reducible a actitudes o conductas disposicionales; a saber, la *disposición* de los jueces si se dieran ciertas condiciones a aplicar las normas de que se trate²⁵. Si esto es así, hablar de ‘sentido objetivo’ de las normas, de las normas como entidades ideales o platónicas es un sinsentido. Un sinsentido, por otra parte, inservible para la descripción del derecho bajo parámetros de una teoría empirista²⁶. Un presupuesto estándar de una teoría empirista es la posibilidad lógica de observación. Es el caso de preguntarse, entonces, ¿qué posibilidades de observabilidad brinda un concepto de norma como el que sostiene N?²⁷

N: El escamoteo absoluto de las normas, esto es, su reducción a hechos o actos especiales fuga las posibilidades de una ‘auténtica’ ciencia jurídica. También, fuga las posibilidades de distinguir conceptualmente los ‘hechos’ sociales o institucionales que le interesan al jurista en tanto que teórico de los ‘hechos’ que le interesan al sociólogo. De modo tal, que no sólo E pretende una reducción inaceptable de las normas a hechos sino también, de los hechos jurídicos a los hechos sociales en general. Esta reducción, de *manera refleja*, conduciría a reducir la “sociología jurídica” a la “sociología general” y la ciencia jurídica a ésta²⁸. Y si esto es así, la reducción ontológica y conceptual llevaría a una reducción ‘interdisciplinar’ inaceptable. Por otra, parte el “sentido objetivo”, contrariamente a lo que piensa E, es una herramienta más que plausible. Hace inteligible el concepto de norma y sin ningún recurso metafísico (como, por ejemplo, la apelación a una voluntad suprahumana) y sin ningún recurso que viole la distinción entre ser y deber. Esto es así, porque el recurso de una teoría normativista del derecho a una ‘norma hipotética’ como último parámetro ‘cognoscitivo’ es un recurso “epistemológico” un ‘lente’ con el cual es posible ver al derecho como un conjunto sistemático de normas y no como un conglomerado de puros hechos. Si las normas se redujeran a hechos psico-sociales como órdenes, por ejemplo, no se estaría dando una conceptualización que haga inteligible al derecho como un ‘fenómeno’ discernible de otros fenómenos sociales. El sentido objetivo es, precisamente, todo lo contrario. Es independiente de los aspectos psico-sociales. Una norma sigue siendo ‘válida’ más allá de que

25 Ross, Alf. op.cit., p. 40 y ss; Bulygin, Eugenio. “El concepto de vigencia en Alf Ross”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., pp. 345-346.

26 Cfr. Nino, Carlos. S: *La validez del derecho*, Astrea, Bs. As., pp. 26-27.

27 Cfr. Ross, Alf. “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., pp. 363-364.

28 Cfr. Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre El derecho y la justicia”, op.cit., pp. 438-439.

sus autores hayan estado o no de acuerdo con su contenido, más allá de que ya no existan. La norma es, por esto, una suerte de mandato ‘despsicologizado’²⁹.

E: N profesa un “extraño” positivismo. Esta extrañeza radica lisa y llanamente en que viola los presupuestos básicos de una teoría positivista del derecho. Es, además, una prueba de inconsistencia interna. Por un lado, declara que su teoría es positivista pero luego, al referirse al concepto de norma, alude a ella a través de un misterioso ‘sentido objetivo’ apoyado en una ‘norma hipotética’ de estructura no menos misteriosa. Desgraciadamente, N contradice sus propios supuestos metodológicos. Si las obligaciones del derecho están establecidas por las mismas normas, ¿qué necesidad legítima la apelación a sentidos objetivos y normas hipotéticas que constituyen propiedades inobservables e inverificables? Ha llegado el punto de interrogarse acerca de si, la teoría normativista del derecho no es un cuasipositivismo cuya función es el refuerzo “moral” de la obligación de obedecer al derecho³⁰. Si esto es así, se borró definitivamente la línea que dividía al derecho de su contenido moral o inmoral. N deja de distinguir entre lo que es y lo que debe ser. Su defensa de que esta norma hipotética es un “recurso del pensamiento” para discriminar entre normas y hechos es un recurso saturado de ideología³¹ que, sea dicho directamente, es lo que la teoría normativista trataba de evitar. Tras de los conceptos de norma como “fuerza obligatoria” o a priori y de norma hipotética, se oculta una ideología peligrosa e innecesaria para la tarea de conocimiento neutral del derecho: la ideología de la fuerza moral intrínseca de un orden jurídico dado.

N: Las suposiciones efectuadas por E reposan en presuposiciones falsas que no hacen más que producir conclusiones equivocadas. La teoría del derecho distingue lo que es de lo que debe ser en un sentido más amplio que el imaginado por E. Es precisamente esta distinción epistémica la que permite diferenciar el mundo normativo del mundo fáctico. El recurso a una norma hipotética no viola ni esta distinción ni se compromete en ningún punto de vista de refuerzo moral. Para hacerlo debería adoptar una ‘norma categórica’, cosa, que claramente no hace. Justificar moralmente un sistema jurídico definido requiere un compromiso categórico y material. La teoría normativista del derecho tiene un compromiso hipotético y formal³². La norma hipotética permite, cristalinamente, entender el carácter normativo y objetivo

29 Kelsen, Hans: “La teoría del derecho y la jurisprudencia analítica”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 215.

30 Cfr. Ross, Alf: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, op.cit., pp. 368 y 375.

31 Ross, Alf: op.cit., p. 377.

32 Cfr. Nino, Carlos. S: *La validez del derecho*, op.cit., pp. 18; 24.

del derecho. En este sentido, la norma hipotética no es inservible. “Presupone” el sentido objetivo de los actos creadores de la “primera constitución”³³. Esto es lo que permite entender a la constitución originaria como una norma en la cadena sucesiva de normas. Esto significa que hay que presuponer una interpretación “normativa” de los hechos o actos creadores de la constitución. Tampoco la norma hipotética prescinde de las contribuciones de la metodología empirista de la ciencia. En este sentido, la norma hipotética no es arbitraria ya que sólo se justifica asignar sentido objetivo al acto creador de la constitución en el caso de que esta sea “eficaz”³⁴. La ‘eficacia’ es una predicación empírica observable. Depende, entre otras cosas, del acatamiento de los súbditos sometidos al derecho y de la aplicación de ellas por los jueces. Pero, la eficacia no puede ser, por esto, confundida con la validez objetiva o fuerza obligatoria de las normas. Es cierto que la eficacia es condición de validez. Pero, la validez, es una predicación de las normas independiente. Una norma recién promulgada es válida aunque no se haya comprobado aún su eficacia³⁵.

E: Si con el concepto de “norma vigente”, lo que pretende destacarse es la probabilidad con que los jueces aplicarán las normas³⁶, ¿qué otra cosa hace falta para caracterizar plausiblemente al derecho? Si el derecho o alguna de sus normas no son aplicados en un cierto tiempo – cuestión vaga, es cierto- ese derecho o esas normas no están vigentes en la sociedad de que se trate. Ese derecho o esas normas no “existen fácticamente”; en la práctica social de aplicar el derecho esas normas no son tenidas en cuenta. ¿Qué razón de ser tiene seguir manteniendo la idea de un sentido objetivo? Una reconstrucción conceptual aceptable de las normas jurídicas muestra que éstas están “dirigidas a los jueces”. En el caso de las normas de conducta, ellas están dirigidas a los jueces para que, en caso de darse las condiciones de hecho descriptas por el antecedente de la norma, apliquen la sanción corres-

33 Caracciolo, Ricardo: “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”, op.cit., p. 178.

34 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, op.cit., p. 223.

35 Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre El derecho y la justicia”, op.cit., p. 446.

36 Bulygin señala que la ‘vigencia’ consiste en la “disposición de la norma a ser aplicada”. Sin embargo, más plausible parece una reconstrucción de este concepto que indique la “disposición de los jueces a aplicar la norma de que se trate”. Asimismo, Bulygin señala el uso ambiguo que Ross hace de la noción de “aplicación” en el proceso de sentenciar. En un caso, una definición subjetivista que atiende a la influencia de la norma en el razonamiento del juez; la otra, objetivista, atiende al hecho de que el juez se base en ella (en los considerandos) para justificar su decisión. En esta última definición, no es necesario que el juez “se sienta obligado” a aplicar la norma sino, que la invoque para fundamentar su fallo. Bulygin, Eugenio: “El concepto de vigencia en Alf Ross”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., pp. 346-347.

pondiente³⁷. Igualmente, en el caso de las normas de competencia, la expectativa es que los jueces, si se dieran las condiciones pertinentes, declaren la anulabilidad de las normas de conducta creadas en violación de las normas de competencia³⁸. Esto es así, porque, en el fondo, las normas de competencia son normas de conducta “indirectamente expresadas”. Sea como sea, la “dirección” de las normas –resultado de una reconstrucción conceptual plausible–, indican el rasgo fáctico relevante en la definición de ‘existencia’ de las normas: su existencia fáctica. Si esta dirección se orienta a los órganos de aplicación del derecho –los jueces primordialmente– y éstos no las aplican, dichas normas no existen fácticamente, no están vigentes. Si esto se admite de una buena vez, ¿qué utilidad presta a una ciencia empírica del derecho un concepto de existencia “ideal” de norma? En otras palabras, ¿qué cabida tiene en una ciencia positivista del derecho –como la que dice profesar N– un concepto de existencia de norma plasmado en un inaprehensible sentido objetivo? Es por esto, que es más que problemático sostener una norma hipotética y la distinción entre “sentido” de un acto y el “acto” mismo³⁹. ¿Cuál es el status de la norma hipotética que sostiene N? ¿Es un enunciado metalingüístico acerca de cómo la ciencia “menciona al derecho”⁴⁰? ¿Es un enunciado metalingüístico acerca de cómo los científicos del derecho ‘deben’ construir el sentido normativo objetivo de un material empírico? Pero si es una definición⁴¹ ¿cómo puede establecer algún tipo de ‘deber’? Si por el contrario, se afirma que la norma hipotética establece la validez de la primera constitución y las normas que a ella se eslabonan ¿Qué tipo de norma es? Si es norma ella también ¿no debería ser válida? Y si no lo es ¿cómo puede ser norma? ¿Es, acaso, un enunciado lingüístico que prescribe cómo deben crearse las normas válidas? Si es una interpretación normativa “necesaria” de los hechos para verlos como normas, ¿esto significa que la norma hipotética es un enunciado analítico y, en virtud de esto, puramente tautológico⁴²? Pero, si como N afirma, la norma hipotética no es mentalmente arbitraria pues se refiere siempre a una constitución que es eficaz en términos generales y reconoce que la eficacia es una predicación empírica, ¿qué ocurre cuando la constitución o un orden jurídico

37 Dichas condiciones son: que regla jurídica particular sea pertinente con respecto a la acción que se inicia y que el estado del derecho en ese interin no haya sido modificado. Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 40.

38 Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 50.

39 Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 424.

40 Cfr. Nino, Carlos. S: *La validez del derecho*, op.cit., p. 12.

41 Cfr. Guastini, Ricardo: “Jerarquías normativas y normas supremas”, en Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 379.

42 Cfr. Vernengo, Roberto: “La función sistemática de la norma fundamental”, en Revista Jurídica de la Facultad de Derecho, I- II, Bs. As, 1960, p.220.

determinado dejan de ser eficaces por su falta de acatamiento o aplicación judicial o por una revolución que estatuye un orden diferente al propugnado por la constitución? ¿Debe cambiar la norma hipotética? ¿Los científicos del derecho ‘deben’ presuponer otra norma hipotética que cubra la nueva constitución? Si N respondiera a esta última pregunta afirmativamente, ¿estaría aceptando que la norma hipotética es un enunciado sintético? Pero si es sintético, ¿no pierde su carácter de hipótesis epistemológica, de hipótesis ‘formal’ de trabajo, de condición lógico transcendental apta para pensar un material empírico como un material normativo⁴³? ¿Se trata, entonces, de un enunciado sintético a priori? Mucho me temo, que N responda que sí, que su norma hipotética es todo esto y mucho más. Si es tan polimórfica su estructura y tan ambiguo su alcance ¿qué utilidad le presta a la ciencia jurídica?

N: Las preguntas de E a la par de desafiar mi inteligencia me abruman. Reconozco que el recurso de una norma hipotética plantea problemas lingüísticos; de ambigüedad, si se quiere. Pero esto ocurre, con todo concepto de norma. El concepto de norma es, en sí mismo, ambiguo. Y la norma hipotética también lo parece según las aparentemente fulminantes observaciones de E. No obstante esto, mi norma hipotética es, simplemente, un modo analítico de organizar la experiencia. Es una categoría que ordena la experiencia, más precisamente, el carácter ‘bruto’ o ‘amorfo’ del material empírico-jurídico. Escamotear totalmente esta categoría epistémica no permite distinguir el derecho de otros órdenes sociales. En este sentido, lo que llamamos ‘norma’, ‘sistema de normas’, etc. no es más que el ‘producto teórico’ de la labor reconstructiva de los juristas, toda vez, que el tan discutido sentido objetivo o validez objetiva de las normas es una forma de establecer la existencia del derecho con independencia de los hechos que lo originan. Tal vez, sea cierto, la norma hipotética no sea ni un enunciado analítico ni un enunciado sintético sino un enunciado sintético a priori. Tal vez, deba admitir, que este recurso es típicamente kantiano y no humeano⁴⁴. La teoría normativista responde a los cánones del positivismo y del pensamiento analítico pero no al precio de disolver las categorías con que atribuimos de ‘sentido a la experiencia’. Después de todo, es posible que haya un dualismo metafísico en todo esto: el mundo del ser y el mundo del deber ser dando vueltas a esta teoría. Pero no es menos cierto que E profesa una metafísica

43 Kelsen, Hans: “La teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 453.

44 Para Pap, la interpretación según la cual Hume rechazaba el conocimiento sintético a priori carece de fundamentos. “Hume distinguía claramente entre verdades *a priori* (necesarias) y *empíricas* (contingentes), nunca llegó a plantearse el problema de si todas las verdades *a priori* son analíticas”. Cfr. Pap, Arthur: *Semántica y verdad necesaria*, Traducción: César Nicolás Molina Flores, Fondo de Cultura Económica, México, 1970, p.84

monista⁴⁵ consistente en afirmar que todo es experiencia, que todo puede reducirse, en el fondo, a hechos empíricos⁴⁶. Si esta metafísica diera cobertura racional a la realidad, si las normas fueran reducidas conceptualmente a hechos, cómo podría explicarse en forma inteligible el papel justificatorio del derecho. Si las normas son sólo premisas fácticas de un razonamiento jurídico, éste, sería inválido. Hacen falta premisas normativas en tanto que normativas para justificar válidamente un razonamiento sea en forma hipotética, sea en forma categórica.

E: Es admisible lo último que acaba de indicar N. Pero ¿de qué estamos hablando? Del papel teórico de la ciencia jurídica que N mantiene —a rajatablas— que tiene un carácter puramente cognoscitivo e hipotético o, por el contrario, estamos hablando del problema de la justificación que exige un carácter categórico? Si es así, esto no es lo que se está discutiendo aquí. La discusión se refiere a un plano teórico, al plano de las conceptualizaciones y su utilidad para la ciencia jurídica. Y lo que aquí se está diciendo es que el recurso a una norma hipotética y al concepto de normas válidas, en el sentido objetivo de fuerza obligatoria, son violatorios de una metodología científica. La validez objetiva de las normas es inobservable y no colabora en nada con la descripción fáctica del derecho⁴⁷. La idea de fuerza obligatoria, por su parte, se compromete con el punto de vista moral o interno de los participantes; lo cual, vulnera el carácter neutral de la ciencia jurídica en que está embarcado el conocimiento positivista del derecho. La “vigencia” de las normas es un concepto mucho más coherente con la metodología empirista de conocimiento que el concepto de una validez a priori como la sustentada por N. Esto es así, porque este concepto remite a una base empírica nítida a partir de la cual podemos verificar las proposiciones de la ciencia jurídica⁴⁸. La vigencia, pues, y no la validez apriorística, permiten referirse a una base empírica compuesta de hechos observables: en este caso puntual, el hecho de que los jueces tienen una disposición a aplicar la norma x al caso c si se dieran ciertas condiciones. ¿Qué más se puede pedir al conocimiento teórico del derecho?

45 Kelsen, Hans: “Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., p. 449.

46 La analogía con esto puede ser la siguiente: una de las ideas de la reducción se centra en la búsqueda de una “ciencia unificada”. Para ello, un recurso que se emplea frecuentemente para reducir todos los acontecimientos “macrofísicos” a los “microfísicos” es sostener que todo lo que sucede en ese macronivel puede ser explicado por lo que ocurre en el micronivel. Finalmente, siendo así, todo es explicable en términos de física. Y, si esto es así, se produce un impacto en la “jerarquía de las ciencias”. Cfr. Midgley, Mary: “Megalomanía reduccionista”, en P.W. Atkins, John D Barrow, op.cit., p.184.; Weinberg, S: *El sueño de una teoría final*, op.cit., p. 50; Brooks, D.H.M: “How to perform a reduction”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LIV, N°. 4, 1994, p. 803.

47 Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 64.

48 Ross, Alf: op.cit., p. 39.

3.2 La estructura lógica de las proposiciones de derecho

N: Resulta obvio que E no se ha hecho cargo de los problemas que están implícitos en su concepción de las normas, del derecho y de las proposiciones científico-jurídicas. Sus reducciones de lo “normativo” a lo “empírico” dejan de lado cuestiones que necesariamente deben discutirse en el interior de cualquier propuesta empirista de conocimiento teórico del derecho. En efecto, detrás de la aparente austeridad de estas reducciones, se encuentran alojados supuestos filosóficos y epistemológicos que merecen ser discutidos explícitamente en tanto que proyectos. Porque, si la reducción se concibe como un ejercicio de higiene lógica –y sin duda lo es– con el cual arrojamos la ‘basura’, deberemos asegurarnos de dos cosas: de que queremos tirarla y, en caso afirmativo, con qué queremos reemplazarla.⁴⁹

Este reemplazo de las normas, concebidas como entidades de sentido objetivo, se concretiza a partir de una interpretación factualista de las normas⁵⁰. Esta interpretación resuelve el problema de la estructura lógica de las proposiciones de derecho afirmando su carácter fáctico; son proposiciones del ‘ser’⁵¹ y no del ‘deber ser’. No describen ‘sentidos’, normas con ‘fuerza obligatoria’ o normas en ‘sentido objetivo’, ya que esto es ininteligible para E. Es ininteligible para E, pues, él asocia descripción con observabilidad. Para cumplir con su fajina teórica, las proposiciones de derecho no describen normas propiamente hablando sino la existencia fáctica de éstas; existencia que se relaciona con la compleja base empírica del derecho. Empero, más allá de esta complejidad de la base empírica, para E las cosas se resuelven en la afirmación de que ella se constituye de un grupo de hechos sociales que constituyen las condiciones necesarias y suficientes para la identificación de las normas como guías de la conducta humana⁵². Esto es así, toda vez, que E apoya la distinción que canónicamente suele trazarse entre entidades “directamente” observables y entidades “indirectamente” observables. Esta distinción cimienta la base para otra distinción, a saber: “términos teóricos” y “términos observables”.

Es claro, que si esta concepción se admite, los conceptos de normas, de validez como fuerza obligatoria y el recurso de la norma hipotética se vuelven piezas incoherentes en un rompecabezas epistemológico construido de acuerdo a estas

49 Midgley, Mary: “Megalomanía reduccionista”, en P.W. Atkins, John D Barrow, et.al, op.cit., pp. 181-182.

50 Fernández Vega, Jesús: “Las ciencias normativas y la ciencia del derecho”, en El Basilisco, Oviedo, 1994, p. 7.

51 Bulygin, Eugenio: “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., p. 338.

52 Ross, Alf: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, op.cit., pp. 375; 377.

reglas epistémicas. Desafortunadamente para E, las cosas son inversas a como él piensa. Es un criterio erróneo, propio de los empiristas creer que la base empírica de la ciencia sólo es integrativa de “datos”, “hechos brutos” y “percepciones”⁵³. Igualmente errónea es la doble distinción establecida entre entidades directa e indirectamente observables como la distinción entre términos teóricos y términos observacionales. En rigor, “todos” los términos son teóricos en distintos grados. No hay observación directa; todas las observaciones son indirectas, ya que, todas ellas están cargadas de teoría⁵⁴. La observación siempre es guiada por la teoría y en la base empírica no hay hechos brutos y percepciones, hay hechos interpretados teóricamente. Precisamente, el concepto de norma hipotética es un término teórico de gran abstracción que permite “observar” al derecho, a través de las proposiciones de la ciencia jurídica, como un “material normativo” y no como un “material empírico bruto”. El concepto de norma válida es otro término teórico que permite la observación “indirecta” de hechos que no son una clase cualquiera de hechos. Esto es así, porque el concepto de validez como término teórico indica indirectamente criterios para separar los hechos normativos o institucionales –conforme a una terminología filosófica en boga- de otros hechos sociales de fuerza. Como, se ve, la teoría normativista del derecho es una teoría empírica corregida y más sofisticada que la postulada por E. Y, si esto se admite, el concepto de validez –tal como lo venimos entendiendo- no puede ser reducido conceptualmente al concepto de vigencia o al concepto de eficacia.

E: Dados los argumentos de N, trataré de clarificar más las críticas que la estrategia empirista le hace a la normativista. Los argumentos de N destacan que la teoría empirista del derecho no se hace cargo de los problemas señalados. Es verdad que la estrategia empirista no hace explícitamente las distinciones apuntadas por N, pero esto no parece ser un ataque severo para sus postulados que siguen en pie y, menos aún, parece un ataque que logre desestabilizar las críticas que a los argumentos de N venimos efectuando. La estrategia empirista no es más que un “experimento mental” que, desde supuestos de la metodología empirista, señala los problemas que debería enfrentar la estrategia de N. Ciertamente, como experimento mental, esta estrategia deberá complementarse con todas las herramientas propias de una propuesta metodológica de esta clase. Así pues, deberá complementarse con una buena teoría de la base empírica, de las teorías de la probabilidad subjetiva y objetiva, hacerse cargo de las críticas más importantes y recurrentes que se le vienen efectuando a la inducción como

53 Popper, Karl: *La lógica de la investigación científica*, Traducción: Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 42-43

54 Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, Traducción: Néstor Míguez, Paidós, Madrid, 1994, pp. 72; 155.

base de enunciados probabilísticos, etc. Pero esta necesidad –reconocida- de complementación no resta valor, hasta donde alcanzo a ver, a las críticas que la estrategia empirista ha enderezado a la normativista; al menos, tal como ellos la han planteado. No reiteraré las observaciones realizadas al concepto de norma hipotética. No lo haré porque el carácter ambiguo e inmanejable de ha sido tratado en forma intensa en la bibliografía filosófico-jurídica. Huelga decir, que si alguna reducción conceptual se propone, es la del concepto apriorístico de norma (como fuerza obligatoria) dado por el normativismo por un concepto más manejable científicamente; me refiero, como resulta patente, al concepto de “vigencia”. El concepto de vigencia –contrariamente al concepto apriorístico de validez- refiere a una base empírica observable; no se requiere ninguna intelección especial para captarla. Si N quiere quedarse tranquilo, podría decirse que claro que hay normas, pero estas no son entidades platónicas inasequibles sino, entidades fácticas puestas de manifiesto por hechos lingüísticos y sociales⁵⁵, por la emisión de órdenes, por su aceptación, por una cierta práctica de identificar criterios de conducta a partir de estos hechos cubiertos por la base empírica: el hecho de la legislación, el hecho de la costumbre, el hecho de la jurisprudencia, etc. Podríamos estar de acuerdo en que, en rigor, todos los términos son teóricos y que todas las observaciones son indirectas. Touché! Pero un requisito de estos términos teóricos –sean del grado de abstracción que sea- es que sean “testables” mediante observación. En la base empírica se sitúan enunciados singulares que someten a test observacional a las teorías o términos teóricos de alto grado de abstracción⁵⁶. Los conceptos de norma hipotética y de validez apriorística son visiblemente “irrefutables”, no testables empíricamente y, por tanto, conforme al criterio de demarcación popperiano, metafísicos. Y, si estos enunciados son metafísicos no pueden ser guía alguna para el científico del derecho. ¿Cómo se pueden verificar o, en su caso, falsar proposiciones de “deber ser”? La respuesta es rotunda: las proposiciones de deber ser son metafísicas, por lo cual, son irrefutables y, si lo son, no pueden ser verificadas o falsadas. Si bien la verificación es un criterio de significado –hoy un poco trasnochado- comparte con la falsación la exigencia de testabilidad. Digámoslo nuevamente: los conceptos que maneja N son inverificables o infalsables. No son controlables por ninguna de estas metodologías. Si N sostiene que el concepto de validez no es incompatible con los conceptos de vigencia o eficacia, debe estar pensando en otros conceptos de validez; en conceptos empíricos de validez; como, por ejemplo, el concepto de

55 Cfr. Nino, Carlos. S: *Derecho, moral y política*, op.cit., p. 24.

56 Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, op.cit., pp. 462-463.

validez como pertenencia o el concepto de validez como aplicabilidad⁵⁷. Pero su concepto *normativo* de validez apriorística debe ser eliminado de la ciencia jurídica, a menos, y esto sería muy diferente, que asumiera un concepto normativo de validez no hipotético sino lisa y llanamente categórico que, por ser tal, tampoco podría ser falsado. En otras palabras, que N asumiera una “genuina” estrategia normativista. Una genuina estrategia normativista considera que la ciencia y, por ende, sus proposiciones no son neutrales; no hay proposiciones descriptivas o predictivas. Las proposiciones son herramientas teóricas cargadas de valores políticos cuya función no es describir lo –que de hecho- hacen los juristas en la dimensión prácticas sino la de prescribir lo que éstos deben hacer⁵⁸. Las proposiciones están para “auxiliar” a quienes toman decisiones prácticas y, siendo esta su preocupación, no describen que normas los juristas aplican de hecho sino, por el contrario, que normas “deben aplicar”. Si un dogma nodal del positivismo jurídico es la separación entre las normas (insusceptibles de verdad o falsedad) y las proposiciones (susceptibles de verdad o falsedad), el “genuino” normativista –que no es el carácter de N- adopta a partir de sus proposiciones teóricas el “punto de vista interno de los participantes”. Un genuino normativista se desinteresa por la distinción lógica entre normas y proposiciones, entre punto de vista externo o del observador y punto de vista interno o del participante; al menos, en el sentido en que son distinguidas por los filósofos analíticos del derecho⁵⁹. Claramente adopta el punto de vista interno. Pero no cualquier punto de vista interno, porque esto desdibujaría el sentido “teórico” de las proposiciones; adopta el punto de vista interno que resulte de su reconstrucción conceptual de éste. Así, las proposiciones que sostendría un N genuino buscarían mostrar el “mejor” derecho posible para “justificar” las acciones de que se trate o a tenderían a mostrar que en la “facticidad misma” existen, en los “hablantes”, pretensiones normativas de corrección recíprocas⁶⁰.

57 Se trata de conceptos “descriptivos” de validez. Cfr. Bulygin, Eugenio: “*Tiempo y validez*”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit., pp. 195-198.

58 Esta sería la posición de Dworkin. Cfr. Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 22-23.

59 Cfr. Bonorino, Pablo. R: “*Proposiciones de Derecho*”, MS, pp. 2-28.

60 Para Habermas, de manera opuesta a un filósofo analítico, la “validez” del derecho no se agota en su “pragmaticidad fáctica” consistente en la descripción de la existencia de hechos lingüísticos como, por ejemplo, los de emisión de órdenes. Habría una estructura *a priori* o *trascendental* en esa “facticidad”, de modo tal, que los “actos de comunicación efectivamente desarrollados”, en el ámbito pragmático, no se agotarían en una mera facticidad. Esto es así, porque para Habermas, los actos de comunicación encierran, en sí mismos, pretensiones normativas; de las cuales, una reconstrucción “dialéctica” debe dar cuenta. Cfr. García Amado, Juan. A: “La filosofía del derecho de Jürgen Habermas”, en Doxa, N° 13, Alicante, 1993, pp. 235-258.; García Amado, Juan. A: “*Tópica, derecho y método jurídico*”, en Doxa, N° 4, Alicante, 1987, pp. 179-180.

Por las razones apuntadas, N no es ni un buen positivista ni un normativista genuino⁶¹. Su situación es desgraciada.

N: Vayamos por partes. La persistencia de E me ha ganado en un punto. Voy a admitir, a partir de ahora, la inutilidad que el concepto de validez como fuerza obligatoria cumple en las variadas funciones teóricas que la ciencia jurídica cumple: describir normas, sistematizarlas, etc. Admitir un error y corregirlo es, como no se ha cansado de repetir Popper, una forma de hacer progresar la ciencia⁶². Sin embargo, para no ser absolutamente despiadado con la estrategia normativista que sigo dispuesto a defender, en lo que sigue, efectuaré los siguientes descargos. Mi concepto de norma hipotética es un instrumento epistemológico útil para distinguir el mundo jurídico del mundo de los hechos, el mundo del asaltante del mundo del funcionario que cobra impuestos, el mundo de los hechos psico-físicos o biológicos –como el hecho de la “muerte”– de hechos jurídicos, como, por ejemplo, el hecho del “homicidio”⁶³. Detrás de estos hechos, la teoría normativista permite –a partir de su tan vapuleado instrumento metodológico– ‘reconstruir conceptualmente’ *normas* o, dicho de otra manera, reconstruir conceptualmente el “sentido normativo” y no puramente empírico de esos hechos. Aún si fuera metafísica esta norma, no debe olvidarse que, como Popper se ha encargado de demostrar, existen muchos ejemplos de ideas que nacieron como metafísicas y, luego, generaron teorías “científicas” explicativas potentes⁶⁴. Si se quiere salvar en algo el aporte de la estrategia normativista, habrá que admitir el papel “conceptual” de esta teoría normativista en la reconstrucción de las normas. Se ha observado que esta estrategia ofrece una isomorfía entre las proposiciones científicas y el derecho ; en el sentido, de que ellas describen un material por ellas constituido previamente en forma conceptual. En realidad, la palabra descripción no cubre la totalidad de actividades teóricas que los juristas en cuanto tales realizan. Unas de sus tareas es servirse de “teorías sobre las normas” como ‘herramientas de reconstrucción’ de un determinado material

61 Ross alude a la posición normativista en la filosofía del derecho como posición “idealista” y distingue, tácitamente, entre el idealismo hipotético de Kelsen y el idealismo “tomado en serio”; es decir, aquel que niega el carácter de derecho a un orden jurídico que no se ajusta a ciertos ideales materiales de justicia o moralidad. Cfr. Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., p. 68.

62 Cfr. Popper, Karl: *Conjeturas y Refutaciones*, op.cit., pp 23-54.

63 Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, op.cit; Harris, J.W. “Kelsen’s concept of authority”, en *Cambridge Law Journal*, 36, N° 2., 1977 p. 354.

64 Este es un punto central del aporte de Popper. Él aporta muchos ejemplos de cómo teorías altamente especulativas y brumosas –metafísicas en algún sentido de la palabra– generaron, posteriormente, teorías altamente explicativas. Una de ellas es la teoría de los átomos de Demócrito. Cfr. Popper, Karl. *Conjeturas y Refutaciones*: op.cit., pp. 110 y ss.

empírico⁶⁵. Lo que parecía un defecto de la estrategia normativista se convierte en virtud. Ella ha sido la que puesto de relieve que conceptos tales como los de “norma”, “sistema de normas”, “validez”, etc., son el resultado o el ‘producto’ de una *teoría de las normas*. Más allá de sus diferencias conceptuales, estas teorías son pautas conceptuales que permiten “reconstruir” el material empírico del derecho, ínsito en su base empírica, como un material normativo y sistemático. Sin embargo, esta isomorfía⁶⁶ no significa que el teórico se vea constreñido a adoptar un punto de vista interno o justificatorio. Es cierto, que los científicos del derecho muchas veces hacen esta adopción de manera soterrada; pero que lo hagan no es síntoma de una buena metodología científica. Los juristas deben describir el derecho neutralmente y pueden exponer su contenido en forma hipotética sin comprometerse con una posición justificacionista desde una perspectiva axiológica o moral. Es claro que las proposiciones de la estrategia normativista –tal como yo la entiendo– son “proposiciones normativas”. La ambigüedad de la palabra ‘normativa’ pronto se disuelve cuando esta estrategia, con esta palabra, se está refiriendo a que las proposiciones son *acerca* de normas y no que *profieren* normas. Siendo así, su verificación se da en forma indirecta: a través de la constatación de los hechos o actos que crean normas⁶⁷. El conocimiento científico de las normas asume un punto de vista prescriptivo hipotético. Esto quiere decir, que las normas son “mencionadas” por las proposiciones mediante la técnica del entrecomillado.

E: Sigue siendo inefectiva la persistente defensa de N. Si, como acaba de reconocer, las proposiciones para poder verificarse requieren de aquellos hechos que originaron las normas a las que estas se refieren, es obvio que siempre la existencia de las normas depende de cierto tipo de hechos.

N: Una cosa es la *existencia fáctica* y otra la *existencia nominal* de las normas. Una cosa es su dimensión pragmática y otra su dimensión semántica. La existencia nominal de las normas indica que éstas no *comienzan* o *dejan* de existir en la misma forma en que lo hacen entidades empíricas⁶⁸.

E: En verdad, no entiendo lo que N trata de mostrar. Las normas para poder ser conocidas deben existir fácticamente; esto es, requieren de ciertos actos que tienen

65 Navarro, Pablo y Moreso, José. J. *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 19-22.

66 Sobre esta “isomorfía”, puede verse: Vernengo, Roberto: *La función de la norma sistemática fundamental*, op.cit., pp. 207-208, 218; Caracciolo, Ricardo: “Fundamentos del derecho y fundamentos del conocimiento del derecho”, en *Crítica*, Vol. XI, N°. 31, México, 1979, pp. 35-52.

67 Caracciolo, Ricardo. “Interpretación de sentido y conocimiento jurídico”: op.cit., p. 178.

68 Caracciolo, Ricardo: “Existencia de normas”, en *Isonomía*, N°.7, México, 1997, pp. 160-161.

la aptitud de crearlas o extinguirlas; actos lingüísticos y actos sociales; esto es lo que Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin llaman la “concepción expresiva de las normas”⁶⁹. Las normas se expresan a través de actos de emisión de prescripciones.

N: Sin embargo, las normas –de acuerdo con una exigencia holística frecuente entre los juristas- no se presentan en forma aislada; pertenecen a algún sistema normativo⁷⁰. Hay una reducción de las partes al todo. Esto es así, porque un sistema normativo puede ser construido como una clase de sistema deductivo; un conjunto de enunciados (finito si logra ser axiomatizado) con todas sus consecuencias lógicas⁷¹. En ese sistema, las normas no pueden ser vistas como puros hechos y ello por dos razones: primero, porque entre los hechos no cabría hablar de relaciones lógicas; segundo, porque sólo entre normas –entendidas como entidades abstractas- pueden darse relaciones lógicas de inferencia y contradicción. Si el sistema normativo se redujera a un sistema de hechos, no habría discernibilidad entre un sistema descriptivo y un sistema normativo⁷².

E: De acuerdo con esta distinción. Pero qué sentido tiene hablar de ‘normas’ con prescindencia de los actos a través de los cuales son creadas o extinguidas, actos de promulgación y derogación, respectivamente.

N: Usualmente se caracteriza el acto de promulgación y derogación como la “creación” o “extinción” de una norma. No obstante, esa manera de hablar solo puede tratarse de una metáfora. Porque si las normas son entidades intencionales carece de sentido decir que son “creadas” o “derogadas” y si no existen como tales, no hay nada que pueda ser “creado” o “derogado” por actos semejantes⁷³.

3.3 La naturaleza de la ciencia jurídica y sus funciones

E: Todo lo que aquí estamos discutiendo repercute en el problema sobre qué significa hacer ciencia jurídica. Este no es un problema que no haya preocupado a los filósofos en general. Tanto es así, que algunos llegaron a pensar que no había problemas filosóficos genuinos; había, sólo, pseudoproblemas provocados por trampas del lenguaje en las que nos metíamos sin saber muy bien porqué. La filosofía, así, se convertía en una actividad terapéutica; la actividad de “disolver” pseudoproblemas y las pseudodiscu-

69 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: “La concepción expresiva de las normas”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, op.cit. pp. 121-153.

70 Caracciolo, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, op.cit., p. 12.

71 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Bs.As, 1987, pp. 92-107.

72 Cfr. Caracciolo, Ricardo: “Existencia de normas”, op.cit., notas 9, 14, 15, 22, 28.

73 Cfr. Caracciolo, Ricardo: op.cit., nota 22.

siones que estos generaban. De lo que se trata ahora, es de saber, si es posible lograr una reducción aceptable de la ciencia propuesta por N a la ciencia propuesta por mí. Es claro, que con esta reducción, no pretendo el escamoteo absoluto de las ideas normativas para comprender al derecho; en este sentido, esta reducción pretende hacerle “justicia reconstructiva”⁷⁴ a la ciencia propuesta por N. Lo que pretendo con la reducción no es eliminar la referencia a problemas normativos y a normas. Pretendo, sí, eliminar entidades inmanejables como las de normas hipotéticas, normas válidas en el sentido de normas que tienen fuerza obligatoria intrínseca. Esto ya se ha hecho en la ciencia con una infinidad de entidades: hace mucho que las brujas, dríadas, mundos supralunares, calóricos, etc., han sido eliminadas per obscurius. Si la ciencia, concebida empíricamente, logra realizar esta reducción, habremos logrado una ciencia coherente con el positivismo empirista. Esto sería así, desde que lograríamos expurgar del conocimiento teórico del derecho a la metafísica y a la moral. Esto no significa que, con independencia del conocimiento teórico del derecho, adscribamos a algún compromiso moral que nos lleve, en su caso, a enfrentar con todas nuestras fuerzas un régimen que consideremos injusto. Pero el conocimiento racional y objetivo de las ideas materiales de justicia es imposible. No se puede tomar a los valores –que son subjetivos y emotivos- a objeto de conocimiento teórico empíricamente testable.

N: No acabo de entender el objeto de esta disputa. Tengo la leve sospecha de que estamos pseudodiscutiendo. Esta sospecha se confirma a poco de darme cuenta de que coincido plenamente con los juicios vertidos por E. Precisamente, por ello, es que he distinguido entre ser y deber ser, entre descripción y prescripción, entre descripciones neutrales o avalorativas y las valoraciones que hace un legislador al promulgar el derecho. Pero, como no he querido vaciar de normatividad al derecho, he postulado una norma que permite enfocarlos objetivamente, esto es, independientemente de los actos psicológicos de los que lo crean. Pero la norma que he postulado, no es para nada una norma categórica o material. Es una norma hipotética, es decir, una hipótesis de trabajo epistemológica. He distinguido, pues, entre la norma como “contenido de significado posible de un acto” y los actos en cuestión.

E: Aún admitiendo que lo que afirma N sea correcto, los problemas siguen en pie. ¿Qué quiere significar N con la expresión ‘ciencia normativa’? Acaso, ¿una ciencia que tiene a las normas como “objeto” de conocimiento, una ciencia que prescribe o pone normas o, se está refiriendo a las normas de la ciencia? En primer lugar, hablar de “objeto” de conocimiento enfrenta dos problemas: en primer lugar, la palabra ‘objeto’ ha sido siempre el instrumento del esencialismo en la identificación de la ciencia; lo

74 Término usado por Churchland, Paul y Churchland, Patricia: “Reducción interteórica: un campo guía para neurocientíficos”, en P.W. Atkins, John D Barrow, et.al, op.cit. p.104.

que identifica a una ciencia son sus “problemas” y no objetos a ser descubiertos; en segundo lugar, cómo es posible conocer normas si no es a través de procedimientos empíricos; procedimientos que no pueden aplicarse a la propuesta de N. Si, la ciencia pone normas, prescribe o pone normas, se involucra –explícita o implícitamente- en la dimensión práctica, sería impropio llamarla ciencia; deja de ser ciencia. Y, ya he sostenido antes, que si uno pretende ser un normativista genuino –que no parece el caso de N- uno debe abandonar la idea de ciencia. La ciencia tiene una función cognoscitiva, indicativa no una función normativa. No está mal ni bien que cumpla una función normativa. Simplemente, no es ciencia.

N: No entiendo este último punto. Evidentemente, E no ha entendido la posición que vengo defendiendo. ¿Por qué E no puede admitir el papel de términos teóricos de gran abstracción? ¿No hemos admitido –a lo largo de la historia de la filosofía de la ciencia- ideas mucho más ambiguas como, por ejemplo, la de “paradigma”? ¿No decimos –frecuentemente- que, por ejemplo, cuando “observamos” una diminuta partícula bajo el lente de un microscopio, aceptamos tácitamente la teoría con la que éste fue construido? El conocimiento descriptivo del derecho es un conocimiento de deber ser, es un conocimiento prescriptivo. Pero es una prescripción hipotética y, por ende, metalingüística. Con la palabra ‘hipotética’ doy cuenta de una suerte de término teórico de alta abstracción, de un paradigma si se quiere. Es decir, de un lente que permita ver al derecho y la ciencia que lo estudia como “autónomas” de otras ciencias. Si es así, esta ciencia no puede ser reducida, si por reducción, se entiende “eliminación total”⁷⁵. En todo caso, si no hubiera más argumentos para defenderla, vivirá como un caso especial o límite dentro de la propuesta de E. Pero vivirá.

4. Consideraciones finales

He tratado de presentar algunos posibles cruces argumentales entre los sostenedores de dos estrategias distintas de abordaje del derecho y su estudio científico.

Hacerlo conlleva la necesidad de ser arbitrario en la selección de los argumentos, tal vez, demasiado arbitrario. Por ejemplo, la posición de N –que mucho se parece a la de Kelsen, podría haberse representado de muchas otras maneras y abordando otros problemas que aquí no han aparecido.

Ciertamente, los filósofos del derecho coinciden en que, en la obra de Kelsen, hay al menos, dos etapas: una neokantiana y otra propia de un positivismo factualista. En su

75 Nickles, Thomas: “Two concepts of intertheoretic reduction”, op.cit., p. 184.

primera etapa, Kelsen apela a conceptos como los de norma hipotética, división tajante entre ser y deber ser. Las relaciones de la lógica con el derecho son indirectas; son las proposiciones las que manejan valores lógicos y existe una fuerte isomorfía entre las proposiciones y las normas, al punto que las segundas son un producto teórico de la construcción teórica del jurista. En la segunda etapa, Kelsen abandona muchas de estas ideas. La ciencia es reintepretada en términos factuales. Las normas dejan su carácter platónico; ahora, son contenidos o expresión de concretos actos de voluntad. Las relaciones entre el derecho y la lógica se pierden totalmente y, el papel de los juristas teóricos es mucho menor que el que tenían en su primera etapa. Al diluirse las relaciones indirectas entre lógica y derecho y la isomorfía descrita, los juristas ya no resuelven –por medio de su quehacer teórico– las contradicciones de un sistema de normas. No son más los guardianes de la coherencia lógica del sistema y no son más los “constructores” del sentido objetivo del material normativo; sólo, se ciñen a describirlo neutralmente⁷⁶.

La “tensión” causada por las sucesivas discusiones puede examinarse desde una doble perspectiva: una histórico-filosófica y otra epistemológica. A la primera no me referiré, pues sobrepasa el propósito de este trabajo. Sin embargo, las conexiones conceptuales entre las propuestas de ciencia normativa de Wundt, Dilthey, Husserl, Kelsen y su reinterpretación factualista han sido bien documentadas en la literatura filosófica.

El examen epistemológico, por su parte, permite evaluar las discusiones teniendo en cuenta lo siguiente.

La existencia de entidades, como ha propiciado Carnap, puede ser vista como “interna” a una teoría y su marco lingüístico. Un marco lingüístico permite hablar de ciertas entidades que otro marco lingüístico no permite. No tener en cuenta este distinguo, lleva, en ocasiones, a discusiones “externas”⁷⁷.

Cuando Ross, por ejemplo, impugna la noción kelseniana de validez y pretende eliminarla por medio de su concepto de vigencia, basa su crítica en la inverificabilidad de la tesis atacada.⁷⁸

Ahora bien, como sostiene Pincione, esta crítica descansa en la admisión por Ross de un criterio empirista de significado impuesto por la adopción de cierto marco lingüístico de objetos y situaciones físicas en el que, propiamente, la predicación

76 Cfr. Guastini, Ricardo: “Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen”, en Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op.cit., pp.127-137.

77 Pincione, Guido: “Sobre el “status” cognoscitivo de las teorías generales del derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo Perrot, Bs.As, 1981, pp. 278-279.

78 Pincione, Guido: op.cit., p. 279.

de existencia respecto de normas no sólo no es verdadera sino carente de sentido. Y, continúa Pincione, puesto que no se dispone de un lenguaje teórico neutral respecto de la existencia de normas y fenómenos físicos, todo juicio acerca de la “superación” de Kelsen por Ross en este punto sólo puede querer decir que es *pragmáticamente preferible* el marco lingüístico propuesto por este último, postulados ciertos fines

Una discusión racional –asumiendo el problema de definirla– podría dejar su carácter externo si se reformulara a partir de *diferentes evaluaciones* de las *consecuencias más o menos deseables*⁷⁹ que tiene la adopción de un marco lingüístico normativo, empirista, etc.

Esta reformulación permitiría evitar discusiones esencialistas; vgr., acerca de la verdadera ‘naturaleza’ de las teorías en discusión. Ante la pregunta sobre cómo distinguir entre la conducta del recaudador de impuestos y la del ladrón, Kelsen responde con la idea de norma hipotética, a partir de la cual, es posible discriminar entre actos lícitos e ilícitos. Pero esta pregunta sólo parece tener sentido dentro de un marco lingüístico normativo. En un marco lingüístico empirista sólo podría hablarse de movimientos corporales y, si es lo suficientemente amplio como para aceptar entidades “teóricas”, quizás también de amenazas, coacciones, temores, creencias desinteresadas o prácticas sociales de aceptación de normas.

Si la reducción interteórica es un acto complejo, puesto que involucra la reconstrucción de la “antigua” teoría con los recursos conceptuales de la “nueva”⁸⁰, habrá que indagar necesariamente, qué aspectos han sido o pueden ser efectivamente reducidos de la antigua teoría por la nueva y en que “situación epistemológica” queda la primera.

Un criterio sensato para evaluar qué aspectos pueden ser “exitosamente” reducidos, requiere examinar los tipos de “problemas” que una estrategia teórica se propone resolver y cómo los resuelve. Esta parece ser la interpretación más plausible para interpretar la elección de marcos lingüísticos en función de sus *consecuencias más o menos deseables*. Estas “consecuencias” no pueden ser otras que aquellas que señalan la manera en que una estrategia teórica resuelve un problema.

Si lo anterior suena plausible, entonces, la cuestión de la reducción ontológica, conceptual e interteórica de las estrategias en pugna debería discutirse teniendo en cuenta otra cuestión: la cuestión -problemática- de justificar racionalmente la

79 Pincione, Guido: op.cit., p. 280.

80 Churchland, Paul y Churchland, Patricia: “Reducción interteórica: un campo guía para neurocientíficos”, op.cit., p.105.

decisión en pro de un marco teórico y lingüístico que resuelva mejor ciertos problemas que otro marco teórico y lingüístico.

Pero, entonces, si esto es así, el problema se desplaza a otro nivel, a saber: el que se conecta con la pregunta acerca de si es posible encontrar criterios objetivos con los que decidir qué marco teórico y lingüístico es el que “mejor” explica o resuelve un problema; en suma, el problema de los criterios de elección de teoría y, en forma refleja, el problema de sí, es posible, la discusión racional y objetiva de los valores.

Como quiera que sea, una consecuencia de este enfoque conduce a que las reducciones interteóricas que se propongan -en el ámbito de la discusión presentada- sean reducciones “moderadas”⁸¹. Las reducciones “moderadas” determinan, en principio, que ninguna de estas estrategias tiene una absoluta prevalencia sobre la otra. Ambas son útiles para diferentes propósitos.

81 Algunos la llaman “suave”. Por ejemplo, Churchland, Paul y Churchland, Patricia: *op.cit.*, p. 102.



Título: Náufragos
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensión: 20 x 24

***LA OTREDAD O “LA IDEA
DEL OTRO”. EL TRATAMIENTO
DE LOS CONFLICTOS EN EL CENTRO
DE CONCILIACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA:
UNA VISIÓN INTEGRAL***

Fecha de recepción: febrero 28 de 2011
Fecha de aprobación: mayo 6 de 2011

LA OTREDAD O “LA IDEA DEL OTRO”. EL TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: UNA VISIÓN INTEGRAL.

*Miguel Ángel Montoya Sánchez**
*Berta Fanny Osorio Salazar***

RESUMEN

Lo presentado en este escrito, pretende dar a conocer un aparte de lo hallado en la Investigación realizada en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia, durante el período comprendido entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004, investigación que tuvo por título original: “La conciliación en el proceso de transformación del conflicto. A propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”. En él se delinean los hallazgos respecto de uno de los elementos que más interés despierta en el contexto del tratamiento de los conflictos: las Partes, figura, que de por sí, resume importancia en el entramado del asunto conflictivo, y del cual se relleva a las personas en su calidad de tales, enmarcadas, específicamente, en su rol o proceder del uno respecto del otro.

En dicho contexto entonces, se intenta mostrar que en el marco del tratamiento de los conflictos, lo que impera no es la asunción de la contraparte o del otro por lo que es, sino por la “idea” que se tiene de éste, la misma que a la postre, acaba por determinar la forma en que se relacionan quienes están atravesando por el angosto pasaje del conflicto.

Palabras clave: Otredad, “la idea del otro”, Partes, conflicto, conciliación, proceso de conciliación.

OTHERNESS OR “THE IDEA OF ANOTHER”. THE CONFLICTS HANDLING IN CONCILIATION CENTER OF THE ANTIOQUIA UNIVERSITY: AN INTEGRAL VIEW

ABSTRACT

Presented in this paper, tries to present an aside to that found in the study was conducted at the Center of Conciliation “Luis Fernando Vélez Vélez of the University of Antioquia, during the period between September 2003 and September 2004, research which had the original title: “The reconciliation in the conflict transformation process. A purpose of conciliation Conciliation Center “Luis Fernando Vélez Vélez”. It outlines the findings concerning one of the elements that arouses more interest in the context of dealing with conflict: the parties, figure, which in itself, summarize important in the framework of the contentious issue, and from which the profile people in their capacity as such, framed specifically in their role or come from one to the other. In this context then, I show that in the context of dealing with conflict, what prevails is not the assumption of the counterparty or another by what it is, but by the “idea” we have of it, the same that ultimately ends up determining how they relate to those who are going through the narrow passage of the conflict.

Keywords: Otherness, “the idea of another,” Parties, conflict, mediation, conciliation process.

* Abogado, Especialista en Derecho de Familia y Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad, Coordinador del Área de Derecho de Familia e Investigador Principal de la Investigación “La conciliación en el proceso de transformación del conflicto. A propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: mangel@derecho.udea.edu.co.

** Abogada, Especialista en Derecho Procesal Civil, Profesora de la Facultad Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Directora del Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la misma Facultad. Coinvestigadora de la Investigación “La conciliación en el proceso de transformación del conflicto. A propósito de la conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: caravanes4@gmail.com.

LA OTREDAD O “LA IDEA DEL OTRO”. EL TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: UNA VISIÓN INTEGRAL.

Introducción

Visto el mundo desde la perspectiva y la percepción propias, el otro, en el contexto del tratamiento de los conflictos, sólo aparece o se hace visible cuando le asumimos en actitud de choque, de contradicción o en conflicto de intereses.

Al otro, mientras nos acompañe, nos sea útil o de apoyo, *convenientemente* lo entendemos y en ocasiones hasta lo ignoramos, pero cuando toma distancia o sus intereses no compaginan con los nuestros, o se torna en contrincante, es cuando empezamos a estudiarlo o conocerlo, pues, como en el lenguaje común se predica, si a alguien se debe conocer es al “enemigo”, para contenerlo o vencerlo, por supuesto.

Intentar el tratamiento de los conflictos de forma amigable, ubicados arteramente en el inestable lugar alto del egoísmo o en la cima del individualismo personal, a efectos de que se logre un mínimo atisbo de encuentro en las voluntades de quienes están empantanados (Suares, 2002) en su asunto conflictivo, siempre será arduo y dificultoso. Es en el valle o en el espacio amplio e incluyente del respeto y el reconocimiento mutuo, en donde la cara y la mirada del otro se ven plenas, es allí donde se puede experimentar un auténtico encuentro de pares, para que en un relativo clima de paz, se aprecie el empoderamiento (Farré Salvá, 2004) o la valía propia y el reconocimiento (Bush y Folger, 1996) de quienes pretenden alcanzar alguna posibilidad de entendimiento en sus diferencias en aras de su resolución o transformación, y de paso, hasta de la reconciliación, al modo como la entiende París (2008): elemento necesario para reconstruir las relaciones humanas.

La visión particular, a la vez que integral¹, que la Investigación de referencia permitió dar a las dinámicas en el tratamiento de los conflictos implementado en

1 Esta visión integral, según lo que se pretende mostrar en este escrito, obedece al tratamiento que se le da a los conflictos en este Centro de Conciliación, no sólo desde la comprensión del asunto a tratar, sino desde la asunción de las personas que intervienen en su calidad de tales, su contexto, las vivencias de su cotidianidad y el entorno de donde provienen.

el Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia, vislumbró uno de los aspectos que más interesa, en su teoría y práctica, a tan fascinante tema: el otro o "la idea del otro". Aquí, coadyuvados por la intervención del tercero conciliador y el espacio flexible de encuentro que ofrece dicho Centro, la perspectiva y las percepciones de quien se considera simplemente como la contraparte, ha adquirido una especial visión: de alguien a quien no se desea tratar o ni siquiera ver, se ha venido pasando a la concepción de *partner* o cooperador en la posibilidad que se ofrece de la resolución de los conflictos en el proceso de conciliación.

Para el cumplimiento del objetivo trazado en estas reflexiones, el texto se presenta parcelado en los siguientes acápite: primero, se intenta un acercamiento al tema de La otredad o "la idea del otro", en donde se insinúa que una cosa es el otro como tal, como persona, y otra muy distinta es ese otro concebido como una simple "ideación" con la que se le mira o juzga; en segundo lugar, se presenta una Caracterización de las Partes en conflicto, señalando lo que puede identificarlas como tales, el contexto del que provienen, sus intereses y expectativas en la conciliación; en tercer lugar, se hace una referencia a la Relación entre las Partes, seguida en cuarto lugar por las Actitudes más frecuentes de las Partes en la audiencia; en quinto lugar, se alude a los Imaginarios sobre el otro, el conflicto y su resolución, en donde se pretende dar a conocer como los usuarios del Centro de Conciliación conciben en la cotidianidad a su contrincante, la idea que tienen sobre el conflicto, la cual en más de las veces la asumen de forma negativa y de cómo perciben las formas de resolución del mismo; en sexto lugar, se señalan las Prácticas e imaginarios más comunes para resolver los conflictos; en el aparte séptimo, se hace referencia a las Razones por las cuales los usuarios acudirían de nuevo al Centro de Conciliación; en octavo lugar, se presenta la Orientación dada a las Partes respecto del desarrollo de la audiencia de conciliación y por último, se reseña el Tratamiento que el Centro de Conciliación da a la resolución de conflictos.

En el aspecto metodológico, para desarrollar la investigación a que se hace referencia en este escrito (Montoya Sánchez y otros, 2005), valga citar que se tomó el enfoque cualitativo, centrado en un nivel interpretativo, delineado en la descripción y análisis de las relaciones que se tejen entre los sujetos partícipes de las dinámicas del Centro. En este sentido, se accedió como método o eje articulador entre la teoría y la experiencia, al interaccionismo simbólico², el cual dio las pautas necesarias para estructurar metodológicamente la investigación, constituyéndose además, en un referente teórico importante para el análisis.

2 Ver: Ritzer, George. Teoría sociológica moderna. Mc Graw Hill. quinta edición. España. 2002. Págs. 742.

La propuesta metodológica se diseñó a partir de las técnicas, instrumentos y herramientas propios del método de investigación cualitativa, construyendo para ello, en primera instancia, una matriz de análisis, entendida ésta como una estructura categorial en la que están explícitos los objetivos del estudio, al igual que las estrategias más adecuadas para obtener la información. A continuación, se diseñaron como las técnicas más útiles para el propósito del trabajo, los grupos focales y la indagación a través de cuestionarios a efectos del acercamiento a las partes y a los conciliadores; igualmente se procedió con la revisión de fuentes secundarias o documentos en donde se registraron los casos atendidos durante septiembre de 2003 y septiembre de 2004, con la intención de conocer los tipos de casos que se atendieron y los resultados de las conciliaciones; las observaciones participantes, a través de las cuales se diseñó el análisis del desarrollo de todo el proceso conciliatorio, desde la recepción de los asuntos, las consultas colectivas, hasta el procedimiento de la audiencia; las entrevistas a personas claves, profesores de la Facultad; y finalmente, la aplicación del análisis DOFAR³, para conocer la dinámica del Centro.

La otredad o “la idea del otro”

Hablar mal del otro es, en esencia, hablar mal de uno mismo.

Miguel Ángel Montoya Sánchez

*Ciegamente reclama duración el alma arbitraria
cuando la tiene asegurada en vidas ajenas,
cuando tú mismo eres el espejo y la réplica
de quienes no alcanzaron tu tiempo
y otros serán (y son) tu inmortalidad en la tierra.*

Jorge Luis Borges

Según lo definido por el Diccionario de la Real Academia Española, otredad significa *Condición de ser otro*, que en palabras de Bush y Folger (1996), sería tanto como decir, ser uno mismo en la facultad que se tiene de *reconocer al otro* o también, la capacidad para reconocerse en el otro.

3 DOFAR: Debilidades, oportunidades, fortalezas, amenazas y recomendaciones.

Muñoz-Alonso (1983), citando a Laín en escrito titulado *Pedro Laín Entralgo: El encuentro interhumano*, manifiesta que el problema⁴ del otro nace con el cristianismo, anotando de paso, dos de las circunstancias que según este, le dieron origen: 1) la importancia otorgada a la individualidad y la atribución de un *carácter cualitativo al principio de individuación*; y 2) el descubrimiento de la *soledad del hombre en el mundo*. Dice Muñoz-Alonso, que las principales vicisitudes que la intelección del yo sufrió desde los decenios centrales del siglo XVII hasta los primeros lustros del XX, no dejan entrever otra cosa que la sublimación del yo o la maximización del entendimiento del hombre como un ser individual e individualista: al efecto, hace suya la afirmación orteguiana según la cual con el correr de la Edad Moderna «el yo ha sido favorecido por el más sorprendente cambio de fortuna. Como en las consejas de Oriente, en donde el que era mendigo se despierta príncipe; citando además a autores como Leibniz, quien se atreve a llamar al hombre un *petit Dieu*; a Kant, quien hace del yo el sumo legislador de la naturaleza y a Fichte, quien no se contentaría con menos que decir: el Yo es todo»

Superpuesto a todo ese embeleco del individualismo o egocentrismo, que se ha tornado en no más que obstáculo a la posibilidad del encuentro creativo de los individuos, es menester afirmar a propósito de lo que se intenta mostrar en este escrito, que todo ser humano posee una valía, valía, que otorgada a cada persona en su condición de tal, debe estar regida siempre por la igualdad; cosa diferente, eso sí, es la valía respecto de la capacidad (entiéndase poder para hacer). La capacidad dada a cada uno, llegado el momento, y según sea la forma o el enfoque en que se dé dicho empoderamiento (Suarez, 2005), será potenciada por la propia valía. No importa tanto lo cuantioso del tesoro, sino la facultad de administrarlo; si la capacidad de aporte es uno, uno es perfecto; si la capacidad de aporte es cien, cien es perfecto: la perfección para trabajar en unidad o cooperadamente, no es numérica, es actitudinal, es la facultad de darse o donarse a un propósito común la que deriva en perfección en una relación.

El fenómeno estudiado en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”, según lo hallado en la Investigación referida, desvela un entendimiento tal en la persona del otro, que ha comenzado a dibujar una nueva forma de asumir el tratamiento de los conflictos y de percibir a quien antes de confrontarlo, no era más que un *invisible enemigo*, para terminar aprehendiéndolo como un colaborador valioso y visible.

4 Este autor denomina “el problema del otro”, a la necesidad de justificar intelectualmente nuestra convivencia con otras personas; el mismo, que para ser vivido realmente como problema, precisa sentir de *veras* la peculiar realidad del propio yo. Aquí, igualmente se hace referencia al concepto de prójimo como le trata la Biblia: equivalente a la figura del otro. (Ver: Mateo 22:39, La Biblia NVI).

De acuerdo con el *interaccionismo* simbólico, el individuo es un sujeto activo que continuamente da forma a su entorno y le encuentra significados o explicaciones al mundo en que habita -en la medida que lo interpreta-. Desde este enfoque teórico, la investigación centró la mirada en cómo interpretan los actores el conflicto, qué concepciones tienen sobre la conciliación, cómo perciben al otro, y qué lugar le asignan. Es decir, el interés es comprender la lógica de estas interacciones, de acuerdo con las circunstancias en la que el sujeto se halla en la conciliación, para definir su rol, su determinado ámbito de acción y su capacidad de relacionarse en esas circunstancias.

En la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, verbalizar el conflicto, lograr ponerlo en común y lograr comprender el significado que para uno u otro tiene un determinado problema, conlleva a un proceso que desde la interacción simbólica se evidencia, el cual es que entre los seres humanos, se construyen permanentemente significados a través del lenguaje, el mismo que sirve como medio de articulación y negociación, y se da de acuerdo con los contextos, a las condiciones o situaciones en el que se desarrollen y a los conflictos e interacción de los sujetos. (García, 2002).

El conflicto, como se ha venido aprehendiendo en la cotidianidad por el común de las personas, ha solido acompañarse generalmente de una buena dosis de sobreentendimiento. Se sobreentiende su definición o concepto, sus causas y sus efectos, y más aún, en lo que tan acertadamente Cury (2006) denomina “la tiranía del preconcepto”, en las relaciones interpersonales fracturadas por el conflicto, se ha llegado a sobredimensionar la posición propia y la “idea” que se tiene del otro. Al otro, cuando el conflicto aflora, se le considera según lo que se piense de él, no por lo que es; aquí, en este momento, se le suele discriminar, minimizar y se le tiene por enemigo, a quien hay que eliminar o vencer.

En el contexto del tratamiento de los conflictos, la idea que se tiene de una persona es la que permite la relación con esa persona. Al intentar abordar un acercamiento para tratar sus conflictos, las partes involucradas tienden generalmente a “confundir el nombre de la cosa con la cosa nombrada”. La idea que prepondera entonces es la de *personaje*, que es igual a decir, imagen que se tiene del otro. Esta concepción o forma de ver al otro, diluye inexorablemente la visión que se debe preservar de ese otro, la de *persona*.

La construcción de significados es un proceso dinámico, pues estos se modifican en la medida en que los sujetos interactúan; esto se debe a que los actores sociales tienen formas diferentes de asignar y apropiarse significados relacionados con situaciones, con otras personas, con el mundo que habitan, con las cosas y consigo mismos. Análogamente a las relaciones, en la conciliación se re-significan

las concepciones sobre el otro, el conflicto y su resolución. Con Francesc Beltri, actualmente cabe reconocer que los conflictos no sólo no son perjudiciales, sino que se reconocen como inevitables y no siempre negativos. En muchos casos son la forma de detectar dificultades y ganar en coherencia y eficacia. (Beltri, 2000).

Por ello, cuando las personas reconocen sus dificultades para ponerse de acuerdo, para tener como admisible al otro, recurren a la negociación -en el evento de que otros sistemas de influencia se demuestran como ineficaces-: Cuando *ni por las buenas, ni por las malas* se aprecia la posibilidad de conseguir lo que deseamos, o cuando prevemos que las consecuencias del proceso pueden ser peores que el logro en sí mismo. En cualquier caso, entramos en una negociación cuando tenemos la presunción de que éste será el sistema que mayor beneficio nos puede reportar. Si nos cuestionamos de una forma honesta el sentido de la negociación, probablemente llegaríamos a la conclusión de que negociamos cuando no nos queda otro remedio. Es así, y así hay que tomarlo. (Beltri, 2000).

En el escenario de la conciliación, en consecuencia, tanto las Partes como los conciliadores, adquieren información e ideas, se expresan las propias experiencias y se escuchan las de otros, se comparten sentimientos, para concluir finalmente, como dirían Bramanti y Tamanza (2007), que es allí donde se crean, restablecen o reformulan los vínculos con los demás.

Caracterización de las Partes en conflicto

... el otro es el que permite ser diferente, el otro es un extranjero, el otro es un negro, un blanco, un amarillo. El otro es aquel que tiene que negociar o disputar sus formas de representación que están muy mediadas, estereotipadas, inmutables. El otro es lo que escapa, es lo que no puede ser definido, es “lo real”, o la línea de fuga.

M. Belausteguigoitia

En principio, cualquiera, sin distingo alguno, puede acudir al Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”, a solicitar sus servicios, pero para calificar como usuario de este, se requiere reunir algunos requisitos de ley: ser personas mayores de edad o menores de edad debidamente representados y que certifiquen residir en estrato socio económico 1 y 2, y excepcionalmente el 3.⁵

5 Se dice que excepcionalmente se atienden personas que habitan en estrato3, por cuanto, se ha verificado que aunque estas residan en dicho estrato, su condición socio económica hace que amerite su calificación de Usuario.

De acuerdo con las observaciones realizadas y los datos cuantitativos recopilados, se pudo establecer que tanto en los asuntos de familia como en materia civil, fueron más las mujeres⁶ las que solicitaron los servicios del Centro de Conciliación en el período en que se llevó a efecto la Investigación.

Aquí, la idea del otro, como lo refiere Belausteguigoitia (1995) tratando el tema de la resolución de los conflictos sociales, se presenta más cruda y más evidente: las mujeres son “la diferencia más ausente”, “la otredad más silente”. El mero hecho de verificar, además del número, las causas o motivaciones que dieron lugar a las consultas y citaciones a conciliación por parte de las mujeres en el período referido, deja entrever como resultado, que a éstas más se les ignora, y más fácilmente se les incumplen las obligaciones, sobre todo, las de índole familiar. No es sino hasta que se produce el choque de intereses propiciado por la conciliación, que estas recobran alguna visibilidad y protagonismo en la ecuación de las relaciones interpersonales.

En relación con los niveles de escolaridad, la gran mayoría de las personas que acuden a solicitar los servicios del Centro, no sobrepasa el bachillerato, y en algunos casos se presentan personas analfabetas; se podría pensar hipotéticamente –aunque para algunos sea una verdad de Perogrullo- que contar o no con alguna formación escolar, influye en la manera como las personas asumen y resuelven sus conflictos, ya que pertenecer o haber pertenecido a comunidades académicas posibilita escenarios de participación, la adopción de normas de convivencia y la asimilación de un contexto dado; no es lo mismo una ama de casa o un obrero raso que no ha recibido ninguna “formación ciudadana” para quien dentro de sus paradigmas se encuentran sólo la aplicación de las vías de hecho para resolver los conflictos, a una persona que busca fortalecer sus aptitudes académicas asumiendo y apropiándose de unas líneas de comportamiento exigidas socialmente y que además puede acceder a unos mecanismos de participación porque han sido conocidos con antelación. Con esto, lo que se intenta explicar es que la educación brinda un conjunto de herramientas que permiten ver al otro de forma diferente y ver la otra cara del conflicto y su resolución; es decir, poder vislumbrar el paso de una situación altamente negativa, hacia un mundo de posibilidades que se presenta cuando un conflicto es resuelto sin necesidad de acudir a las vías de hecho; pero si éstas son el único referente de una persona, no se puede esperar que de ella surjan respuestas diferentes a la violencia.

Entre los asuntos consultados en el Centro, se ha identificado el desempleo como causa generadora de conflictos en la familia; esto por cuanto buena parte de las

6 En los casos de familia 84 mujeres fueron citantes y en los casos de civil 116, en comparación a 21 y 94 hombres, correlativamente.

solicitudes que se hacen en el Centro en esta materia, tratan sobre la fijación de cuota alimentaria, en donde una o ambas Partes manifiestan encontrarse sin empleo, recibiendo mayor carga las mujeres, lo cual impide que se satisfagan necesidades primarias de la familia como educación, salud, alimentación, vestido y hasta una vivienda digna.

Relación entre las Partes

La relación entre las Partes conflictuadas tiene gran relevancia cuando se desea desentrañar el origen de una situación conflictiva, pues la calidad de aquella influye en el desarrollo y resultado del proceso conciliatorio, de ahí el hecho de que la solución al conflicto sea de suma importancia respecto de la durabilidad y permanencia de dicha relación en el tiempo. Esta perspectiva resulta más útil para aquellos conflictos en que el aspecto relacional es preponderante y significativo, no sólo en términos de pasado y presente, sino de proyección futura (Bush y Folger, 1996).

Lederach (1998), por ejemplo, al hablar del tratamiento de un conflicto interpersonal, alude a que se debe iniciar por comprender la magnitud del problema: Lo primero que hay que hacer, dice, al analizar un conflicto, es comprender la magnitud del problema. Hay que conocer a los involucrados y afectados. Luego, hay que ver qué papel desempeñan, cómo se relacionan, y qué influencia tienen. Un pleito casi nunca se limita a dos personas. Rápidamente, otros se involucran. Aquí volvemos a la imagen del enredo, de los nudos y relaciones. Tenemos que recordar que la persona afectada a menudo se apoya en otros. Esta dinámica del pleito creciente representa un obstáculo, pero al mismo tiempo representa también la posibilidad de solucionar el problema. Es un obstáculo, porque cada vez hay más gente involucrada, y la situación se complica. Pero es también una posibilidad, porque siempre es posible encontrar a personas de confianza que ayuden a tender el puente en las relaciones quebrantadas, para salir del problema.

En este orden de ideas, el conciliador ha de seguir un procedimiento que favorezca la revisión de las contribuciones de cada parte al surgimiento del conflicto. Suares (2005) en este punto opina, respecto del facilitador, que es quien ayuda a que las partes se reencuentren y se pongan de acuerdo. Si se da el caso (evento muy probable), podría también resaltar el modo en que los disputantes aportan al mantenimiento del conflicto durante la conciliación misma. Es por esto que se hace pertinente establecer dos tipos de situaciones, una desde la clasificación del conflicto en materia de familia o civil; y otra, desde el estado de las relaciones como tal y su afectación por el conflicto.

- En los conflictos familiares, debido al parentesco y a la relación cercana, la “idea” que se tiene del otro cobra inusitada importancia, pues aunque se supone que se conoce a ese otro, el acercamiento para tratar el conflicto suele ser más crítico y hasta violento, dando como posible consecuencia, una ruptura que incide en las diferentes esferas de lo humano como son los afectos, los sentimientos, la convivencia, el desarrollo de la persona y la manera de relacionarse en sociedad; es decir, supera con creces el aspecto meramente económico; caso contrario se presenta en los conflictos en materia civil, donde generalmente lo que prima es la conveniencia y el provecho económico inmediato o de corto plazo que buscan las Partes o una de ellas.
- Existen variaciones en las relaciones entre las Partes antes de la audiencia y después de ella. Esto es, se puede dar que éstas entren a la audiencia sin hablarse entre sí, escépticas, enojadas, con prevenciones; pero luego salir de allí con una actitud totalmente contraria. También puede suceder que las Partes entren disgustadas o a contrapelo una de otra, y salgan de la audiencia de la misma forma. O puede ocurrir que tengan una actitud conciliadora, respetuosa y cordial y salgan sin modificación alguna al respecto o más fortalecidas en su sentir. Esto se puede presentar independientemente del resultado del proceso conciliatorio; es decir, si hay o no un acuerdo, o si el acuerdo es parcial. Pero es claro, que en ello, el conciliador juega un papel importante como director de la audiencia y como quien tiene entre sus tareas importantes tratar de establecer una comunicación fluida y clara entre las Partes, generar un proceso efectivo de empoderamiento, de reconocimiento al otro, ya que él, en principio, se encuentra suficientemente legitimado para ejercer su rol de mediador. Esto no significa que al conciliador lo legitima el mero hecho de su designación por parte de Centro de conciliación; no, el conciliador se legitima real y efectivamente, a través de su desempeño y ejercicio de su rol ante las partes: son las partes quienes legitiman al conciliador.

Actitudes más frecuentes de las Partes en la audiencia

La otredad es un sentimiento de extrañeza que asalta al hombre tarde o temprano, porque tarde o temprano toma, necesariamente, conciencia de su individualidad.

Ociel Flores

En el proceso o desarrollo de la audiencia de conciliación, siempre son observables varios momentos donde se identifican diversas actitudes y comportamientos:

En un primer momento, y al inicio de la audiencia, generalmente las Partes llegan con diferentes actitudes, dependiendo básicamente de su condición de citante o

de citado. Las actitudes más comunes son: de sorpresa, descontento, expectativa, agresividad, ofensiva o por el contrario, siendo las menos frecuentes, las Partes pueden llegar con una actitud calmada, positiva, conciliadora y respetuosa.

Un segundo momento se presenta cuando el conciliador concede la palabra a las Partes para que manifiesten su versión de los hechos y expongan las causas del conflicto; entonces afloran los sentimientos, las emociones, la forma como cada quien ve el mundo... su mundo, su forma de ver al otro, y se presentan entonces expresiones tales como llanto, silencio, golpes a la mesa, insultos o expresiones como: "*no quiero que me dé un peso*", "*él me descompone*", "*no quiero hablar*", "*no tengo que llegar a ningún acuerdo con usted*", "*manipulador*", "*carroñero*", entre otras.

Un tercer momento comienza cuando la etapa anterior queda evacuada y el conciliador tiene una idea clara de los intereses que realmente pueden motivar a las Partes a un acuerdo, entonces las Partes entran a negociar, es decir, proponen soluciones o salidas al conflicto con la colaboración del conciliador. La mayoría de las veces, agotada esta etapa, la actitud de las Partes frente al conflicto y frente al otro cambia, en el sentido de que perciben que son capaces de comunicarse, además desarrollan una percepción más amplia de su conflicto, pues aprenden a considerarlo más como una oportunidad de mejorar, que como un problema sin solución, además de darse la posibilidad de considerar que el problema no es el otro.

Según lo observado por los conciliadores, la prevención frente al otro o la presentación de una "idea" equivocada del otro, son las actitudes más frecuentes de las Partes en la audiencia, frente al proceso mismo y aun ante el mismo conciliador; pero anotan luego que las Partes generalmente incrementan su nivel de participación, dan sus puntos de vista favoreciendo comportamientos más asertivos a lo largo de la audiencia. Por ejemplo, según lo expresan los conciliadores consultados, al comienzo de la audiencia las personas muestran indiferencia, hostilidad, desconfianza, enojo; buscan producir lástima o compasión, aparentan fortaleza, quieren convencer al conciliador; pero al final, una vez se ha logrado un resultado satisfactorio en el interés de las Partes, ellas se muestran: amables, confiadas, con una actitud apta para el acuerdo; se restablece la relación de manera aceptable y se manifiesta gratitud.

También se presenta el hecho de que las Partes en la audiencia evidencian señales de estrés, se agreden con frecuencia, discuten, se enfrascan en la discusión, se radicalizan en sus posiciones e incluso, pueden llegar a manifestar de entrada que no van a conciliar. Llegan con desconfianza y cuando están frente al conciliador lo *miran* con recelo, a veces les da temor hablar; no obstante, algunos salen de su equívoca percepción y la audiencia termina con resultados positivos, señal de que la labor del conciliador pudo haber sido acertada.

La siguiente cita da cuenta de algunos de los cambios o transformaciones en la actitud de las Partes en el desarrollo de la audiencia y en su percepción respecto del conflicto y del otro.

Al inicio se da mucho que ninguno quiere escuchar, o lo otro, sólo quieren ser oídas, no aceptan, sino que sólo quieren que se cuente con sus peticiones. Normalmente al final se nota una mejor comprensión de la posición del otro y se puede dar hasta una aceptación y por lo tanto, el convenio refleja cesiones de lo que inicialmente se pedía. (E.C. -Estudiante Conciliador-).

Son al comienzo un poco intransigentes, inflexibles y hasta groseras. Al final, generalmente, las personas salen con otra actitud. (E.C.)

Esta forma positiva de asumir el proceso de conciliación, incide en que las Partes se conviertan en multiplicadores de las posibilidades que ofrece este mecanismo para la resolución de conflictos; lo que se puede corroborar en el hecho de que el Centro cuenta con escasos medios publicitarios que den a conocer sus servicios, sino que quienes acuden a él lo hacen básicamente por la recomendación de quienes ya han sido sus usuarios.

En la mayoría de las respuestas, los conciliadores dan a conocer sus apreciaciones sobre la actitud de las Partes de manera general. En algunos casos los conciliadores describen una experiencia particular.

La parte citada: comienza prevenida y sintiéndose atacada, entra atacando. Amenaza y pretende que se le llamó para perder el tiempo. La parte citante -como busca cumplir con un prerrequisito-, sólo espera que se suscriba el acta. (E.C.)

En esta respuesta se evidencia la actitud negativa de la parte citante respecto de la confrontación y la distancia con el otro, entiende la conciliación sólo como el trámite previo a la demanda.

La mayoría de las audiencias en la que actualmente actúo como conciliadora, son de responsabilidad médica o de responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito, y por el mismo origen del conflicto no dan muchas posibilidades, pues generalmente se hacen para cumplir el requisito de procedibilidad. Pero en las pocas que he tenido la oportunidad de actuar en otras materias, se nota al inicio una actitud agresiva, todos están a la defensiva y culpando al otro, al finalizar, logro que aunque no concilien su conflicto, se puedan mirar de otra forma menos agresiva. (A.C. -Abogada Conciliadora-).

Esta cita da cuenta de que las actitudes de las Partes en la audiencia de conciliación están supeditadas al asunto que se va a debatir o a tratar, se ignora al otro, sobretodo, si algunos de los citados es una firma aseguradora.

Al comienzo de la audiencia las Partes se muestran distantes entre sí, no se miran, ni se comunican directamente, esto lo realizan a través del conciliador que es a la persona que hablan. Generalmente, las audiencias terminan con indiferencia entre las Partes, aunque en el intermedio hayan podido tener algún acercamiento. (E.C.).

La presencia de abogados en las audiencias, generalmente, incide en la actitud de las Partes, sobre todo en la parte que representa o apodera, pues ésta descarga la responsabilidad de su conflicto en él. En la mayoría de los casos, el abogado interviene negativamente, pues dificulta el cabal desarrollo del proceso conciliatorio y por ende afecta el propósito de la conciliación. Obstaculiza en tanto toma la iniciativa en la audiencia, al sentir que la parte respectiva, delega en él la responsabilidad de su conflicto por lo que éste tiende a no propiciar vías de conciliación, sin contar con que antepone las opciones jurídicas, al interés real de las personas. Sin embargo, en algunos casos la actuación del abogado se torna positiva, puesto que permite el protagonismo de las Partes y se ubica en el rol de coadyuvador o asesor de la parte que acompaña, entendiendo el interés del otro y el sentido de la conciliación.

Además, en las audiencias donde las Partes o alguna de ellas se presenta con Abogado, se aprecia que éste les ha instruido de cómo actuar en la audiencia, cosa que le resta protagonismo y espontaneidad a las Partes y le merma posibilidades a la ideación de un acuerdo o propuestas de solución diferentes al planteado por él.

En la mayoría de los casos se evidencia que el afán de los abogados es sólo agotar el requisito de procedibilidad, actitud que imposibilita el encuentro o el entendimiento de las Partes.

Las Partes actúan diferente si están o no asistidos de abogados. Cuando están solas son receptivas, buscan entender y tratan de aportar datos ilustrativos. Si están asistidos de abogados, no están atentos, descargan la responsabilidad en su abogado y son temerosas a mostrarse espontáneas. Al final de la audiencia las Partes siempre se despiden cordialmente y han aprendido que no son enemigos. (A.C.).

Con base en estos planteamientos, el rol del conciliador es fundamental para facilitar la relación y la efectiva comunicación entre las Partes durante la audiencia.

Señalando las actitudes de las Partes en el principio y en el final de la audiencia, una de las conciliadoras entrevistadas, hace alusión a que en muchos casos, las Partes se dirigen al conciliador y le quieren convencer de que tienen la razón (con distintos argumentos y justificaciones), tomando al conciliador como un juez, pues busca que sea él, en último término, quien tome las decisiones en el caso.

Se busca que el conciliador sea la persona con autoridad para resolver la necesidad con la que llega generalmente la parte citante a la audiencia de conciliación (Se da un efecto de transferencia –término proveniente de la psicología- entre la parte y el conciliador). En este caso está supeditada la solución del problema a la intervención de un agente externo. Sin embargo, es obligación del conciliador, ubicar a las Partes como conciliantes para que asuman la corresponsabilidad de su problema y de la solución al mismo, así como ubicarlas en el rol que éste desempeñará como tercero. Por eso se habla de la conciliación como mecanismo autocompositivo, pues son las Partes quienes en últimas, tienen el poder de decisión. Ese tercero, que no tiene facultad de decisión, sí tiene la posibilidad de darle otra perspectiva a la historia que cada parte trae, que en este caso sería la de propiciar una reinterpretación del discurso o la idea” del otro, de sus intencionalidades, de sus necesidades e intereses; que permita establecer nuevas maneras de comunicación entre las Partes.

La otra parte -cuando el otro está planteando el problema-, la interrumpe constantemente, no le respeta la palabra al otro. Hay otros que no quieren darle la palabra al otro, solamente ellos quieren hablar. Muchos vienen apresurados y quieren que la audiencia dure 10 minutos. Al final, según el acuerdo, toman actitudes pasivas o groseras (E. C.)

Imaginarios sobre el conflicto y su resolución

Todo conflicto humano es, en cierto sentido, como todos los otros, como algunos otros, y como ningún otro. Los conflictos son universalmente similares, culturalmente distintivos e individualmente únicos ¡simultáneamente, invariablemente y fascinantemente!

Augsburger, 1992

Hablar de imaginarios, en el contexto de este escrito, hace referencia básicamente, a las percepciones, concepciones o creencias que las personas tienen acerca del otro, del conflicto y su resolución. Refiriéndose al elemento Poder en el tratamiento de los conflictos, Suares (2005) dice por ejemplo, que algunos autores sostienen que es una relación que se construye entre las Partes, a partir de un interjuego de interacciones que generan una relación. Señala que, si por ejemplo, el médico que me trata me hace modificar la agenda en virtud de que yo se lo permito, la sola indicación no basta, necesito aportar mi consentimiento, que estará basado en la confianza que él me depare, en mi malestar, en el imaginario social que hace pensar que un médico siempre actúa para bien del paciente. En este sentido, podríamos agregar con Suares, que es posible que algo similar suceda con quien obra como

tercero en la facilitación de los conflictos. Si el conciliador, por ejemplo, tiene la facultad de administrar justicia, ha citado a las partes a la audiencia, ejerce su liderazgo en la misma, se legitima ante las partes, todo ello podría derivar en una equívoca percepción, en donde los conciliantes pueden terminar creyendo, en su imaginario, que lo que él diga es lo que se debe hacer, dejando su iniciativa, participación y capacidad creativa, relegada en cabeza del tercero.

Algunas personas que requirieron los servicios del Centro, consideraron que el conflicto genera violencia e indiferencia; también concibieron, muy a su modo, que el conflicto y la violencia son asuntos distintos: asociaron a ésta última las agresiones físicas, verbales y psicológicas; mientras que entendieron el conflicto desprovisto de violencia, un evento en que se admite un problema pero en el que no se registran agresiones de ningún tipo. En relación con la conciliación, la valoraron como un punto de encuentro y un medio para unificar criterios, pues permite que las Partes se comuniquen y manifiesten sus intereses reales.

De otro lado, para entender el conflicto, muchas escuelas han intentado abordarlo desde diferentes enfoques o teorías, entre ellas se cuenta con la Sociológica y la Psicosocial. Dichas escuelas, desde el fundamento de las ciencias sociales, asumen el conflicto como parte intrínseca de las relaciones sociales y de la lucha constante entre los individuos por la defensa de sus propios intereses. En la investigación citada, al conflicto, al modo en que lo expresa Ruiz Restrepo (2005), se le asumió como una relación social, como aquel elemento que “vincula” a los individuos entrabados en el *issue* o problema que los enfrenta. El conflicto es elemento vinculante, precisamente en la concepción de que como en cualquier otra forma de interrelación entre dos o más sujetos, cada uno termina actuando o procediendo con la referencia del otro, actuación que a la postre, terminará construyendo o fortaleciendo una nueva relación interpersonal o destruyendo la posibilidad del encuentro creativo de dos fuerzas que en algún momento se entendieron como interdependientes.

En el marco de la Investigación referida, es necesario tener en cuenta que las percepciones señaladas por las Partes frente al conflicto, varían dependiendo del rol que se ejerza dentro del proceso: los citantes, por ejemplo toman la iniciativa en busca de un medio diferente para resolver sus conflictos; el cual recibe además, previo a la audiencia, una instrucción pedagógica frente a lo que es la conciliación. Respecto del citado, la situación es diferente, en tanto que, regularmente, sólo hasta el momento de la realización de la audiencia, generalmente se le explica qué es la conciliación, sus alcances y beneficios. Sin embargo, en unos u otros -y en algunos casos-, fue posible identificar algún nivel de conocimiento acerca de la conciliación. Conocimiento que se modificó de diferente manera, así:

Quienes tenían conocimiento acerca de la conciliación podían afianzarlos o aclarar dudas.

Las personas que no tenían conocimiento, podían adquirirlo y encontrar un mecanismo idóneo y expedito para solucionar sus conflictos.

A medida que el proceso de conciliación avanza, los imaginarios frente al conflicto van cambiando porque cada uno de los pasos para llegar al restablecimiento de las relaciones hacen parte de otro proceso tácito pero permanente: el pedagógico, el cual permite, a lo largo de las interacciones que allí se den, desarrollar la capacidad de pensamiento de acuerdo con las dinámicas del Centro en relación con el tratamiento de los conflictos y las posibles soluciones.

Este intercambio de ideas hace que las personas aprendan “significados y símbolos para ejercer su capacidad de pensamiento y de actuar e interactuar de manera distintivamente humana” (Ritzer, 2002), permitiendo al conciliador la posibilidad de “modificar o alterar los significados y los símbolos que usan las personas en la acción y la interacción sobre la base de su interpretación” del conflicto. “Las personas son capaces de introducir estas modificaciones y alteraciones debido a su capacidad para interactuar consigo mismas, lo que les permite examinar los posibles cursos de acción y valorar sus ventajas y desventajas relativas para luego elegir uno” que les facilite el acercamiento a una solución viable al conflicto.

Podemos concluir entonces en este aparte, que los imaginarios frente al conflicto y a la conciliación varían en la medida en que se construye ciudadanía a través de la participación en procesos de resolución negociada de conflictos, por medio de la relación con el otro -y su entorno- y por los intereses o expectativas que se tengan en determinado conflicto. Se construye ciudadanía en la proporción en que las Partes acceden a información y forman su propio criterio respecto de ella, porque la audiencia crea un espacio incluyente donde se argumenta, se reconoce al otro, se escucha, se debate, se disiente, se negocia, se discute y se acuerda, elementos presentes en un proceso abiertamente participativo.

Prácticas e imaginarios más comunes para resolver los conflictos

En casi todas las respuestas dadas por quienes fueron encuestados respecto de las prácticas e imaginarios más comúnmente utilizados para resolver sus conflictos, las Partes expresaron que la mejor forma de afrontar o darle solución a los conflictos es el diálogo, pero la realidad de la verificación de dicha afirmación, mostró lo contrario, pues lo que se logró evidenciar fue el desconocimiento o ignorancia

que se tiene sobre la comunicación. Es decir, según lo observado, más que hablar y escuchar, lo que las partes suelen hacer es denostar y descalificar al otro.

Respecto del tratamiento del conflicto, antes de acudir al Centro, las Partes consultadas se manifestaron en la siguiente perspectiva:

Cuando tienen que asumir la resolución de un conflicto, no dudan en manifestar que lo hacen desde la búsqueda del diálogo. Se evidencia entonces la necesidad de expresar los sentimientos y de ser escuchados, comprendidos y reconocidos por el otro; cosa que frecuentemente no se consigue satisfactoriamente por cuanto se desconocen o se violentan los canales propios de la comunicación. O como lo aprecia Watzlawick (1991), fundamentando precisamente el entendimiento apropiado de lo reseñado: Toda conducta o comportamiento humano, en situación de interacción, adquiere el valor de un mensaje: es Comunicación.

Al no encontrar respuestas explícitas que se pudieran categorizar en las formas violentas, se pudo inferir que los encuestados no se sinceraron en ellas, o bien, no tenían una concepción clara de las prácticas violentas que en la cotidianidad puede afectar la resolución pacífica de los conflictos. De cierta forma podrían concebirse como expresiones de violencia, las formas pasivas para resolver los conflictos, verbo y gracia, la indiferencia, el silencio, las actitudes corporales o gestuales, la omisión y la inactividad; comportamientos que pueden agredir directamente al otro de manera intencional o inconsciente. Sin embargo, y con las evidencias recogidas, no se podría concluir que todas las actitudes pasivas impliquen un componente de violencia, pues con frecuencia este comportamiento se da por inseguridad, sumisión, por costumbre o simple actitud personal, ignorancia o falta de orientación.

La violencia tiene múltiples rostros. Se manifiesta en la cotidianidad de manera directa o indirecta, pero lo que sí es cierto, es que son prácticas por lo general inconscientes que se reproducen culturalmente y que van adquiriendo cierto grado de aceptación por quienes lo sufren, perdiéndose de paso, la capacidad de asombro, de respuesta o de creación y de respeto o consideración al otro. Como lo expresara bellamente Hannah Arendt (2005): la violencia es muda y comienza precisamente allí donde termina la palabra.

Al respecto, se hicieron preguntas abiertas y estructuradas sobre la forma de tratar cotidianamente el conflicto, las cuales brindaron la posibilidad de obtener distintas respuestas, en las que se emitieron tantos conceptos como tantas fueron las respuestas comunes, así:

1. *Formas violentas:*

No hay respuestas que indiquen expresamente esta categoría.

2. Formas no violentas:

2.1. Actitudes pasivas: *No hago nada; soy muy paciente; me pongo en el lugar del otro; nunca me veo en estas cosas; permanecer callada mientras estoy alterada;* por la forma pasiva; tener mucha tolerancia para con los demás.

2.2. Actitudes conciliadoras -como práctica de costumbre/ cotidiana-: *Negociando; intento primero llegar a un acuerdo; la paz, la convivencia y la no violencia; la concertación; diálogo; el diálogo con personas que quieran hacerlo; comunicación directa; en la vida todo tiene solución y lo más importante es el diálogo como única forma de conciliación; escucho la posición del otro; ser escuchado; intentar arreglar las cosas por las buenas; la convivencia que me queda para mi vida; entender a la familia;* la reclamación directa; previo acuerdo mutuo entre las Partes

2.3. Vías legales o institucionales: El cobro prejurídico cuando se trata de cuantías bajas y demandar, o sea el trámite judicial; vía jurisdiccional; *siempre me ha gustado por las vías legales; transacción; Bienestar Familiar; Comisarías; Si no hay acuerdo, acudo a la Universidad para que me digan qué hacer;* Derechos de petición y peticiones respetuosas dirigidas a organismos administrativos.

2.4. Otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos conocidos: la mediación; la amigable composición.

2.5. Otras: *Asumiéndolo de forma racional; Conferencias, charlas; “Carticas”; Sin necesidad de terceros conciliadores; Previa investigación causa-efectos; el compromiso; Todos los métodos ortodoxos para tal fin; Hasta la fecha no los he tenido; Primero trato con las personas amigablemente rebajándole la deuda.*

Al realizar la tarea de sistematización de datos, adquirió relevancia lo importante que es para la mayoría de las personas -que diligenciaron la encuesta-, el hecho de intentar solucionar sus conflictos a través del diálogo. Si se miran detenidamente las respuestas a este interrogante, la mayoría optó por contestar que el diálogo y la comunicación constante son la mejor forma para lograr un acercamiento entre las Partes y posibilitar la sana discusión y la negociación directa de los intereses en juego. Esto es rescatable si se tiene en cuenta que, a pesar de las diferencias, las personas involucradas en el asunto conflictivo, consideran que aún se puede confiar en esta forma de comunicación (Diálogo) que el Centro de Conciliación facilita o hace posible -la mayoría de las veces de manera efectiva-, en tanto ofrece la oportunidad, primero, de ser escuchados, y segundo de propiciar reglas de juego claras y concretas, para que por lo menos los usuarios lo intenten y asuman su responsabilidad frente al conflicto y la resolución del mismo.

Sobre el mecanismo de la conciliación, varias personas entre las encuestadas, lo desconocían, o tenían una vaga idea acerca de éste antes de llegar a solicitar los servicios del Centro de Conciliación; no sabían qué era, cómo se desarrollaba, para qué servía, quién la dirigía o quiénes eran los verdaderos protagonistas en el escenario de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Ahora bien, si algunos usuarios manifestaron tal ignorancia, hay que reconocer que son más las personas que conocen de alguna forma la figura y que a la hora de referirse a ella en la encuesta no se quedan en el sólo “sí la conozco”, sino que hacen un breve recuento de lo que se trata. Pero también hay otros que sólo se limitaron a decir “sí”, quedando la duda sobre si en verdad conocían de la conciliación y de sus características.

Por último, al analizar lo hallado respecto de las prácticas e imaginarios más comúnmente utilizados por las personas usuarias del Centro de Conciliación para resolver sus conflictos, la referencia que se hace del otro, no es precisamente la más positiva o amplia, pues al otro se suele entender como *el problema*.

Razones por las cuales acudiría de nuevo al Centro de Conciliación

Entre los motivos aducidos por los usuarios para acudir al Centro de Conciliación, se encontraron los siguientes: no les representa mayores erogaciones adicionales, ofrece credibilidad, es serio, tiene experiencia, goza de reconocimiento, es eficiente, y porque creen en la Universidad de Antioquia, en su compromiso social, en la formación integral de sus practicantes y su calidad humana; para algunos otros, lo que les motivó fue simplemente la recomendación que se les hiciera, o sencillamente porque recibieron la citación a la audiencia de conciliación.

Es claro que, independientemente del estrato socioeconómico, cultural y el grado de escolaridad de las personas que tienen o han tenido que ver con el Centro de Conciliación, éstas creen y tienen confianza en el mismo y en la labor que desarrolla para el servicio de la comunidad. Esto propicia que en el Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia, se dé un mayor compromiso y responsabilidad frente a su labor social y que de alguna manera la Universidad revierta lo que en ella ha invertido la misma comunidad.

Es de importancia, resaltar a este efecto, la apreciación que los usuarios dieron a conocer del Centro de Conciliación como el espacio o el lugar que les es propicio para el encuentro con el otro, en un ambiente de suficiente neutralidad y posibilidad amplia de participación; amén, por supuesto, del acompañamiento serio y profesional de un tercero que les facilita la resolución de sus conflictos.

Orientación a las Partes respecto al desarrollo de la audiencia de conciliación

De lo analizado en las observaciones de las audiencias y en las encuestas, se observó que los usuarios concuerdan en que la orientación y la información clara que se les da al inicio facilita la audiencia de conciliación, esto es, la presentación del conciliador, la explicación del concepto de conciliación y del proceso, alcances y efectos de la conciliación, la explicación de términos como “el mérito ejecutivo” y “la cosa juzgada” les facilita el empoderamiento que guiará su proceder en el proceso de conciliación. Claras también se perciben las reglas de juego que se señalan desde el principio del proceso para impedir que la audiencia se salga de las manos del conciliador; igualmente, refieren, se deja explícito el uso de la palabra, reiterando siempre el respeto por el otro.

El conciliador deja claro desde el inicio que la conciliación busca llegar a un acuerdo donde ambas Partes salgan beneficiadas, los acuerdos se deben respetar, por tal motivo no deben ser promesas falsas sino por el contrario acuerdos mesurables, cuantificables y cumplibles. Asimismo, se reitera durante toda la sesión que ninguna de las Partes está obligada a aceptar un acuerdo, pues la idea es buscar la satisfacción de ambas.

Los conciliadores son muy enfáticos en resaltar la importancia de la relación respetuosa de las Partes en la audiencia; el trasfondo es que, el conciliador quiere lograr una relación particularmente armoniosa en la audiencia, que las Partes entiendan que para llegar a un posible acuerdo es importante el respeto del uno para con el otro; y el segundo aspecto, es que el conciliador intenta que el desempeño de su rol sea el idóneo, a efectos de lograr el mejor resultado para las partes, además del suyo propio desde el punto de vista académico.

Otro elemento que se hace repetitivo a lo largo de la audiencia es la importancia de acceder a otros medios diferentes a la violencia para solucionar los conflictos de una manera pacífica, enfatizando en el valor que representa el otro como interlocutor y Parte en el evento que los convoca allí, por eso -y entonces- se les mencionan mecanismos como el arbitramento, la amigable composición, la mediación, entre otros, de acuerdo con las características de su conflicto particular, para que sean tenidos en cuenta por quienes asisten allí, cuando se presente una nueva situación conflictiva.

Tratamiento del Centro de Conciliación para la resolución de conflictos

Entre las personas que participaron de un proceso conciliatorio, existe consenso generalizado frente a que se impartió una adecuada instrucción acerca de los puntos

más importantes que enarcan la conciliación, pues se impartió suficiente instrucción sobre el desarrollo del proceso, sobre la audiencia de conciliación, el papel que juega cada parte en la misma, y la posición del conciliador como director de la audiencia de conciliación. Igualmente, se aprecia que se dejaron claros aspectos que tienen que ver con la finalidad, alcances, efectos (cosa juzgada o mérito ejecutivo), conveniencia, voluntariedad de conciliar, imparcialidad del conciliador, confidencialidad y lo más importante: que quienes concilian son las Partes, que en ellas está la solución de sus problemas, que no siempre hay que acudir a las instancias judiciales para dirimir un conflicto y hacer valer sus derechos y que el respeto del otro, es el respeto de sí mismo.

Lo más relevante en este aspecto es que con ello no sólo se contribuye a formar culturalmente la sociedad en esta clase de mecanismos, sino que se propicia una cierta reconstrucción del tejido social, y que quienes participan de dicho mecanismo, se tornen en propagadores y multiplicadores de esta cultura.

Al igual que en casos anteriores, las personas coinciden en afirmar que los conciliadores cuentan con las cualidades y capacidades necesarias para encausarlos y así ayudarles a resolver el conflicto, pues identifican en ellos su papel imparcial y mediador, son conscientes de que el objetivo es que las Partes lleguen por ellas mismas a la solución del conflicto, y en lo posible a un acuerdo. Asimismo recalcan la cordialidad, la calidez humana, el compromiso, la responsabilidad y el profesionalismo que imparten y asumen, tanto en el desarrollo de la diligencia como antes de ella. Esta situación propicia un clima de tranquilidad, comodidad, seguridad y lo más importante, posibilita el acercamiento entre las Partes para que el fin último de la conciliación se dé.

Consideraciones finales

En el contexto del tratamiento de los conflictos, hablar del otro entendido como quien legítimamente se nos opone en la reivindicación de sus derechos o intereses, no es lo mismo que proceder respecto del asunto conflictivo, con la “idea” que se tiene de ese otro. El proceder como individuos en choque de intereses, validos sólo con “la ideación del otro”, nos es más que ejercer tiranía en contra de quien se supone un *par* nuestro a través del prejuicio y la desvalorización de *ese* como persona.

Las Partes, generalmente consideran al otro no por lo que éste es, sino por la idea que tienen de él, idea que a la postre, determina indefectiblemente su relación.

El tratamiento del conflicto que el Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia ha venido desarrollando a través de la conciliación, ha propiciado una visión particular y propia del elemento del Conflicto conocido como Partes: importan

más las personas que el procedimiento e importa más el potencial encuentro entre los conflictuados que el mismo acuerdo.

La preparación y la convicción que el conciliador tenga como facilitador, es punto esencial para la canalización de las energías mostradas por los conciliantes en el conflicto que les convoca. De cómo ejerza el conciliador su rol, de cómo dirija el proceso de conciliación y de cómo asuma la importancia que tiene como tercer que las partes legitiman, dependerá en gran medida que el mecanismo surta efecto en su espíritu y de que las partes se asuman como responsables de su propio conflicto y su posible transformación, o como mínimo, de su resolución.

La visión con que este Centro de Conciliación ha venido tratando los conflictos de que conoce, no se ha limitado a la cortedad de satisfacer intereses de corto plazo: agotar un requisito legal para demandar al otro, tampoco se ha limitado a la idea de ser sólo un instrumento en aras de la descongestión de los despachos judiciales; se ha trazado más bien la meta de asumirse como canal de posibilidades reales en el encuentro creativo de las personas conflictuadas y en mirar, de manera integral al conflicto y a quienes se hayan convocados por él.

El referido Centro de Conciliación, en conclusión, se ha constituido para sus usuarios en un lugar idóneo para el entendimiento mutuo en las diferencias y en un lugar amplio, neutral y democrático para la participación y discusión. Aquí, “la idea del otro” muda en el otro, que es uno mismo, reclamado en la voz de quien necesita de nuestra interlocución para terminar, como en el último movimiento de una sinfonía, asumidos en nuestra propia valía, y en la actitud valiente, considerada y justa, de *reconocer al otro*.

Bibliografía

- ARENDDT, Hannah (2005). *La condición humana*, Barcelona, Primera edición, Paidós Ibérica. Págs. 368.
- BELAUSTEGUIGOITIA, Marisa. Máscaras y posdatas: estrategias femeninas en la rebelión indígena de Chiapas. *Debate Feminista*, año 6, vol. 12, 1995, p. 300.
- BELTRI, Francesc, 2000. *Aprender a negociar*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica. Pp. 16-18.
- BRAMANTI, Donatella y TAMANZA, Giancarlo (2007). Introducción al volumen. En: *La mediación y el cuidado de los vínculos familiares. Mediación familiar y comunitaria*. María Isabel González, Coordinadora. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá. P.p. 24-25.
- BUSH, Baruch y Folger, J.P. (1996). *La promesa de mediación*. Editorial Granica. Madrid, España. P.p. 129-147.

- CURY, Augusto (2006). *El Maestro de maestros*. GMT Editores Ltda., Río de Janeiro, Brasil. p. 75
- FARRÉ SALVÁ, Sergi (2004). *Gestión de conflictos: Taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*. Editorial Ariel S.A., Barcelona. P.p. 121-122.
- GARCÍA, Beatriz y otras, 2002. *Técnicas interactivas para la investigación social*. Medellín, Fundación Universitaria Luis Amigó. p. 40.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro (1983). *Teoría y realidad del otro*. Editorial Alianza Universidad, Madrid, España.
- LEDERACH, John Paul, 1998, *¿Cómo entrar? El análisis de los conflictos*. (<http://es.scribd.com/doc/7244000/El-Analisis-Del-Conflicto-Lederach>, página consultada en 22-09-09).
- MONTOYA SÁNCHEZ, Miguel Ángel y otros (2005). *La importancia de investigar sobre la conciliación. El caso del Centro de Conciliación "Luis Fernando Vélez Vélez" de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia*. En: *Estudios de Derecho*. Medellín, Año LXV, Ago., Vol. LXII, N° 140. Pp. 153-170.
- MUÑOZ-ALONSO, Gemma. Pedro Laín Entralgo: el encuentro interhumano. En: *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, 1983; (XVIII). Pp.127-135.
- PARIS ALBERT, Sonia. (2008). *La transformación de los conflictos desde la filosofía para la paz*. (<http://www.tdx.cesca.es/TDX-0324106-113557/>, página consultada en 18-09-08).
- RAE. *Diccionario de La Lengua Española* (<http://www.rae.es/rae.html>, página consultada el 24 de febrero de 2009).
- RUIZ RESTREPO, Jaime. 2005. *A propósito del conflicto*. En: *Tratamiento de conflictos*. Autor corporativo, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, págs. 11 – 62.
- RITZER, George (2002). *Teoría sociológica moderna*. Mc Graw Hill. Quinta edición. España. Págs. 742
- SUARES, Marínés (2002). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Editorial Paidós. Tercera edición. Buenos Aires. Pp. 71-72.
- _____ (2005). *Mediando en sistemas familiares*. Editorial Paidós. Segunda reimpresión. Buenos Aires. P.p. 42-83.
- WATZLAWICK P., J. Beavin y D. D. Jackson (1991). *Teoría de la comunicación humana*, Barcelona, Herder.



Título: Seres de la noche
Técnica: Óleo, canvas
Dimensión: 30 x 40

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO*

* Este artículo desarrolla y actualiza elementos planteados en la investigación realizada para optar al título de Master en Ciencias Políticas otorgado por el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia en el año 2003

Fecha de recepción: marzo 24 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 6 de 2011

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO*

*María Rocío Bedoya Bedoya***

RESUMEN

El propósito de este artículo es plantear los elementos constitutivos de la argumentación y la hermenéutica jurídicas, como métodos adecuados para justificar las decisiones judiciales que han adquirido especial relevancia en el marco de la constitucionalización del derecho en Colombia. Se argumenta que estos métodos basados en principios y valores, así como las aportaciones del derecho constitucional contemporáneo en materia de derechos fundamentales, constituyen un avance en el establecimiento de una nueva concepción de la validez jurídica. Comparados estos dos enfoques jurídicos –la argumentación y la hermenéutica–, concluimos que aun con sus diferencias, ambos rescatan la perspectiva valorativa en el razonamiento jurídico y la supremacía constitucional en la tarea judicial. Se destaca la perspectiva hermenéutica en cuanto permite una vinculación directa de elementos propios de la realidad social e histórica con los valores y principios constitucionales en conexión con los derechos fundamentales.

Palabras Clave: Argumentación. Hermenéutica. Métodos de Interpretación. Derecho Constitucional contemporáneo.

METHODS OF INTERPRETATION IN THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT

The purpose of this paper is to outline the elements of argumentation and legal hermeneutics as appropriate methods to justify judicial decisions that have gained special relevance in the context of the constitutionalization of law in Colombia. It is argued that these methods based on principles and values, and contributions of contemporary constitutional law of fundamental rights is a step in the establishment of a new conception of legal validity. Compared these two approaches-legal argumentation and hermeneutics, we conclude that even with their differences, both rescue the evaluative perspective in legal reasoning and constitutional supremacy in the judicial task. It highlights the hermeneutic perspective in that it allows a direct link elements of the social and historical values and constitutional principles in connection with fundamental rights.

Keywords: Argument. Hermeneutics. Methods of Interpretation. Contemporary constitutional law.

** Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho laboral de la Universidad Pontificia Bolivariana, magister en Ciencias Políticas del IEP de la Universidad de Antioquia, magister en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa de la Universidad Castilla la Mancha de España, Candidata a Doctora en Gobierno y Administración Pública del Instituto Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid e integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO*

Introducción

En este artículo partimos de la premisa según la cual la aplicación del derecho es imposible sin teleología y, por tanto, sin valoración. A partir de este supuesto que va más allá de las formulaciones realizadas por los teóricos del Derecho positivista más influyentes del siglo XX¹, se han desarrollado distintos métodos de interpretación del derecho tales como la argumentación jurídica en sus distintas versiones y la hermenéutica Jurídica, con una base común: el énfasis de las dimensiones no-lógicas en la aplicación del Derecho, abriendo una línea que se ha prolongado durante el siglo XX con las aportaciones de esta última y la perspectiva lingüística adoptada por un importante sector de la Filosofía del Derecho contemporánea que ha puesto de relieve ciertos rasgos del lenguaje jurídico con la clásica fórmula de *textura abierta*, en contraposición a una lectura y aplicación unívoca de las normas.

La aceptación de elementos no-lógicos y en general de lo valorativo en el razonamiento jurídico hace que, en nuestros días no resulte aceptable que la aplicación del derecho se reduzca a una operación o conjunto de operaciones regidas exclusivamente por la silogística deductiva. Esto se ve reforzado, además, por los cambios que introduce en el ordenamiento jurídico a nivel estructural el Derecho constitucional contemporáneo, al configurarse como un verdadero derecho de valores y principios (Zagrebelski, 1997, pp. 16-17), y establecer una nueva concepción de la validez jurídica -al desplazar el peso de la legalidad formal en beneficio de la supremacía constitucional-, el alcance material de los preceptos normativos y la tarea judicial (Serna, 2005, p. 4 y 7).

En la primera parte de este trabajo nos aproximaremos a la teoría de la argumentación en las distintas versiones desarrolladas por sus principales exponentes. En la segunda parte, exploraremos la perspectiva hermenéutica desde el pensamiento de Arthur Kaufmann. Y, en la tercera parte, abordaremos algunos aspectos del Derecho constitucional contemporáneo que refuerzan la perspectiva valorativa en el razonamiento jurídico y la supremacía constitucional en la tarea judicial.

1 Se destacan los teóricos Kelsen, y Hart, a quienes Dworkin (Dworkin, 1996) critica por la ausencia de una teoría de la aplicación del derecho.

1. La teoría de la argumentación, una mirada desde Chaim Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino.

La teoría de la argumentación en el derecho nos sitúa frente a la consideración del razonamiento jurídico como proceso que se orienta a una decisión y que involucra una serie de decisiones previas que nos colocan frente al problema de la justificación de tales decisiones.

Entre los principales exponentes de esta teoría, encontramos a Chaïm Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino, quienes desde distintas ópticas y con diferentes énfasis y matices nos explican los fundamentos y la valoración de ésta. Sin embargo, de acuerdo con Feteris, además de los anteriores, existen otros teóricos de la interpretación cuyos principales rasgos merece la pena destacar, tales como: Stephen Toulmin, quien representa el punto de vista lógico; Chaim Perelman que da cuenta de una nueva retórica; Jurgen Habermas que ha ejercido una importante influencia con su concepción discursiva en las teorías de la argumentación; Robert Alexy que ha aportado con su teoría procesal de la argumentación; Neil Mac'Cormick, Aulis Aarnio y Alexander Peczenik, los cuales han realizado también originales y distintos aportes y; Frans Van Esmeren y Rob Grootendorst, que han desarrollado en los últimos años la teoría de la argumentación y el análisis del discurso o teoría "pragma-dialectal" (Feteris, 2007, p. 14 y 15).

Conviene, sobre este tópico, destacar también los aportes de Manuel Atienza quien afirma que hay que dejar atrás el positivismo jurídico, ya que al dar a la teoría del derecho un carácter meramente descriptivo, excluye la dimensión valorativa de las normas jurídicas y obstaculiza la consideración de un orden jurídico constitucional (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 7).

A continuación, abordaremos las principales aportaciones de Chaïm Perelman, Aulis Aarnio, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino.

1.1. Chaim Perelman

- El punto de partida del cual parte *Chaim Perelman*² es la generación de vías pacíficas de entendimiento entre los hombres, en una sociedad en la que deben primar el pluralismo y la tolerancia. A partir de esta premisa edifica su teoría de la argumentación que él denomina "nueva retórica" y que alcanza su con-

2 Perelman nace en Varsovia el 12 de mayo de 1912 y desde los 12 años se traslada con su familia a Bruselas, donde estudia Filosofía y Derecho, disciplinas en las cuales obtiene el título de doctor.

solidación con la publicación, en 1958 del *Tratado de la argumentación*, obra que comparte con Lucie Olbrechts-Tyteca. La principal tesis contenida en este tratado plantea que la argumentación jurídica es un método gracias al cual la decisión judicial alcanza su racionalidad respetando lo específico del Derecho, la presencia de valores. (Manassero, 2005): 14).

A continuación, destacamos algunas de sus más importantes ideas y aportaciones:

- Bajo el influjo del filósofo Ferdinand Gonseth, Perelman afirma que la racionalización de los valores, traza un camino intermedio entre el determinismo y el decisionismo a través de la retórica, la cual persigue la adhesión y supone a su vez, decisión y compromiso, esto es, ejercicio de la libertad guiada por la razón. (Perelman, 1948) 146).
- Sólo la retórica y no la lógica permite comprender la aplicación y el alcance del principio de responsabilidad que implica elección. Toda elección, dirá Perelman, implica deliberación y razones para elegir.
- La lógica de los valores debe rechazar el objetivismo, porque deja de lado el factor humano, y el subjetivismo, porque abandona al hombre a una decisión sin razón.
- Reivindica el desarrollo de una filosofía “humanista”, hecha por los hombres y al alcance de los hombres, y como tal siempre provisional e imperfecta y propone el principio práctico de la tolerancia, que permite la libertad en la construcción de los distintos sistemas filosóficos.
- Haber llamado la atención sobre la importancia de tener en cuenta aquellos a quienes la decisión interesa, aunque sea de distintas maneras y por distintos motivos. Ello ha contribuido a considerar la teoría de los auditorios y el control de la actividad judicial, al tener el juez que objetivar sus fallos mostrando su racionalidad ante diversas instancias.

Para Perelman, el objeto de la teoría de la argumentación retórica es el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presentan a su asentimiento. Su ámbito de aplicación es el de los valores. La pauta metodológica es de carácter analítico-descriptiva. Y su carácter es pragmático.

La teoría de la argumentación jurídica se caracteriza, en definitiva, por trasladar el debate judicial a un ámbito retórico, transformar a las partes, al juez y a las instancias superiores, según corresponda, en oradores y auditorio; extendiendo el ámbito de lo jurídico a la sociedad e incorporando a la opinión pública como otro auditorio más, quizá el más importante. Así, el juicio, a los razonamientos que se producen son considerados argumentos destinados a persuadir.

La aplicación de la teoría de la argumentación en el campo del derecho plantea su método como válido tanto para los abogados como para los jueces, pero según lo expuesto su teoría apunta fundamentalmente a los últimos. La nueva retórica se inscribe dentro de las líneas de investigación de renovación de la metodología jurídica y concretamente del razonamiento judicial llevado a cabo por Esser, Kriele y Ballweg, en Alemania; Recaséns Siches en México, Husson en Francia y Llewellyn y Dworkin, en Norteamérica, autores todos que centran sus estudios en el razonamiento del juez. (Perelman, citado por (Manassero, 2005): 61).

Para concluir, plantea Perelman, la toma de decisión requiere la deliberación, la presentación y la evaluación de diversas posibilidades, intentando hallar la verdad que, por ser práctica, no es absoluta, ni está previamente establecida, sino que se descubre a la luz de cada problema específico. Esta búsqueda de la verdad es la actividad del juez en la administración de justicia.

1.2. Aulis Aarnio

*Aulis Aarnio*³, también desarrolla la teoría de la argumentación bajo el influjo de la filosofía jurídica finlandesa. En este contexto, su primer interés durante de la década de los 60 fue el análisis conceptual del lenguaje jurídico pero la influencia de Wittgenstein, lo hizo girar hacia la pragmática y la filosofía del lenguaje ordinario, moviendo su campo de investigación hacia la explicación intencional y la comprensión de la decisión judicial. Para mediados de los 70, se centró en el problema de la justificación de la interpretación. Su teoría de la argumentación pertenece principalmente a este tercer período, aunque admite la importancia de la tópica de Wiehweg y de la tradición hermenéutica alemana con Gadamer, Esser y Coing, al tiempo que reconoce a Perelman y a la filosofía del lenguaje ordinario como sus principales influencias, junto con la acción comunicativa de Habermas. (Aarnio, citado por (Rivas, 2005, pp. 71-72).

El núcleo de la propuesta de Aarnio consta de los siguientes conceptos: Principios y reglas básicas de razonabilidad, reglas de la carga de la prueba, conceptos de coherencia –respecto de las fuentes- y aceptabilidad –respecto a fuentes, elementos metodológicos y evaluaciones-, en lugar de verdad y, las ideas de consenso y audiencia o auditorio.

3 Nació el 14 de mayo de 1937 en Kymi, Finlandia. Doctor en Derecho. Conviene advertir que en la formulación de su teoría de la argumentación, Aarnio toma prestados algunos conceptos de Wittgenstein, otros elementos de la ciencia de Kuhn y Von Wright. Según Rivas, La autoría de algunos de sus estudios más importantes los comparte con Alexy y Peczenik, y entre sus interlocutores más frecuentes se encuentran, además de los citados, Wróblewski, Alchourrón y Bulygin y Atienza. (Rivas, 2005: 72).

En la formación de la teoría de la argumentación de Aarnio, la coherencia de la interpretación acontece en el contexto de un todo que la dota de significado. Además, la interpretación y la corrección siempre son relativas a un auditorio y a su vez con la de consenso. Lograr el consenso de un auditorio exige argumentación racional desarrollada en un marco fijo que viene expresada en una forma de vida (en el sentido de Wittgenstein), y que requiere también el empleo de la persuasión.

En suma, Aarnio habla de coherencia y no de verdad y controvierte a Ross porque niega que las normas, derechos y obligaciones signifiquen o se remitan a hechos y a Dworkin, por cuanto sostiene la existencia de una única solución correcta. En suma, Aarnio prefiere hablar de aceptabilidad en lugar de verdad, dado que la verdad de la proposición interpretativa es siempre relativa al conjunto de proposiciones. En este sentido, Aarnio no pretende identificar consenso con verdad, sino más bien poner de manifiesto la imposibilidad de distinguir en esta cuestión entre “lo que es verdadero” y “lo que es considerado verdadero por el auditorio”. El concepto básico para sostener las nociones de coherencia, aceptabilidad y consenso, es, pues, el de audiencia o auditorio.

La propuesta de Aarnio pretende, pues, salvar la racionalidad de la interpretación jurídica recurriendo a la noción de aceptabilidad, lo que no implica la existencia de una teoría predictiva ni de una teoría de la verdad de la interpretación, sino simplemente una sustitución de la idea de verdad por una idea de aceptabilidad relativa a valores sociales dominantes. (Aarnio citado por Rivas, 2005, p. 76).

En el desarrollo de su teoría se destacan las siguientes ideas y aportaciones:

- El consenso es posible si se dan una serie de condiciones: el uso de un lenguaje común, la posesión de la misma evidencia empírica sobre el mundo, el compartir un número o serie suficiente de valores y, el empleo de un discurso racional.
- Los criterios de aceptabilidad o legitimidad de la interpretación, son los siguientes: a) uso del lenguaje común por ambas partes, b) el empleo de un discurso racional para que el interprete pueda evitar la arbitrariedad, c) el seguimiento de las reglas de interpretación jurídica que señalen las alternativas jurídicamente posibles, d) la justificación de cada interpretación, al menos con una fuente de Derecho autorizada, e) la apelación en casos controvertidos, a fuentes formales de derecho y a valores, para que el interprete alcance aceptabilidad racional en la comunidad jurídica.
- para Aarnio, en el auditorio no cabe la persuasión ni la autoridad formal sino la fuerza racional. Por tanto, rechaza las tesis cognitivistas porque considera que para el buen funcionamiento es suficiente un consenso representativo sobre el sistema de valores, en el cual confiere un lugar muy importante a los principios y a las reglas.

El pensamiento de Aarnio ha suscitado diferentes comentarios y críticas de autores que provienen sobre todo de la tradición analítica y que le atribuyen contradicciones internas e indefinición en algunos conceptos centrales de su teoría⁴.

1.3. Robert Alexy

La teoría de la argumentación jurídica propuesta por *Robert Alexy*⁵ se hizo visible en 1978 y sólo una década después, a principios de los 90, dio una respuesta global a las críticas y objeciones que durante este período recibió. Unos años más tarde, afianzará su teoría, en particular la propuesta de fundamentación de las reglas del discurso, al hilo del análisis de la fundamentación de los derechos humanos, mediante una revisión de la fundamentación pragmático-trascendental y su complemento con dos nuevos argumentos o partes de la fundamentación. (Seoane, 2005, p. 106).

Alexy asienta su teoría de la argumentación jurídica en la teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas y en la idea de razón práctica tomada de Kant, por el que manifiesta su preferencia en lugar de Hobbes, Aristóteles y Nietzsche. En esta dirección, presenta la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica, afirmando que la racionalidad práctica procesal⁶ es el elemento axial de su teoría. Sin embargo, a Alexy se le critica por considerar que a su teoría de la racionalidad le falta una teoría de la acción humana, en la cual hallar argumentos a favor del modo de decisión (Seoane, 2005, p. 111).

Así mismo, Alexy propugna por la combinación de los niveles filosófico, político y jurídico en la fundamentación de la teoría del derecho discursiva. De allí la importancia que le confiere a las reglas del discurso, la garantía de los derechos fundamentales, los procedimientos democráticos y la teoría del Estado democrático constitucional de Derecho. Desde finales de la década de los ochenta, ha profundizado en las relaciones entre Derecho y moral, incorporando la teoría de la justicia a las bases de su concepto de Derecho. Finalmente, a partir de tres ejes o argumentos: la corrección, la injusticia y los principios, Alexy ha intentado desmarcarse del positivismo y configurar su teoría jurídica como ejemplo de una concepción no positivista.

4 Para profundizar en las críticas realizadas a la teoría de Aarnio, ver a Ruiz Manero quien le critica la noción de aceptabilidad y a Barragán, quien le critica la idea de comunidad jurídica.

5 Nació el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg (Alemania) y obtuvo el título de doctor en 1976 con una tesis sobre La Teoría de la Argumentación Jurídica que posteriormente fue complementada con la teoría de la norma jurídica, aplicadas al ámbito de los derechos fundamentales.

6 La racionalidad práctica de Alexy se caracteriza por una poderosa impronta práctico-técnica y no científica o lógico-matemática.

Su teoría de la argumentación se caracteriza por una denodada pelea contra el positivismo jurídico y una oposición a la corriente iuspositivista. Sin embargo, sus aportes van más allá de criticar el positivismo, haciendo construcciones y aportaciones dogmáticas, entre las cuales se destacan: la introducción e institucionalización de la racionalidad en la labor jurídica, a través de la argumentación, subrayando la vertiente dialéctica o dialógica del derecho; su teoría de los principios como mandatos de optimización, y la correlativa distinción entre principios y reglas; la aplicación de su teoría principialística a los derechos fundamentales y la distinción entre derecho fundamental y norma de derecho fundamental; el perfeccionamiento de los modelos democráticos y del Estado de Derecho, y la consolidación y mejora del Estado constitucional de derecho.

Para Alexy, toda argumentación consiste en una actividad lingüística o discurso desarrollado en situaciones diversas y la argumentación jurídica constituye una estructura compleja en la cual se combinan elementos específicamente jurídicos con elementos prácticos generales. Para construir la primera parte de su teoría de la argumentación jurídica, se apoya en la teoría consensual de Habermas⁷, quien se cuestiona la noción de verdad como correspondencia.

En el núcleo de su teoría de la argumentación, encontramos los siguientes atributos esenciales: la argumentación como discurso, el carácter analítico-normativo del discurso jurídico asociado con el concepto de racionalidad práctica, el carácter de teoría procedimental o procesal que incluye las reglas de la argumentación, el carácter pragmático de las reglas del discurso, la validez del discurso práctico a través de la corrección y el procedimiento y, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico caracterizado por ciertas particularidades: sujeción a la ley; consideración del precedente, la dogmática y las normas procesales; condiciones que delimitan las libertades discursivas en el ámbito jurídico; y singularización de la argumentación o del discurso, propias en ese contexto.

La pretensión de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy es resolver el problema de la fundamentación racional de las decisiones jurídicas. Su respuesta es un código de la razón práctica y la razón jurídica, integrado por una serie de reglas y formas de argumentos; el respeto u observancia de los procedimientos guiados por tales reglas garantiza la racionalidad al tiempo que garantiza la corrección y la validez de los enunciados normativos a favor de los cuales se argumenta. (Seoane, 2005, p. 172).

7 Habermas considera que debería hablarse de una teoría discursiva de la verdad en vez de una teoría consensual de la verdad. (Habermas citado por Seoane, 2005).

Recapitulando, hay tres aspectos importantes que merece la pena destacar en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy:

- La pretensión de corrección en las decisiones jurídicas y sus fundamentaciones.
- La tesis del caso especial, según la cual el discurso jurídico, por su vinculación con la ley, el precedente y la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Esto lleva a la doble naturaleza del Derecho (carácter institucional y autoritario) y por tanto, a la conexión entre Derecho y moral.
- La posibilidad de una argumentación práctica racional, para lo cual apela a un sistema de reglas y formas de los argumentos, para explicar de qué manera puede ser práctica la razón.

La teoría propuesta por Alexy también ha sido tildada de inconveniente en cuanto a su naturaleza ideal y procedimental. Su teoría se encuentra con problemas irresolubles al encarar la realidad, tales como el carácter ideal del discurso, el carácter procedimental para resolver cuestiones prácticas y, el tener que afrontar la tesis de la única respuesta correcta en el plano del discurso ideal. En cuanto a la noción de corrección que postula es meramente procedimental y no resulta operativa más allá del discurso. Adicionalmente, se le acusa de haber encorsetado la racionalidad a través del código de la razón práctica y de la insuficiencia del contacto con la realidad que el propio Alexy ha advertido en la fundamentación de las reglas del discurso, lo que según Seoane, lastra su teoría al privilegiar la dimensión lógica o metodológica en detrimento de la experiencia. (Seoane, 2005, pp. 177-188).

El mismo Alexy advierte ciertas debilidades y lagunas en su teoría. De un lado, el concepto no positivista del Derecho, presupuesto de la teoría de la argumentación que no estaba desarrollado. Y, de otro lado, el tema de la ponderación en la estructura de la argumentación que se trata de modo superficial, cuestiones estas que fueron profundizadas, corregidas o fortalecidas en sus obras posteriores.

1.4. Carlos Santiago Nino

La teoría de Carlos Santiago Nino⁸, denominada por Susana Blanco como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral, es un intento más por compatibilizar una justificación racional del fenómeno jurídico con una identificación avalorativa del Derecho. Su teoría se enmarca dentro de las teorías de raigambre analítica

8 Nació en Argentina en 1943 y falleció en 1993. Filósofo y Jurista Argentino con gran notoriedad académica internacional en la segunda mitad del siglo XX.

que defienden un positivismo conceptual en una mixtura con posiciones de corte constructivista. (Blanco, 2005): 197).

Desde sus primeras obras, Nino muestra un evidente interés por la argumentación jurídica, sin embargo, hay que esperar hasta sus últimos trabajos para encontrar una exposición acabada y sistemática del mismo. (Nino, 1989a, 1989b, 1992, 1997).

Uno de los presupuestos de la teoría argumentativa de Nino es el esclarecimiento del concepto de razón justificatoria, de modo que el razonamiento práctico queda definido como aquella inferencia que permite evaluar o guiar una acción. En este sentido, el razonamiento jurídico será aquella inferencia que permita evaluar o guiar una acción, y entre cuyas premisas se encuentra algún elemento jurídico.

Nino caracteriza el razonamiento jurídico justificatorio, como un razonamiento que se desarrolla en dos niveles: uno en el que se articulan todas las razones que justifican la práctica social particular constituida por la Constitución histórica; y otro nivel en el que, habiendo sido ya establecida la legitimidad de la Constitución histórica, incluso aunque se la reconozca como imperfecta, se aplica para justificar acciones y decisiones (Nino, citado por Blanco, 2005, p. 199).

Recapitulando esta primera parte, Nino considera el razonamiento jurídico como razonamiento práctico en el que primero se decide sobre la legitimidad de la Constitución histórica, y luego se la aplica a ella y a las normas por ella reconocidas⁹, como instancia justificatoria de acciones y decisiones. De allí que en su propuesta sean relevantes su concepción de moral y su entendimiento acerca de los que es una constitución y el papel que esta y las normas que ella valida, en el razonamiento práctico.

Además de la moral como única instancia justificatoria, Nino plantea una idea de racionalismo crítico de toda afirmación, institución y creencia, como alternativa racional frente al dogmatismo y al escepticismo. Para él, la moral es razón y como intento de fundamentación racional de los juicios morales, propone el constructivismo ético¹⁰, como una variante empirista e intersubjetivista del cognoscitivismo

9 Para este autor, las normas jurídicas no constituyen *per se* razones operativas para justificar acciones y decisiones como las de los jueces, a menos que se conciban como derivadas de los juicios morales. Dicho de otra manera, las únicas razones que pueden funcionar como razones operativas son las razones morales. Las normas jurídicas, como mucho, podrán funcionar como razones auxiliares, es decir, juicios fácticos indicativos de un medio por el que satisfacer una razón operativa. Por tanto, las normas jurídicas sólo adquieren virtualidad justificatoria de acciones o decisiones si se las concibe como derivas de juicios morales.

10 Esta propuesta está caracterizada por una tesis ontológica y una tesis epistemológica. Para la primera, la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos. Para la segunda, la discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral. (Blanco, 2005: 227).

ético. Es constructivismo porque construye el hecho moral que servirá como criterio último de corroboración de los juicios morales. Ese hecho moral consiste en la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta que satisfacen ciertos requisitos como la universalidad, la supremacía justificatoria etc.

En opinión de Nino, Derecho y moral¹¹ cumplen idénticas funciones: reducir o solucionar los conflictos entre individuos, y fomentar la cooperación entre ellos. Sin embargo, aunque persiguen el mismo fin, lo hacen por diferentes vías. Resumiendo lo dicho, Nino entiende que la superación del iusnaturalismo tradicional puede lograrse detectando un tipo de hecho que evoque una coincidencia de actitudes entre quienes participan voluntariamente en el discurso moral para resolver los conflictos. Ese hecho sería “la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta que satisfacen ciertos requisitos como la universalidad, la supremacía justificatoria, etc. (Nino, citado por Blanco, 2005, p. 219).

Hasta ahora, hemos visto como para Nino el único discurso con carácter autónomo y plenamente justificatorio es el discurso moral, que según él, comprende el jurídico. En consecuencia, su propuesta de argumentación jurídica está sustentada en que toda actividad judicial supone una continua apelación a los principios morales, que serán los que, al determinar la legitimidad o ilegitimidad de las normas jurídicas en juego, permitan decidir sobre su aplicabilidad al caso concreto, determinando por consiguiente, su resolución.

A partir de este supuesto, Nino plantea algunas ideas que conviene resaltar:

- La democracia, como mejor sucedáneo posible del discurso moral.
- La obligación última sólo puede surgir de la moral, porque sólo la moral aporta razones últimas.
- La democracia permite que todos los implicados en un conflicto moral puedan participar en el debate, exponiendo sus posiciones e intereses.
- La democracia es moralmente valiosa porque es la única forma de gobierno capaz de generar razones morales para actuar.
- En una segunda etapa, Nino plantea que la democracia ha pasado de tener un valor absoluto, a tener sólo un valor relativo, ya que la validez de sus resultados no viene dada simplemente por el respeto a ciertas reglas

11 La moral de una sociedad da cuenta de sus reglas, virtudes de los individuos y discursos que desarrollan para favorecer u oponerse a ciertas conductas o prácticas.

procedimentales, sino que será mayor o menor en función de la mayor o menor proximidad de esas reglas con las del discurso moral originario. Y esta proximidad dependerá en gran medida del diseño de las diversas instituciones democráticas.

- Según Nino, la primera fase del razonamiento jurídico es la determinación de la legitimidad de la Constitución. Y la segunda fase, está dada por la aplicación de las normas del sistema jurídico legítimo al caso concreto. De lo que se infieren dos conexiones entre el Derecho y la moral, una interpretativa y otra justificatoria. Así las cosas, este autor considera que la práctica del derecho es inoperativa si se desvincula de la moral.

Algunas de las críticas más relevantes que le han sido formuladas al autor argentino, son las siguientes: se le objeta su teoría moral constructivista en cuanto trata de buscar una justificación racional para una realidad construida (la moral); se le critica una fuerte limitación cultural para la fundamentación racional de la moral (morales ideales relativas a las distintas morales sociales); no logra fundamentar sus decisiones morales; no ofrece una alternativa al positivismo o al convencionalismo moral (transita de un positivismo de costumbres a un positivismo de principios) y justifica la moral a partir de una concepción dogmática acerca del hombre y su relación con la sociedad, caracteriza la discusión democrática en unos términos que difícilmente ocurren en la realidad.

Para finalizar esta parte, parece interesante llamar la atención sobre un planteamiento de Nino en relación con el peligro que entraña esa extraordinaria libertad del juez para juzgar la corrección moral de la Constitución. Por eso termina resaltando la importancia de la convención constitucional¹², y de tener en cuenta los peligros que supone su quiebra.

Hasta aquí, hemos desarrollado algunos planteamientos de los principales exponentes y defensores de la teoría de la argumentación jurídica, resaltando sus principales aportaciones y sus debilidades. De acuerdo con Arthur Kaufmann, la teoría de la argumentación jurídica y la hermenéutica están estrechamente hermanadas. Sin embargo, la primera proviene especialmente de la analítica, principal enemigo de la hermenéutica y muchas de sus doctrinas, como lo dice Ulfrid Neumann ni siquiera pueden considerarse como variedades de la teoría de la argumentación, como en efecto ocurre con la tónica y la retórica ((Neumann, 1992). Veamos lo que nos propone Kaufmann.

12 Nino considera que la permanencia de la Constitución es algo deseable.

2. La perspectiva hermenéutica, una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann¹³.

La perspectiva hermenéutica en el campo del derecho se ha venido desarrollando desde los años 60 en el mundo germánico con los aportes de autores como Kaufmann, Hassemer, Müller, Würtenberger, Esser, Wieacker, o Hruschka, sobre todo a partir de la publicación de “Verdad y Método” de Hans-Georg Gadamer¹⁴. Paralelamente en el ámbito anglosajón, se consideran hermenéuticos en cierto sentido, algunos de los planteamientos formulados por Hart en su texto “El concepto de derecho” como punto de partida de la teoría jurídica de inspiración analítica, en la que se aprecia una clara influencia del filósofo hermenéutico Wittgenstein. Y en España, se destacan A. Ollero Tassara, Osuna Fernández-Largo, y con influencia de otras doctrinas a G. Robles, Rodríguez Molinero y López Moreno. (Serna, 2005: 279-280).

La perspectiva de la hermenéutica en el campo de la aplicación del derecho, y más en general, respecto del estatuto epistemológico de los saberes jurídicos, crítica las doctrinas mecanicistas y acrílicas que identifican Derecho con ley, postulan la aplicación de aquel de manera objetiva y mecánica, sin que el aplicador deba introducir nada de sus ideas y creencias y, consideran que la Ciencia Jurídica se desarrolla apelando únicamente a técnicas de índole puramente racional procedentes de la lógica jurídica.

La hermenéutica trata de demostrar entre otras cosas, la inevitable presencia del sujeto en todo proceso intelectual del lenguaje y, en consecuencia, en todos aquellos procesos que tienen lugar en orden a aplicar el derecho y su elaboración dogmática.

2.1. Una visión crítica al modelo tradicional de razonamiento jurídico.

La teoría hermenéutica surge como una crítica a la llamada teoría de la subsunción según la cual el Derecho objetivo se puede reducir a un objeto de

13 Catedrático de Derecho penal, procesal penal y Filosofía del Derecho en Saarbrücken desde 1960, y en Munich desde 1969 hasta su jubilación en 1990- (Serna, 2005: 281).

14 Acerca de este autor, se conoce el texto “Hermenéutica Jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer de Antonio Osuna Fernández-Largo. El autor destaca la notoria significación de Gadamer en nuestros días y el propósito renovador que ha conducido toda su investigación, en la cual se destaca su intento de superar una concepción de la interpretación jurídica de índole literal e historicista, en la que se encuadra gran parte del pensamiento jurídico actual, y la superación de la oposición entre teoría dogmática de la interpretación y práctica jurisprudencial... ((Osuna Fernández Largo, 1992): 9).

contornos perfectamente definidos, acabados, que no requiere ser completado sino únicamente aplicado a los casos concretos mediante operaciones de raciocinio que en el caso de la Ciencia del Derecho, conoce el objeto con actitud axiológicamente neutra.

En el Derecho, la orientación hermenéutica ha corroborado lo que destacados juristas de fines del siglo XIX y comienzos del XX habían venido denunciando, al poner de relieve la tarea creativa y valorativa del juez en la aplicación del Derecho. De acuerdo con Esser, la aplicación está determinada por un principio que opera en el intérprete consciente o inconscientemente que es su intuición sobre la justicia del caso, que se verá desmentida o confirmada al cabo del proceso argumentativo. Hay tres operaciones que requieren la aptitud creativa y valorativa del intérprete en la aplicación del derecho: a) la selección de la norma aplicable, b) la equiparación entre supuesto de hecho de la norma y los hechos del caso y, c) la determinación de la consecuencia jurídica en algunas de las normas que se precisan para solucionar el caso.

Este triple proceso de interpretación obliga a ver la actividad de aplicación del derecho como una labor de índole cognoscitiva, creativa y valorativa en la que confluyen las percepciones del aplicador sobre la comprensión de los textos jurídicos, de los valores y principios constitucionales y, del problema jurídico y donde la actividad creativa supone que la ley, mediante interpretación, esté dispuesta para ser aplicada, y que el caso mediante construcción, lo esté igualmente para ser subsumido (Serna, 2005: 285). En suma, lo que le hace falta al derecho son personas juzgadoras que, además de conocer las leyes, posean sobre todo *sindéresis*, experiencia de la vida y aptitudes. (Kaufmann, citado por Serna, 2005: 286).

2.2. El círculo hermenéutico

Un aspecto que caracteriza los postulados teóricos de la hermenéutica es la tesis filosófica según la cual nuestra comprensión del lenguaje depende de una serie de condiciones trascendentales que no dependen del objeto de la comprensión, sino de nuestro modo de comprenderlo y de la estructura de la subjetividad humana. Una de estas condiciones es la precomprensión o idea previa de un texto (Gadamer, 1984: 326 y Kaufmann, 1982: 540-541) y el sentido que resulta de la aplicación que realiza el intérprete para formular otra hipótesis de comprensión. Comprender supone siempre introducir una modificación en el texto y en el intérprete, y por ello habla Kaufmann de un proceso de producción que también se proyecta sobre la aplicación del derecho. Para ello, se requiere un intercambio cíclico y circular

entre la ley, el caso y el horizonte del intérprete que también es parte constitutiva en el proceso hermenéutico. En este sentido, también la legislación es fruto de una tarea hermenéutica consistente en confrontar principios ético-morales generales con hechos posibles, bajo la mediación del legislador.

Esta dinámica circular o círculo hermenéutico, según Kaufmann, no debe confundirse con el razonamiento circular de orden lógico, el círculo no puede romperse pero sí superarse por la reflexión y es característica peculiar del razonamiento de los juristas y de los filósofos del Derecho¹⁵ (Serna, 2005: 289-290) que no debe confundirse con la circularidad metodológica que opera en un plano categorial y generalmente normativo que no es todavía el círculo hermenéutico, el cual pone sobre la mesa no problemas metodológicos sino trascendentales que tienen consecuencias muy importantes en diferentes campos. Basta mencionar ahora dos de ellas. En primer lugar, ayuda a disolver la discusión sobre la única respuesta correcta. Y, en segundo lugar, esta caracterización del comprender supone un fuerte cuestionamiento del principio clásico de la sujeción del juez a la ley, que rige en el Derecho occidental contemporáneo, especialmente en el grupo de ordenamientos del Derecho codificado. (Serna, 2005: 296).

2.3 Hermenéutica, intersubjetividad y subjetivismo

Para entender el tema del subjetivismo y del relativismo es preciso añadir a las reflexiones realizadas sobre el objeto de la comprensión, que el prejuicio no es completamente obra del sujeto que comprende, sino que hace parte también del movimiento de la tradición. Dicho de otro modo, la anticipación de sentido que guía la comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición.

El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo metodológico sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión en el que juega un papel importante pero no determinista el imaginario procedente de las coordenadas histórico-culturales del sujeto en términos de comprensión, horizonte vital personal y problema concreto que tiene delante (Gadamer, citado por Osuna, 1992: 60 y Esser citado por Kauman, 2005: 293). En suma, la tradición condiciona la comprensión, pero el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola y

15 El aplicador del Derecho no va a los textos normativos a buscar una solución para el caso que ha de resolver. Lo que busca el jurista es más bien una base autorizada para justificar la decisión previamente adoptada sobre el caso. En este sentido, la interpretación es el resultado de su resultado; los medios de interpretación son escogidos cuando el resultado ya está asegurado y sólo sirven a posteriori, para fundamental desde el texto, lo que previamente se había encontrado en él, a partir de una complementación creadora del mismo.

enriqueciéndola. Esa historicidad de la comprensión es importante para evitar una dogmatización absoluta¹⁶ o una ideologización del derecho¹⁷.

Por tanto, la toma en consideración de estos referentes procedentes de la tradición en el proceso de interpretación no potencia al sujeto sino la intersubjetividad en el sentido de un consenso posible entre los que actúan en el marco de una autocomprensión transmitida, de allí la relevancia de la racionalidad, la plausibilidad y la idoneidad para alcanzar un consenso y el riesgo de un uso arbitrario de la interpretación que convierta la comprensión en una actividad manipuladora encubierta, que puede ser conjurable introduciendo transparencia en la pre-comprensión y en el proceso de comprensión, para lo cual se precisa de constante ejercicio y de experiencia; de verificación y de corrección; de reflexión y de argumentación; del analizar y el cuestionar, tanto de la toma de distancia crítica como de la discusión y comunicación continuada, lo que en opinión de Hassemer tiene la forma de un espiral, en lugar de un círculo hermenéutico. (Hassemer, citado por Serna, 2005).

En opinión de Kaufmann:

- La hermenéutica origina un movimiento de autotranscendencia de la actividad jurídica, en su proceso de búsqueda de horizontes de sentido más amplios.
- Consecuente con ello, rechaza una Ciencia pura del derecho y reivindica una Ciencia jurídica abierta a los problemas del sentido.
- Considera que el saber jurídico, en la medida que se constituye hermenéuticamente, postula un referente ontológico para ser en verdad saber, comprensión.
- Afirma que la ley misma es fruto de una actividad hermenéutica y analógica, y que su sentido jurídico se constituye para cada caso en la interpretación. Es actividad hermenéutica y analógica en cuanto confronta valores y principios ético-sociales y casos posibles o generalizaciones de hechos ya acontecidos.
- La comprensión en el ámbito jurídico, es autocomprensión del operador en cuanto sujeto humano y sujeto de relaciones sociales de diversa significación. Por tanto, para Kaufmann el referente ontológico es la persona que es esencialmente relación en referencia a otros y lenguaje.
- Lleva a cabo una crítica de las teorías procedimentales de justicia, tanto de las discursivas (Habermas) como de las neocontractualistas (Rawls), afirmando

16 Entiéndase por dogmatización absoluta del derecho según Kaufmann, una comprensión del derecho fuertemente reglamentada que no permite ninguna divergencia sobre el “conocimiento correcto del derecho”.

17 En el sentido de una completa autonomía sistémica que impide toda reflexión trascendental sobre principios, condiciones y corrección del sistema jurídico.

que es imposible derivar los contenidos de la justicia a partir de la forma, o más exactamente, de los procedimientos, a los cuales les concede un valor heurístico.

- Propone una concepción del discurso práctico normativo fundada en los principios de argumentación¹⁸, de convergencia o consenso¹⁹ y de falibilidad²⁰. (Kaufmann, citado por Serna, 2005: 314).

Compartimos la valoración que hace Pedro Serna al calificar de buena base de trabajo la propuesta de Kaufmann, pues evita pensar que el consenso produce verdad o justicia; se aleja de la ingenuidad de las teorías de la correspondencia o adecuación, toda vez que no disponemos de un concepto objetivo de naturaleza humana y, en el campo del conocimiento, aspira más bien a acceder a conclusiones probables, y por ello, esencialmente revisables y susceptibles de una adhesión variable dado que todo proceso de diálogo y comparación conduce solamente a certezas más o menos fuertes, y permite obtener conclusiones prácticas siempre abiertas.

2.4. La importancia de la hermenéutica jurídica en la interpretación y aplicación del derecho.

El modelo formalista o positivista ortodoxo del derecho tiende a centrarse en el problema de legalidad y validez de las normas y se caracteriza por ser un modelo ortodoxo que privilegia el estudio exclusivo de las normas generales y en particular las leyes, asumiendo la consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos, la ausencia de consideración de las fuentes reales del derecho y una falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas. (Cossio, 2001: 294). Este modelo ha utilizado una interpretación dogmática de las normas jurídicas que se caracteriza por su visión estática y autoritaria, en la que el juez se convierte en mero aplicador de derecho que debe mantener una aptitud de neutralidad, lo que inhibe la interpretación judicial.

Contrario a ese modelo, la hermenéutica muestra que en la práctica judicial están presentes criterios de valoración y tomas de postura de la razón individual, puesto que ningún texto legal tiene un significado unívoco e independiente del criterio o interrogante con que se accede a él. Por ello, era preciso sacar a la luz lo que es la

18 El autor considera necesario conformar la comunidad de argumentación como una comunidad libre en la que todos los argumentos están permitidos.

19 Estos permiten presumir la verdad o la justicia de un determinado criterio o juicio, pero ningún consenso es definitivo, sino que toda argumentación o conclusión son esencialmente falibles.

20 Entiéndase por falibilidad, susceptible por principio de una corrección o modificación

estructura de toda acción interpretativa, en cuanto es acción de la razón práctica individualizada e histórica. (Osuna Fernández Largo, 1992, p. 12).

El estudio de la casuística de los derechos desde la hermenéutica jurídica nos permite corregir la idea de que el derecho es la ley, reconocer en el aplicador del derecho la existencia de ideas y creencias, admitir la presencia del sujeto en todo proceso intelectual del lenguaje, identificar la tarea creativa y valorativa del juez l en la aplicación de éste, estudiar los orígenes del control constitucional en el mundo, estudiar los modelos de los tribunales constitucionales, decantar las reglas de interpretación constitucional para concretar finalmente, las herramientas de las que se sirve la Corte Constitucional en Colombia en su labor de definir la constitucionalidad de las leyes, revisar las acciones de tutela en el marco consagrado en la Constitución Política, y desarrollar conocimiento alrededor de la problemática particular más que en el contenido normativo. (Alvarez Pereira & Dacosta Herrera, 2010).

3. El constitucionalismo contemporáneo y su perspectiva valorativa y de supremacía en la tarea judicial

En el constitucionalismo moderno, el término “Constitución” se entiende como un documento escrito en el cual está formulada la ley suprema o fundamental del país, que regula las relaciones de poder en el ámbito del Estado. Desde el punto de vista histórico, la noción de constitucionalismo es bastante compleja, en tanto que abarca una variedad de direcciones, cada una con características propias. En el Estado de derecho, el poder está limitado por las leyes (...). Las constituciones modernas -en sentido estricto- tienen todas una estructura común: una parte dogmática que declara los derechos individuales y una parte orgánica en la que se instituyen poderes en función de esos derechos (...). Al ser incorporados al ordenamiento jurídico, dejan de ser meros principios abstractos para convertirse en derechos jurídicamente exigibles. (Yturbe, 2000, p. 35).

Bajo estas premisas, una Constitución es una norma que en su preámbulo, o en su primera parte reconoce los derechos fundamentales, y en su cuerpo o en su segunda parte, instituye poderes, articulando las competencias y regulando su ejercicio en función de la tutela de los derechos (Bovero, 1995, p. 132). Estos derechos fundamentales son valores últimos a partir de los cuales se establecen los principios y fines de la convivencia política, así como los medios o las instituciones, y los procedimientos para llegar a la formación de decisiones colectivas (políticas) aptas para alcanzarlos.

En relación con los valores, el constitucionalismo ha contribuido a enriquecerlos poco a poco con nuevas categorías de derechos incorporándolos a las constituciones

contemporáneas: de la afirmación de los derechos de libertad a la defensa de los derechos políticos, a la proclamación de los derechos sociales, y en los últimos tiempos, la discusión sobre los llamados derechos de tercera y cuarta generación. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, nacidas de la resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional. (Ferrajoli, 1999, p. 54).

La constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano ha cobrado auge a partir de la Constitución Política de 1991 y ha implicado la reinterpretación del significado de la jerarquía normativa, de modo que, es la constitución el parámetro primigenio y fundamental que debe seguirse en cualquier tipo de interpretación ajustada a derecho. Con ello, la ley ha perdido el protagonismo que otrora se le otorgara y ella también debe ajustarse, a la norma de normas

El Estado constitucional colombiano fue pensado por el constituyente de 1991 como un típico Estado social de Derecho, esto es dotado de abundantes y prolíficas declaraciones de derechos y principios que nos muestran el norte o razón de ser de la actividad del Estado: en la parte inicial de la Constitución se establecieron 95 artículos dedicados a los derechos constitucionales en sus distintas variedades y clasificaciones; allí se encuentran derechos de autonomía, políticos y prestacionales o asistenciales y, en esta segunda variedad, derechos de segunda y tercera generación. A esta amplia regulación de la parte dogmática le correspondería una estructura estatal igualmente amplia y diseñada con el propósito y con el tamaño suficiente para dar respuesta a las aspiraciones y a las garantías del texto constitucional.

Sin embargo, este diseño original de nuestro sistema político-jurídico ha venido siendo objeto de una rápida y continua transformación producto de varias circunstancias, que pueden ser resumidas así: de un lado, la comprensión amplia del concepto de bloque de constitucionalidad y; de otro lado, políticas legislativas dirigidas a disminuir el tamaño y las responsabilidades del Estado. A pesar de ello, hoy la Constitución es además la que está contenida en algunos tratados internacionales, por ello, en materia de derechos fundamentales, contamos con los previstos en la Constitución, que han sido adicionados y complementados por el derecho internacional (Sierra Porto, 2008, p. 3).

En este contexto, la actividad jurídica de interpretar y aplicar el derecho, es una experiencia personal que genera la verdad del aquí y ahora, que no se confunde con la verdad del texto histórico archivado ni con la del legislador y creador originario. En otras palabras, es una experiencia histórica y de finitud temporal. (Osuna Fernández Largo, 1992, p. 13).

El juez como intérprete y aplicador del derecho se erige como el garante de la “justicia social constitucional” y para ello el ordenamiento lo dota de sendas herramientas interpretativas con un carácter muy amplio, todas ellas válidas, en tanto no contradigan los postulados constitucionales, que no son más que una serie de principios y valores que conforman el marco normativo y señalan la ruta a seguir. (Dueñas Ruiz, 2006). Bajo esta perspectiva, se le da una gran preeminencia al papel del juez y las decisiones que éste debe tomar en sus sentencias, de modo que ellas materialicen y hagan reales los postulados constitucionales que al día de hoy son directamente justiciables en el Estado Social de Derecho colombiano.

Sobre todos los jueces (constitucionales o no), descansa la responsabilidad de que la Constitución se cumpla, por ello *la jurisprudencia* ha reclamado su justo lugar como una fuente de derecho principal, prácticamente al mismo nivel de la ley, a través de figuras como la del precedente judicial y la seguridad jurídica y de contenidos basados en los principios y valores para la aplicación de las normas.

Hemos observado que a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, la Corte Constitucional, en su carácter de juez constitucional, ha desarrollado en muchas de sus sentencias de constitucionalidad y de tutela, los principios y valores consagrados en la parte dogmática de la carta política, en contravía de lo que propone la misma carta en su parte económica y que se ha concretado en un modelo de economía de mercado que ha tratado de prevalecer sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Conclusión

La argumentación jurídica y la hermenéutica jurídica, son métodos de interpretación del derecho que ofrecen nuevas herramientas para justificar las decisiones judiciales, entre las cuales se destaca el elemento de lo valorativo en el razonamiento jurídico. A ello también contribuye el constitucionalismo contemporáneo, en la perspectiva de defender los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La argumentación jurídica, según sus distintos exponentes, rescata la deliberación y las razones para elegir dentro de una lógica de los valores; una filosofía humanística; una justificación y coherencia en la interpretación; aceptabilidad y consenso; aceptabilidad en las reglas del discurso; la garantía de los derechos fundamentales, los procedimientos democráticos y la teoría del Estado democrático constitucional de Derecho y; un discurso moral que comprende el jurídico.

El enfoque hermenéutico de Kaufmann, determina que la seguridad jurídica no radica en las normas, sino en la utilidad política y en las finalidades morales de las mismas; no distingue entre evaluación y descripción del sistema normativo; rechaza el método valorativo neutro del derecho y permite la fusión del derecho con la teoría política y la moral; niega la separación sujeto-objeto; establece una relación con el pasado (la tradición); admite la comprensión del sujeto en el objeto y la autocomprensión del sujeto en su relación dinámica con las cosas que lo rodean y, permite una vinculación directa de elementos propios de la realidad social e histórica con los valores y principios constitucionales en conexión con los derechos fundamentales.

Para finalizar, podemos afirmar que los distintos esquemas de argumentación e interpretación jurídica se deben combinar con la idea pragma – dialéctica acerca del análisis y la evaluación de los diversos tipos de esquemas de argumentación, con el propósito de construir racionalmente la argumentación a partir de los aportes realizados por los distintos teóricos de la argumentación.

Referencias Bibliográficas

- Álvarez Pereira, C., & Dacosta Herrera, A. F. (2010). La enseñanza de la Constitucionalización del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. In M. Silva (Ed.), *III encuentro académico nacional sobre la enseñanza del derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 271-277 (Memorias)). Bogota: Universidad Nacional.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 27, octubre, 7-26.
- Blanco, S. (2005). La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de Carlos Santiago Nino. In Serna Pedro (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 197-277). Granada: Comares S.L.
- Bovero, M. (1995). Constitución y democracia. In N. Rabotnikof, A. Velasco & C. Yturbe (Eds.), *La tenacidad de la política*. Mexico: IIF-UNAM.
- Dueñas Ruiz, O. J. (2006). Hermenéutica de primer orden. *Lecciones de hermenéutica jurídica* (pp. 63-112). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (1999). Derechos fundamentales. In L. Ferrajoli (Ed.), *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica* (A. Supelano, Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Manassero, M. d. I. Á. (2005). La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. In Serna Pedro (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 13-70). Granada: Comares S. L.
- Neumann, U. (1992). La teoría de la ciencia jurídica. In A. Kaufmann, W. Hassemer & G. c. Robles Morchón (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 349-364). España: Editorial debate.
- Nino, C. S. (1989a). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S. (1989b). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Osuna Fernández Largo, A. (1992). Esbozo de una hermenéutica jurídica. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer, N° 23*, 85-108.
- Perelman, C. (1948). La libertad y el razonamiento. *El Diario del Instituto de Sociología de Paris*, 142-160.
- Rivas, P. (2005). La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio. In Pedro Serna (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 71-103). Granada: Comares S. L.
- Seoane, J. A. (2005). Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In S. P. (Dir) (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (pp. 105-196). Granada: Comares S. L.
- Serna, P. (2005). *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (Segunda ed.). Granada: Comares.
- Sierra Porto, H. (2008). La administración de justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. from [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5\(1\)_10.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5(1)_10.pdf). Consultada el 20 de enero de 2011.
- Yturbe, C. (2000). Constitución, globalización y ciudadanía. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 12, abril, 35-51.
- Zagrebelski, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta S.A.



Título: Encendiendo la luz para un naufrago

Técnica: Óleo sobre tela

Dimensión: 24 x 30

***PROTECCIÓN JUDICIAL
DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN COLOMBIA*
ESTUDIO DE CASO: LA PERSPECTIVA
DE GÉNERO EN LA CUSTODIA
Y CUIDADO PERSONAL***

* Artículo producto de investigación terminada en el Seminario de Investigación “Perspectiva de Género en el Derecho de Familia” en la Especialización de Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana..

Fecha de recepción: marzo 25 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 27 de 2011

**PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA
ESTUDIO DE CASO: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CUSTODIA
Y CUIDADO PERSONAL**

*Lina Marcela Estrada Jaramillo***

Liliana Claros Guerra

*Diana Estela Zuluaga Castaño****

RESUMEN

La presente investigación tiene como intención analizar la realidad de los derechos de los niños, al aplicar el principio de la perspectiva de género en el estudio y análisis de un caso de custodia y cuidado personal, para efectos de lograr la efectividad y exigibilidad de sus derechos, fundamentados en la filosofía de la protección integral que los reconoce como sujetos prevalentes en el ordenamiento jurídico y que propende por la igualdad y equidad en las decisiones judiciales que se adopten frente a ellos.

Palabras Clave: protección judicial, perspectiva de género, custodia y cuidados personales.

ABSTRACT

This research, has the aim of analyze the reality of the children rights, applying the premise of gender perspective on the study and analyzes of a case of custody and personal care, for effects to obtain the become effective and enforceability of them rights, based in the philosophy of the integral protection which recognize like priority persons in the legal ordinance and that want the equality and equity in the legal decisions that are adopted for they.

Key words: legal protection, gender perspective, custody and personal care.

** Abogada Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Docente Investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) de la Universidad Pontificia Bolivariana. Directora del Seminario de Grado. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co

** Estudiantes de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana e integrantes del Seminario del Grado.

PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA ESTUDIO DE CASO: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL

Introducción

Este artículo pretende abordar el principio de perspectiva de género¹ señalado en la Ley 1098 de 2006 “Código de Infancia y Adolescencia”. Para esto se estudiará un caso referente a definir y otorgar la custodia y cuidados personales de una niña en sede judicial, en aras de visibilizar la aplicación de este principio, debido a que luego de la entrada en vigencia de la ley, su aplicabilidad ha estado ausente para efectos de definir conflictos sobre los derechos de los niños.

No cabe duda de que con la expedición de la Ley 1098 de 2006, Colombia logró hacer un avance normativo significativo a favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente al reconocerlos como “sujetos de derechos”, desde su realidad y cotidianidad. En ese orden de ideas, se consagra el principio de la perspectiva de género, como un principio que busca la protección integral, es decir, que las decisiones que se adopten frente a los niños, deben estar enmarcadas desde un enfoque de derechos para su garantía y efectividad sin discriminación de ninguna índole.

De acuerdo a la Unicef – Colombia, la perspectiva de género no se puede limitar a reconocer diferencias físicas o biológicas, entre uno u otro sexo, toda vez que considerar “género” como una categoría analítica basada en diferencias sexuales (biológica) nos conduce a generar discriminación entre hombres y mujeres, y en consecuencia a crear desigualdad entre ambos. En ese orden de ideas, las autoridades públicas deben reconocer a los géneros las diferencias sociales, culturales, familiares, afectivas; su aporte en la construcción de las dinámicas propias y sociales,

1 Artículo 12. Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este Código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

ejercer y acceder los derechos en forma distinta. En ese contexto, las autoridades deben liderar acciones de discriminación positiva a favor de uno y otro género².

Así las cosas, en el presente artículo se analizará la aplicación de este principio en un fallo judicial de custodia y cuidado personal de una niña, de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 del Código de la Infancia y adolescencia³.

Es importante señalar que la custodia es un concepto que hace referencia al ejercicio de los roles paternos y maternos, mediante los cuales se pretende criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y rutinas de vida en los niños; es decir, procurar una protección integral, que garantice el desarrollo de un sujeto sano en los aspectos físico, mental, emocional y afectivo; por el contrario el cuidado personal de un niño, se refiere al deber de asistencia, protección y garantía de los derechos (a su integridad personal, alimentos, educación, salud etc.), es decir, a todos aquellos derechos que procuren su mínimo vital, en la procura de su desarrollo integral.

En ese orden de ideas, en el derecho de la custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente va implícito en el principio denominado “responsabilidad parental” consagrado en el artículo 14 del Código de la Infancia y la adolescencia⁴, el cual establece, el ejercicio de los roles paternos y maternos en un contexto de responsabilidad solidaria y compartida, que procuren el plus de derechos a los niños, niñas y adolescentes.

Con fundamento en lo antes anotado, se pretende con el derecho de custodia y cuidado personal, que al niño, niña y adolescente, se le garantice el derecho a tener una familia, con una participación y acompañamiento permanente, continuo y presencial de los padres.

En las concepciones del ejercicio de una responsabilidad parental, solidaria y compartida, en aras de procurar la protección integral y garantía de derechos a los

2 UNICEF COLOMBIA. Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: 2010. p. 17.

3 Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes.

4 Artículo 14. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

niños, niñas y adolescentes, el derecho de custodia y cuidado personal de los hijos implica, que los padres en un plano de igualdad, y desde el ejercicio diferencial de sus roles, deben ejercer su potestad parental, en equidad e igualdad.

Por lo anterior, la presente investigación fue de tipo sociojurídico y por tratarse de una investigación de este tipo, se utilizaron modelos propios del enfoque de investigación cualitativa, por su pertinencia para el logro de los objetivos propuestos por los investigadores.

En la investigación se utilizaron dos formas metodológicas, la primera de ellas consistió en una recolección bibliográfica o documental, en la que se recogió toda la información relacionada con la perspectiva de género y la influencia que ésta ha tenido en los asuntos de custodia y cuidados personales de los niños, niñas y adolescentes.

La segunda fase consistió en un trabajo de campo, en el que se utilizaron técnicas propias de las ciencias sociales, consistentes en la percepción del caso a investigar.

El método fue el estudio de caso, éste es un método que tradicionalmente ha sido empleado para estudiar un individuo o una institución en un entorno o situación único y de una forma lo más intensa y detallada posible; es un método que se le define como descriptivo, es decir, describe la situación prevaleciente en el momento de realizarse el estudio⁵. Este método permitió acercarse a la realidad conceptos tan genéricos como equidad de género, perspectiva de género, interés superior de los niños, en la medida en que permite su definición y el conocimiento de los mecanismos judiciales para su defensa y protección. De esta forma, el estudio de caso funciona como referente ineludible o escenario para la ratificación de los derechos particulares.

Así las cosas, al partir del análisis de este caso para la investigación permitió identificar la percepción que tienen los jueces y los funcionarios administrativos sobre la perspectiva de género y su aplicación en uno de los asuntos de familia: la custodia y cuidados personales de los hijos.

El artículo se desarrolla en dos capítulos a saber: en el primero se describe el caso; en el segundo se realiza un análisis desde la categoría “perspectiva de género” frente al proceso judicial y por último se proponen unas recomendaciones y conclusiones.

5 Disponible en internet: http://www.usn.edu.mx/artman/publish/article_16.shmym1. Consultado el 13 de marzo de 2011.

1. Descripción del caso

1.1. Hechos

Ante un Juzgado de Familia se promovió demanda de custodia y cuidado personal a favor de la niña S.V.R.C⁶ fundamentada en los siguientes hechos:

Los señores K.J.C (madre de la menor, demandante) y J.A.R.F (padre la menor, demandado) son los padres de la niña S.V.R.C, nacida el 2 de noviembre de 2004. La convivencia, entre los padres se caracterizó por una constante conflictividad, especialmente, en lo referente a que el padre tenía tendencias a consumir sustancias psicoactivas e invertía gran dinero en esto.

La señora K.J.C adujo en los hechos de la demanda, que el 5 de junio de 2006 acudió en compañía de la señora A.C.F.B (abuela paterna) ante el ICBF Centro Zonal del barrio, allí acordaron, darle a la abuela paterna la custodia y cuidado personal de la niña S.V.R.C. Posteriormente el 23 de junio de 2006 se suscribió una nueva acta, mediante la cual la señora K.J.C recibe nuevamente a su hija y se fija cuota alimentaria a cargo del padre.

Entre el periodo comprendido entre 2006 y 2008, la niña estuvo al cuidado de su madre, quien residió en un municipio del suroeste y en la ciudad, con el fin de adelantar estudios universitarios. Durante ese periodo, se presentaron hechos constitutivos de violencia intrafamiliar del padre hacia la madre; constantemente era asediada por éste y por la señora A.C.F.B (abuela paterna) con el fin de obtener nuevamente la custodia y el cuidado personal de la niña.

El 27 de mayo de 2008 la señora A.C.F.B y J.A.R.F (abuela paterna y padre) acuden a la Comisaría de Familia sede del domicilio de la niña, y obtienen que la funcionaria les asigne la custodia y el cuidado personal al padre, por abandono de la madre. Frente a esta actuación la señora K.J.C presenta demanda, porque tanto el padre de la niña como su abuela, sabían donde se localizaba, y en ningún momento la notificaron o citaron para que compareciera a dicha diligencia.

La señora K.J.C señala que durante el tiempo que la niña estuvo al cuidado de su abuela paterna, siempre estuvo pendiente de todas las necesidades de su hija, es decir, nunca incurrió en abandono. Que fue víctima de engaños y artimañas, atri-

6 Los nombres han sido cambiados con el fin de proteger la identidad de las personas involucradas en el proceso.

buidas al padre y a su abuela paterna para despojarla de la custodia y de su cuidado personal de la niña.

La pretensión de la demanda consistió en el otorgamiento de manera definitiva a la madre de la custodia y el cuidado personal de la niña S.V.R.C

1.2. Actuación procesal en sede de judicial de familia

El señor J.A.R.F contestó la demanda desmintiendo cada una de las afirmaciones lanzadas en su contra, la cuales consistieron en engaño, maltrato, agresiones y consumo de drogas; indicó que apoyó a la señora durante su embarazo, y su madre sufragó gastos de educación de la señora. K.J.C (madre de la niña).

Que fue la señora K.J.C, quien incurrió en conductas de abandono y negligencia en el cuidado de la niña; que tenía un romance con un compañero de estudio, y que por eso lo abandonó, por lo tanto tuvo que acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se le otorgara la custodia y el cuidado personal de su hija.

Solicitó en las excepciones, la defensa del interés superior de la niña, unidad familiar, falta de legitimación por activa, temeridad y mala fe, abuso del derecho y falta de solvencia moral.

Surtida la etapa de saneamiento y fijación del litigio se decretaron varios testimonios, mediante los cuales se probó que la madre ejerció debidamente su rol de madre, que la niña bajo su custodia y cuidado tenía garantizados todos sus derechos, entre ellos, el de su relación materno filial. Su apoderada alegó que debía otorgársele la custodia con fundamento en la identidad de género de *madre e hija*.

El estudio sociofamiliar realizado mediante visita domiciliaria estableció que en la comunidad familiar del padre, en la que se encontraba la niña, no le generaba ningún riesgo y tenía garantizados plenamente sus derechos. De la visita domiciliaria realizada a la residencia de la madre, también se concluyó que era un ambiente sano y no generaba riesgos para la niña.

Se realizó prueba de tamizaje⁷ a cada uno de los padres, con el fin de establecer la tendencia al consumo de psicoactivos, dando como resultado positiva al padre y negativa a la madre.

En la etapa de alegaciones la apoderada del demandado, invocó la rehabilitación de éste frente al consumo de drogas; que la madre tenía como prioridad su formación

7 La OMS señala que estas pruebas sirven para identificar en los individuos si tienen alguna patología que requiera una intervención.

académica, y debido a ello no podía asumir la custodia y el cuidado personal que exigía la niña; que los testimonios daban cuenta del buen desempeño en el rol de padre del señor J.A.R.F, de sus facultades y disponibilidad para ejercer debidamente la custodia y el cuidado personal de su pequeña hija.

El Juez de Familia mediante sentencia, hace un análisis de la institución de la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas, y adolescentes; sobre los deberes y derechos de la familia ya que es el núcleo humano que acoge al niño desde que nace, le brinda cuidados y protección, le estructura poco a poco su personalidad y le ofrece permanente e integral amparo a sus derechos.

De otro lado enuncia el dicho relevante de cada uno de los testigos citados por las partes y concluye:

El horizonte probatorio que acaba de hacer mérito, no deja espacios a duda para predicar que definitivamente la falta de una adecuada dialéctica familiar, sostenida entre los padres de la niña S.V.R.C, durante su convivencia incidieron determinadamente en el manejo y desarrollo de las relaciones filiales de la actora con su hija.

(...)

Los lazos indisolubles de las partes frente a su pequeña hija en común, se vieron seriamente afectados a consecuencia del comportamiento irresponsable asumido por aquellos. Ilustración de ello, lo es el prolifero memorial de agravios censuras e interminables reproches que recíprocamente se lanzan, que van desde el consumo de alucinógenos, incumplimiento de aportes económicos, maltrato verbal y físico, descuido en el deber de cuidado y atención personal en la asistencia material de su hija

Dentro del debate probatorio si bien las partes ofrecen evidencia sobre las causas que dieron lugar a la disgregación del hogar y la suspensión de la vida en común, tal asunto no puede convertirse en una cortina de humo, para incursionar en el esencial sentido de la pretensión, que es indudablemente: la custodia y el cuidado personal sobre la niña.

Se señala en la sentencia que la decisión no se fundamentó en los hechos que dieron lugar a la separación, ni en la incidencia que cada una de las partes tuvo en ellos. En consecuencia se centró en los aspectos que dieron lugar a otorgar custodia entre los padres así:

- Con respecto a la violación de derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la parte actora, atribuidos a la Comisaría de Familia, dependencia que otorgó al padre la custodia y cuidado personal de la niña, señaló que era un asunto que debía dilucidarse ante dicha entidad, no en sede judicial.

- Que era evidente que la niña desde los dos primeros años de vida, había compartido la unidad de domicilio en mayor espacio de tiempo con su padre y la abuela paterna, interregno dentro del cual la progenitora adelantó estudios y trabajaba.
- Que no se logró certeza absoluta, sobre el cumplimiento o no de las obligaciones materiales y afectivas, a cargo de los progenitores hacia su hija, durante el tiempo en que convivió con cada uno.
- Que la prueba testimonial de cada una de las partes, daban cuenta que cada progenitor, había ejercido debidamente su rol paterno y materno filial. No obstante el Juez, señaló que “si bien ello fue así, definitivamente lo que más exhibe relevante importancia, es garantizar la ventura actual y futuro de la niña, quien siempre ha estado bajo el cuidado de su padre, excepto por el relativo corto periodo de tiempo en que la madre la tuvo bajo su cuidado”.

Se demostró en el proceso, según lo dice el Juez en su sentencia, que ambos progenitores lograron convencer, sobre la (...) “*solvencia, idoneidad, legitimidad y probidad mental, moral y afectiva para ejecutar a cabalidad dichos cuidados*” (...)

No obstante lo anterior, el Juez señaló que si bien la madre tenía suficientes bases de merecimiento para ostentar la custodia y el cuidado personal de su hija, (...) “*tal aspiración debe ceder ante las circunstancias en las que actualmente se encuentra su hija, las que hacen lectura de condiciones de favorabilidad desde cuando el padre asumió sus cuidados personales por la Comisaría de Familia*”.

Igualmente mencionó que el estudio socio familiar practicado a la comunidad familiar del padre, cumplía a cabalidad con la garantía de derechos para la niña, que no existían riesgos y que el padre cumplía con el sostenimiento y manutención de la niña, es decir, que ese medio familiar había posibilitado una formación integral de la niña; y que de la visita a la madre se sugirió que tenía también proyectadas las mejores condiciones para la niña y que contaba con una red de apoyo familiar.

Decidió entonces el Juez de familia declarar probada la defensa perentoria del interés superior de la niña, y no probadas las excepciones falta de legitimación por activa de solvencia moral, temeridad y mala fe de la demandante.

En la parte resolutive de la sentencia dispone que en cabeza del señor J.A.R.F (padre) continuarían radicados los cuidados personales unidad de domicilio tenencia personal o física de su hija.

Este proceso fue objeto de acción de tutela⁸ por parte de la señora K.J.C de la sentencia del Juez de Familia; acción que fue resuelta por el Tribunal Superior Sala de Familia.

Los argumentos de la acción de tutela, se fundamentaron en que el demandado contestó extemporáneamente la demanda, y que no obstante esta situación el Juez de Familia decretó todas las pruebas solicitadas, pero no dio traslado de las excepciones propuestas a la parte actora, en aras de ejercer el derecho de defensa y contradicción; que no se valoraron debidamente las pruebas de tamizaje practicada a ambas partes, ni se valoró otras pruebas referidas a la conducta de la parte actora; que las pruebas obrantes en el proceso no demostraron el dicho del demandado; y que no obstante haberse agotado la etapa de alegaciones se practicaron otras pruebas, sin que se corriera debidamente otro término para alegar, sobre dichas pruebas.

En consecuencia se solicitó que se dejará sin efecto la sentencia proferida por el Juez de Familia, por ser constitutiva de una vía de hecho.

El Tribunal Superior Sala de Familia señaló en la sentencia de tutela que se evidenció un defecto fáctico, por defectuosa valoración del material probatorio y del interés superior del niño, como postulado constitucional y criterio para evaluar este caso⁹.

El Tribunal cita las siguientes normas de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, artículos 8¹⁰, 9¹¹, 10¹² y 11¹³ y los principios 6¹⁴ y 7¹⁵ de la misma ley. Con el anterior marco normativo internacional, el Tribunal hace énfasis en la perentoriedad de estas normas en el sentido de que establecen el concepto de la protección especial del niño y en consecuencia, admitir que la familia es el grupo fundamental de la sociedad donde se brinda bienestar a sus miembros, particularmente a los niños y que por esto los estados partes se comprometen a respetarle sus derechos y a velar y a hacer cumplir la Declaración de los Derechos de los Niños, proclamada por la Asamblea General

8 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

9 Sentencia T-538 de 1994, T-086 de 2007, T 239 de 1996, T 576 de 1993, T 442 de 1994.

10 Derecho a la identidad.

11 Derecho a no ser separado de sus padres

12 Derecho a salir a cualquier país

13 Derecho frente a los traslados ilícitos de niños al extranjeros

14 Derecho a la vida

15 Derecho a su inscripción después del nacimiento

de la ONU, el 20 de noviembre de 1959, donde se dispuso que el niño requiere amor y comprensión para el pleno desarrollo de su personalidad, debiendo crecer, en lo posible, bajo el amparo de sus padres y en un ambiente de afecto y seguridad moral, salvo circunstancias excepcionales.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal señala que el Juez de Familia, desconoció el carácter perentorio de las normas antes señaladas, es decir, no las tuvo en cuenta como fundamento normativo para resolver el conflicto sometido a su resolución; teniendo en cuenta además que se debían valorar en este tipo de derechos, factores de riesgo o de peligro para efectos de asignación de custodia o cuidados personales de un niño a uno de sus padres.

Respecto de lo antes destacado señaló que la Corte Constitucionales ha referido a la institución de la custodia y el cuidado personal así:

*La custodia y el cuidado del menor deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en tal virtud, es obvio que para otorgar la custodia y el cuidado del menor, debe valorarse objetivamente la respectiva situación para confiar aquéllas a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades que son ajenas al goce pleno y efectivo de sus derechos (...) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado*¹⁶

Se señala que el Juez no examinó debidamente los alcances de la custodia provisional asignada por la Comisaría de Familia al padre de la niña y la forma o los medios de que se valió para obtenerla y verificar la realidad de los hechos que para ese momento fueron alegados, pues se adujo abandono de la madre, dejando de lado los esfuerzos y acciones legales propuestos por la madre, en aras de lograr restablecer la custodia y cuidado personal de su hija.

De otro lado se alude que no se expusieron las razones por las cuales no se le podía otorgar la custodia y cuidado personal a la madre.

También que el Juez omitió analizar si la madre en razón de sus circunstancias personales era la más idónea para hacerse cargo de la niña “...*teniendo en cuenta fundamentalmente que la edad de la misma juega un papel determinante en estos casos.*”

En consecuencia, se evidenció que la sentencia atacada por vía de hecho, era violatoria del debido proceso, y que por ende debía dejarse sin efecto y en cumplimiento

16 Sentencia T 442 de 1994 M.P Antonio Barrera Carbonel.

del principio del interés superior de la niña y el derecho al debido proceso, el Juez de Familia debía rehacer la actuación dentro del marco de la normativa citada, profiriendo sentencia en un término de 48 horas.

En cumplimiento de la decisión del Tribunal Superior Sala de Familia, el Juez de Familia profiere nuevamente sentencia.

En el fallo proferido en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal Sala de Familia, el Juez hace una relación detallada de cada una de las pruebas aportadas al proceso, analizando circunstancias modales de tiempo, modo y lugar como ocurrieron cada una de las actuaciones, en que se otorgó custodia y cuidado personal de la niña, entre los padres y a la abuela paterna. En esta instancia el Juez, le imprime valor probatorio a la conducta que desplegó la madre calificándola de loable y de desmesurado esfuerzo, con el fin de restablecer y conservar la custodia y el cuidado personal de su hija; descalifica el proceder del padre y de la abuela paterna, quienes ante la Comisaría de Familia adujeron abandono de la madre sobre su hija, a espaldas de la demandada; conducta violatoria de derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa de la señora K.J.C (madre)

El Juez de Familia en su sentencia, cita párrafos sobre la concepción del principio del interés superior del niño extractado del libro “La custodia y cuidados personales de los hijos. El derecho de acceso a los hijos. Una visión en el derecho internacional” de la tratadista Matilde Lemos San Martín, quien encuadra dicho principio en una conceptualización de protección especial que requieren los niños y el carácter prevalente de sus derechos.

Igualmente, la judicatura de familia cita el contenido de la sentencia T-408 de 1995 proferida por la Corte Constitucional; en la aludida sentencia se establecen unos parámetros de análisis, a tener en cuenta en una decisión, como la que se viene analizando: garantía del desarrollo integral del menor, garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, equilibrio con el derecho de los padres, provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor y la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del estado en las relaciones paterno-materno-filiales.

Con fundamento, en lo antes citado en la sentencia aparece probado, con certeza, lo siguiente,

- Que el rol paterno ejercido ante su hija por el señor J.A.R.F, estuvo ajustado al principio de la protección integral, en el sentido de haber posibilitado un desarrollo físico, emocional, afectivo y social en condiciones sanas.

- Que la señora K.J.C fue despojada de la custodia y cuidado personal de su hija, mediante una actuación administrativa que violentó sus derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa, constituyendo un flagrante atentado a los principios del Interés Superior de la niña, la prevalencia de sus derechos y de la protección integral, calificando la actuación administrativa como, arbitraria y desconocedora de todo el marco jurídico de derechos de los niños.
- Que en el plenario se probó que la madre ejerció debidamente su rol materno, durante el ciclo vital de la niña, que en esa época tenía; pero con la actuación del padre y su parentela, se desconoció ese rol y el referente materno, en forma inequitativa y discriminatoria.

De otro lado, se hace referencia que por la condición de *género femenino*, las circunstancias modales, que originaron el alejamiento de la niña de su madre, se debía restablecer la custodia y cuidado personal a la madre, con fundamento en el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Constitucional, teniendo en cuenta las características, o situaciones de sexo, género, edad, ciclo vital en el que se encontraba la niña. Además que para el restablecimiento de la custodia y el cuidado personal a cargo de la madre, se debía agotar un proceso de acercamiento y sensibilización, solicitando apoyo al ICBF.

En ese orden de ideas, el Juez de Familia señala (...) “*que la tenencia de la niña, mirada desde la perspectiva de género, permitirá a ambos padres la oportunidad en cada contexto de desplegar el rol que le corresponda, ya la madre con la tenencia de la hija, ya el padre en el ejercicio de derecho de visitas y ambos ejerciendo la responsabilidad parental que les corresponda para con ésta*”.

De otro lado, para puntualizar el retorno de la custodia y cuidado personal de la niña a su madre, se hace referencia al ciclo vital de la niña, en el sentido de requerir unos cuidados maternos directos, dentro del contexto de nuestra realidad social familiar y perspectiva de género, siendo razonable y lógico la preferencia de la custodia y cuidado personal de la niña a su madre, teniendo en cuenta que no se vislumbra ningún tipo de riesgo para la protección integral de la niña.

Falla entonces el Juez en el sentido de acceder a las pretensiones de la madre, confiréndole la custodia y el cuidado personal de la niña. Advirtió que el padre tenía el derecho de visitas, con derecho a pernotar en la residencia del padre. Concedió el término de 8 días contados a partir de la emisión del fallo, para que hiciera entrega de la niña a su madre. Solicitó el apoyo del ICBF para que por su conducto se verificará el cumplimiento de la decisión.

2. Alcance de la decisión judicial a la luz del principio de la perspectiva de género

Queda evidenciado en el caso seleccionado, que la aplicación del principio de la *perspectiva de género* consagrado en el artículo 12 de la Ley 1098 de 2006 no fue debidamente analizado por el Juez de Familia frente a su alcance, para efectos de dirimir el conflicto sobre la custodia y el cuidado personal de la niña.

Solo por vía de tutela, se detectó que la decisión adoptada por el Juez, constituía una vía de hecho por la presencia de un defecto fáctico el cual ocurre “*cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el Juez, para aplicar una determinada norma, es absolutamente inadecuado*”¹⁷

En ese contexto, el Juez hace nuevamente un análisis del material probatorio, enmarcado en el principio del interés superior de la niña consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Y con fundamento en el principio de igualdad, señalado en el artículo 13 de la Carta Política, ordena restablecer a la madre, la custodia y el cuidado personal sobre su hija, toda vez que se le violentaron sus derechos fundamentales del debido proceso, defensa y contradicción, con la actuación que desplegó el padre y su madre (abuela paterna) ante la Comisaría de Familia, dependencia que adoptó la decisión de otorgar custodia y cuidado personal al padre, solución que fue discriminatoria e inequitativa para los derechos de la niña y su madre.

En vista de que el Juez parte del principio de igualdad, resulta procedente traer a nuestro análisis la Resolución 210 de 24 de mayo de 2010 mediante la cual la Procuraduría General de la Nación, adopta la Política de Igualdad y no discriminación, donde se establece el marco normativo expresado en la legislación nacional e internacional, fundamento para la consagración del principio de la perspectiva género; igualdad que está configurada jurídicamente en la Constitución Política que reconoce el principio-derecho de la igualdad que se traduce en (1) que «*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica*»; (2) que el Estado debe «*promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados*»; y (3) que «*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren*

17 Tomado de la Sentencia del Tribunal Superior Sala de Familia del caso bajo análisis.

en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (artículo 13 Constitución Política)¹⁸.

Siguiendo con el análisis del caso, el Tribunal Superior Sala de Familia, indica que el Juez no analizó si la madre, en sus circunstancias personales, era la persona idónea para ostentar la custodia y el cuidado personal de la niña, teniendo en cuenta que la edad de la niña, juega un papel determinante en estos casos.

De lo antes anotado se vislumbra que tímida e implícitamente, se menciona la necesidad de aplicar, la *perspectiva de género*, como una categoría analítica, que permite dilucidar el conflicto de la litis, en el disfrute de derechos constitucionales fundamentales, señalado anteriormente desde la igualdad real y efectiva.

En ese orden de ideas el Juez accionado, en sentencia proferida en sede de tutela le imprimió un enfoque de derechos, fundamentado en los principios consagrados en la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁹.

Si bien en la sentencia del Juez de Familia se mencionan el sexo, el ciclo vital de la niña, como aspectos determinantes para otorgar la custodia y el cuidado personal a la madre, se advierte que dichos conceptos no fueron debidamente analizados en su contexto y alcance, como perspectiva de género, para efectos del reconocimiento de la diferencia, en lo biológico y psicológico y el impacto en el ejercicio de los roles de la paternidad y la maternidad.

En consecuencia, se avizora que el principio de la perspectiva de género, no alcanza su dimensión, en el sentido de reconocer desde la diferencia social, biológica, psicológica, una categoría analítica que contribuya a restablecer una equidad e igualdad en las relaciones de familia, que en el caso que nos ocupa, estaba totalmente resquebrajada, por el fenómeno de la violencia intrafamiliar e injerencias de

18 La Constitución Política reconoce específicamente que «*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*» (artículo 43 Constitución Política). En el ámbito internacional, son múltiples los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el principio-derecho de igualdad y no discriminación, los cuales, de conformidad con el artículo 93 constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre esos tratados pueden mencionarse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ley 248 de 1995) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 51 de 1981) Convención Internacional de los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991).

19 Protección Integral (artículo 7) del Interés Superior de los Niños, Las Niñas y Los adolescentes (artículo 8), Prevalencia de los Derechos (artículo 9), Corresponsabilidad (artículo 10), Exigibilidad de los Derechos (artículo 11), Perspectiva de Género (artículo 12).

familia extensa (abuela paterna), manifestada en un desequilibrio de las relaciones de poder al interior de la familia.

La decisión se circunscribe a dimensionar la perspectiva de género, en el derecho de custodia y el cuidado personal de la niña, al ejercicio de los roles paterno y materno filiales en lo que corresponda, a cada uno, desde la tenencia directa y personal a cargo de la madre, y desde el derecho de visitas del padre.

De lo anterior se colige, que pareciera que la perspectiva de género, estuviera implícita, en la responsabilidad parental, cuando lo que va implícito en ella, es el derecho a la custodia y el cuidado personal, consistente en procurar al niño, niña o adolescente un marco normativo de comportamiento, pautas de crianza, hábitos, rutinas, vigilancia, asistencia, protección etc, en forma solidaria, compartida e igual por los padres; con el fin de garantizar una protección integral en las dimensiones afectivas, emocionales, salud mental y física.

En ese orden de ideas, en el caso que nos ocupa, la pretensión de la demanda prosperó principalmente en el reconocimiento de que la custodia se debía restablecer a su madre, en vista que fue despojada en forma arbitraria, en una actuación administrativa, que le vulneró su derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción.

Si bien en la segunda sentencia el Juez de Familia se pretendió materializar el principio de la perspectiva de género, este no alcanzó su dimensión, en el sentido de reconocer los derechos de la niña, a tener una familia, una custodia y cuidado personal, desde la diferencia de los roles paternos y maternos para la garantía y protección integral de sus derechos y la necesidad de que esos roles se ejerzan en un plano de equidad e igualdad, que procure un desarrollo físico y emocional integral como sujeto de derechos.

Importante para concluir lo mencionado por la Doctora Silvia Walter Villareal²⁰, abogada, exdefensora de familia, y actualmente Procuradora Judicial de Familia, sobre el alcance del principio de la perspectiva de género, en las instancias administrativas llevadas a cabo en Comisarías de Familia y Defensorías de Familia:

*En aquellos eventos en que el niño o niña se encuentre en situación de riesgo o de peligro, es la circunstancia de la cual necesariamente se debe partir para asignar la custodia y cuidado personal a quien realmente puede brindar la protección que merece, incluso llegarle a entregar su cuidado a un tercero*²¹.

20 La entrevista realizado el 2 de marzo de 2011 a las 2:00 p.m., en la Sede Administrativa La Alpujarra (Medellín).

21 Sentencia T 442 de 1994 M.P Antonio Barrera Carbonel.

Antes del año de 1991 no existía el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del país, ni mucho menos el reconocimiento de las diferencias sociales biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas, según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social, no se veían posibilidades de que llegara a legislarse en Colombia sobre el pluralismo jurídico y mucho menos que se llegara a reivindicar el derecho de los diversos grupos socioculturales, frente al control y sanción social.

En la Carta Política de 1991 se estableció como Principio Fundamental el contemplado en los artículos 1 y 2, elevando a la categoría constitucional los Derechos de los ciudadanos, sin importar la raza, edad, sexo, en un marco de igualdad y equidad, imponiendo para lograr este imperativo obligaciones a la familia, la sociedad y al Estado para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y les previene a todos ellos atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de situaciones que atenten contra el derecho a la vida, la calidad de vida, además de reconocer un catálogo de derechos inherentes a la dignidad humana.

Para el ejercicio de los derechos y las libertades cuentan con un bloque de normas que buscan la igualdad de derechos y oportunidades, convirtiéndose en un imperativo social que las mujeres y los hombres de acuerdo a su ciclo vital cuenten con las mejores condiciones para lograr los mejores índices de desarrollo humano.

Pese a los avances normativos, específicamente con una ley como la 1098 de 2006, no se ha logrado introyectar, ni empoderar por parte de las autoridades administrativas, el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social.

Por ende la perspectiva de género como tal no se aplica realmente en el accionar de la gran mayoría de comisarios y defensores de familia ni en los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad de género, se observa ello, en la pobreza de algunas decisiones y las medidas de restablecimiento de derechos que se adoptan, puesto que en los casos de cualquier tipo de violencia, se sigue valorando el fenómeno, no al sujeto inmerso en ella, sobre todo en el tema de las niñas y las adolescentes, hasta el punto que en las decisiones no se hace énfasis en el significado de la violencia en la mujer; como niña o adolescente, ni tampoco en el hombre, niño o adolescente, son visiones planas.

No se adoptan en las intervenciones, ni se dota de herramientas para empoderar a las niñas y las adolescentes para superar las huellas de la violencia y que puedan construir una nueva subjetividad (equilibrio) e identidad como mujeres en su ciclo de vida.

No se visibiliza la inclusión de agendas ciudadanas en los procesos de atención, es decir, en las instituciones que intervienen con las niñas y los niños se han quedado en los esquemas objetivistas, quedando reducido a la facultad del adulto en la toma de las decisiones de qué es lo que le “conviene” y no

enmarcada en las necesidades e intereses de género, dando lugar tal ausencia a que no se formen nuevos esquemas soportados en la cultura de igualdad”

La anterior reflexión, nos indica que en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, a cargo de Comisarios y Defensores de Familia, no se ha logrado materializar el principio de la perspectiva de género en sus decisiones, toda vez que a los niños, niñas y adolescentes inmersos en esos procesos, se les concibe como sujetos de derechos desde la norma, mas no desde su realidad y cotidianidad, lo que lleva a analizar el fenómeno que ha generado el proceso, más no la afectación en sus dimensiones psicológicas, sexológicas, culturales y sociales que esas vulneraciones de sus derechos les generan.

Las intervenciones desde lo sicosocial, se limitan a identificar la problemática, mas no se ocupa de crear y fortalecer mecanismos de autoprotección y empoderamiento en la exigibilidad de sus derechos.

Si bien las medidas de restablecimiento de derechos que adoptan las autoridades, van encaminadas a garantizar protección y asistencia, ante la evidencia de vulneración, inobservancia o riesgo de derechos, las mismas no se enmarcan, ni fundamentan en el principio de la perspectiva de género, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos se ordenan desconociendo el derecho al reconocimiento de la diferencia en aspectos sociales, biológicos y psicológicos en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social, generando que los niños, niñas y adolescentes no respondan positivamente a los procesos de intervención sicosocial y terapéuticos.

Conclusiones y Recomendaciones

- Aún persiste la conceptualización de “Género” basada en diferencias sexuales (biológicas) lo que conlleva a valoraciones desiguales y discriminatorias a las mujeres por lo que se debe aclarar la diferencia entre sexo y género. Toda vez que la perspectiva de género no se puede reducir al reconocimiento de diferencias físicas o biológicas entre uno y otro sexo.
- En el análisis del caso, erradamente se concibe la perspectiva de género para la madre desde la custodia, y para el padre desde el derecho de visitas, es decir, se desconoce su categoría analítica, para reconocer desde la diferencia de los roles paterno y materno la necesidad del derecho de la niña a garantizarle el derecho a tener una familia, y un derecho de custodia y cuidado personal enmarcada en la equidad e igualdad.

- Los conceptos psicosociales practicados en el proceso, concluyeron que tanto el padre como la madre son garantizadores de derechos; sin embargo no analizaron desde la perspectiva de género la preferencia de la madre para otorgarle custodia y cuidado personal, teniendo en cuenta el ciclo vital de primera infancia y el sexo de la niña, en aras de que dicha preferencia, no desconociera desde la diferencia padre - madre la necesidad de un ejercicio de roles para la formación integral de la niña.
- Aún subyace la falta de conciencia de los problemas relacionados con el género, identificándose como una falencia para la materialización del *principio de la perspectiva de género* señalado en la Ley 1098 de 2006, en decisiones judiciales y administrativas.
- El reconocimiento a la igualdad y la formulación de acciones positivas de no discriminación, deben ser efectivas, por su consagración legal, constitucional, tratados, convecciones internacionales; en esa medida evitar la utilización del mecanismo rogado, para el ejercicio y reconocimiento de los mismos.
- Se hace necesario capacitar sobre el tema a las autoridades judiciales y administrativas, con el fin que el principio de la perspectiva género, sea debidamente contextualizado, en las decisiones que resuelven conflictos sobre los derechos de los niños, en el sentido de que desde el reconocimiento de la diferencia a todos los sujetos inmersos en las problemáticas, se les restablezcan los derechos vulnerados, amenazados o en riesgo con fundamento en la protección integral, concepto en el que se estructura la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Es necesario que el principio de la perspectiva de género, sea dimensionado como un elemento de identidad social, es decir que se conciba como una herramienta conceptual para explicar el carácter de la relación asimétrica entre hombres y mujeres para equilibrar las relaciones familiares.
- Es importante tener en cuenta el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, como principio orientativo para resolver conflictos que involucren a la niñez y a la adolescencia, ya que por su contenido real y relacional, exige que a los niños y adolescentes, se les valore y evalúe integralmente, en su cotidianidad y realidad.
- Se hace necesario aplicar el principio de la perspectiva de género, en cualquier análisis jurídico, enmarcándolo en el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, a la hora de resolver conflictos en los que estén inmersos estos, para efectos de lograr decisiones en equidad e igualdad, para los padres y de reconocimiento de la prevalencia y enfoque de derechos que se deben tener en cuenta.

Bibliografía

- AGUILAR CUENCA, José Manuel. De compartir la custodia a la custodia compartida. Barcelona.2009.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991.
- CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1098 de 2006 del 8 de noviembre de 2006 por el cual se expide en Código de Infancia y Adolescencia.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 442 de 1994. M.P Antonio Barrera Carbonel Estudio de Caso. Disponible en internet:
http://www.usn.edu.mx/artman/publish/article_16.shmymml. Consultado el 13 de marzo de 2011.
- MEMORIAS CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA. Medellín-Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.2008. CD.
- SECRETARÍA DE SALUD ALCALDÍA MAYOR SANTA FE DE BOGOTÁ.Colección derechos de los niños 6. Derecho a comprensión y amor por parte de los padres y la sociedad.1998. Bogotá.
- SECRETARÍA DE SALUD ALCALDÍA MAYOR SANTA FE DE BOGOTÁ.Colección derechos de los niños 2. Derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social, en condiciones de libertad y dignidad. 1998. Bogotá.
- SECRETARÍA DE SALUD ALCALDÍA MAYOR SANTA FE DE BOGOTÁ.Colección derechos de los niños 1. Derecho a la igualdad sin discriminación de raza, credo o nacionalidad.1998. Bogotá.
- UNICEF COLOMBIA. Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: 2010. p. 17.



Título: Sueño hecho realidad
SD

EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO*

* Este trabajo es producto de la investigación terminada “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”, inscrito en el centro de investigaciones jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y en el CODI.

Fecha de recepción: marzo 25 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 27 de 2011

EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

*Alejandra Ortiz Fernández***

RESUMEN

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia sobre la responsabilidad por falla del servicio público de salud, ha implementado diversos tipos de soluciones a las dificultades probatorias a las que se ve enfrentado el demandante para poder demostrar los hechos que invoca dentro del proceso, tendiendo así, en la mayoría de los casos, a facilitarle al demandante su carga probatoria. Entre tales soluciones se evidencia una reiterada remisión a la prueba indiciaria como medio probatorio que facilita la comprobación de los hechos. No obstante, la forma en que es tratado el indicio por parte del Consejo de Estado en esos eventos, hace necesario plantear varias críticas que se erigen a partir de una concepción del indicio fundada en la teoría general de la prueba y que constituyen la esencia del escrito que se pone a consideración del lector.

Palabras clave: responsabilidad estatal por falla del servicio médico-asistencial, dificultad probatoria, estándar de prueba, carga de la prueba, medio de prueba, prueba indiciaria, principios probatorios.

INDICATION IN THE LIABILITY FOR THE FAILURE OF PUBLIC SERVICE OF HEALTH. ANALYSIS OF STATE COUNCIL JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The State Council in his jurisprudence about liability for the failure of public service of health has given several solutions to the proof difficulties of the claimant for demonstrate the facts that invoke, searching in the most of the cases facilitate his burden of proof. Between such solutions I notices an often use of circumstantial evidence like a proof that allows verify the facts. However, the form in which circumstantial evidence is treating by the State Council in that cases makes necessary establish several criticisms found in a conception of circumstantial evidence into the field of a general theory of the proof, essential matter of the present article.

Keywords: Liability for the failure of public service of health, proof difficulties, proof standard, burden of proof, circumstantial evidence, proof principles.

** Abogada Titulada de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: alejaortiz84@yahoo.es

EL INDICIO EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Introducción

El presente artículo hace parte de los resultados de la investigación “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”. En este artículo se parte del fenómeno presente en la jurisprudencia del Consejo de Estado consistente en la implementación de diversas soluciones frente a las dificultades probatorias a las que se ve avocado el demandante para demostrar los hechos que invoca dentro del proceso, y que tienden en la mayoría de los casos a facilitarle a esta parte procesal su actividad probatoria. Pero en la última década, esto es, a partir del año 1999, entre tales soluciones sobresale una reiterada remisión a la prueba indiciaria como medio probatorio que facilita superar las dificultades probatorias que se presentan en diversos ámbitos, como en la verificación de la falla del servicio y en la relación de causalidad del daño médico.

La tendencia del Consejo de Estado a utilizar la prueba indiciaria como la herramienta que permite superar las dificultades probatorias en la responsabilidad médica estatal, genera como cuestionamiento si esto conlleva al abandono de las soluciones que anteriormente la jurisprudencia del Consejo de Estado planteaba a estas dificultades, tales como la inversión de la carga de la prueba, la disminución del estándar probatorio en la verificación del nexo de causalidad, o las teorías de la culpa virtual o del *res ipsa loquitur* o prueba *prima facie*; e igualmente, se cuestiona si se ha abandonado en materia obstétrica la responsabilidad objetiva como medio de adjudicación de responsabilidad.

Se tiene, entonces, como objeto de estudio, analizar si la prueba indiciaria se erige en la fórmula que plantea el Consejo de Estado para superar las dificultades probatorias presentes en la demostración de los hechos en el campo de la responsabilidad médico asistencial. Como objetivos específicos se plantean los siguientes: 1) analizar la forma en que es tratado el indicio por parte del Consejo de Estado en los asuntos problemáticos que aborda en su jurisprudencia; 2) abordar el manejo del indicio con respecto al estándar de prueba

en la verificación de la causalidad entre la falla médica y el daño; 3) estudiar las inversiones de la carga probatoria y los indicios que se construyen a partir de la conducta procesal de las partes; 4) revisar la presencia del indicio en las teorías de los denominados aligeramientos probatorios (Culpa virtual, prueba *prima facie* y *res ipsa loquitur*); 5) y abordar el indicio en la flexibilización probatoria dentro de los procesos de responsabilidad médica estatal por intervenciones obstétricas.

La importancia de este escrito estriba en que se ha encontrado que a partir del año 1999 en la jurisprudencia del Consejo de Estado la prueba indiciaria posee un papel principal, deviniendo en una especie de hilo conductor, que permite descifrar el estado actual del régimen probatorio en materia de responsabilidad médica atribuible al Estado. De manera que, a partir de un método de estudio explorativo y descriptivo de las providencias del Consejo de Estado sobre responsabilidad médico-asistencial, se describen las posiciones de este alto Tribunal sobre el manejo y alcance probatorio del indicio, alternando, a la vez, las críticas que se suscitan a partir de la teoría general de la prueba sobre la prueba indiciaria y los principios probatorios.

El desarrollo del texto que coloco a consideración del lector se realiza a través de cinco subtemas que se expondrán así: en el primer acápite se hace una breve conceptualización del indicio desde la teoría de la prueba; en el segundo acápite se aborda el indicio y su interrelación con la probabilidad en la verificación judicial del nexo causal; en el tercer acápite se trata la inversión de la carga de la prueba y los indicios a partir de la conducta procesal de las partes; en el cuarto acápite se expone la presencia del indicio en las teorías de aligeramiento probatorio; y por último, en el quinto acápite se desarrolla lo concerniente a los indicios en los procesos de responsabilidad médica por intervenciones obstétricas. Todo lo anterior con algunas apreciaciones realizadas en forma concomitante y que pretenden poner de manifiesto inconvenientes de carácter teórico y conceptual en el manejo de la prueba indiciaria en el campo de la responsabilidad médica estatal.

La prueba indiciaria en la responsabilidad médica estatal

1 El concepto de la prueba indiciaria

Para empezar, es preciso poner de manifiesto que en el presente escrito se entiende el indicio como un verdadero medio de prueba, en armonía con algunos autores que

así lo han fundamentado¹. Por ello, en lo sucesivo, habrá de estudiarse su estructura y se establecen algunos de los requisitos que debe cumplir para que se constituya en una verdadera prueba y así evitar caer en los errores muy comunes de confundirla con las presunciones, inferencias, y hasta con la simple sospecha de la ocurrencia de un acontecimiento que se investiga y en fin, evitar tratarla erróneamente como una prueba de menor categoría. Consideración doctrinal que se corresponde con los artículos 175, 248, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil en los cuales se establece y regula al indicio como medio de prueba en Colombia.

En ese sentido, Devis Echandía preconiza una acepción amplia del indicio cuando asevera que “entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos”². De manera que, estructuralmente, el indicio se compone de: a) un hecho indicador y b) de una inferencia lógico-crítica fundada en las máximas de la experiencia que lleva al conocimiento del hecho indicado. Tener en mente lo anterior, facilita saber cuando se está en presencia de un indicio en el proceso y, por tanto, poderlo controvertir si hay lugar a ello, o bien saber como construirlo cuándo se le invoca como medio de prueba. Lo anterior no implica negar la complejidad en su apreciación, pues exige una doble tarea de valoración al Juez, debido a que debe comprobar primero la certeza del hecho que indica y seguidamente debe apreciar el “hilo conductor”, la inferencia lógica crítica que conduce al hecho desconocido y que es el que interesa al proceso.

Es preciso aclarar también que en cuanto a la fuente de la prueba indiciaria se acoge el criterio de DEVIS ECHANDÍA según el cual el indicio por el hecho de tener como fuente otro medio probatorio, no pierde su propia autonomía como prueba pues “el hecho indicador es su propio medio, de expresión, aunque debe ser probado por otro medio como inspección o testimonio, sin que esto excluya su propia individualidad”³. De esa forma, para poder establecer la presencia de un indicio dentro del acervo probatorio, se impone determinar que el hecho indicador sí esté plena y válidamente probado en el proceso, de suerte que en palabras de FRAMARINO DEI MALATESTA, si no se tiene plena certeza del acontecimiento de este hecho “no sería para nosotros más que algo desconocido, y entonces ten-

1 Al respecto ver PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones. Tomo IV. Bogotá: Legis, 2005, p. 12; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Temis. Bogotá: 2002, p.589; DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. Bogotá: Temis. 2000, p. 49y 63;.

2 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 587.

3 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 588.

dríamos una cosa desconocida que nos indica otra desconocida ¿podría confiar en esto la lógica?⁷⁴.

Por otro lado, es de señalar que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer los requisitos de eficacia probatoria del indicio. Tarea que DEVIS ECHANDÍA⁵ expone de manera detallada manifestando los requisitos que debe cumplir esta prueba a fin de que se le tenga como eficaz en el proceso. Así, tenemos, como primer requisito, que el hecho indicador sea el resultado de una prueba válidamente allegada, practicada y valorada en el proceso judicial. En segundo lugar, está la consideración de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado no obedezca al azar o la casualidad, sino que sea el resultado de un análisis lógico-crítico basado en las reglas de la experiencia. En tercer lugar, tenemos la necesidad de que ante la presencia de varios indicios se les identifique por su fuerza probatoria, de suerte que para otorgarle eficacia probatoria a los indicios de menor valor, se exige que sean plurales, convergentes y concordantes, en sintonía con lo prescrito por el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, en tanto establece que los indicios deberán ser apreciados en consideración de su gravedad, concordancia y convergencia y en relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. En cuarto lugar, también ha de exigirse que los indicios sean unívocos, y no multívocos, de los que se desprenden varias hipótesis razonablemente posibles. En quinto lugar y por último, para otorgarle eficacia probatoria al indicio se necesita, además, que haya llegado el Juez al convencimiento sobre su existencia dentro del proceso.

2 El indicio y su interrelación con la probabilidad en la verificación judicial del nexo causal

Para realizar el análisis de la interrelación del indicio con la probabilidad en la forma en que se alude a este concepto en algunas providencias del Consejo de Estado para la verificación del nexo causal, se requiere antes de empezar, entender que la forma en que se refiere a la probabilidad este Alto Tribunal, como se verá más adelante, significa una disminución del estándar de prueba en la demostración del nexo de causalidad, en contraste con una *verdad probabilística* en la que no se alude a una disminución del estándar de prueba sino a reconocer que la verdad

4 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Vol I. Bogotá: Temis, 1964, p. 262.

5 *Ibíd.*, p. 623 a 655.

procesal es falible, tal y como lo reconocen TARUFFO⁶ Y GASCÓN⁷. Así, se tiene que la verdad procesal es de carácter relativo y no absoluto, advirtiendo que “en el mejor de los casos la idea general de verdad se puede concebir como una especie de -ideal regulativo-, esto es, como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo”⁸. En este mismo sentido, GASCÓN⁹ acoge el concepto de verdad procesal diferenciándola de una verdad objetiva consistente en la correcta descripción de lo real, que es objetivo, mientras que la verdad alcanzada en los procesos no es sino la que se describe dentro del proceso, la cual es falible debido a que dentro del debate probatorio existen múltiples reglas que limitan la verificación de los enunciados fácticos.

Además, se parte de que la verdad procesal es falible, de que es probabilística, por la forma en que es obtenida dentro del proceso, pues a ella se llega solo en virtud de las pruebas aportadas al mismo y sólo con éstas se busca verificar los enunciados fácticos, de forma tal que es a partir de un razonamiento deductivo-inductivo que se llega a establecer hipótesis sobre el acaecimiento de los hechos. Se tiene, entonces, que las pruebas son las premisas por medio de las cuales se construyen razonamientos inductivos que ofrecen sólo un panorama de probabilidad en la verificación de los hechos¹⁰. En suma, hay consenso en que la verdad procesal es relativa y probabilística, y no se puede confundir con una disminución del estándar de prueba en la verificación de los enunciados fácticos.

Ahora bien, en lo que respecta a la verificación del nexo causal en la responsabilidad estatal médico-asistencial, al margen de que sea con falla presunta o con falla probada, al demandante le corresponde la carga de probar el nexo casual, el cual por lo general no es perceptible por los sentidos humanos. Con acierto, respecto a dicha dificultad en la demostración causal, DÖHRING señala que

la relación causal como tal no es perceptible. Si A ha golpeado a B en la cabeza con una botella de cerveza y B fallece luego en el camino al hospital, tenemos dos hechos que se perfilan nítidamente en el exterior y que, en consecuencia, no resulta por lo común dificultoso constatar. Pero las condiciones no son tan favorables cuando se trata de probar que entre ambos hechos había una

6 TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pond, 2008, p. 26

7 GASCÓN ABELLÁN, Marina. La argumentación de en la prueba de los hechos. En *Temas Procesales*. Medellín: Universidad de Medellín. Orión Alvarez. 2002, N. 26. p. 43

8 TARUFFO. Op. cit., p. 26.

9 GASCON ABELLAN. Op. cit. p. 42 y 43.

10 *Ibid.*, p. 49

relación de causa a efecto. El investigador sólo puede deducirlo valiéndose de las enseñanzas de la experiencia¹¹.

En este sentido, la dificultad probatoria del nexo causal se agudiza aún más para el demandante en responsabilidad médico-asistencial debido a que existen muchos casos en los que respecto de la causación del daño médico no hay prueba representativa a la que se pueda recurrir, tal como la documental, y ni siquiera los peritos están en condiciones de explicar la causa real del daño debido al aleas que impregna la naturaleza de las intervenciones médicas, a lo que se suma la carencia de conocimientos técnicos y científicos de carácter médico por parte de la víctima.

Por ello, teniendo presente las recurrentes problemáticas que se pueden presentar, el Consejo de Estado ha establecido una línea jurisprudencial¹² consistente en que, en los casos en los cuales no se pueda llegar a la certeza sobre la existencia del nexo causal se falle con la sola probabilidad de ello. Tal consideración se constata en una providencia de 1999¹³ en la que se expresó que “en consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño [...], se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”. En este mismo sentido, en otra providencia del mismo año se reiteró que “cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”¹⁴.

De las anteriores citas se puede observar que el Consejo de Estado concibe la certeza y la probabilidad como diferentes estados de convicción a los que puede llegar el Juez en la verificación del nexo causal, acogiendo así la diferenciación que en similar sentido pronunciaba, de tiempo atrás, MALATESTA, para quien al interior del proceso se puede llegar a diferentes grados de convencimiento judicial pasando

11 DÖHRING, Erich. La Prueba, práctica y apreciación. Bogotá: Leyer, 2008. p.305.

12 Aunque, es de advertir que dicha tendencia jurisprudencial no se hace tan evidente en las Sentencias del Consejo de Estado en las cuales el Doctor Enrique Gil Botero funge como magistrado ponente, en las que se observa una solución con un carácter más sustancial, esto es, desde la teoría de imputación objetiva del nexo de causalidad. Ello se pone en evidencia contundentemente en providencia del 2009, en la cual se exonera de responsabilidad a una de las entidades demandadas en razón de que su actuar, si bien constituyó una causa adecuada desde el punto de vista naturalístico para la ocurrencia del daño, no le era exigible otro proceder a dicha entidad de salud, porque desde la teoría de la imputación objetiva su conducta estuvo dentro de los parámetros del principio de la confianza legítima, con base en el cual, se desvirtuó una posible imputación de la causalidad por no existir conexión de carácter normativo.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Ricardo Hoyos Duque Sentencia del 3 de mayo de 1999. Rad.11169.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Maria Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

por la posibilidad, la probabilidad y la certeza, diferenciando estos dos últimos conceptos en que “la probabilidad ve los motivos convergentes y los divergentes, y los considera a todos dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más los primeros que los segundos. En cambio, la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación no merecen racionalmente ser considerados”¹⁵

Todo lo anterior, para significar que frente a la diferenciación que se hace en dichas providencias del Consejo de Estado entre certeza y probabilidad en la verificación de los hechos, equiparable a la diferenciación que nos ofrece MALATESTA entre los mismos conceptos, la probabilidad implica un estándar menor, más bajo en la verificación de los hechos. Lo anterior, es diferente del contenido semántico que TARUFFO Y GASCÓN, como se ha dicho, asignan al concepto de verdad probabilística (relativa), cuyo concepto de verdad y de certeza judicial se encuentra más acompasado con las contemporáneas teorías de la verdad y en donde lo probabilístico es el límite de lo cognoscible y por tanto, su búsqueda, en esos términos, no implica una disminución del estándar de prueba. *A contrario sensu*, de la mano con MALATESTA se colige que el Consejo de Estado en dichas providencias aceptó una disminución del estándar probatorio al referirse a la probabilidad como un estado de convicción inferior a la plena certeza judicial.

Adicionalmente, se inició una línea jurisprudencial en la que la presencia del indicio es concatenada con la disminución del estándar de prueba. Ello se puede evidenciar en la antes citada providencia del Consejo de Estado de 1999¹⁶, en la cual se avoca conocimiento de una *litis* en donde el paciente entró al hospital con lesiones cerebrales graves pero conciente, falleciendo luego dentro de la entidad hospitalaria. En esta decisión la falla del servicio médico se tuvo por probada y el nexo de causalidad según se aduce en esta providencia no se determinó con una certeza probatoria de su acaecimiento, sino que se consideró meramente probable en razón de que no existía prueba directa sino indiciaria sobre el nexo de causalidad, pues “la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica”¹⁷.

15 FRAMARINO DEI MALATESTA. Op. cit., p. 60.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

17 *Ibid.* En esta providencia los indicios que permitieron verificar la existencia del nexo de causalidad se construyeron a partir de hechos indicadores debidamente probados en el proceso como lo fueron: 1. el recibo del paciente por parte del ISS, y de la decisión de éste de internarlo. Esto conduce a entender que si el paciente hubiese llegado en estado terminal o de premuerte no se habrían hecho indicaciones médicas atinentes a remisión a neurología para los exámenes pertinentes. 2. los signos de vitalidad del paciente (coordinado, hablando,

En sentido similar se pronuncia el Consejo de Estado en providencia proferida en el año 2001 cuando afirma que “se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”¹⁸.

Con respecto a las sentencias aludidas, fluye una primera observación respecto al uso del indicio, consistente en que se le trata como una prueba de menor categoría, por cuanto en ellas se da a entender que verificar los enunciados fácticos por este medio de prueba implica necesariamente disminuir el estándar de prueba. Lo cual es refutable en razón de que, como sostiene DEVIS ECHANDÍA¹⁹, si los legisladores y juristas nacionales e internacionales aceptan la prueba indiciaria, es porque con ella puede adquirirse la certeza procesal sobre el hecho investigado, que según este autor, trata de una certeza indirecta y crítica, muy diferente de la sensorial y la histórica, pero no por ello menos segura y posible de adquirir.

Pero para poder encontrar el verdadero peso demostrativo de la prueba indiciaria es determinante observar ciertas garantías procesales. Así, en la construcción y valoración de esta prueba crítica e indirecta, las garantías que se deben cumplir son la obligación de valorar la prueba, bajo el principio de libre apreciación y sana crítica. De manera que en una adecuada valoración se pueden obtener diferentes tipos de indicios, algunos con fuerza probatoria muy tenue y otros que pueden conducir a una certeza judicial subjetiva, de suerte que, como sostiene IGARTUA²⁰ la fuerza probatoria del indicio no está predeterminada, sino que es el en la apreciación judicial en donde se determina el peso de cada prueba indiciaria.

GORPHE refuerza lo antedicho cuando asevera que “no se podrían situar todos los indicios en el mismo plano: los basados en una técnica científica precisa poseen un valor completamente distinto de los fundados en una vaga observación corriente; por otro lado, algunos tienen un alcance decisivo, mientras que otros no aportan

caminando). 3. no existencia de anotaciones en la historia clínica, o dictamen de expertos, atinentes a que a pesar de esos signos, (coordinado, hablando, caminando), el paciente sufriera de gravedad invencible. De todos estos hechos indicadores se infirió en dicha oportunidad que la causa de la muerte del paciente se debió a las anomalías en la prestación del servicio de salud.

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera. M. P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sent. del 14 de junio de 2001. Rad. 13001-23-31-000-1990-7392-01. Exp. 11901. Así mismo ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Hernández Enríquez. Alier Eduardo. Providencia 1º de julio de 2004. Rad. 08001-23-31-000-1993-7649-01. Exp. 14696.

19 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 674.

20 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Los indicios tomados en serio. En *Filosofía y Teoría del Derecho*, Interpretación y Razonamiento Jurídico. Ara Editore: Peru. 2009 Pág 483.

sino una indicación secundaria”²¹. Todo ello para decir que, así el nexo causal sea probado con indicios, tal circunstancia probatoria no debe implicar necesariamente que se baje el estándar de prueba en la verificación de la causalidad.

Otra observación que es menester hacer respecto del tratamiento del indicio que hace el Consejo de Estado en las citadas sentencias, es que en ellas se hace un uso subsidiario de la prueba indiciaria en tanto determinan que sólo cuando no exista prueba directa se hará uso de dicha prueba indirecta, contrariando el principio de unidad probatoria, según el cual, se han de valorar todas las pruebas obrantes en el proceso de manera conjunta. En consecuencia, el Juez de lo Contencioso Administrativo en asuntos de responsabilidad médico - asistencial, puede y debe tener en cuenta los indicios que se construyan en el proceso sin estar supeditado a la existencia o ausencia de pruebas directas o representativas.

Así mismo, esa referencia a la prueba indiciaria de manera subsidiaria implica desconocer la importancia y el alcance de esta prueba indirecta en materia de responsabilidad médica estatal, máxime si se tiene en cuenta la remisión normativa que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al Código de Procedimiento Civil en lo concerniente a las pruebas. El artículo 175 de esta última codificación dispone que el indicio sirve como prueba para el convencimiento del Juez, y no sólo eso, sino que también lo regula en sus artículos 248, 249 y 250. De ahí que llame la atención que al indicio se le entienda en forma subsidiaria, cuando a todas luces es un medio probatorio que no sólo tiene un consagración explícita por parte del legislador sino que por su naturaleza indirecta, lógica y crítica tiene la virtud de probar aquello que no es dable percibir con los sentidos, tal y como sucede con la demostración de la relación de causalidad.

Ahora bien, en sentencias posteriores se observa una tendencia a seguir usando el indicio como fórmula para la demostración del nexo de causalidad, pero ya sin predeterminar la fuerza probatoria que el indicio otorga en la comprobación de los enunciados fácticos. También se resalta la acogida del indicio como medio importante dentro de la libertad para probar el nexo causal. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado señaló en el año 2006²² que “en materia de responsabilidad médica se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”.

21 GORPHE, Francois. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis, 2004. p. 203.

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 31 de agosto de 2006. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772.

En este mismo sentido, en providencia del año 2008²³ se expresó que

A pesar de que la relación de causalidad en materia médica es compleja [...], la Sala encuentra acreditado el nexo de causalidad en este caso con fundamento en que existen indicios que brindan un grado suficiente de certeza, [...] En efecto, la exposición del paciente a una cirugía que no comprometía su vida y que podía esperar, y la aplicación de anestesia sin una previa y completa evaluación de su estado neurológico, causaron un daño previsible y evitable, toda vez que fue dicho procedimiento el desencadenante de la lesión que lo condujo a la muerte. (Negritas fuera del texto)

Con lo anterior, se evidencia un importante viraje del Consejo de Estado en cuanto manifiesta explícitamente que se puede llegar a una convicción judicial que permita establecer la causa del daño sin tener que acudir a la disminución del estándar de prueba por el sólo hecho de fallar con fundamento en indicios, reivindicando de esta manera la importancia de los mismos.

3 La inversión de la carga de la prueba y los indicios a partir de la conducta procesal de las partes

Para empezar con el análisis de los indicios a partir de las conductas procesales que vulneran el principio de lealtad procesal como mecanismo que propone el Consejo de Estado para superar algunas dificultades probatorias, sin necesidad de acudir a la teoría dinámica de la prueba, es preciso decir que la regla general en materia probatoria es que la carga de la prueba incumbe al actor respecto de sus pretensiones o al demandado en torno a sus excepciones, en armonía con lo preceptuado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En lo que concierne al actor, esa carga en materia estatal se constituye en la denominada falla probada²⁴ del servicio, con fundamento en la cual el Consejo de Estado inicialmente trató los asuntos de responsabilidad por falla del servicio público de salud.

Empero, parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que en materia de responsabilidad médica estatal el demandante se ve enfrentado a diversas

23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del Rad. 15 de octubre de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1994-00061-01 Exp. 16350. En este proceso el Consejo de Estado conoció de un caso en el cual un menor de edad cayó de un tercer piso, y en razón de ello, fue llevado a la sala de urgencias del Hospital Central de la Policía Nacional, en donde se le diagnosticó fractura de brazo y trauma craneal leve. En el tratamiento seguido se le practicó una cirugía en la mano que se fracturó, pero cuando se encontraba en la sala de recuperación, sufrió un daño consistente en un paro cardio-respiratorio que le produjo un estado vegetativo y su posterior muerte.

24 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la prueba de la culpa médica. Medellín: Dike, 2003. p. 79.

dificultades probatorias²⁵, de suerte que ante tal reconocimiento, la posición jurisprudencial se unificará explícitamente en julio de 1992²⁶, en la cual el consejero Daniel Suárez Hernández señala la falla presunta como régimen probatorio a establecerse en la responsabilidad médica estatal, arguyendo que a la parte demandante le resulta de extrema dificultad, sino imposible²⁷ la demostración de la falla del servicio de salud, por cuanto le corresponde es a la entidad pública de salud demandada la carga de probar que el servicio de salud fue prestado con diligencia y cuidado, o que existió una causa extraña que rompe el nexo causal del daño que se le imputa. No obstante, a partir del año 2000²⁸ el Consejo de Estado empieza a replantear el anterior régimen probatorio, arguyendo que lo procedente es acudir a la teoría de la carga dinámica de la prueba, estableciéndose por parte del Juez, en cada caso concreto, qué parte se encuentra en mejores condiciones de probar los hechos.

Sin embargo, posteriormente se presenta un nuevo viraje en la materia y el Consejo de Estado en providencia del año 2006²⁹, manifestó que se debe recoger la teoría de la carga dinámica de la prueba, argumentando que no se hace necesaria y que el demandante es el que tiene la carga de probar los supuestos de hecho que alega. Allí mismo se adujo que para solucionar las dificultades probatorias que se pudieran presentar en torno a la falla del servicio médico, se debe acudir a la prueba indiciaria y en especial a los indicios en contra que se pueden inferir de la conducta

25 Dificultades que se presentan debido a que por lo general el demandante, desconoce la ciencia médica y las condiciones de su prestación, pues ignora los procedimientos médicos, no tiene acceso a información técnica y en ocasiones se encuentra anestesiado o inconciente, a lo que se le adiciona la carencia de pruebas documentales que den cuenta de lo sucedido, y la existencia de eventos en que ni siquiera los peritos o los testigos técnicos están en condiciones de explicar la real causa del daño, por la naturaleza misma de las intervenciones médicas en las que el aleas está latente.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897.

27 *Ibid.*

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 10 de febrero de 2000. Exp. 11878. en el mismo sentido ver las providencias de la misma corporación del año 2002, en los expedientes: 13330, 12818 y 12422.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 31 de agosto de 2006. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772. En esta sentencia se expresó que: “Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria”

procesal³⁰ de una de las partes, siempre que con ella se incumplan cargas procesales y se vulnere el principio de lealtad procesal, de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

Acorde con lo anterior, el Consejo de Estado ha dejado sentado que el uso de la carga dinámica de la prueba se puede reemplazar acudiendo a los indicios que se derivan de la conducta procesal de las partes cuando sostiene que

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal. Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta [...], puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses.³¹

De lo anterior, se observa que el Consejo de Estado plantea como forma de solucionar las renombradas dificultades probatorias inherentes a los asuntos de responsabilidad médica estatal, el uso del indicio y en especial el que se origina a partir de la conducta procesal de las partes. Dada la importancia de este último tipo de indicio, el cual, por lo general, se deriva del incumplimiento del principio de lealtad procesal, resulta pertinente mencionar la regulación legal de este tipo de indicio, junto con algunas indicaciones que DEVIS ECHANDÍA establece para su manejo adecuado.

En armonía con lo anterior, el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que “el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes” y en los artículos 202, 242, 246, 285, y 232 de la misma codificación adjetiva tiene como tales la negación a colaborar con la prueba pericial, la no concurrencia al interrogatorio de parte, la renuencia a contestar las preguntas, así como las respuestas evasivas y lo tocante con la negación injustificada de la exhibición de documentos que se pruebe que se encuentran en poder de alguna de las partes.

Es así como de conformidad con el principio de moralidad y lealtad procesal, se espera de las partes una actitud procesal activa y veraz. Las conductas contrarias a la debida probidad procesal es lo que ECHANDÍA denomina “inconductas procesales”, tales como “la obstaculización de la fase probatoria, especialmente para que el contrario no pueda practicar sus pruebas (...) (y que) puede presentar

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 31 de agosto de 2006 Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772.

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 31 de agosto de 2006. Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772

estas modalidades: 1^a) destrucción de prueba; 2^a) negativa de exhibición³². En ese sentido, si las partes asumen ese tipo de actitudes en vez de colaborar en el debate probatorio se estaría contrariando el principio de lealtad procesal, máxime si se tiene en cuenta que en responsabilidad médica, el ente demandado es por lo general el que tiene el personal, la ciencia y tecnología idónea para esclarecer en muchos casos algunos de los supuestos fácticos que son tema de prueba en el proceso.

En dicho sentido, se presentan casos de responsabilidad médica en que la actitud de la entidad demandada consiste en no aportar la historia clínica. Así, en Sentencia de 1997³³ el Consejo de Estado condena a la entidad demandada con fundamento en que es un indicio en su contra el hecho de no aportar la historia clínica en debida forma, y además, porque no aportó la prueba que demostrará que actuó con diligencia y cuidado. En las consideraciones de ese caso se expresó que “la falta de colaboración de la entidad demandada se valora como un indicio en su contra, con mayor razón si se tiene en cuenta que era a la entidad a la que le correspondía aportar este valioso documento probatorio, ya que este era el medio idóneo para desvirtuar la presencia de falla del servicio que opera en su contra³⁴. Es de acotar que la fuerza probatoria de los indicios inferidos de la conducta procesal de las partes, por su debilidad demostrativa, se han de apreciar en cada caso concreto, según su gravedad, pluralidad, convergencia y concordancia con los demás indicios que surjan del debate probatorio.

4 La presencia del indicio en las teorías de aligeramiento probatorio

En aras de aligerar la carga probatoria del demandante en ciertos casos excepcionales, se han acogido teorías como la de *res ipsa loquitur*, la culpa virtual, y la prueba *prima facie* o de probabilidad estadística, tal y como se constata en reciente providencia³⁵ del Consejo de Estado. Estas tres teorías, provenientes del derecho

32 DEVIS ECHANDÍA. Op. cit., p. 666.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 4 Septiembre de 1997. Exp. 10982.

34 Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia del 4 de Septiembre de 1997, Exp. 10982.

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P: Enrique Gil Botero. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364. En esta providencia se hace la descripción de las teorías de aligeramiento probatorio y se usan en la sustentación de la decisión. Es así como dicha corporación judicial indaga si a las entidades demandadas, Seguro Social – Clínica Rafael Uribe- y Clínica Versalles, se les puede imputar el daño debidamente probado consistente en el deceso de unas trillizas entre 25 y 26 semanas de gestación, acaecido momentos después de nacer por medio de una cesárea que se le practicó a la madre gestante. En el caso *sub lite* se probaron errores en la prestación del servicio

comparado, tienen en común la consideración de que se puede dejar sentada la culpa o el nexo causal en casos excepcionales a partir de la presencia de ciertos daños debidamente probados, que por su característica especial y por las circunstancias que los rodean, sólo se explican por la negligencia del médico o entidad hospitalaria. Frente a la igualdad o similitud de estas teorías TAMAYO JARAMILLO señala que ROBERTO VÁSQUEZ FERREIRA “demuestra que en países como Italia, Argentina, Francia, España, Alemania e Inglaterra se aplica el criterio de culpa virtual, pero acudiendo a diversas denominaciones”³⁶. Así mismo, dicha concordancia teórica es expresada por el Consejo de Estado en una providencia del año 2009³⁷ en donde se afirma que:

Se ha acudido a reglas como res *ipsa loquitur* (sic), desarrollada en derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística, **que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño**

de salud consistente en que los médicos se abstuvieron de practicar un diagnóstico idóneo y adecuado del embarazo, ya que fue realizado superficialmente con base en la sintomatología de la gestante, a lo que se suma que en el servicio de urgencias del Seguro Social los médicos que la trataron se limitaron a auscultar mediante estetoscopio la frecuencia cardíaca fetal y a constatar la dilatación vaginal, y aunque le ordenaron ecografía, no se le practicó. Todas estas falencias llevaron a desconocer el verdadero tiempo de gestación, y peor aun, a ignorar que se trataba de un embarazo múltiple, y por tanto, de alto riesgo. De ahí que no se le proporcionara el trato pertinente y se procediera a practicarle una cesárea, momento en el cual los galenos se llevan la sorpresa de que no se trataba de un embarazo único a término sino de unas trillizas prematuras de apenas 24 a 25 semanas de gestación, quienes nacen con vida, pero fallecen en instantes posteriores. Dadas estas circunstancias, se condenó al Seguro Social, haciendo uso de las teorías de aligeramiento probatorio, como se puede observar en la siguiente cita del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando asevera que:

“En esa perspectiva, en el *sub examine*, se presentó un evento de *res ipsa loquitur*, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anomalía que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término”.

- 36 Vásquez Ferreyra, Roberto. Prueba de la culpa médica. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 82 y SS. Citado por TAMAYO JARAMILLO. Sobre la Prueba de la Culpa Médica, en Derecho Civil y Administrativo. Op. cit., p. 64.
- 37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15.033. Citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Enrique Gil Botero. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364.

y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

En lo que sigue se interpreta el papel que juega el indicio en ellas, para lo cual se tiene como referente la descripción que hace TAMAYO de la *culpa virtual* en la cual se refleja lo antes descrito y la presencia del indicio que subyace en dichas teorías. Por culpa virtual TAMAYO entiende que es la establecida “a partir de la **demostración de ciertos indicios**. Es decir la forma como ocurrieron los hechos le permite inferir al Juez que sólo un comportamiento culposo del médico pudo haber sido la causa del daño [...], **nosotros consideramos que en este caso no estamos ante una auténtica presunción, sino ante una prueba por indicio**”³⁸ (negrita fuera del texto). De donde se sigue que en la culpa virtual al demandante le corresponde probar los “hechos y circunstancias que rodearon el daño, para llevar al juez a la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente, así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento culposo”³⁹.

Hasta acá se constata como la culpa virtual no es otra cosa que la prueba de los hechos a través del medio indiciario. Si se retoma la estructura del indicio (vista en la sección 1.1) fuerza concluir que se trata de pruebas indiciarias, en razón de que para aplicar la teoría de la culpa virtual corresponde al demandante probar el daño y las circunstancias fácticas que lo rodearon (hechos indicadores) para que el Juez a partir de la aplicación de las máximas de la experiencia infiera lógicamente (inferencia lógico-crítica) la ocurrencia de la falla del servicio y hasta del nexo causal (hecho indicado), según se dice en tales teorías. En torno a la mencionada presencia del indicio en estas teorías de aligeramiento probatorio DÖRRING afirma que “en la misma línea está el avance de la prueba *prima facie*, la cual reposa en buena medida -por mucho que se busque deslindarla de la prueba indiciaria propiamente dicha- en el aprovechamiento de elementos indiciarios”⁴⁰.

Se critica de la aplicación de las teorías de aligeramiento probatorio el hecho de que el Juez no sea consciente y por tanto no haga explícito en la valoración y sustentación probatoria que su decisión realmente se funda en la prueba indiciaria, con

38 TAMAYO JARAMILLO. Sobre la prueba de la culpa médica, Op cit., p. 63 y 64.

39 Ibid., p. 64.

40 DÖRRING. Op. cit., p. 286.

lo que produce confusiones a las partes, vulnerando así el principio de publicidad y por ende el de contradicción de la prueba. Solamente cuando el Juez y las partes sean conscientes de que en realidad se está fallando con base en indicios podrán con amparo en el principio de contradicción verificar que se cumplan los requisitos de existencia, validez y eficacia de los mismos.

5 Los indicios en los procesos de responsabilidad médica por intervenciones obstétricas.

Sin ánimo de profundizar en este tipo de intervenciones médicas y para culminar el recorrido analítico propuesto, se hace necesario dejar sentado que el Consejo de Estado a partir del año 2000⁴¹ establecía que la responsabilidad médica estatal en intervenciones obstétricas tendía a ser objetiva en razón de que el parto, y el embarazo son fenómenos naturales y no patologías, y por lo tanto, siempre que el embarazo no fuera de alto riesgo y ocurrieran daños, la falla del servicio y el nexo causal se presumían, de tal forma que la entidad pública demandada sólo se exoneraba de responsabilidad probando una causa extraña. Pero la responsabilidad objetiva en estos procesos fue recogida por el Consejo de Estado, en el 2005⁴², y a partir de ahí a estos litigios se les da un tratamiento de responsabilidad subjetiva con falla probada, equiparándose así al régimen probatorio general de la falla del servicio público de salud.

Lo anterior por cuanto el Consejo de Estado en providencia⁴³ de dicha anualidad señaló que las particularidades de las intervenciones obstétricas no son razón suficiente para determinar que en los procesos atinentes a dichos procedimientos médicos la responsabilidad sea objetiva, y paso seguido afirma que lo que sí se puede aceptar es **“facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente**, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. [...] Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado

41 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia del 17 de agosto de 2000. Exp. 12123.

42 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de 14 de julio de 2005 Exp. 15.332. Providencia reiterada en la misma corporación por la M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de marzo de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01. Exp. 16085. Y por el M. P. Enrique Gil Botero. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364.

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de 14 de julio de 2005 Exp. 15.332

de alguna patología”.⁴⁴ Este mismo planteamiento es reiterado, tal y como se puede observar en las consideraciones de una Sentencia del año 2008 en donde se reitera que “la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño”⁴⁵.

Se aprecia como el Consejo de Estado construye un indicio de la existencia de la falla del servicio y de la causa del daño sufrido, con la sola exigencia de que el actor pruebe el daño obstétrico y demuestre que el embarazo no tenía ningún diagnóstico de riesgo. En consecuencia, al demandante le bastará probar lo antedicho para que se tenga por probada la falla del servicio y el nexo causal, y de contera, se traslada a la entidad demandada el deber de contraprobar tal indicio, pues de lo contrario, se fallará condenándola. Se erige así un indicio en contra de la entidad demandada y se le asigna un valor probatorio al mismo consistente en otorgar una certeza suficiente para que el Juez falle condenando ante la carencia de prueba en contrario.

Con todo, se preestablece jurisprudencialmente la fuerza probatoria del indicio del que se hace mención, lo que se puede interpretar más concretamente como la creación de una presunción judicial que admite prueba en contrario. Empero, frente a la anterior creación de tipo jurisprudencial hay que refutar que, según la doctrina, la fiabilidad probatoria del indicio debe ser otorgada por el Juez en cada caso concreto. Valga mencionar de la mano con DEVIS ECHANDÍA⁴⁶ que a excepción de los indicios que otorguen certeza en razón de su alta probabilidad como ocurre con la prueba de ADN, no es procedente fijar previamente el valor probatorio de los indicios y menos judicialmente, además de que ello en este tipo de casos le daría una categoría de plena prueba, lo cual iría en contra del principio del libre convencimiento del juez consistente en que “la convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con la sana crítica”⁴⁷.

44 *Ibíd.*

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de marzo de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01. Exp. 16085.

46 DEVIS ECHANDÍA. *Op. cit.*, p. 670.

47 IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Op. cit.*

Conclusiones

Primera. En la comprobación de la relación causal por medio del indicio, como ocurre con todos los medios de prueba, el máximo nivel de convicción judicial al que se puede arribar es el de una verdad relativa o probabilística. A pesar de ello, el Consejo de Estado entendió por un tiempo que el indicio tenía un estándar disminuido en cuanto a su capacidad demostrativa, lo que lo hacía ver como una prueba de menor categoría. No obstante, en la actualidad se evidencia una tendencia de la misma corporación judicial a reconocer una mayor importancia en el mismo para efectos de la verificación del elemento causal en la imputación de la responsabilidad médica estatal.

Segunda. También, se puede observar que para probar la falla del servicio médico se prescinde de la teoría de la carga dinámica, ya que el juez puede construir indicios de la conducta procesal de la parte que contraría los principios de lealtad y moralidad procesal.

Tercera. En cuanto a las teorías foráneas de aligeramiento probatorio tales como la culpa virtual, *res ipsa loquitur*, y la prueba *prima facie* se tiene que están constituidas a partir de indicios, por lo que se deja ver una vez más la tendencia jurisprudencial de no reconocerle a la prueba indiciaria el papel preponderante que desempeña en la demostración de la falla del servicio y del nexo causal.

Cuarta. También se observa en las providencias que resuelven casos sobre responsabilidad médica estatal por intervenciones obstétricas la tendencia a preestablecer el valor probatorio de los indicios, otorgándoles un carácter de presunciones judiciales que se traducen en plena prueba ante la ausencia de prueba en contrario por parte del demandado en aquellos eventos de daño médico en los que la gestación y el embarazo han sido normales. Como consecuencia de dicho uso inadecuado del indicio se violan principios probatorios como el de libre apreciación de la prueba, la valoración de la prueba, el de publicidad y consecuentemente el de contradicción,

Quinta. Se aprecia además que un uso adecuado del indicio permite suplir, en un gran número de casos, algunos esfuerzos jurisprudenciales tendientes a invertir la carga de la prueba, a disminuir el estándar probatorio, o a implementar las denominadas teorías de aligeramiento probatorio.

Sexta. Por último, se considera que un manejo riguroso de la prueba indiciaria conforme a la doctrina y la ley tiene la virtud de llevar al juez al convencimiento judicial sobre los hechos, incluso de aquellos hechos que no son directamente perceptibles por los sentidos, tales como el nexo de causalidad.

Bibliografía

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba Judicial. Tomo I y II. Temis. Bogotá. 2002. 490 p.
- DÖHRING, Erich. La Prueba, práctica y apreciación. Bogotá: Leyer, 2008. 490 p.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Bogotá: Temis, 1964. 377 p.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. La argumentación de en la prueba de los hechos. En Temas Procesales. Medellín: Universidad de Medellín. Orión Álvarez. 2002, N. 26, paginas. 39 a 67.
- GORPHE, Francois. Apreciación judicial de las pruebas. Bogotá: Temis, 2004. 399 p.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Los indicios tomados en serio. En Filosofía y Teoría del Derecho, Interpretación y Razonamiento Jurídico. Ara Editore : Perú. 2009.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones el Profesional, 2007. 893 p.
- _____. Tratado de la prueba judicial, indicios y presunciones. Librería Ediciones el Profesional, Bogotá: 2005. 415 p.
- RUIZ JARAMILLO, Luís Bernardo y VELÁSQUEZ HERRERA, Rosmery. Valoración de la Prueba en la Responsabilidad por la actividad médica, concepto de probabilidad y las garantías Procesales. En Revista Estudios de Derecho. Medellín: Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. Vol. LXIII, No 142. páginas: 152 a 184.
- TAMAYO JARAMILLO. Javier. Sobre la prueba de la culpa médica, en derecho civil y administrativo. Medellín: Dike, 2003. 266 p.
- _____. La Responsabilidad del Estado. Bogotá: Temis, 2008. 182 p.

Jurisprudencia

Se analizaron las siguientes Sentencias del Consejo de Estado todas de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:

- M. P. Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 30 de julio de 1992. Exp. 6897.
- M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 13 de julio de 2005, Rad: 05001-23-26-000-1992-01243-01 Exp. 13542.
- M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 10 de febrero de 2000. Exp. 11878.
- M. P: Ruth Stella Correa Palacio. 31 de agosto de 2006 Rad. 68001-23-31-000-2000-09610-01. Exp. 15772.
- M. P: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 3 mayo de 1999. Exp. 11169.
- M. P: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 7 de Octubre 1999. Exp.12655.

- M. P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 14 de junio de 2001. Rad. 13001-23-31-000-1990-7392-01. Exp. 11901.
- M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia del 11 de abril de 2002 Rad. 23001-23-31-000-1996-6729-01. Exp. 13330.
- Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia 1º de julio de 2004. Rad. 08001-23-31-000-1993-7649-01. Exp. 14696.
- M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Providencia del 17 de agosto de 2000. Exp. 12123.
- M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Providencia del 26 de marzo de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1993-09477-01. Exp. 16085.
- M. P. Gil Botero Enrique. Providencia del 19 de agosto de 2009. Rad: 76001-23-31-000-1997-03225-01. Exp. 18364.
- M. P: Ramiro Saavedra Becerra. Providencia del 15 de octubre de 2008 Rad. 25000-23-26-000-1994-00061-01 Exp. 16350.



Título: En búsqueda de la isla de mis sueños
SD

ALGUNOS SENTIDOS DE LOS (DIS)CURSOS DE ‘INTRODUCCIÓN AL (ESTUDIO DEL) DERECHO’ EN LA ACTUALIDAD*

* Artículo final del proyecto de investigación “Analizando el discurso jurídico epistemológico. Un análisis de los saberes jurídicos generales y sus relaciones discursivas en la epistemología jurídica contemporánea”, aprobado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, y adelantado en el Grupo de Investigación “Saber, poder y derecho”, Línea de Investigación en Filosofía del Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: marzo 21 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 13 de 2011

ALGUNOS SENTIDOS DE LOS (DIS)CURSOS DE ‘INTRODUCCIÓN AL (ESTUDIO DEL) DERECHO’ EN LA ACTUALIDAD

*Roberth Uribe***

RESUMEN

Este trabajo presenta un análisis de algunos aspectos relacionados con los problemas de la justificación pedagógica y la fundamentación epistemológica de los (dis) cursos de ‘Introducción al (estudio del) derecho’ (IED) en la contemporaneidad, una vez operada la consolidación de los cursos de ‘Teoría (general) del derecho’ (TGD), como denominación y discurso estándar en los planes de estudio de derecho occidentales, reflexionando acerca de sus posibles relaciones, mediante el planteamiento de algunas semejanzas y diferencias entre ambas discursividades.

Palabras clave: Enseñanza del derecho, introducción al (estudio) del derecho, teoría (general) del derecho.

SOME SENSES OF THE DIS(COURSES) IN ‘THE INTRODUCTION (OF THE STUDY) OF LAW’ AT PRESENT

ABSTRACT

This article analyzes some aspects in relation with the problems of the pedagogical justification and the epistemological fundamentation of the (dis)courses of ‘Introduction to the (study of the) law’, actually, once operated the consolidation in the courses of ‘(general) theory of law’, how denomination and standard discourse in the studies plans of Western law, thinking about its possible relations, by means of the approach of some similarities and differences between both discourses.

Key words: Law teaching, introduction to the (study) law, (general) theory of law.

** Profesor de Filosofía del Derecho de de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín.

ALGUNOS SENTIDOS DE LOS (DIS)CURSOS DE ‘INTRODUCCIÓN AL (ESTUDIO DEL) DERECHO’ EN LA ACTUALIDAD

I

*A mis estudiantes del Semillero
de Investigación en Filosofía del Derecho
de la Universidad de Antioquia.*

1. Introducción.

Este artículo tiene como propósito dar a conocer el resultado final de la investigación “*Analizando el discurso jurídico epistemológico. Un análisis de los saberes jurídicos y sus relaciones discursivas*”.

Esta investigación tuvo como objetivo efectuar una aproximación a algunas de las más representativas tipologías de saberes jurídicos de en Occidente, específicamente a la tríada ‘filosofía del derecho’, ‘teoría (general) del derecho’ y ‘dogmática jurídica’, centrándose en el aspecto de sus relaciones, sentidos, contenidos y funciones epistemológicas y pedagógicas.

Después de la publicación de varios avances investigativos, relacionados con la descripción de distintas manifestaciones de discursos jurídicos con pretensiones de un nivel “teórico-general” (*i.e.*, la teoría de los principios “generales” del derecho procesal penal;¹ la filosofía del derecho y la discusión “general” que en ella se aborda respecto de las relaciones entre los conceptos de derecho y moral;² y la teoría “general” de la prueba³), se ha decidido publicar como resultado final este artículo, que se ocupa de un análisis descriptivo y prescriptivo de las relaciones entre dos tipos de (dis)discursos de gran tradición en la enseñanza de la teoría del derecho

1 URIBE (2008a).

2 URIBE (2008b).

3 URIBE (2009).

contemporánea hispanoamericana y sus relaciones: el (dis)curso de ‘Introducción al estudio del derecho’ (IED) y el (dis)curso de ‘teoría (general) del derecho’ (TGD).

En cuanto a la metodología utilizada, se recurrió a la distinción entre dos enfoques o planos metodológicos: material y formal. En cuanto a la perspectiva material, se delimitó ésta, frente a otras posibilidades, a partir del método analítico del lenguaje ordinario, enmarcándola entonces en la filosofía analítica, especialmente para la fase descriptiva de las características epistémicas de los discursos IED y TGD, e incorporando, en las fases prescriptivas del trabajo, además de los niveles analíticos, algunos elementos metodológicos constructivistas, tanto de carácter pedagógico como epistemológico-jurídicos.

Para la conformación del ámbito formal de la metodología de investigación, se tomó una muestra amplia de autores de obras de IED y TGD occidentales, en su gran mayoría hispanoamericanos, y, por excepción, anglosajones y europeo- continentales no hispanos, con el fin de someter sus obras a un análisis discursivo respecto de sus formulaciones acerca de la estructura epistemológica de los saberes jurídicos IED y TGD, sus contenidos conceptuales y sus funciones pedagógicas.⁴

2. Planteamiento del problema.

En contraste con la enseñanza de la teoría del derecho de la primera mitad del Siglo XX, la de fines de dicho siglo y de esta primera década del XXI, ha presentado algunas variaciones en lo que respecta a la denominación y a los contenidos de los (dis) cursos mediante los cuales se imparte en los distintos planes de estudio de derecho latinoamericanos. En tanto removedoras de toda una tradición *iuspedagógica*, estas modificaciones implican específicos problemas de carácter epistemológico y pedagógico.

Este texto contiene, precisamente, algunas consideraciones referidas a estos dos tipos de problemas de la enseñanza de la teoría del derecho contemporánea: (i) el de la fundamentación epistemológica y (ii) el de la justificación pedagógica de los (dis) cursos de ‘*Introducción al (estudio del) derecho*’ (IED).

Esta indagación se origina en el hecho de que en la enseñanza y el aprendizaje universitarios⁵ del Derecho en Latinoamérica, sigue siendo común la existencia de

4 Cf. *Corpus* de obras de la muestra analizada, *infra* 8.

5 Esta precisión se introduce teniendo en cuenta que son varios los programas de estudios jurídicos tecnológicos y técnicos, cuyos planes de estudio incluyen cursos de IED, pero que no están dirigidos a formar

cursos de IED, no obstante la consolidación del (dis)curso de ‘*Teoría* (“*General*”) *del Derecho*’⁶ (TGD), como saber y denominación estándar en otros ámbitos de la enseñanza jurídica de la cultura occidental, como el europeo-continental y el angloamericano, cuyos planes de estudio universitario del Derecho han subrogado IED por TGD casi en su totalidad.

Esta doble condición de TGD, como denominación y como saber o discurso *iusteórico* e *iuspedagógico* dominantes, amerita reasumir la discusión acerca de la fundamentación epistemológica y la justificación pedagógica de los cursos de IED que aún subsisten en varios planes de estudios de países latinoamericanos. Esta discusión abarca, por lo menos, los siguientes grupos de problemas: (i) la pertinencia de la denominación ‘IED’; (ii) sus presupuestos metodológicos, y (iii) su contenido discursivo.

Estas tres cuestiones serán abordadas desde dos ámbitos de análisis. El primero (sección II), que es de carácter conceptual y descriptivo, se ocupa de responder los problemas enunciados en (i) y (ii), apuntando a elucidar conceptos de derecho relevantes en la reflexión epistemológica de IED y de TGD, como campos del saber sobre el derecho en la cultura jurídica occidental. Este ámbito descriptivo de análisis dará lugar a la elaboración de una tipología de sentidos epistémicos posibles que puede adquirir IED, desde el aspecto de la conformación de su objeto/problemática de estudio, a partir de la diversidad de conceptos de derecho que iusteóricamente pueden formularse, y de la incidencia que un concepto de derecho tiene en el sentido teórico que IED puede adquirir. Para ello se recabará en la estructura semántica de su denominación (a veces se trata de cursos de ‘*Introducción al derecho*’, de ‘*Introducción al estudio del derecho*’, de ‘*Introducción al aprendizaje del derecho*’, de ‘*Introducción a la teoría del derecho*’, entre otros).

El segundo ámbito de análisis (sección III), que es de carácter valorativo, en respuesta al problema (iii), incluye una propuesta alternativa de fundamentación y justificación de IED. Este ámbito de análisis valorativo, se vincula con la caracterización de un tipo de (dis)curso de IED que se considera plausible y válido de promover, como espacio pedagógico y como discurso epistemológico-jurídico, heurísticamente aptos (en tanto prevalidos de una apertura al pluralismo conceptual y metodológico-discursivo), para la explicitación de métodos y teorías en los planes de estudio formativos de juristas,

abogados ni licenciados en Derecho, razón por la cual no tienen por qué dar cuenta, de la misma manera que los programas de formación jurídica profesional o universitaria, de estos problemas epistemológicos y pedagógicos de IED.

6 Sobre esta denominación, su caracterización como “general” y su relación con la Filosofía del Derecho, Cf. SASTRE ARIZA (2006: 157-174) y GARCÍA AMADO (1994).

especialmente en aquellos en que la existencia de IED se suele fundamentar exclusivamente desde la tradición curricular, con cierta dosis de dogmatismo.

II

3. La pertinencia de la denominación de los cursos IED.

Una elucidación acerca de las fronteras conceptuales y discursivas entre IED y TGD, tiene sentido en tanto se encamina a evitar que el uso de ambas denominaciones carezca de una explicitación epistemológica y pedagógica respecto de las relaciones que puedan suscitarse entre estos dos (dis) cursos, de tal modo que el tipo de relación que vaya a establecerse dé cuenta de si se concibe IED como un discurso ajeno e incluso independiente de TGD (aunque posiblemente cercano), o, por el contrario, como una disciplina análoga o idéntica a éste.

A este respecto, llama la atención que un buen número de textos de IED, muchos de ellos considerados “clásicos” del pensamiento y de la pedagogía jurídicos hispano-americanos, no contienen reflexiones justificatorias concernientes al análisis de la cuestión del estatus epistemológico del discurso IED, esto es, del problema de si IED constituye o no una disciplina jurídica autónoma con relación a TGD,⁷ aspecto en el

7 Entre los textos que adoptan la denominación IED sin aludir a la delimitación epistemológica de este campo discursivo, pueden verse, entre otros, los textos de AFTALION/VILANOVA (1988); ATIENZA (2001a, 2001b); DE LUCAS (1994); D'ORS (1999); GARCÍA MAYNEZ (2000); GAVIRIA DÍAZ (1992); LATORRE (1985); MARTÍNEZ MARULANDA (2000); RECASÉNS SICHES (1996); NINO (1980); SQUELLA NARDUCCI (2000).

Rompen en algo esta omisión, los sendos prólogos a las obras de MONROY CABRA (1998) y de GARCÍA MAYNEZ (2000). La primera contiene un prólogo de LEOPOLDO UPRIMNY (cf. *Ib.*: X-XII), en el cual se diserta sobre IED como saber jurídico general autónomo, recurriendo a un método de delimitación negativo, es decir, que establece lo que *no es* o no debe entenderse por IED frente a otras disciplinas, del cual se afirma que “[n]o es filosofía del derecho; no es sociología jurídica; tampoco es metodología jurídica, ni es un compendio de enciclopedia jurídica”. Por su parte, la primera edición del texto de García Máynez incluye un prólogo de VIRGILIO DOMÍNGUEZ (*Ib.*: XXI-XXX), en el que se plantea: “La Introducción al Estudio del Derecho tiene como objeto tres puntos básicos, que son: a) Ofrecer una visión de conjunto del derecho; b) Estudiar los conceptos generales del mismo; y c) Discutir los problemas de la técnica jurídica.” (p. XXI). Y agrega más adelante: “La necesidad de una materia general en la que se ofreciera una visión de conjunto del derecho, se estudiaran los conceptos generales del mismo y se discutieran los problemas de la técnica jurídica, fue la que determinó la creación de la Introducción al Estudio del Derecho. Antes de esto el vacío existente en la materia se llenaba en las Escuelas de Jurisprudencia con la parte del primer curso del derecho civil denominada Introducción. Esta parte no llenaba su objeto, por ser incompleta, por ser elemental y por ser extraña a la disciplina a la que estaba vinculada” (p. XXII).

cual es crucial la reflexión sobre si (i) ¿son IED y TGD (dis) cursos *iusteóricos* e *iuspedagógicos* análogos, completa o cuando menos parcialmente, y, de ser esto último, en qué medida? y, (ii) De constituir IED un discurso jurídico autónomo de TGD, cuál es su nivel sistemático en el campo de saberes jurídicos generales, desde la determinación de sus relaciones con los niveles “dogmático” o de la “ciencia” del derecho (nivel discursivo), y metadogmático, tanto de la teoría como de/o la filosofía del derecho (nivel metadiscursivo).

En tal medida, no parece conveniente que ninguna de las justificaciones de IED deba ser, sin más, presupuesta,⁸ como tampoco fundada exclusivamente en el argumento de su tradición histórica, a menos que se privilegie una concepción de la historia como simple arqueología *iuspedagógica*, que si bien es cierto puede ser tomada como válida, posiblemente genera un uso metodológico dogmático o unidimensional de las categorías del discurso pedagógico, en detrimento de la construcción de contextualizaciones históricas alternativas y conceptualmente plurales de los problemas del conocimiento jurídico.

Del mismo modo, son muchos los textos de ‘teoría (general) del derecho’, todos ellos adoptando esa denominación o una cercana, cuyo uso pedagógico puede enmarcarse tanto para cursos de TGD como de IED. Al respecto, véase, entre otros, ADOMEIT (1984); BARRÈRE UNZUETA (1998); BOBBIO (1992); CALVO GARCÍA (2000); CARPINTERO (1989); DE ÁNGEL (1994); DE LUCAS (1997); HERNÁNDEZ MARÍN (1998); KELSEN (1991); LÓPEZ CALERA (2004); MARTÍNEZ ROLDÁN/FERNÁNDEZ SUÁREZ (1994); NAWIASKY (2002); PECES BARBA (2000); PÉREZ LUÑO (1997); PRIETO SANCHÍS (1997 y 2005); REALE (1997); RIDALL (2000); ROBLES (1988 y 1999); SOPPER (1993); SORIANO (1993); VERNENGO (1975).

Otros textos de problemas, posiblemente también adscribibles tanto a IED como a TGD, según el concepto, los límites y las relaciones que se planteen entre ambos (dis) cursos, con denominaciones divergentes, son los de AGUILÓ REGLÁ (2000); ALCHOURRÓN/BULYGIN (2002); ALEXY (1997); ATIENZA/RUIZ MANERO (1996); ATIENZA (2006); AUSTIN (2002); BODENHEIMER (1994); BROEKMAN (1997); CAPELLA (1997 y 1999); CARRIÓ (1994); ENGISCH (2001); GARZÓN VALDÉS/LAPORTA (1996); GROSSI (2003); GUASTINI (1999); HART (1992); HOHFELD (1995); JEZTAZ (1996); KELSEN (1991); LUMIA (1991); MENDONCA (2000); NAVARRO (2005); NINO (1985 y 1994); OST/KERCHOVE (2001); PATTARO (1986); ROSS (2005) y ZULETA (2005).

- 8 Específicamente, convendría que estos textos respondieran, sin presuponerlas, estas dos específicas cuestiones: (i) ¿Tiene IED un estatuto epistemológico autónomo e independiente respecto a los saberes jurídicos generales de la ‘teoría general del derecho’ y la ‘filosofía del derecho’, y de los saberes jurídicos específicos o ‘dogmáticas jurídicas’? ¿o se trata, por el contrario y simplemente, de un espacio curricular con funciones exclusivamente pedagógicas, instrumentales, respecto de la aprobación ulterior del restante plan de estudios por los estudiantes de derecho?; y (ii) De constituir IED una disciplina jurídica autónoma; de estar provisto IED de un estatuto epistemológico independiente y autónomo ¿cuáles son los contenidos discursivos, y ante todo los métodos, de la disciplina jurídica IED?

4. Los presupuestos metodológicos de IED: Conceptos de derecho y sentidos de IED.

Con lo dicho, se puede plantear que existe una conexión o vinculación metodológica entre el concepto de derecho que se elabore (y elija) como punto de partida en el estudio (“general”) del derecho y el contenido discursivo de IED. En otras palabras, *un* discurso de IED está condicionado por *un* tipo específico de concepto de derecho.

A su vez, la formulación de un concepto específico de derecho está interferida por dos niveles conceptuales de análisis: *gnoseológico* y *epistemológico*.⁹ Esta demarcación filosófica (concretamente entre *gnoseología* –métodos para hacer filosofía– y *epistemología* –métodos para hacer ciencia, respectivamente), es importante para el análisis de los discursos acerca de los conceptos de derecho, así como para la elaboración de conceptos de derecho propiamente dichos.

4.1. Desde el nivel *gnoseológico*, los conceptos de derecho se clasifican de acuerdo con métodos (i) *idealistas*, (ii) *materialistas* (histórico-dialécticos y filosóficos); (iii) *hermenéuticos*, que pueden ser de carácter filosófico (hermenéutica filosófica), literario (hermenéutica literaria) y lingüístico (hermenéutica lingüística); (iv) *existencialistas*, (v) *fenomenológicos*, (vi) *analíticos-convencionalistas* y, (vii) *post-analíticos*, entre los cuales se encuentran los constructivistas, des-constructivistas, garantistas y críticos, entre otros.

4.2. Desde un nivel *epistemológico*, se pueden identificar, principalmente, conceptos de derecho *iusnaturalistas* o antipositivistas, *iuspositivistas* e *iusrealistas*.

4.3. La interrelación entre los planos *gnoseológico* y *epistemológico*, entre los cuales hay complementariedad, incide en las tipologías de conceptos de derecho que pueden ser objeto de estudio de un discurso de IED:

- a. Desde un nivel *gnoseológico* (metateórico) *idealista-esencialista*, si se trata de un concepto *epistemológico* (teórico) de derecho *iusnaturalista*, el discurso IED constituirá un discurso ético-político: definirá el derecho desde una perspectiva axiológica, recurriendo a la reivindicación de “valores”, de unas históricas tradiciones axiológicas del pensamiento occidental (teologismo cristiano, ra-

9 Cf. BUNGE (2006: 28-30). Son múltiples los conceptos de ‘filosofía del derecho’, tantos cuantos métodos filosóficos posibles, entre los cuales el que aquí se menciona, uno analítico lingüístico, concibe ésta como reconstrucción de discursos jurídicos, el de la ‘teoría “general” del derecho’ y el de las teorías jurídicas específicas o “dogmáticas” jurídicas. Según esta perspectiva la filosofía jurídica se concibe como un meta-discurso que tiene por objeto el análisis de los lenguajes constituidos por los mencionados discursos jurídicos. Respecto a esta noción, puede verse, para una definición general de filosofía RUSSELL (1999: 5-74); para una definición de filosofía jurídica, cf. COMANDUCCI (2004: 7-22).

- cionalismo ilustrado), cognoscibles mediante la determinación de su “esencia” conceptual, orientación en la que predominan conceptos de derecho al estilo de “realización de ‘la’ justicia” (divina, metafísico-racional, metafísico-historicista u ontológica). En otras palabras, este enfoque de IED delezna el carácter artificial o de creación social del derecho en su conceptualización.
- b. De otro lado, si se trata de un concepto de derecho de positivismo metafísico-idealista (*positivismo ideológico*), desde un nivel gnoseológico, IED consistirá, básicamente, en un discurso que conceptualiza el derecho como conjunto de normas legales, de creación monopolizada estatal, que por este solo hecho merece la obediencia de los súbditos y de los jueces al soberano estatal. En este caso el concepto de derecho suele consistir, al estilo de la teoría del derecho del Siglo XIX, en la idea de que éste es monista en cuanto al sistema de fuentes, que está reducido a la capacidad de rendimiento de la ley, la cual es capaz de originar un ordenamiento jurídico con las propiedades sistemáticas de la unidad, la completitud y la coherencia, de tal modo que el juez no debe interferir en el proceso de creación del derecho.
- c. Desde un nivel gnoseológico *analítico-convencionalista*, IED puede originar conceptos epistemológico-jurídicos positivistas-analíticos (*positivismo conceptual o metodológico*¹⁰) que pueden trasuntar por (i) una concepción del derecho centrada en el uso prescriptivo del lenguaje, que de cuenta del derecho como una convención colectiva histórica que transcurre en el tiempo (*positivismo analítico del lenguaje ordinario*), o (ii) una concepción del derecho que lo trata como una realidad social, de tal modo que puede ser definido a través de la formulación de proposiciones significativas en términos lógico-empíricos, es decir, pasibles de los predicados de verdad o falsedad (*positivismo lógico-formal*).
- d. Desde un nivel gnoseológico *analítico-pragmatista*, IED formula concepciones de derecho epistemológico-*realistas*, que pueden estructurarse en dos enfoques: (i) en el enfoque del realismo *positivista-empírico* de los países escandinavos, según el cual el concepto de derecho está determinado por una concepción del derecho como realidad empírica, a partir de la cual la teoría del derecho entroniza el punto de vista de la eficacia como el principal de la teoría del de-

10 Es muy debatida la caracterización epistemológica del positivismo kelseniano, pues si bien *filosóficamente* Kelsen fue un autor neokantiano idealista, un buen sector de la filosofía analítica suele interpretarlo como un pensador *teóricamente* analítico (como sucede con la iusfilosofía analítica italiana), a partir de su definición del derecho como una técnica coercitiva estatal de regulación de las relaciones sociales, esto es, de su concepción del derecho como institución social, puesta o creada artificial y no naturalmente, y de su elaboración de las teorías de la *estática* y la *dinámica* jurídicas. Sobre esta interpretación analítica de la doctrina kelseniana véase COMANDUCCI (2004: 10).

- recho; y (ii) el enfoque del *realismo pragmatista* propio de la cultura jurídica angloamericana, el cual hace residir el problema del concepto de derecho en las decisiones judiciales (“derecho es lo que dicen los jueces que es derecho”), pues su realismo teórico se manifiesta como una expresión del pragmatismo analítico-filosófico: se vincula con el alcance *real* que puede asignarse al concepto de derecho, que se pierde de vista cuando se limita a aquellos actos que dictan las autoridades jurídicas a través de los cuales se definen las relaciones sociales y se les asigna una solución definitiva y obligatoria para las partes por los jueces.
- e. Desde un plano gnoseológico las tesis *post-positivistas* siguen siendo analíticas al conceptualizar el derecho, entabando, desde un punto de vista epistemológico, una tensión entre dos aspectos epistemológicos que dan lugar a teorías del derecho de las siguientes dos clases (i) teorías que subsisten en la defensa de las tesis básicas del positivismo conceptual, específicamente de la compatibilidad entre positivismo y (neo)constitucionalismo (*positivismo postanalítico*, i.e., positivismo crítico, positivismo realista, positivismo incluyente); y (ii) teorías que afirman la necesaria superación del paradigma positivista dada su incapacidad de rendimiento teórico para dar cuenta del Estado constitucional (*antipositivismos*, i.e., constructivismos jurídicos).¹¹

5. Algunos sentidos de los discursos IED a partir de las anteriores distinciones meta-metodológicas.

Siguiendo en un plano de análisis descriptivo, cometido de esta primera sección, no se adhiere a ninguna clase de concepto de derecho, ni se formula o elabora ninguno; no obstante, se recurre a la hoy clásica dualidad introducida por Hart en el proceso de formulación del (*un*) concepto de derecho: la de los puntos de vista interno y externo; la distinción de los roles del observador y el participante del derecho; el paralelismo de los conceptos descriptivos y los prescriptivos de derecho. Lo anterior, en tanto se considera válido este criterio para el análisis descriptivo, preponderantemente neutral, de algunos sentidos de IED.

5.1. Primer sentido de IED: Introducción al (concepto de) derecho.

Suele ser muy común la denominación del discurso IED como introducción “al” derecho. No obstante, si bien es cierto esto es posible desde una perspectiva meto-

¹¹ Esta problemática consúltese en NINO (1980: 16 ss).

dológicamente empírica, que sería más apropiada para una introducción antropológica o sociológica que teórico-jurídica, parece que lo más adecuado y acertado teóricamente es plantear IED como una introducción *al concepto* de derecho en las diferentes teorías jurídicas.

En este caso, IED se concibe como un discurso para realizar una introducción al problema *teórico*¹² de conceptualizar el derecho. En consecuencia, desde esta explicitación metodológica, conviene obviar como enfoque privilegiado el de aquellos (dis) cursos IED que se encauzan hacia un sentido empírico, es decir, que pretenden una introducción del estudiante, más que “al” derecho “en el” derecho, esto es, en la práctica social en que él consiste.

En tal proyecto se correría el riesgo de incurrir en una petición de principio, ya que todas las personas, aprendices o conocedoras técnicas del derecho, empíricamente hablando, formamos parte de él, si es que se adopta la ya clásica concepción y la consecuente delimitación de puntos de vista de Hart. Por ello, se trata más bien de una introducción problema del *concepto* de derecho, como problema de una teoría del derecho, que de una introducción a la práctica social en que éste consiste, de la que formamos parte los ciudadanos de un Estado de derecho.

Entendido en una perspectiva de una introducción al problema de los conceptos de derecho en las distintas teorías jurídicas, la teoría contemporánea del derecho trata como uno de sus cuestiones centrales la contraposición entre *conceptos descriptivos* y *conceptos prescriptivos* de derecho.

A este respecto, con algunas excepciones en cada caso, las teorías positivistas se comportan como teorías descriptivistas, esto es, que privilegian para la elaboración de la teoría un punto de vista externo, mientras que las teorías antipositivistas o iusnaturalistas lo hacen como teorías normativistas o prescriptivistas del concepto de derecho, remarcando un punto de vista interno en la elaboración de la teoría. Estas dos concepciones disputadas, dan origen a interesantes subclasificaciones conceptuales:

12 En este caso debe deletzarse un sentido *empírico* de Introducción al derecho: aquel que indique que no se trata de una introducción “al” derecho *como tal o en cuanto tal* (o lo que sería lo mismo, de una “introducción “en el” derecho”), pues de ser así el discurso IED implicaría la pretensión pedagógica de introducir al estudiante al derecho como práctica colectiva histórico-cultural (usando la definición de Hart); esto es, consistiría en una introducción al estudiante al fenómeno o institución social en los que *empíricamente* puede consistir el derecho. Se incurriría aquí en una petición de principio ya que todas las personas, aprendices o conocedoras técnicas del derecho, empíricamente hablando, formamos parte de él, si es que se adopta la ya clásica definición de Hart. Por ello se trata de una introducción al problema teórico de la definición de ‘derecho’, esto es, al *concepto* de derecho como problema teórico, y no entonces a la práctica social en que éste consiste.

- a. Desde un *punto de vista interno*, las concepciones de derecho prescriptivas (volverse –profesores y estudiantes– “participantes”) implican concientizar al aprendiz de derecho, a partir de la distinción de los roles de partícipe activo y de observador imparcial o neutral, del valor *prima facie* privilegiado que tiene el carácter de participante que respecto del de observador, con respecto al análisis de esa convención colectiva histórica, lingüística y cultural en que consiste el derecho para un sector de la teoría jurídica.
- b. Desde un *punto de vista externo*, los conceptos de derecho descriptivos (describir(le a alguien) en qué consiste el derecho, sin tomar partido valorativo ninguno respecto de esa práctica), implican la descripción, desde la perspectiva de un “observador imparcial”, no desde la de un “participante”, de la estructura interna (y externa) del derecho.

La descripción puede ser desde cualquier marco discursivo descriptivo, *i.e.*, desde la sociología, la lingüística, la politología, la antropología. Pero ¿desde qué discurso de éstos, o acaso desde uno independiente, se realiza la descripción/observación cuando el observador es un jurista? ¿Desde todos los enfoques mencionados? ¿Desde uno propiamente jurídico? ¿Si es esto último, cuál? En la filosofía del derecho contemporánea, este discurso es la teoría del derecho, cuyo análisis teórico consiste, básicamente, en un análisis conceptual, esto es, en la descripción del uso y los sentidos que asume la expresión ‘derecho’ en los lenguajes-objeto o metadis-cursos jurídicos, especialmente la dogmática jurídica.

5.2. Segundo sentido de IED: Introducción al estudio del derecho.

Hay una gran tradición latinoamericana en torno a esta denominación y a esta orientación. El enfoque tradicional de IED en este caso consiste en una propedéutica a distintos problemas nucleares de la teoría general del derecho, *i.e.* la estática y la dinámica jurídicas. Esta propedéutica incluye también las distintas clasificaciones del ordenamiento jurídico según las relaciones jurídicas, concentrándose en las características de los derechos público y privado y sus diferencias.

No obstante, convendría que este enfoque tradicional de IED, explicitará las dos siguientes cuestiones, generalmente entremezcladas:

- a. Cuando el predicado epistemológico es de la Introducción (o sea de la actividad de ‘introducir a’): *Introducción* (“teórico-jurídica”; “filosófico-jurídica”; “lingüística”; “politológica”; “sociológica”; “antropológica”; etc.) al estudio del derecho.

- b. Cuando el predicado epistemológico es del estudio (del derecho) al que se está introduciendo (o que constituye el objeto de la introducción): *Introducción al estudio* (“técnico-jurídico”, “filosófico-jurídico”, “lingüístico”, “politológico”, “sociológico”, “antropológico”, etc.) del derecho.
- c. Cuando el predicado epistemológico es del estudio al que se está introduciendo, pero hace de la Introducción un discurso aplicado (dado que el ‘estudio’ al que se introduce, es un objeto aplicado, es decir, determinado y específico): *Introducción a una teoría general del derecho* e/o *Introducción a las dogmáticas jurídicas* y sus tipos internos (constitucional –general y nacional–, civil –general y contractual–, penal –de los fundamentos ‘delito’ y ‘pena’ y especial–, etc.).

III

Las tres posibilidades epistémicas de IED referidas son compatibles, originando una cuarta posibilidad de sentido, cuyo plano de análisis es ahora prescriptivo, dado que propone cómo deberían plantearse los (dis) cursos IED desde un sentido discursivo más integral y completo, así como unos compromisos discursivos teóricamente más explícitos.

6. Un sentido (alternativo) de IED: IED como una Introducción (ontológica, fenomenológica y epistemológica) al estudio (teórico-general) del Derecho.

6.1. Introducción ontológica, fenomenológica y epistemológica.

Un (dis)curso de IED, así concebido, debería dar cuenta, en forma propedéutica, de algunos problemas básicos (ontológicos y epistemológicos) del discurso jurídico. Es decir, debería enmarcar el discurso introductorio, la Introducción, en:

- a. Un *ámbito ontológico*: la aproximación a una lógica (en sentido amplio) del discurso jurídico que vincula el concepto de derecho con su concepción como una práctica colectiva, como una acción cooperativa dialógica y/o como institución o maquinaria social compleja, apareja la tesis de que el derecho es una sucesión de lenguajes o discursos que implica un entramado de conceptos básicos que son mínimos y comunes para el ejercicio de dicha práctica social cooperativa. Estos conceptos son los que la teoría contemporánea del derecho,

sobre todo a partir de los trabajos de Kelsen y Hohfeld, ha teorizado en términos de una ‘estática jurídica’ (*i.e.*, derecho subjetivo, deber jurídico, relación jurídica, norma jurídica, ilícito, sanción, etc.), representando las piezas o claves lingüísticas básicas de un discurso jurídico, cuyo abordaje en un (dis)curso de IED es pertinente, especialmente para su estudio desde un punto de vista interno.

- b. Un *ámbito fenomenológico*: en una perspectiva de concepción analítica del derecho como una práctica social discursiva, surge una dimensión de sus aspectos fenomenológicos que se vinculan con los aspectos funcionales, con la funcionalidad de dicha práctica institucional. Esta es una dimensión fenomenológica diferente a la de una gran tradición de la filosofía que asume que la fenomenología consiste en la determinación de ciertas ‘esencias’ de los problemas filosóficos.

Por el contrario, la perspectiva fenomenológica funcionalista ubica en esta dimensión los problemas que en la teoría general del derecho contemporánea se conocen como aspectos de la ‘dinámica jurídica’, esto es, que se refieren a la problemática de cuándo y cómo cambian los sistemas jurídicos, y de cuándo y cómo se construyen las normas jurídicas en cuanto contenidos proposicionales de las disposiciones jurídicas generales referidos a casos concretos.

- c. Un *ámbito epistemológico*: el estudio del derecho concebido como práctica social discursiva, debe dar lugar, en primer término, a la delimitación de aquellos saberes o (meta)discursos mediante los cuales se puede realizar el estudio de dicha práctica y que son realizados por los juristas, a diferencia de otros teóricos de las ciencias sociales: la(s) teoría(s) general(es) del derecho y la(s) dogmática(s) jurídica(s). En segundo término, un discurso de IED que aborde problemas epistemológicos debe ocuparse de la dilucidación de las características de los métodos con los cuales se pueden elaborar dichos discursos, en tanto que discursos analíticos: el método del análisis conceptual y el método dogmático, respectivamente.

6.2. Introducción (ontológica y epistemológica) al estudio teórico-general del derecho.

La anterior aproximación al derecho concebido como práctica socio-discursiva; a su instrumental lingüístico básico; a su dinámica funcional y a sus tipos de saberes internos juristas, debería incluir además:

- a. Elementos que aproximen a los estudiantes a un discurso teórico general del derecho, esto es, a una teoría general del derecho que estudie su estructura conceptual, mediante dos tipos de análisis: en primer lugar, el análisis de los

conceptos básicos de la dogmática jurídica como meta-lenguaje acerca del lenguaje jurídico de las disposiciones del ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, el análisis de las relaciones lógicas o discursivas existentes entre el lenguaje objeto jurídico-positivo y el metalenguaje sobre dicho objeto o dogmática jurídica.

- b. Elementos que diluciden y caractericen, propedéuticamente, los rasgos principales del método dogmático como instrumento de elaboración de la dogmática jurídica.

7. Bibliografía.

- BUNGE, Mario (2006). *Epistemología*, México, Fondo de Cultura Económica.
- COMANDUCCI, Paolo (2004). *Introducción a Análisis y Derecho*, Paolo Comanducci (Comp.), México, Fontamara.
- DOMÍNGUEZ, Virgilio (2000). *Prólogo a Introducción al estudio del derecho* de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Porrúa, México.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1994). *La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la «Teoría del Derecho» como sucedáneo*, *Persona y Derecho*, 31, 1994, pp. 109-155 (La versión electrónica se puede consultar en <http://www.geocities.ws/jagamado/index-2.html>).
- NINO, Carlos (1980). *Introducción al análisis delo derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- RUSSELL, Bertrand (1999). *Los problemas de la filosofía*, Labor, Barcelona.
- SASTRE ARIZA, Santiago (2006). *Para ver con mejor luz: una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica*, en: *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Christian Courtis (ed.), Trotta, Madrid.
- UPRYMNY, Leopoldo (1998). *Prólogo a Introducción al derecho*, de MONROY CABRA, Marco Gerardo, Bogotá, Temis.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth (2008a). *Elementos para una teoría de los principios del derecho procesal penal en un Estado constitucional*, En: *Reflexiones sobre el sistema Acusatorio. Una revisión desde la práctica judicial*, Jurídica Sánchez, Medellín.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth (2008b). *Ética y derecho en la Posmodernidad*, En: *Revista Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia, Medellín, No. 145, pp. 223-241.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth (2009). *Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba*. En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Vol. 39, No. 111, pp. 337-356.

8. Corpus.

- ADOMEIT, Klaus (1984): *Introducción a la teoría del derecho*, traducción de Enrique Bacigalupo, Civitas, Madrid.
- AFTALIÓN, Enrique/VILANOVA, José (1988). *Introducción al derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- AGUILÓ REGLA, Josep (2000): *Teoría general de las fuentes del derecho y del orden jurídico*, Ariel, Barcelona.
- ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio (2002). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, traducción de los autores, Buenos Aires, 1975.
- ALEXY, Robert (1997): *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge Alem, Gedisa, Barcelona.
- ATIENZA, M. (1993): *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2001a): *Introducción al derecho*, Distribuciones Fontamara, 1ª ed. corregida, México D.F.
- ATIENZA, M. (2001b): *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel (2006): *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- AUSTIN, John (2002). *El objeto de la jurisprudencia*, traducción de Juan Ramón de Páramo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BARRERE UNZUETA, María Ángeles (*et. al.*) (1998). *Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- BOBBIO, Norberto (1992): *Teoría general del derecho*, traducción de Jorge Guerrero, Temis, 2ª ed. castellana, Bogotá.
- BODENHEIMER, Edgar (1994). *Teoría del derecho*, traducción de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica.
- BROEKMAN, Jan M (1997): *Derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho*, traducción de Hans Lindahl y Pilar Burgos Checa, Temis, Bogotá.
- CALVO GARCÍA, Manuel (2000): *Teoría del derecho*, Tecnos, 2ª ed., Madrid.
- CARRIÓ, Genaro (1994): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4ª ed., Buenos Aires.
- CAPELLA, Juan Ramón (1997): *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Barcelona.
- CAPELLA, Juan Ramón (1999): *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid.
- CARPINTERO, Francisco (1988). *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid.

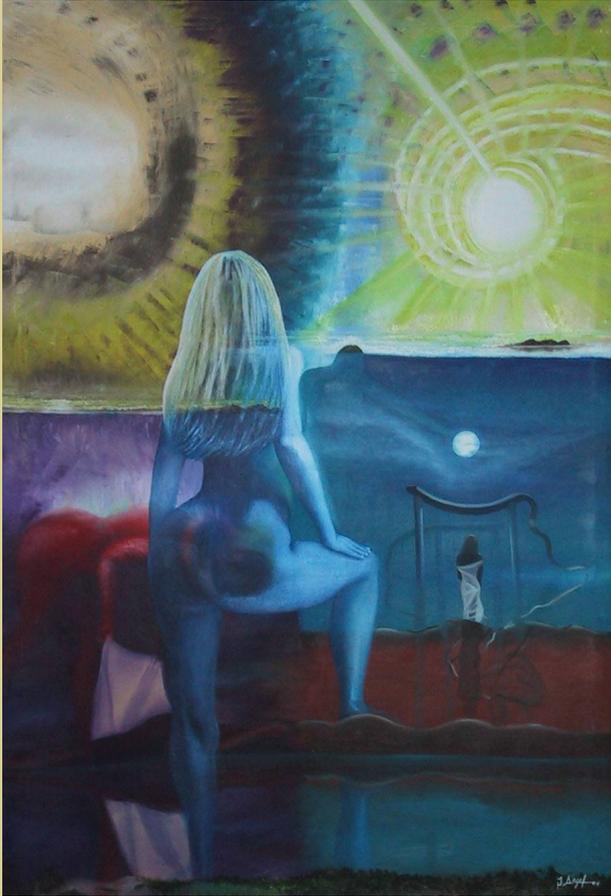
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo (1993): *Una teoría del derecho*, Civitas, 6ª ed., Madrid.
- DE LUCAS, Javier (*et. al*) (1994): *Curso de introducción al derecho*, Tirant lo blanch, Valencia (España).
- DE LUCAS, Javier (*et. al*). *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanc.
- D'ORS, Álvaro (1999): *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid.
- ENGISCH, Karl (2001): *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de Ernesto Garzón, Comares, Granada (España).
- GARCIA MÁYNEZ, Eduardo (2000): *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, 51ª reimpresión, México D.F.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto/LAPORTA, Francisco (Eds): *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Ciencias Sociales, Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos (1992). *Temas de introducción al derecho*, Medellín, Señal Editora.
- GROSSI, Paolo (2003): *Prima lezioni di diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- GUASTINI, Ricardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona.
- HART, Herbert (1992): *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, reimpresión de la 2ª ed., Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ MARIN, Rafael (1998): *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial Pons, Madrid.
- HOHFELD, Wesley N (1995): *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de Genaro Carrió, Distribuciones Fontamara, 3ª ed., México D.F.
- JESTAZ, Philippe (1996): *El derecho*, traducción de la 2ª edición de Ramón Domínguez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- KELSEN, Hans (1991). *Teoría pura del derecho*, traducción de la 2ª ed., alemana de Roberto Vernengo, México, Porrúa.
- LATORRE, Ángel (1985): *Introducción al Derecho*, Ariel, 1ª ed. y puesta al día, Barcelona.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (2004). *Teoría del derecho*, Granada, Comares.
- LUMIA, Giuseppe (1991): *Principios de teoría e ideología del derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 12ª reimpresión castellana.
- MARTÍNEZ MARULANDA, Diego (2000). *Fundamentos para una introducción al derecho*, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis/FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús (1994): *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, Ariel, Barcelona.
- MENDONCA, Daniel (2000): *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo (1998). *Introducción al derecho*, 11ª ed., Temis, Bogotá.

- NAVARRO, P. (2005): *Los límites del derecho*, Temis, Bogotá.
- NAWIASKY, Hans (2002). *Teoría general del derecho*, traducción de José Zafra, Granada, Comares.
- NINO, Carlos Santiago (1980): *Introducción al análisis del derecho*. Astrea, 2ª ed., Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago. (1985): *La validez del derecho*. Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos Santiago. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel.
- OST Francoise/DE KERCHOVE, Michel van (2001): *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Traducción de Pedro Lamas, Universidad Nacional de Colombia/Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bogotá, 2001.
- PATTARO, Enrico (1986): *Elementos para una teoría del derecho*. Traducción de Ignacio Ara Pinilla, Debate, Madrid.
- PECES-BARBA, Gregorio (et. al.) (2000): *Curso de teoría del derecho*. Marcial Pons, 2ª ed., Madrid.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (et. al.) (1997): *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (et. al.) (1997): *Lecciones de teoría del derecho*. MacGraw-Hill, 2ª ed., Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2005). *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta.
- REALE, Miguel (1997): *Teoría tridimensional del derecho*. Traducción de Ángeles Mateos, Tecnos, Madrid.
- RECASÉNS SICHES, Luis (1996): *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa, 11ª ed., México D.F.
- RIDALL, J.G (2000): *Teoría del derecho*. Traducción TsEdi Telservicios Editoriales S.L, con revisión técnica de Ángela Ackerman y Jorge Malem, Gedisa, Barcelona.
- ROBLES, Gregorio (1988): *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial Debate, Madrid.
- ROBLES, Gregorio (1999): *Teoría del derecho (Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Vol. I)*. Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. *Introducción a la ciencia del derecho*, Salamanca, Librería Cervantes.
- ROSS, Alf (2005). *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires.
- SORIANO, Ramón (1993): *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel, 2ª ed., Barcelona.
- SOPPER, Philip (1993): *Una teoría del derecho*. Traducción de Ricardo Caracciolo con colaboración de Silvia Vera. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2000): *Introducción al derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

VERNENGO, Roberto (1975): *Curso de teoría general del derecho*. Depalma, 2ª ed., Buenos Aires.

ZULETA PUCEIRO, Enrique (2005). *Teoría del derecho. Enfoques y aproximaciones*, Buenos Aires, LexisNexis.



Título: Interactuando en universos místicos

Técnica: Óleo, canvas

Dimensión: 54 x 50

***RESEÑA DEL LIBRO LOS SERVICIOS
SEMIPÚBLICOS DOMICILIARIOS
DE FABIÁN G. MARÍN CORTÉS***

RESEÑA DEL LIBRO *LOS SERVICIOS SEMIPÚBLICOS DOMICILIARIOS* DE FABIÁN G. MARÍN CORTÉS

*David Sierra Sorockinas**

El libro del profesor Fabián Marín es la muestra de un trabajo de varios años, tanto en la academia (profesor de la materia en varias universidades del país, en pregrado y postgrado, y director del Grupo de Estudio de Derecho Público de la Universidad de Antioquia, que ya tiene 10 años) como en la práctica en el sector de los servicios públicos domiciliarios (asesor de empresas y, actualmente, magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado). Por ello, tiene temas tan elaborados académicamente, piénsese en la discusión que plantea entre función administrativa y servicio público o la referente a los derechos fundamentales y su protección en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, como aspectos de amplia discusión práctica, dentro de estos cabe destacar el estricto desarrollo que plantea de los subsidios y contribuciones en el sector de los SPD.

Sin tratar de exponer y explicar todas las ideas que trae el autor, en torno a los servicios públicos domiciliarios, sí es importante señalar que en el desarrollo de la doctrina colombiana sobre el tema, es la obra que mejor y más completamente ha trabajado el tema. Para no llenarla de calificativos se puede resumir en completa, profunda y de fácil entendimiento. El libro desarrolla los temas desde una generalidad, lo que permite el acceso a primerizos en el tema, hasta llegar a contenidos que analiza en detalle, que son de gran ayuda para jueces, operadores del servicio, litigantes y, por supuesto, académicos.

Lo primero que resalta de la obra es el título tan sugestivo, pues incluyendo el prefijo *semi* a la palabra públicos, parecería que el autor fuera de la línea de aquellos que consideran a los servicios públicos domiciliarios una actividad económica sujeta a las reglas del mercado. Por el contrario, la obra muestra la necesidad de seguir considerando públicos a los servicios domiciliarios, claro está, intuyendo que el nuevo servicio no es el denominado clásico francés, donde toda la actividad era del Estado. Incluye varios matices y excepciones a la regla general de que son actividad de mercado, muchas de las excepciones son mayores que la misma regla.

* Estudiante de 10º semestre de derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante del Grupo de Estudio de Derecho Público de Medellín, dirigido por el Dr. Fabián Marín Cortés.

Es por eso, que el libro *Los servicios semipúblicos públicos domiciliarios* sigue la línea doctrinal del servicio público clásico, aunque no en la versión francesa, o de monopolio estatal, sino que considera al servicio público como una manifestación de la función administrativa, que no se convierte en un sinónimo de la misma y a fin de cuentas, una actividad que por su importancia en los fines que cumple, debe ser pública, principalmente.

La línea doctrinal, de la cual los mayores representantes en Colombia son de la Universidad de Antioquia, aunque cada uno con concepción propia que tiene grandes similitudes, gracias a los múltiples artículos de los profesores de la misma, como las tesis de maestría de los profesores David Suárez Tamayo y Willington Gil Alzate, defienden las ideas, que las muestra el autor a través de las páginas de libro.

Ahora bien, el autor no deja de exponer las demás posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión, es decir realiza un completo estudio del estado del arte en la materia, razón por la cual, el estudio es serio y sistemático, pues en los apartes del texto se encontrarán la jurisprudencia y doctrina más actualizadas del tema, no obstante, en los puntos de disyunción, el autor señala las críticas y aporta su punto de vista.

Como se explicó al inicio, la obra puede ser un material exquisito para estudiantes o profesionales que desconocen, o que están haciendo su primer acercamiento al tema de los servicios públicos domiciliarios, no porque la obra sea escrita a manera de manual, sino por la simplicidad del lenguaje y en la medida de las posibilidades, la explicación de temas técnicos se realiza de la forma más didáctica posible.

Sin embargo, para los avanzados en los temas, porque son jueces, operadores jurídicos, litigantes o profesores de la materia, la obra tiene todos los requisitos para estudiarle y, por supuesto, aprender de ella. En este sentido, la obra tiene temas puntuales y necesarios para aquel interesado en los SPD; por ejemplo, con relación al análisis de los prestadores de los servicios públicos, el profesor Fabián Marín además de explicar la normatividad existente en la materia, compila, acota y concuerda su estudio con las demás normas del sistema jurídico colombiano que indirectamente abordan este ámbito; este análisis es enriquecido con la jurisprudencia que ha desarrollado, tanto el Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional.

Dentro de las novedades que la obra trae, dentro de lo que existe en la doctrina actual de los servicios públicos, se pueden resaltar básicamente los siguientes cuatro aspectos: i) Un tratamiento especial a la figura del municipio como parte del entorno de los servicios públicos domiciliarios y como operador de los mismo, ii) Un estudio de los derechos fundamentales que operan con mayor fuerza en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, presentado con análisis particulares

para el derecho de petición, el debido proceso, la igualdad, la vida, la salud y la integridad personal, iii) Un estudio técnico-jurídico del régimen de subsidios y contribuciones en los servicios públicos domiciliarios y iv) Un análisis sobre la regulación, una figura jurídico económico que incide y es de vital importancia para entender el modelo adoptado luego de las leyes 142 y 143 de 1994.

Al margen de las novedades de la obra, uno de los aspectos más interesantes de su construcción fue el esquema particular propuesto por el autor para la lectura de cada uno de los trece capítulos. En la primera parte, propone un estudio sobre las nociones fundamentales que soportan la actual concepción de los servicios “*semipúblicos*” domiciliarios, convirtiéndose en el apartado con mayor contenido doctrinario de la obra, que sin embargo es la base para el entendimiento de los capítulos posteriores.

En la segunda parte, el estudio sobre los operadores de los servicios públicos domiciliarios, el autor realiza una disertación del cambio de la concepción monopólica del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a la prestación liberalizada de los mismos. Este cambio conlleva una modificación del paradigma preconstituyente, el cual supone considerar la introducción del concepto de “competencia” en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios. A partir de este concepto, el autor realiza un estudio acerca de los distintos operadores de estos servicios, tanto públicos como privados, y hace una especial disertación con relación a la empresa mixta de servicios públicos domiciliarios, tipología más compleja, en cuanto a su régimen jurídico se refiere.

En la tercera parte del texto, se plantea un estudio sobre un tema tan sensible y, hasta ahora, tan poco estudiado desde la doctrina, como el de los derechos fundamentales en el contexto de los servicios públicos domiciliarios. En este apartado, el autor presenta la jurisprudencia más relevante que hay sobre el tema, además de hacer valiosos aportes para el correcto entendimiento del mismo. De este estudio puede inferirse que los servicios públicos no pueden considerarse exclusivamente desde una óptica económica, sino de su importancia estratégica para el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

En la cuarta parte, hace un análisis del régimen contractual de los operadores de los servicios públicos, haciendo énfasis en un tema tan variopinto dentro de la doctrina del derecho administrativo, como lo es la huida del derecho público o del derecho administrativo. El autor plantea esta problemática a partir de la idea, más o menos generalizada, de que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es una actividad privada, con las consecuencias que ello trae. Como puede fácilmente colegirse de una atenta lectura del texto, son tantas las excepciones a tal idea que, por lo menos, la tan sonada huida, no se da y más que ello es posible inferir una publicación del derecho privado.

La parte quinta del texto parte de la explicación de una figura jurídica *novedosa* en el entorno de los servicios públicos domiciliarios, la regulación, figura clave en el entendimiento actual de los SPD, resaltando el análisis hecho por el autor en explicar la figura desde fundamentos jurídicos, exponiendo la tesis de la Corte Constitucional o Consejo Estado, aunque Marín Cortés toma un criterio divergente. Luego, en uno de los capítulos más técnicos del texto, desarrolla la temática de los subsidios y las contribuciones; el autor, además de realizar un estudio sistemático de las normas que regulan tal materia, plantea las diversas consecuencias que el actual régimen comporta para las entidades estatales, tornándose así en una herramienta básica para los operadores y asesores en la materia.

Finalmente, en la última parte del texto el autor desarrolla el tema del juez de los servicios públicos, haciendo un estudio de la caótica jurisprudencia en el tema. Marín sistematiza los puntos clave de las diversas problemáticas que se han originado en el ámbito contencioso; así, ofrece las herramientas básicas para que los litigantes y jueces puedan orientarse en uno de los aspectos más candentes del ámbito procesal.

No se puede decir menos de la gran obra sobre servicios públicos domiciliarios, pues, como se ve, cumple con dos requisitos básicos para su necesaria lectura: la teoría y la práctica. Es decir, cumple con las expectativas de los académicos, en tanto la rigurosidad de las fuentes y temáticas propuestas, y con las de aquellas personas que necesitan aplicar sus conceptos, entiéndase litigantes, asesores, jueces, entre otros, brindándoles las herramientas indispensables, tanto normativas como jurisprudenciales para un adecuado tratamiento de los temas más importantes en el campo de los servicios públicos domiciliarios.



Imprinta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprinta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en junio de 2011