

Civilizar

Ciencias **Sociales** y **Humanas**

Centro de Investigaciones
Civilizar



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

CIVILIZAR | Bogotá
Colombia | Vol. 9 | No. 16 | pp. 001 - 198 | Enero - Junio | 2009 | ISSN: 1657-8953

Civilizar

Ciencias Sociales y Humanas

**Director Centro de Investigación
y Revista Civilizar**

Ignacio Restrepo Abondano

Editora

Yadira Caballero Quintero

Asesor Editorial

Wilson López López

Colaboradora Editorial

Irma Amalia Molina Bernal

Comité Editorial

Martín Krause. Universidad de Buenos Aires - Argentina
Iris Camacho Melendez. Universidad de Puerto Rico - Mayagüez
María Cristina Gómez Isaza. Universidad de Antioquia - Colombia
Emilia Girón Reguera. Universidad de Cádiz - España
Joaquín González Ibáñez. Universidad Alfonso X "El sabio" - España
Yadira Caballero Quintero. Universidad Sergio Arboleda - Colombia
José Manuel Gual Acosta. Universidad Sergio Arboleda - Colombia
Gabriel Zanotti. Fundación Hayek - Argentina

Comité Científico

Beatriz Londoño Toro. Universidad del Rosario - Colombia
Mauricio Uribe Blanco. Universidad Sergio Arboleda - Colombia
Martín Krause. Universidad de Buenos Aires - Argentina
Leonardo Espinosa Quintero. Universidad Sergio Arboleda - Colombia
Carlos Ariel Sánchez Torres. Universidad del Rosario - Colombia
Iris Camacho Melendez. Universidad de Puerto Rico - Mayagüez
Campo Elías Burgos. Universidad Sergio Arboleda - Colombia
Kai Ambos. Universidad de Göttingen - Alemania
Jorge Aurelio Díaz. Universidad Nacional - Colombia
Rubén Sánchez. Universidad del Rosario - Colombia
Blanca Ortiz. Universidad Distrital - Colombia
Gabriel Zanotti. Fundación Hayek - Argentina

Traducción

Ángela María Ramírez Rincón.

Corrección de estilo

Luz Rodríguez

Diseño Carátula

Jimmy Salcedo Sánchez

Diagramación

Maruja Esther Flórez Jiménez

Incluida en

Directory of Open Acces Journals DOAJ- Lund University- Suecia

Latindex-UNAM-México

Publindex C-Colciencias-Colombia

Redalyc-UAEM-México

Los artículos se pueden reproducir citando como fuente:
Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas.
Universidad Sergio Arboleda.

Forma de adquisición:
compra, canje o suscripción
Precio unitario de venta al público año 2009
(\$ 20.000)
Precio de suscripción anual (Dos números) Colombia
(\$ 40.000)
Exterior (US \$ 20)
No incluye gastos de envío
Periodicidad: dos números al año

Correspondencia, suscripciones y solicitudes de canje:
Calle 74 No 14 – 14 – Torre D Piso 8
Universidad Sergio Arboleda
Centro de Investigaciones Civilizar
Teléfono: 3 25 75 00 Extensión 2242 y 2260
Correo electrónico: revista.civilizar@usa.edu.co
<http://www.usa.edu.co/civilizar/>
Formato 21.5 x 28

Tabla de Contenido

Carta del Director <i>Ignacio Restrepo Abondano</i> <i>Universidad Sergio Arboleda</i> _____	9
Editorial <i>Yadira Caballero Quintero</i> <i>Universidad Sergio Arboleda</i> _____	13
DERECHO	
Principio de autonomía de la voluntad e instrumentos de carácter internacional en el Sistema jurídico colombiano <i>Leonardo Espinosa Quintero</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá Colombia</i> _____	15
Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras <i>Viviana Herrera Ramírez</i> <i>Universidad Montesquieu Bordeaux IV Francia</i> _____	41
Tutela contra sentencias. Procedencia y modalidades jurisprudenciales en Colombia (1992-2006) <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i> _____	57
La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. estado del arte <i>Israel Soler Pedroza, William Guillermo Jiménez</i> <i>Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- Bogotá, Colombia</i> _____	73
La suspensión en prevención como medida cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo <i>Julieta Arenas Ceballos</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i> _____	91

POLÍTICA

- Algo más que piedra y consignas: la agitación social vista desde la prensa durante el gobierno de la concentración nacional (1930 – 1934)
Rodrigo Hernán Torrejano Vargas
Universidad Jorge Tadeo Lozano ————— 105

ECONOMÍA

- La encrucijada de la Vivienda de Interés Social en Bogotá: Los precios del suelo
Alex Smith Araque Solano y Yadira Caballero Quintero
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia ————— 127

FILOSOFÍA

- Santo Tomás y la ontología hilemórfica
Lawrence Dewan
Dominican University College, Ottawa, Canadá ————— 153

- Crisis constitucional e identitaria de la Unión Europea
Pablo Sánchez Garrido
Universidad San Pablo CEU, España ————— 167

- El ser y su ser en Tomás de Aquino
Liliana Beatriz Irizar
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia ————— 179

- Normas de Publicación ————— 193

Table of Contents

Letter from the Director <i>Ignacio Restrepo Abondano</i> —————	9
Editorial <i>Yadira Caballero Quintero</i> —————	13
LAW	
Autonomy of the will principle and international instruments in the Colombian Legal System <i>Leonardo Espinosa Quintero</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá Colombia</i> —————	15
The surprising effects of the Most Favored Nation Clause (MFN) in regards to foreign investment (a study of the jurisprudence of the International Center for Settlement of Investment Disputes –ICSID-) <i>Viviana Herrera Ramírez</i> <i>Universidad Montesquieu Bordeaux IV Francia</i> —————	41
Tutela Action against sentences. Origin and jurisprudential categories in Colombia (1992-2006). <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i> —————	57
Repetition action as a moralizing mechanism of public function: lights and shadows. State of the art <i>Israel soler Pedroza, William Guillermo Jiménez</i> <i>Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- Bogotá, Colombia</i> — — — — —	73
Suspension in Prevention as a precautionary measure in Administrative Law Litigation <i>Julieta Arenas Ceballos</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i> — — — — —	91

POLITICS

Something else besides throwing rocks and slogans: the social agitation seen from the press during the government of the national concentration (1930 - 1934)
Rodrigo Hernán Torrejano Vargas
Universidad Jorge Tadeo Lozano ----- 105

ECONOMICS

The Crossroads of Social Interest Housing in Bogota: Land Prices
Alex Smith Araque Solano y Yadira Caballero Quintero
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia ----- 127

PHILOSOPHY

St. Thomas and the Hilemorfic Ontology
Lawrence Dewan
Dominican University College, Ottawa, Canadá ----- 153

Constitutional and identity crisis in the European union
Pablo Sánchez Garrido
Universidad San Pablo CEU, Spain ----- 167

The Being and his Being in Thomas Aquinas
Liliana Beatriz Irizar
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia ----- 179

Publication Guidelines ----- 193

Carta del Director

Ignacio Restrepo Abondano
Director Centro de Investigaciones Civilizar

El Mito de la Investigación

Está claro que la Universidad debe contribuir al desarrollo científico del país. Y está claro que a partir de la Ley 30 de 1992, se hizo urgente la transformación del proceso docencia-aprendizaje en la universidad colombiana. Se pretendió pasar de un alumno pasivo y memorista –en la mayoría de los casos– a un alumno activo en la asimilación del conocimiento.

Pero eso suponía –a su vez– el cambio de mentalidad del profesor, para dejar de ser un mero “dictador” de clases, a un tutor, a un consejero, aun director de la actividad académica del alumno. Que éste proceso se haya efectuado y haya tenido éxito, está por probarse.

En todo caso no hay duda que esta orientación general constituye la base de un esfuerzo por crear una cultura investigativa, así sea muy elemental en pregrado y mucho más estructurada en maestrías y doctorados.

Es así como mediante los criterios del CNA y posteriormente del Ministerio mismo con sus mecanismo de CONACES, se ha convertido a la investigación, si no en el criterio único de aprobación de la calificación de la excelencia de los programas académicos de una parte y, de otra, del registro calificado, sí por lo menos en el más importante de ellos.

Esta situación, a imitación de muchos de los que suceden en Colombia, ha obligado, en múltiples casos, a la improvisación. No sólo en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, sino sobre todo en las Universidades de Departamentos menos provistos de medios, conseguir el recurso humano altamente capacitado para la investigación es tarea nada fácil. Queja común es la de que en materia de doctorados, Colombia, ciertamente, no se encuentra a la cabeza del entorno y que los costos que supone la formación de un doctor y los de su contratación exceden en mucho los presupuestos de la mayoría de las Universidades.

Mal que bien, hoy todas las Universidades exprimen su presupuesto para montar líneas y grupos de investigación en sus diversas unidades académicas, sin conseguir todavía los frutos esperados.

Porque si nos atenemos a las actuales políticas de Colciencias, de la investigación se espera, entre otros, “productos de nuevo conocimiento”, entre los cuales se encuentran productos patentados, modelos de utilidad, productos registrados (software, nuevas razas o variedades animales o vegetales, diseños registrados), normas técnicas basadas en resultados de investigación, etc. etc.

Al consultar el sólo rubro de patentes, el Observatorio de la Universidad Colombiana afirma: “En 2008 se concedieron 155 patentes, de las cuales 127 son de personas que no viven en el país, es decir, multinacionales que quieren proteger sus productos. Muchos académicos ni siquiera saben cómo es el trámite para obtener una patente”.

Pero si pasamos del problema de los recursos humanos –doctores– y de los resultados de la investigación, a los alumnos –al menos de postgrado– el panorama deja no pocos interrogantes. Nuestros estudiantes de postgrado en Colombia normalmente son personas que deben ganarse la vida: es decir, trabajar, generalmente, en tiempo completo. Y deben hacer un sacrificio grande laboral, económico –y en la mayoría de los casos familiar– para realizar estudios de postgrado. No existe ni la tradición ni la posibilidad de las becas para dedicar todo su tiempo al estudio. A lo sumo una financiación del costo de la matrícula.

Y es claro que esta situación es prácticamente incompatible con un doctorado serio y aún con una maestría de investigación, al menos como lo exigen universidades serias de otras latitudes.

Por lo tanto, el tiempo dedicado a la academia es marginal, incompatible con la investigación requerida por niveles altos de academia y nos asalta una gran duda: los estudiantes que se matriculan en una especialización –sistema tan propio nuestro– tienen vocación, tiempo e interés en investigar? –mucho lo dudamos–. Y sin embargo, los pares de CONACES insisten en ello. Es un tema de política académica que debería definir claramente el Ministerio de Educación.

Letter from the Director

Ignacio Restrepo Abondano
Director Centro de Investigaciones Civilizar

The Myth of Research

It is clear that universities must contribute to scientific development of countries. The transformation of the learning and teaching process has become urgent in Colombian universities, since the enactment of the Law 30 of 1992 (Ley 30 de 1992). It is expected to go from passive students that just memorize- in most of the cases- to students that are more active in the absorption of knowledge.

However, that would suppose a change of professors' mentality, so they should stop being simple class "dictators", in order to become tutors, advisers, and leaders in the academic activities. Nevertheless, the fact that this process has been carried out and if it has been successful at all, still has to be proven.

Nonetheless, there is no doubt that this general approach constitutes the basis of an effort to create a research culture, even if it is very basic in the case of graduate students and a little more elaborated in the case of master and doctorate students.

That is why the criteria established by the CAN and later by the Ministry of Education with its CONACES mechanisms, have recognized research as the only criteria to be taken into account in order to grant, on one hand, an excellence certification to Academic Programs, and on the other hand, the qualified registry.

This situation, as an imitation of a lot of things that happen in Colombia, has forced in multiple cases to improvise in the not easy task of finding talented human resources for research; not only in Bogota, Medellin, Cali and Barranquilla, but also in universities of regions with fewer resources.

A common complain in our country regarding doctorate programs, is that it is not easy to find one in our surroundings and that the cost of obtaining a doctorate degree and hiring a person with such degree, exceeds in a significant amount the budget of several universities.

For best or for worst, nowadays, most universities spend their budgets in creating different research groups in their academic units, without obtaining the expected results. This, as consequence of the

new policies of Colciencias, in the sense that nowadays research is expected to show “products of new knowledge”, such as patented products, utility models, registered products (software, new varieties of animals or vegetables, registered designs), and technical rules based on research results, among others.

After consulting patent headings, the Observatory of Colombian Universities, asserted that: “In 2008, 155 patents were granted, of which 127 are from individuals that do not reside in the country, meaning, transnational corporations that want to protect their products. Many scholars do not even know the procedure of how to obtain a patent”.

However, the aforementioned issues are not the only ones that have to be analyzed. Another issue that raises question marks is the one regarding postgraduate students. These students in Colombia normally hold a full-time job. Therefore, labor, economic and family efforts should be taken with the purpose to successfully finish their studies. Due to these circumstances, there is neither the tradition nor the possibility of scholarships that allow students to focus only in studying. At most, students obtain a financing in tuition costs.

This situation is not compatible with a serious doctorate program or even with a research masters program; at least as demanded by prestigious universities elsewhere.

Therefore, the time dedicated to academy is marginal, incompatible with research required by high levels in academy, thus a great doubt arises: Do students enrolled in specialization programs –applicable in Colombia– have vocation, time and interest in doing research? We seriously doubt it. However, CONACES’ academic arbitrators insist in this matter. This is an issue of academic policy that the Ministry of Education should clearly define.

Editorial

Yadira Caballero Quintero
Editora

Para construir el conocimiento se requiere de un conjunto de actividades perfectamente coordinadas e interrelacionadas; una inversión considerable y soportada en el tiempo, así como el proceso de sinergias entre diferentes actores e instancias involucradas en la elaboración y gestión de una publicación científica.

Los retos requieren esfuerzo y para la revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, este camino es permanente. Estamos trabajando por mejorar instrumentos apropiados para el análisis de la productividad académica, respondiendo a las necesidades y urgencias de la sociedad. Es nuestro objetivo primordial mejorar el nivel de producción planificando apropiadamente en la búsqueda de la calidad científica: estamos tomando medidas respecto a mejorar la calidad del texto, se tiene un compromiso serio por alcanzar la indexación de la revista en bases de datos referenciales internacionales de primera línea, con el fin de que el trabajo, entendido como la producción científica, trascienda el contexto local y llegue a la comunidad científica cosmopolita; pero sin perder de vista la aplicabilidad de la producción. No tendríamos razón de ser las revistas científicas si no cumpliéramos con el objetivo de diseminar los frutos de la investigación, obtener una retroalimentación en la comunidad y dar a conocer los aportes alcanzados en una disciplina en particular.

Para esto se debe continuar con la tarea de profesionalización editorial, cumplir con estándares de calidad, búsqueda de mecanismos ágiles de distribución y posicionamiento, teniendo como resultado una publicación como un producto científico. Esta es nuestra filosofía y la responsabilidad adquirida.

Editorial

Yadira Caballero Quintero
Editora

A group of perfectly coordinated and interrelated activities are necessary in order to create knowledge; a considerable investment sustained in time and also a synergic process between different participants and instances involved in the task of producing a scientific publication must be accomplished.

Challenges require efforts, and for the *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* journal efforts are permanent. We are working in order to improve the appropriate instruments for the analysis of academic productivity, responding to the needs and urgencies of society. It is our main purpose to improve the production level by properly planning the search of scientific quality: we are taking measures regarding the improvement of articles' quality; we are committed to being included in the international index scientific journal literature, with the purpose of surpassing the local context and reaching the cosmopolitan scientific community, but always keeping in mind the applicability of the product. Scientific journals would not have a reason of existence if they do not fulfill the objectives of promoting research results, obtaining feedback from the community and promoting the inputs obtained by specific scientific fields.

For this reason, we must continue with the task of professional editing, accomplishing quality standards, searching for agile mechanisms of distribution and placing, in order to grant a high-quality scientific product. This is our philosophy and the responsibility we have acquired.

Principio de autonomía de la voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano

Autonomy of will principle and international instruments in the colombian judicial system

Recibido: 16 de enero de 2009 - Revisado: 2 de febrero de 2009 - Aceptado: 27 de febrero de 2009

Leonardo Espinosa Quintero*

Resumen

La irrupción del Derecho de los Negocios Internacionales (DNI) o del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), ha producido una serie de “ondulaciones” en el ordenamiento jurídico mercantil colombiano.

A la autonomía de la voluntad privada, como principio o postulado protegido en el ámbito del DNI, se le atribuye la facultad de sustituir a los poderes públicos en la protección de los intereses de la sociedad. Sin embargo, a pesar de su centenaria existencia, en la actualidad es objeto de una “relectura”. En particular, el estudio de la “reconstrucción” del principio se aborda desde la perspectiva jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana y a partir de la propuesta académica del profesor colombiano Diego Eduardo López Medina.

Palabras clave

Lex Mercatoria, Globalización del Derecho, contratación internacional, jurisprudencia constitucional, autonomía de la voluntad.

Abstract

The irruption of International Business Law (IBL) or the Uniform International Trade Law has produced a series of “waves” in the Colombian legal system. It has been attributed to the private autonomy of the will, as a principle protected by IBL, the authority to replace the government power of protecting the interests of society. However, despite this principle has existed for centuries, currently it has been subject of reinterpretation. This paper will specifically approach the ‘Reconstruction’ of this principle from the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court perspective and from the academic proposal of the Colombian Professor Diego Eduardo Lopez Medina.

Key words

Lex Mercatoria, Globalization of Law, International Contracting, Constitutional Jurisprudence, Autonomy of Will.

* Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (Madrid, España). Profesor de Derecho Comercial y Director del Departamento del área en la Universidad Sergio Arboleda. Director del Grupo de Investigación GLOBALIZACIÓN Y DERECHO, Categoría B. Registro Colciencias COL 0036334. Con la especial participación del profesor auxiliar William David Hernández M., egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, estudiante de la Maestría en Derecho y Profesor Asistente del Departamento de Derecho Comercial de la misma Institución. Asistente de Investigación del Grupo de Investigación GLOBALIZACIÓN Y DERECHO, Categoría B. Registro Colciencias COL 0036334.

Correo electrónico: leonardo.espinosa@usa.edu.co

Problema jurídico y metodología

Los sistemas jurídicos (SJ) (Bobbio, 1997), pueden visualizarse desde diversas perspectivas, según los “síntomas” que ellos evidencien, bien sea en sus “entradas” o “inputs” o en sus “salidas” u “outputs” (Dworkin, 1992)¹.

Al amparo de una concepción o propuesta metodológica de entender los SJ como expuestos a diversos “estados” o “formas de ser”, tanto en lo local o doméstico como en un escenario internacional, se sugiere categorizarlos en dos grandes clases (Habermas, 2001) (Lopez-Medina, 2004): i) Sistemas Jurídicos Estáticos (SJE) y, ii) Sistemas Jurídicos Dinámicos (SJD).

Así las cosas, se entenderán como SJE, aquellos que pueden representarse como un “espejo de agua en reposo”, es decir, sistemas que “sufren” de una especie de letargo o “aplicación mecánica” de los elementos o instrumentos que constituyen sus fuentes formales. En términos coloquiales, serían aquellos en los cuales “no pasa nada”, o sea, no se enfrentan a resolver “casos difíciles”², o si éstos se presentan, los vuelve “casos fáciles”, mediante la aplicación “mecánica” de sus fuentes formales cómodamente instaladas en el centro del sistema. Es decir que, con su sistema actual de fuentes formales, las “salidas”, “outputs” o “respuestas” que se esperan del SJE, “fluyen” sin contratiempos y, los destinatarios de dichas “respuestas” se encuentran a gusto con las mismas.

Consecuencialmente, cuando se está frente a SJE, “imaginados” o “evocados” como un “espejo de agua”, en absoluto “reposo” o “letargo”, en los que no pasa nada nuevo, o lo nuevo no tiene cabida como “entrada” o “input”, puede sostenerse, al menos en los primeros inicios, donde un investigador no tiene mayores opciones u oportunidades de hallar una pregunta o un objeto de investigación que lo lleve a identificar un “objeto de investigación”. O bien por el contrario, dicho “letargo” puede incitarlo a indagar con más “curiosidad” qué elementos o circunstancias sostienen el reposo aparente que caracteriza a un SJE.

Una primera “estrategia”, que puede desatar el investigador frente a los SJE, es la de “perturbar” el sistema, dejando caer “una gota” sobre dicho espejo de agua, para “visualizar” las “ondulaciones” que la misma desata en el “espejo”; para plantearse el estudio de las mismas o, por lo menos, de una de ellas, dado el “caos” desatado en el sistema que se encontraba en reposo.

En el desarrollo de ese ánimo perturbador, es oportuno estudiar las “ondulaciones” que se han producido en razón de la irrupción del Derecho de los Negocios Internacionales o del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI)³ en cuanto al ordenamiento jurídico mercantil colombiano *versus* el postulado de la autonomía de la voluntad privada, principalmente desde la perspectiva jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, y a partir de la propuesta académica del profesor colombiano Diego Eduardo López Medina.

Incidencia del Derecho Mercantil Internacional en el Sistema Mercantil Colombiano

La insuficiencia de fuentes internas en un determinado ‘sistema jurídico local o doméstico’ y la necesidad de una reglamentación internacional son elementos de la esencia del Derecho del Comercio Internacional.

Hoy, se observa un incremento de las fuentes internacionales, sean éstas de corte tradicional como los tratados y convenciones entre Estados, o de origen privado o gremial que pueden denominarse como los “otros instrumentos” que intenta recoger la costumbre internacional en campos específicos como el obligacional o contractual.

La denominada *nueva lex mercatoria* (Cadena-Afanador, 2004) alude a un ‘ordenamiento jurídico’ que posee ciertos elementos comunes con el derecho común de los comerciantes en aquel período. Lo anterior

debido a que el nuevo Derecho de Comercio Internacional ha surgido en la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo.

El Derecho de los Negocios Internacionales, Derecho Mercantil Internacional (DMI) o, en palabras de Illescas y Perales, Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), ha generado gran número de manifestaciones o expresiones con elementos comunes o semejantes, los cuales se mencionan a continuación:

1. Las normas integradoras del DNI poseen una vocación de uniformidad, entendida como la búsqueda de reglas materiales únicas que sean aplicables a situaciones transfronterizas, con carácter potencialmente universal, que proporcionen certeza, seguridad y celeridad al tráfico mercantil y con vocación previsoras más que resolutorias de los mismos (Illescas-Ortiz & Perales-Viscasillas, 2003).

2. El carácter internacional del DNI es manifiesto tanto en su proceso de creación (ya sea por un conjunto de Estados ‘creadores’ de tratados o por organismos de carácter internacional que formulan o crean instrumentos e instituciones que se incorporan al DNI), como de aplicación, puesto que, según lo evidencia la Convención de Viena de 1980 en su Art. 1.1, se extiende a las relaciones comerciales, de cualquier índole (prestación de servicios, financieros, transporte, etc.), en las cuales sus elementos no se relacionen, exclusivamente, con un Estado; o en otras palabras, que algunos de sus elementos se refieran a diversos Estados. En este punto debe advertirse que el concepto de contrato internacional, generalmente, se relaciona dentro de la tesis del elemento extranjero puro, según la cual, un contrato es internacional cuando ‘presenta al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento’.

En la actualidad, concurren a esta tesis con otra que se ha venido desarrollando para

determinar la internacionalidad de los contratos, denominada ‘tesis del efecto internacional’, según la cual el contrato es internacional cuando quiera que afecte los intereses del comercio internacional⁴.

3. Un marcado ámbito privado, desde la perspectiva de que son los comerciantes, agrupados o asociados, quienes impulsan los cambios, los trabajos y los productos del DNI. En otras palabras, son las asociaciones gremiales quienes fomentan el progreso de este nuevo derecho.

4. Por último, es un derecho convencional muy marcado y respetuoso de la autonomía de la voluntad. Para Galgano F., en una sociedad transnacional que se caracteriza por una transformación rápida, el principal instrumento de la innovación jurídica es el contrato, a tal punto que a muchos sectores se le atribuye la facultad de sustituir los poderes públicos en la protección de los intereses de la colectividad (Galgano, 2005).

Se han planteado como libertades integrantes de la voluntad autónoma protegida en el ámbito del DNI, las siguientes:

i) La autonomía de la voluntad conflictual, según la cual las partes pueden escoger la ley y el juez del contrato.

ii) La voluntad en el sentido material o negocial, entendida como la autonomía básica de elegir comprometerse en una relación contractual con un tercero, así como la determinación del contenido del mismo, esto es de las cláusulas negociables que han de gobernar sus relaciones (Art. 1.1 de los Principios UNIDROIT).

Como se expuso con anterioridad, la autonomía conflictual limita, inevitablemente, la autonomía negocial o material de los mismos, en tanto el ordenamiento escogido para regular las obligaciones nacidas de la relación contractual, incorpora normas imperativas o de orden público que, a modo de ejemplo, constituyen ‘una camisa de fuerza’ de la cual no les es dado a los contratantes

salirse (Castellanos-Ruiz, 2005) (Castellanos-Ruiz, 2006).

En este marco, los instrumentos emanados de las *Formulating Agencies*, cuya orientación es la búsqueda de reglas materiales únicas que sean aplicables a situaciones transfronterizas, con carácter potencialmente universal, proporcionen certeza, seguridad y celeridad al tráfico mercantil y, demuestran una vocación, marcadamente, previsoras más que resolutorias de los mismos. En forma breve se reseñan los instrumentos que se han incorporado al ordenamiento jurídico colombiano (Fernández-Rozas, 2000) (Illescas-Ortiz & Perales-Viscasillas, 2003).

Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (CGIEM)

El ordenamiento colombiano ha incorporado, mediante la Ley 967 de 2005, el ‘Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil’ (CGIEM) y su ‘Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico’ (PEEA), propiciado en el seno de la UNIDROIT, y firmado en la ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001.

En términos generales, la CGIEM está destinada a establecer un régimen legal para la creación, perfeccionamiento y cumplimiento de los intereses comprometidos en la venta y arrendamiento condicionado de tres categorías de bienes de alto valor económico, en particular se enumeran los siguientes:

- a. Aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros
- b. Equipo ferroviario
- c. Elementos espaciales

La adquisición de los equipos de transporte que pretende regular la CGIEM supone un elevado costo para las empresas y exige, por tanto, la creación de mecanismos jurídicos que

garanticen al vendedor y al sistema financiero el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los compradores –operadores de los equipos–. Por su propia naturaleza, son equipos que traspasan fronteras, mientras prestan sus servicios en lugares distintos de los países en que se celebra el negocio, razón por la cual se propende por el fortalecimiento de garantías en el orden internacional orientadas a respaldar las obligaciones que surgen de estos negocios jurídicos.

Como lo resalta la Corte (Constitucional, 2006), la CGIEM busca generar el diseño de una legislación internacional que permita hacer efectivas las garantías (del vendedor, del banco o de la empresa de *leasing*) en países distintos a aquel en que se suscribió el negocio, de modo que si el deudor del crédito incumple con el pago, el acreedor pueda perseguir el bien en cualquiera de los países signatarios; además vea respetado su derecho por fuera de sus propias fronteras y encuentre apoyo jurisdiccional para hacer efectivo el crédito.

Continúa la Corte expresando que la relevancia de la CGIEM cobra más fuerza todavía si se tiene en cuenta la diversidad jurídica en materia de protección del derecho a la propiedad de los países por los que usualmente pasan los equipos de transporte objeto de garantía. Así mismo, la suscripción de un tratado internacional sobre la materia parece ser la forma más eficiente de unificar estos mecanismos de protección, en atención al hecho de que la regulación doméstica en materia de protección del derecho a la propiedad cambia constantemente y resulta imposible prever una línea de protección uniforme.

Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional

El Estado colombiano, mediante la Ley 315 de 1996, regula algunos aspectos atinentes al arbitraje internacional en particular a los criterios determinantes del carácter internacional del arbitraje, el concepto de laudo arbitral extranjero y la normatividad aplicable al arbitraje internacional.

Ahora bien, la Ley modelo preparada por la CNUDMI está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional.

Así mismo, se encarga de proponer un modelo de regulación de todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral (Constitucional, 1997).

Sobre este particular, es de resaltar que la Ley 315 de 1996, no recoge o incorpora la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, pero si se evidencian algunos puntos de coincidencia entre los dos textos, principalmente respecto de los criterios establecidos para determinar el carácter internacional del arbitraje.

Además, el ordenamiento colombiano ha utilizado el trabajo realizado por la CNUDMI, como mecanismo interpretativo de las disposiciones nacionales.

En particular, señalamos que el Consejo de Estado (Estado, 2004) se apoya en la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional con el fin de decidir su competencia en el caso de autos, afirmando que la definición de la sede del arbitraje, efectuada por las partes en el pacto, no es un asunto accidental, ya que determina, entre otros aspectos, la interacción de las cortes del lugar con el tribunal, en particular, en cuanto a la posibilidad de anulación del laudo arbitral, de acuerdo con las causales y el procedimiento de su legislación.

Ley modelo sobre comercio electrónico

Los progresos e innovaciones en el campo de la tecnología de los ordenadores, computadores(as), telecomunicaciones y de los programas informáticos, genéricamente amparadas bajo el

concepto de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC's), revolucionaron la vida moderna, gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación como el correo electrónico, y la realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico (Derecho, desarrollo económico, comercio exterior, & transporte, 1998).

Este contexto tecnológico ha irradiado las distintas actividades del hombre (Constitucional, 2001a), en particular al comercio entendido en términos sencillos como la negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando géneros o mercancías. Por tanto, las transacciones comerciales realizadas o basadas en sistemas electrónicos de procedimiento y transmisión de información, como una realidad aplicable a la gestión empresarial contemporánea, han suscitado al interior de los Estados la necesidad de establecer un marco normativo amplio, manteniendo la tendencia de la *lex mercatoria* moderna, entendida ésta como un orden jurídico diferente que insta a la autorregulación y a la 'anacionalidad', y por tanto faculta a los agentes del comercio internacional a remplazar la ley por el contrato, el juez por el arbitraje.

El legislador colombiano expide, el 18 de agosto de 1999, la Ley 527 por medio de la cual se reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, así como se crean las entidades de certificación. Sin embargo, la Ley 527 no es un esfuerzo aislado del legislador colombiano, sino que por el contrario es el resultado de una ardua labor de estudio de temas de Derecho Mercantil Internacional en el seno de la CNUDMI⁵.

Así, pues, gracias a la Ley 527 de 1999, Colombia se adapta a las tendencias modernas del Derecho Internacional Privado, una de cuyas principales manifestaciones tiene que ver con la adopción de legislaciones que llenen los vacíos normativos que dificultan el uso de los medios de comunicación modernos. Puesto que, ciertamente,

la falta de un régimen específico que avale y regule el intercambio electrónico de informaciones y otros medios conexos de comunicación de datos, origina incertidumbre y dudas sobre la validez jurídica de la información cuyo soporte es informático, a diferencia del soporte documental que es el tradicional (Remolina-Angarita, 2006).

Respecto de la definición de comercio electrónico, en principio se plantea como la posibilidad de 'realizar transacciones comerciales, electrónicamente, a través de mensajes de datos, incluidos texto, imágenes y video; así, comprende actividades muy diversas, como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, prestación de servicios en línea, comercialización directa al consumidor y servicios posventa, etc.' (Derecho et al., 1998).

Davara y Davara (Davara, 2004) clasifican el comercio electrónico según los agentes que intervienen en el mismo, éstos son:

- A. administración
- B. empresas
- C. consumidores

Es evidente que el campo de acción de la normatividad en contratación electrónica, debe ir más allá de las operaciones comerciales y debe adaptarse a todas las actividades en que se involucre el uso de mensajes de datos. Este concepto lo resalta la Corte al exponer que la Ley 527 de 1999 hace referencia, en forma general, al uso de los mensajes de datos, sin limitarla a la naturaleza de la relación (Espinosa-Quintero, 2007) (Veiga-Copo, 2002).

Tabla No. 1
Clasificación del comercio electrónico

A2A	A2B	C2A
B2A	B2B	B2C
C2A	C2B	C2C

Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena 1980 o en su sigla en inglés CISG -Convention on International Sale of Goods) fue aprobada por una conferencia diplomática, el 11 de abril de 1980.

La Convención de Viena 1980, se erige como un régimen legal completo aplicable a la formación, así como a las obligaciones, los derechos y acciones en caso de incumplimiento de las partes y otros aspectos del contrato de compraventa internacional de mercaderías (Oviedo-Alban, 2001) (Perales-Viscasillas, 2001).

La Corte Constitucional (Constitucional, 2000a) declaró exequible la Ley 518 del 4 de agosto de 1999 que expone que la integración económica con otros Estados es un postulado constitucional que debe lograrse sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, y el cual se desarrolla efectivamente en la Convención de Viena 1980, pues 'al lograr unificar la normatividad sobre la compraventa de mercaderías internacionales, se hace más expedito para los particulares, ubicados en diferentes Estados, la comercialización de bienes, lo cual seguramente repercutirá también en la calidad de vida de los habitantes de las naciones donde están domiciliadas las partes que realizan dichos negocios'.

Continúa la Corte explicando que el desarrollo de tratados internacionales intensifica el intercambio comercial entre las partes y aumenta, como consecuencia de lo anterior, el número de negocios y actos jurídicos internacionales que celebran los particulares dentro de ese marco jurídico previamente determinado. Reconoce la Corte que la realidad y la práctica internacional llevaron a que la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías fuese

considerada como un tema apto de regulación uniforme propio de las necesidades del comercio internacional y de aceptación general por parte de los distintos sistemas jurídicos que rigen en el mundo⁶.

Así mismo, concluye la Corte que las normas de la Convención procuran promover la internacionalización de la relaciones económicas fundamentándose en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional, pues los contratos en ella regulados facilitan y promueven el comercio internacional de Colombia con los demás países del mundo. Además, los principios y regulaciones que informan dicho Instrumento se adecúan a los lineamientos de nuestra Constitución, porque se fundamentan en la soberanía, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia.

Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza

La Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza (LMIT), fue aprobada por la CNUDMI el 30 de mayo de 1997, esta ley se planteó con el fin de ayudar a los Estados a dotarse de un régimen de la insolvencia moderna, armonizado y equitativo que permita resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza, entre los que cabe señalar todo caso en el que el deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado o en el que algunos de los acreedores del deudor no sean ciudadanos del Estado en donde se haya abierto el procedimiento de insolvencia (Derecho Mercantil Internacional, 1998).

En Colombia, la Ley 1116 de 2006 instauró el régimen de insolvencia empresarial mediante el cual, como se expresó en la exposición de motivos del proyecto de ley, se busca la protección del crédito, de la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, de la diligencia en la dirección y administración de los negocios, y el

aseguramiento del carácter fidedigno de la información relacionada con la actividad económica organizada. Adicionalmente, esta ley recoge, en los arts. 85 a 116, las disposiciones de la LMIT.

Lo anterior no significa que el régimen de la Ley 550 de 1999, no permitiera que acreedores extranjeros hagan parte dentro de los procesos de reestructuración empresarial que se adelantaban en Colombia, sino que no consagraba mecanismos de cooperación y colaboración entre las autoridades colombianas y las autoridades extranjeras correspondientes, en el evento en que el deudor que adelanta el proceso de insolvencia tenga bienes y negocios en distintos países. Por esta razón, el título V de la Ley 1116 propugna por la eliminación de los obstáculos a la cooperación y colaboración a nivel internacional, de manera que se puedan lograr de manera eficiente, transparente y oportuna, los fines de los procesos de insolvencia (Derecho Mercantil Internacional, 1998).

La Ley 1116 de 2006, faculta expresamente a las autoridades colombianas competentes de administrar los procesos de insolvencia, para cooperar con autoridades o representantes extranjeros en cuestiones que se rijan por la ley de insolvencia transfronteriza. Para ello, la Ley 1116 dispone que, la autoridad colombiana competente, está en la obligación de cooperar, en la medida de lo posible, con los tribunales o representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto del promotor o liquidador.

En desarrollo de este imperativo se faculta a la autoridad colombiana para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos

Algunos elementos para el desarrollo de una línea jurisprudencial

De conformidad con esta tendencia internacional, surge la necesidad de estudiar el

tratamiento que, dentro del sistema de fuentes formales nacional, se le ha dado a los principios o fundamentos de la institución contractual internacional, salvaguardada en el marco de los instrumentos del DNI. Es así, como se plantea el siguiente problema jurídico: *¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?*

En primer lugar, es necesario hacer algunas reflexiones sobre el concepto de “principio”⁷ desde un punto de vista filosófico y su interpretación en la ciencia jurídica. Sobre este particular, podemos afirmar que el término “principio” ha generado una gran controversia, principalmente respecto de la naturaleza de su contenido y, en cuanto a la obligatoriedad de su aplicación.

En torno a la importancia de los ‘principios’, Reale resalta que toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber.

Desde la jurisprudencia de la Corte (Bernal-Cano, 2008), existen pronunciamientos reiterados en los cuales se define el alcance de los principios constitucionales, expresando que éstos (Constitucional, 1992)⁸:

‘consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional’.

Continúa la Corte explicando que, el alcance normativo de los principios, no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los

destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos sino que, por el contrario, deben ser entendidos de tal manera que signifiquen una base de ontológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución, por tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser.

En aras a diferenciar los principios de las reglas, como categorías normativas, expone que la principal diferencia radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los principios son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen .

Ya en el ámbito propio de la ‘autonomía de la voluntad privada’ entendida como (Constitucional, 2000a) ‘el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares’, podemos afirmar que se trata de un principio, en tanto se considera como un fundamento lógico que dota de validez a otros actos o fuentes de derecho, con un contenido eminentemente moral (es indudable que es una derivación directa del derecho a la libertad del hombre) y orientado en un sentido de conveniencia de la sociedad en general.

El problema jurídico, planteado como objeto de estudio en el presente trabajo, se ha encontrado en diversas sentencias, que a pesar de estar vinculadas por medio de un descriptor común, el DNI, la Corte no realiza una citación reiterada de las mismas, razón por la cual es necesario partir de varios puntos arquimédicos, como se evidencia en las siguientes gráficas:

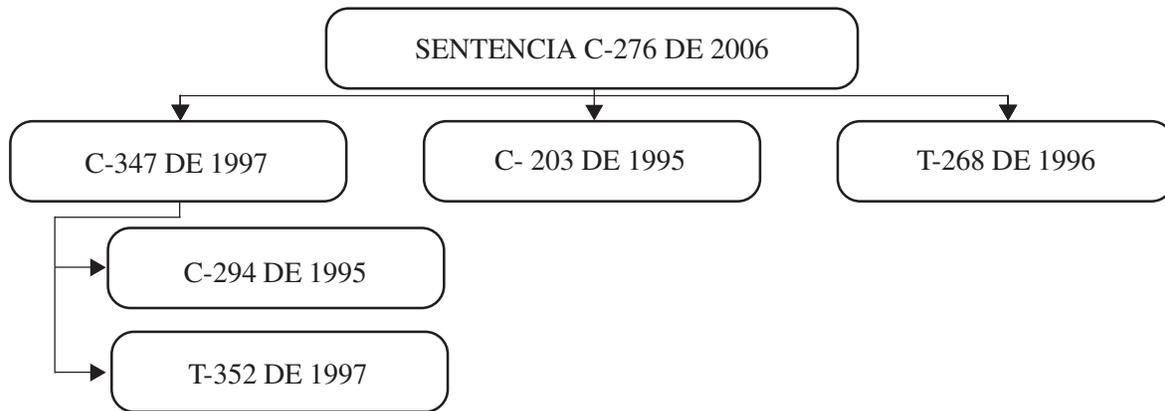


Figura 1. Nicho citacional de la Sentencia C-276 de 2006

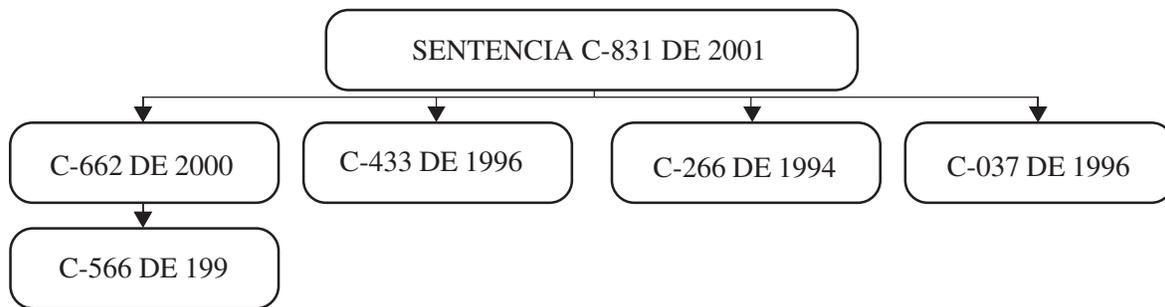


Figura 2. Nicho citacional de la Sentencia C-831 de 2001

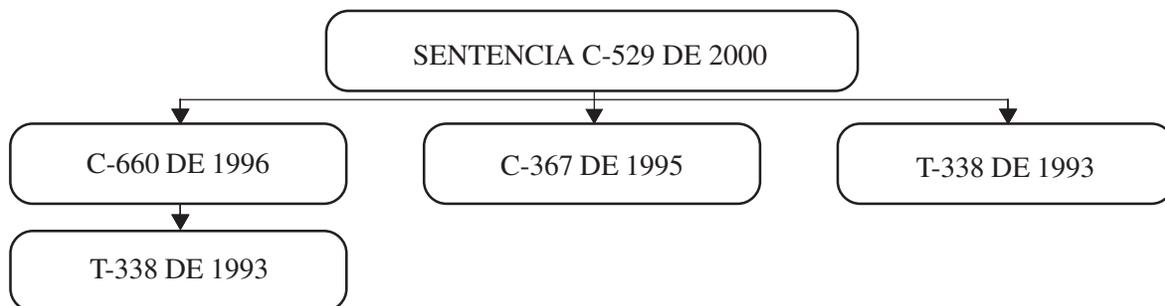


Figura 3. Nicho citacional de la Sentencia C-529 de 2000

Análisis estático de las sentencias

A continuación, se presenta el análisis de cada una de las sentencias objeto de nuestro estudio, en el cual se resumirán los hechos configurativos de cada caso resuelto, las consideraciones o argumentos de la Corte, y finalmente la decisión tomada, buscando en esencia ubicar la *ratio decidendi* que da lugar a la decisión tomada, enfocando el estudio en determinar el elemento conectivo que vincula los fallos con el problema jurídico propuesto.

Sentencia C-276/06. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 5 de abril del 2006. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Antecedentes

En esta sentencia se evaluó la constitucionalidad de la Ley 967 de 2005, por medio de la cual se aprueba el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo sobre cuestiones específicas de

los elementos de equipo aeronáutico; también el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (CGIEM), firmados en ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre del año dos mil uno (2001).

La intervención ciudadana solicita a la Corte poner especial cuidado al artículo VIII, en el cual se les da la facultad a las partes para elegir la ley aplicable al vínculo contractual cuando el negocio verse sobre un equipo móvil aeronáutico, lo que implica entonces que, la autonomía de la voluntad de las partes está reconocida, pero siempre dentro del marco de las normas de orden público, situación que al momento de controversias el juez debe tener en cuenta.

Tesis

La Corte reconoce el principio de autonomía de las partes que participan en las transacciones, bajo el supuesto de reconocer su idoneidad en la materia y competencia de disposición, de manera que se suponga el respeto de sus acuerdos; en otras palabras, siempre y cuando el objeto del acuerdo sea de aquellos de competencia de las partes.

En este sentido, sobre el capítulo XII artículo 42 de la CGIEM, la Corte menciona que la jurisdicción aplicable a los contratos de garantía internacional sobre equipos móviles corresponde a la que las partes, en uso de su autonomía, designen.

Ahora bien, el CGIEM, en su capítulo segundo (artículos 8º, 9º y 10) referente a las medidas del acreedor cuando se presenta incumplimiento por parte del deudor, sobrepone lo acordado por las partes incluso sobre la intervención judicial.

No obstante, frente a estas disposiciones en comento, las cuales dan un amplio margen a la autonomía de la voluntad en lo que respecta a ciertos temas, la Corte ha formulado ciertas aclaraciones que limitan o restringen un poco esa libertad. Impone entonces límites al principio, protegiendo preceptos de alta jerarquía dentro de nuestro orden jurídico, pues, según lo expone la Corte, el hecho de que las

medidas previas puedan ser ejercidas directamente por el acreedor, sin intervención judicial, implica un riesgo evidente para la preservación del principio de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y del debido proceso (art. 29 ídem), así como un compromiso serio de la vigencia del orden justo (art. 2º) mediante la pérdida de efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Carta (art. 2º).

De igual manera, el CGIEM establece, como principio general, que la garantía inscrita en el registro tiene prioridad sobre garantías no inscritas o inscritas con posterioridad, independientemente de que haya habido conocimiento de que dichas garantías existían. La Corte destacó que los derechos laborales y las obligaciones fiscales constituyen garantías o derechos prioritarios, esto es con un valor superior, a los cuales no les son oponibles las disposiciones contenidas, respecto de la prelación de créditos, en la CGIEM.

Bajo esta perspectiva, incluye dentro de la noción de orden público elementos, principios o valores de especial relevancia para la sociedad, como es el caso de la protección especial de los derechos de los trabajadores (que se refleja en la prelación de los créditos de los cuales los mismos son acreedores) y las normas que dan prelación a las obligaciones tributarias.

En conclusión, la Corte, defiende la autonomía de la voluntad como elemento esencial de los negocios internacionales, siempre y cuando dicha autonomía, no contravenga situaciones de orden público, para el caso particular, derechos fundamentales de terceros (debido proceso, acceso a la justicia, etc.), o los intereses prioritarios de la sociedad (protección al trabajador y los bienes de la Nación).

Sentencia C-347/97. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 23 de julio de 1997. Ponentes: Arango Mejía, Jorge

Antecedentes

El ciudadano Juan Pablo Cárdenas Mejía presentó demanda de inconstitucionalidad, en

contra de los artículos 1 (parcial) y 4 (parcial) de la Ley 315 de 1996 “por la cual se regula el arbitraje internacional”, en tanto desconoce los artículos 4, 6 y 95 de la Constitución. Los fundamentos de la demanda se resumen en las siguientes consideraciones:

- Sólo las controversias que involucren la aplicación de leyes de distintos Estados, son susceptibles de ser resueltas por un tribunal arbitral de carácter internacional, pero no aquellas donde la voluntad de las partes es la que determina la aplicación de una determinada ley internacional, sin existir razón objetiva para ello.
- El artículo 4º es inconstitucional, además, porque la contratación en donde el Estado es parte, debe sujetarse al principio de legalidad. Por tanto, no puede existir un contrato del Estado con un nacional al que no pueda aplicársele el estatuto general de contratación, por el solo hecho de pactarse la cláusula de arbitramento de carácter internacional.

El Procurador General de la Nación afirma que las normas que rigen el arbitramento, deben tener como pilar fundamental la autonomía de las partes para someter sus diferencias a la solución de un árbitro y escoger la ley sustancial que habrá de aplicarse. La decisión de las partes, al disponer que la ley aplicable a la relación contractual no será la interna, adiciona el elemento de carácter internacional que echa de menos el demandante.

Aunque la Corte no se refiere expresamente a la afirmación del ministerio público, según la cual la sola voluntad de las partes de aplicar una ley extranjera, constituiría *per se* un elemento internacional en el negocio, por tanto dotaría de validez el pacto arbitral de carácter internacional, la desestima en forma tácita al establecer un límite en la interpretación del texto legal bajo el concepto de nacionalidad de la parte contratante.

Tesis

Respecto del carácter internacional del arbitramento, la Ley 315 de 1996 establece que, en todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio.

La Corte, defiende la autonomía de la voluntad como elemento esencial de los negocios internacionales, así como resalta la importancia de la autonomía conflictual, esto es, de la libertad de las partes contratantes de escoger la ley y el juez del contrato, los cuales podrán ser diversos al ordenamiento y jurisdicción colombiana siempre y cuando se contemple en la relación un elemento extranjero, aunque éste sea únicamente la nacionalidad de una de las partes.

Bajo esta consideración, la Corte estudia, comparativamente, la aplicación simultánea de dos principios (autonomía de la voluntad y territorialidad de la ley), y establece que la mejor forma de proteger el orden público (territorialidad de la ley) es **limitar la inaplicación del ordenamiento colombiano, en desarrollo de la autonomía de la voluntad**, bajo la condición de que se presente un elemento extranjero. Así lo establece, inequívocamente, el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.

En cuanto a la sentencia en estudio, se cita, a nuestro parecer como referente conceptual común, la providencia C-294 de 1995⁹ en la cual se estudia la competencia de someter al arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos y al cual se llega en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, procesos de ejecución.

Salvamento de voto a la sentencia C-347/97. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 23 de julio de 1997. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

El magistrado Cifuentes, primer ponente de la sentencia, consideró que el numeral 3 del

artículo 1 de la Ley 315 de 1996 ha debido ser declarado inexecutable, puesto que las disposiciones legales que sin válida justificación desplazan la aplicación directa o indirecta de la Constitución, en aquellos ámbitos que la propia Constitución considera relevantes, son inexecutable. La posición argumentada por el magistrado se puede sintetizar en los siguientes considerandos:

- Resulta contrario al principio de aplicación territorial de la ley que todo el sistema de normas llamado a regular relaciones privadas respecto de las cuales, no obstante, existe un interés público constitucional -como las relaciones mercantiles- **adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes, puesto que sería admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones.**
- En nombre de la libertad contractual, la ley no puede establecer **zonas inmunes** a la aplicación directa o indirecta de las restantes disposiciones constitucionales, pues el legislador no está habilitado para restringir la fuerza normativa del derecho constitucional en aquellos espacios en los cuales, por su naturaleza y por los intereses en juego, ello resulta pertinente.
- En tratándose de asuntos mercantiles en los cuales se verifican elementos internacionales respecto de las personas, los bienes, las relaciones o los efectos de los contratos; concurren, normalmente, dos o más ordenamientos jurídicos de Estados soberanos e independientes, con igual derecho a regular el asunto.
- En estos eventos, admitir el desplazamiento de las leyes nacionales, no entraña renuncia a la soberanía. Entonces, **no parece claro**

que el hecho de que una de las partes de un contrato mercantil tenga nacionalidad extranjera, implique, a su turno, que el citado contrato adquiere carácter internacional.

- Personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional, puesto que **no tiene un elemento internacional** a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.
- Así pues, el legislador consideró que era conveniente convertir en facultativo todo el ordenamiento jurídico mercantil, en el caso en el cual las partes de un negocio de esta naturaleza apelaran a un arbitraje con sede en un lugar distinto a aquel en el cual tienen su domicilio.
- En este evento, los contratantes quedan en plena libertad para pactar las leyes del contrato, las que serán obligatorias, no por provenir de uno u otro órgano, sino por virtud de su voluntad contractual.

Sentencia C-662/00. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 08 de Junio del 2000. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Antecedentes

La actora Olga Lucía Toro Pérez demanda la inconstitucionalidad de la Ley 527 de 1999, especialmente los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45; normatividad referente al acceso y uso de mensajes de datos, comercio electrónico y de las firmas digitales y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

La demandante argumenta que, la normatividad citada viola los artículos 131, 152 y 153 de la Constitución Política de Colombia, en la medida que se le confiere a las entidades de certificación la función de autenticación, certificación y garantía de la veracidad de las firmas electrónicas y de la transmisión de los mensajes de datos; funciones que son del ámbito exclusivo de las notarías, pues la Constitución Política confiere la facultad de guardar la fe pública exclusivamente a los notarios.

De igual manera, sostiene que la Ley 527 de 1999 modificó parcialmente el Código de Procedimiento Civil, sin cumplir el trámite legislativo regular correspondiente para estos casos; dicha modificación se basa en la fuerza probatoria que da la citada ley a los mensajes de datos dentro de un proceso judicial, lo que significa que los jueces deben evaluarlos a la luz de la sana crítica y en conjunto con las demás pruebas a que hubiere lugar.

Tesis

La Corte acepta la importancia que tiene la Ley 527 de 1999 dentro del proceso de modernización y adaptación del sistema legislativo colombiano a las actuales necesidades y prácticas del derecho mercantil y resalta que en la construcción de tal ley hubo activa participación de diversos sectores de la sociedad, además de haberse ceñido a la recomendación de las Naciones Unidas con respecto a la necesidad de implementar en cada país la ley modelo emitida por CNUDMI.

También señala que: “Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que **es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse**; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios;

afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse”. (Negrillas fuera del texto).

En virtud de lo anterior, se deduce que es necesaria la **creación de ciertas medidas e instrumentos que permitan garantizar la fidelidad y veracidad de los mensajes de datos que contienen la expresión de voluntad de los contratantes en ejercicio de su autonomía** como las firmas digitales y las entidades de certificación, lo cual además, permitirá la aplicación del principio de equivalencia funcional y dará el soporte para que se les dé alcance probatorio.

En conclusión, se respeta o mejor se reconoce la validez de los acuerdos, que en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, establezcan los contratantes y que hayan sido plasmados o establecidos en un mensaje de datos, siempre y cuando se cumplan los requisitos de fidelidad y veracidad contenidos en la Ley 527 de 1999, los cuales fueron tomados de la Ley modelo sobre Comercio Electrónico originada en la CNUDMI.

Sentencia C-831/01. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 8 de agosto del 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gálvis.

Antecedentes

El actor, Daniel Peña Valenzuela, ejerce la acción de inconstitucionalidad demandando el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, argumentando que viola la Carta Suprema en sus artículos 28 y 152, en la medida en que la Ley 527 no restringe en ningún momento al campo mercantil la aplicación en cuanto al contenido de los mensajes de datos, agregando que, el artículo señalado establece que “*cualquier norma respecto de un escrito se satisface con un mensaje de datos, y tendrá sus mismos efectos, siempre y cuando la información que contiene pueda ser consultada con posterioridad*”, pero olvida

aclarar a qué tipo de normas se refiere o su grado de jerarquía; por tanto, de lo anterior podría deducirse que a la norma constitucional que consagra que nadie puede ser reducido ni arrestado a menos que exista un “mandamiento escrito de autoridad judicial competente” podría aplicársele la Ley 527 y ese mandamiento escrito podría entonces, remplazarse por un mensaje de datos.

Por consiguiente, en virtud de este razonamiento, la Ley 527 de 1999 por medio de su artículo 6, modificaría una norma que consagra un derecho fundamental, y ello, según el artículo 152 de la misma Constitución, necesita de un trámite de ley estatutaria para su aprobación.

Tesis

En esta sentencia se realiza un análisis basado en la Sentencia C-662 del 2000, pues se toma el principio de equivalencia funcional como uno de los pilares fundamentales de todo el sistema de comercio electrónico y de los mensajes de datos.

La Corte expone que dentro de las características esenciales del mensaje de datos se encuentran, entre otras, las siguientes:

i) es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse;

ii) es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales;

iii) admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo;

iv) es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.

Como se ve, en términos generales, la Corte mantiene exactamente el mismo lineamiento de la sentencia C-662 del 2000 en lo que respecta a la autonomía de la voluntad.

Sentencia C-529/00. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 10 de mayo de 2000. Ponentes: Antonio Barrera Carbonell.

Antecedentes

La Corte acoge el estudio de la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, “Por medio de la cual se aprueba la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS”, llevada a cabo en Viena el 11 de abril de 1980, remitida el 6 de agosto de 1999 por la Presidencia de la Republica.

Tesis

En primer lugar, la Corte reconoce que la Convención no desconoce la autonomía de la voluntad privada, en la medida en que aquella no obstaculiza el derecho a la libertad que las personas tienen para contratar de acuerdo con los artículos 13, 16 y 333 de la Carta Política. Según lo anterior, es permitido que las partes que celebren el respectivo contrato puedan excluir, total o parcialmente, la aplicación de sus disposiciones, en forma tácita o expresa de conformidad con el artículo 6 del instrumento internacional que se analiza.

Entonces, se basa en lo expresado por este mismo tribunal en fallos anteriores, para reafirmar que la autonomía de la voluntad privada no posee un carácter absoluto en tanto su validez dependerá de que no vulneren disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público, las buenas costumbres, ni los derechos de los demás.

En conclusión, la Corte defiende la autonomía de la voluntad como elemento esencial de los negocios internacionales, y justifica su integración en los instrumentos de carácter internacional aplicables en Colombia, bajo el entendido que, dicha autonomía, no puede contravenir situaciones de orden público, que en un sentido amplio incluiría aquellas disposiciones de carácter imperativo (que obviamente incluyen los derechos

y postulados constitucionales), las buenas costumbres y los principios y valores jurídicos intrínsecos en la sociedad.

Sentencia C-660/96. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 28 de noviembre 1996. Ponentes: Carlos Gaviria Díaz.

Antecedentes

Esta sentencia estudia la constitucionalidad del artículo 1135 del Código Civil¹⁰, por considerar que es violatorio de la “libertad e igualdad ante la ley” (art. 13) alegando que la persona beneficiada por una asignación condicionada no puede elegir libremente su estado civil y profesión, pues tendrá que someterse a lo ordenado por el testador para poder recibirla.

Con esto se viola el derecho a la libertad del asignatario, lo cual a su vez implica que se le está discriminando, pues se le están restringiendo sus derechos con respecto a las demás personas. Como se puede evidenciar el análisis de la misma debe limitarse a lo pertinente respecto de la autonomía de la libertad privada, y no frente a los demás argumentos que sobre el particular se pueden esgrimir.

Tesis

En primer lugar, la Corte argumenta que respecto de la autonomía privada de la voluntad no existe una norma en la Constitución que la contemple en forma específica, ella se deduce de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad.

En este punto, y aunque los hechos no son exactamente iguales a los propuestos en la

pregunta, se concluye que la Corte adopta una posición exactamente igual a la que se evidencia en el caso de instrumentos internacionales, pues defiende la autonomía de la voluntad, bajo el entendido que, dicha autonomía, no puede contravenir situaciones de orden público y los derechos de los demás.

Sentencia T-338/93. Tribunal: Corte Constitucional. Fecha: 24 de agosto de 1993. Ponentes: Alejandro Martínez Caballero.

Antecedentes

Marco Tulio Aicardi, cantante que se conoció en el medio artístico con el nombre de “Rodolfo”, interpuso acción de tutela contra la Industria Electrosonora S.A. “Sonolux”, pues creyó violados sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio, ya que la mencionada sociedad no ha expedido “carta de libertad” luego de la resolución del contrato por violación de la cláusula de exclusividad, sin la cual no puede contratar con otra empresa por el tiempo que determine Sonolux, o peor aún, por el tiempo que pueda durar el litigio instaurado en contra de la sociedad, por incumplimiento del contrato (proceso ordinario de mayor cuantía que le correspondió al Juzgado 11 Civil del Circuito de Medellín). Solicita en su petición que sea ordenada la expedición de la carta de libertad y la indemnización de los perjuicios ocasionados con la terminación unilateral del contrato.

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín concluye que se vulneraron dos derechos fundamentales; el derecho al trabajo y el de ejercer libremente profesión u oficio, consagrados en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política, pues la única limitante para quien ejerce un arte es que su actividad implique un riesgo social. El Tribunal Superior revocó la sentencia impugnada y negó la tutela por improcedente, principalmente en razón a que la acción de tutela no puede ser utilizada cada vez que los litigantes involucrados quieran conseguir

por anticipado aquello que constituye precisamente materia de una actuación en curso donde el interesado dispone de los instrumentos adecuados para hacer valer sus derechos.

Después de estudiar la competencia que tiene la Corte para revisar la tutela, procede a examinar los fundamentos del Tribunal a la luz de los derechos fundamentales. Las disposiciones contenidas en el contrato en ningún momento vulneraron los tratados internacionales, la libertad, la dignidad ni el ordenamiento jurídico laboral. Por tanto, en opinión de la Corte, no existe vulneración o amenaza de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio.

Tesis

La Corte expone que la autonomía de la voluntad privada consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

La Corte resalta que el ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privado, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Así pues, los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos.

Análisis dinámico de las sentencias

Una vez examinadas en forma individual cada una de las sentencias a referenciar, es necesario

estudiar las mismas desde una perspectiva de interrelación con el fin de determinar su situación o la tendencia que a través del tiempo se ha manifestado sobre el particular, e identificar el lugar del “balance constitucional” o “sombra decisional” dentro de los dos extremos posibles, o mejor la doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida.

En primer lugar, se debe recordar que el presente estudio se restringe a la posición de la Corte respecto del principio de autonomía de la voluntad invocado en los instrumentos internacionales de las agencias formuladoras.

En concreto se analizaron siete sentencias¹¹, de las cuales tres hacían referencia a la posibilidad de las partes de elegir las normas aplicables a su relación, así como al juez que ha de resolver sus controversias (autonomía conflictual)¹²; dos de ellas examinaban los mecanismos o medio que se pueden utilizar para expresar dicha voluntad¹³; y finalmente dos sentencias, que sin ser exactas, análogas al problema planteado, poseen un núcleo temático común, y por último las conclusiones semejantes a las expuestas en sentencias relevantes para la línea¹⁴.

En general, podemos señalar que la línea posee una situación estable, en tanto la Corte ha mantenido un reconocimiento constante de la autonomía de la voluntad, tanto negocial como conflictual, como principio estructural y esencial de los negocios y contratos que se celebran en el DNI y expresión del derecho fundamental a la libertad y del libre desarrollo de la personalidad (Art. 13 y 16)¹⁵.

Las leves variaciones que a través del tiempo se evidencian, se refieren exclusivamente a las normas, valores, principios o elementos que constituyen el límite de la autonomía de la voluntad, pues como lo ha expresado la Corte, no es un principio absoluto (Constitucional, 2000a). En este punto, se acude al siguiente cuadro con el fin de resumir, en cada sentencia, los límites de la autonomía de la voluntad que la Corte ha destacado:

Tabla No. 2
Límites de la autonomía de la voluntad destacados por la Corte Constitucional

No.	SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	MATERIA EN ESTUDIO	LÍMITES ESTABLECIDOS
1	T-338/93	Alejandro Martínez Caballero	CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS	Protección de los propios agentes
				Protección de los derechos de terceros
				Intereses de la sociedad
2	C-660/96	Carlos Gaviria Díaz	ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS	El orden jurídico
				Protección de los derechos de terceros
3	C-347/97 Salvamento de voto	Jorge Arango Mejía Eduardo Cifuentes Muñoz	ARBITRAJE INTERNACIONAL	La presencia de un elemento extranjero (nacionalidad). Ley de carácter imperativo.
				La presencia de un elemento extranjero (domicilio). Ley de carácter imperativo.
4	C-529/00	Antonio Barrera Carbonell	CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	Ley de carácter imperativo
				Buenas costumbres
				Protección de los derechos de terceros
5	C-662/00	Fabio Morón Díaz	VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS	Orden Público (Fidelidad y veracidad del contenido)
6	C-831/01	Álvaro Tafur Gálvis	VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS	Orden Público (Fidelidad y veracidad del contenido)
7	C-276/06	Manuel José Cepeda Espinosa y	CONVENIO SOBRE LAS GARANTÍAS	Protección de los derechos de terceros
		Marco Gerardo Monroy Cabra	INTERNACIONALES DE EQUIPOS MÓVILES	Intereses de la sociedad

En el cuadro anterior, se evidencia cómo, dependiendo la materia en estudio y el caso concreto, la Corte erige uno u otro fundamento como límite a la autonomía de la voluntad. La reflexión entonces deriva en establecer cuál u cuáles son los límites generales al principio objeto de estudio.

Para ello, acogeremos la premisa que consiste en entender un único límite a la autonomía de la voluntad constituido por el **orden público**, entendido como un concepto amplio, genérico o totalizador, en el cual se incluyen no solamente las leyes imperativas (contenido exclusivo del concepto según la teoría clásica), sino otros elementos que propugnan por:

- i)* La defensa de la organización social y la estructura del Estado.
- ii)* La protección de la parte económicamente débil en los contratos.
- iii)* La correcta ordenación de la vida económica en pro de la utilidad social.

Constituyen componentes de esta visión totalizante del **orden público**:

- i)* Las normas imperativas entre las cuales se incluyen, obviamente, los derechos fundamentales de la persona (tanto de los agentes de la relación negocial como de los terceros)
- ii)* Los valores políticos económicos del Estado
- iii)* Los principios morales esenciales para la sociedad (Gual-Acosta, 2008).

Esta enumeración general permite agrupar o vincular al mismo elemento todos aquellos conceptos que, de manera aislada (aunque en algunos casos su referencia es reiterada), fueron referidos por la Corte como limitantes del principio de la autonomía de la voluntad.

Se examinará, por ejemplo, la “protección de derechos de terceros”, mencionada en las Sentencias T-338/93, C-660/96, C-529/00 y C-276/06, como un concepto equívoco, en tanto puede ser considerado, dependiendo de su contexto o del caso particular, como parte de las

leyes imperativas, en caso de estar atentando contra un derecho fundamental de la persona; o dentro de los valores político-económicos, en caso de resultar vulneratorio del derecho de la competencia o del orden económico; o, finalmente, parte de los principios morales de la sociedad, en tanto corresponda a una conducta que afecte las buenas costumbres o el principio de buena fe, como elementos éticos propios de la sociedad colombiana.

Aún mayor, es el espectro de interpretación que se evidencia cuando la Corte expresa que los “intereses de la sociedad” constituyen un límite a la autonomía de la voluntad. En un análisis similar, el mencionado “límite” puede estar inmerso en todas las categorías de componentes que se establecieron con anterioridad, dependiendo de los fines o principios últimos que se quieran proteger.

Bajo estas consideraciones, es claro que la Corte no ha delimitado de manera exacta y taxativa los componentes del orden público, como límite de la autonomía de la voluntad, sino que, por el contrario, ha utilizado elementos con formulaciones generales que protegen dos o más fines planteados y que se elevan como conceptos abstractos de variada utilización en la jurisprudencia.

Sin embargo, y como se anunciaba con anterioridad, existen elementos de reiterada presencia en las sentencias, se indican principalmente:

- i)* Protección de los derechos de terceros¹⁶
- ii)* Ley de carácter imperativo¹⁷
- iii)* Intereses de la sociedad¹⁸

Estos elementos de reiterada presencia, están referidos en una misma sentencia, es decir, de la C-529/00, la cual se puede contemplar como **sentencia hito dominante de la línea**, puesto que contiene los criterios vigentes y reiterados por medio de los cuales la Corte resuelve un problema jurídico planteado, y además sintetiza los planteamientos de las otras sentencias, lo cual

evidencia las consecuencias conceptuales profundas y duraderas de su contenido.

Por otra parte, la Sentencia T-338/93 es la más antigua de las que se analizaron, y aunque no posee un referente fáctico análogo al planteado, si se circunscribe a un referente común, se caracteriza por un contenido altamente ambicioso en materia doctrinal y abundante en *obiter dicta*, por tanto se le considera como la **sentencia hito fundadora de línea**.

En cuanto a la Sentencia C-276/06 se reafirma el balance constitucional mediante la valoración de intereses contrapuestos, al estudiar el espectro, amplio, de autonomía que contempla la Convención de Garantías Internacionales sobre equipos móviles con normas que, a juicio de la Corte, deben ser consideradas como de orden público (los derechos de los trabajadores y el patrimonio de la Nación), intentando definir con más autoridad aún, la subregla de derecho, razón por la cual se le considera una **sentencia hito consolidadora de línea**.

Por último, es necesario analizar la situación de la Sentencia C-347/97, en la cual se estudia la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 315 de 1996 (referida al arbitramento internacional), que se puede considerar como **reconceptualizadora**, en tanto revisa lo planteado hasta ese momento respecto de la línea jurisprudencial en su conjunto, con el fin de reafirmarla, aunque introduciendo una nueva interpretación, en aras de ampliar la *ratio* de los pronunciamientos anteriores.

Como se evidenció, en el análisis estático de esta sentencia y de su salvamento de voto, la Corte estudia, comparativamente, la aplicación simultánea de dos principios (autonomía de la voluntad y territorialidad de la ley), y establece que la mejor forma de proteger el orden público (territorialidad de la ley) es **limitar la inaplicación del ordenamiento colombiano, en desarrollo de la autonomía de la voluntad**, bajo la condición que se presente un elemento extranjero.

Sin embargo, en una interpretación extensiva, y ampliando la facultad de las partes de determinar la norma sustancial y procesal aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio, determina que la simple **nacionalidad** extranjera de una de las partes del negocio, configura elemento suficiente para dotarla del carácter internacional.

En oposición, el magistrado Cifuentes, expone que contemplar como elemento internacional la sola nacionalidad de las partes de un negocio, permite que el ordenamiento adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes, puesto que sería admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones.

En el pensamiento del magistrado mencionado, a diferencia del domicilio, la nacionalidad de las partes no es una condición suficiente para determinar el carácter internacional de un contrato. En otras palabras, personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional, no reúnen las condiciones que justifican, constitucionalmente, el arbitramento internacional, puesto que no tiene un elemento internacional, a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional.

Aunque el enfrentamiento al interior de la Corte plantea dos polos opuestos, que en un caso (posición de la Corte) busca ampliar el principio de autonomía de la voluntad, y otro (posición del magistrado Cifuentes) restringirla, levemente, a un elemento internacional de mayor fortaleza; no puede afirmarse que constituyen o plantean una modificación de la *ratio* defendida por las sentencias anteriores, pues no suponen un cambio drástico dentro de la concepción del problema jurídico.

Por el contrario, fortalecen la doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida, por tanto constituyen una diferencia conceptual al interior de la Corte que no se expresa en giros jurisprudenciales, sino en la utilización del los extremos de la sombra decisional¹⁹.

Ahora bien, siguiendo el planteamiento del profesor López Medina, y teniendo en cuenta

que una línea jurisprudencial es una idea abstracta, es conveniente, para “ayudar a verla”, graficar la línea jurisprudencial propuesta. Las pequeñas variaciones que en ella se evidencian, corresponden a la mayor o menor enunciación de “límites” que se realiza en la sentencia graficada a continuación en concordancia con la pregunta planteada al comienzo de este escrito.

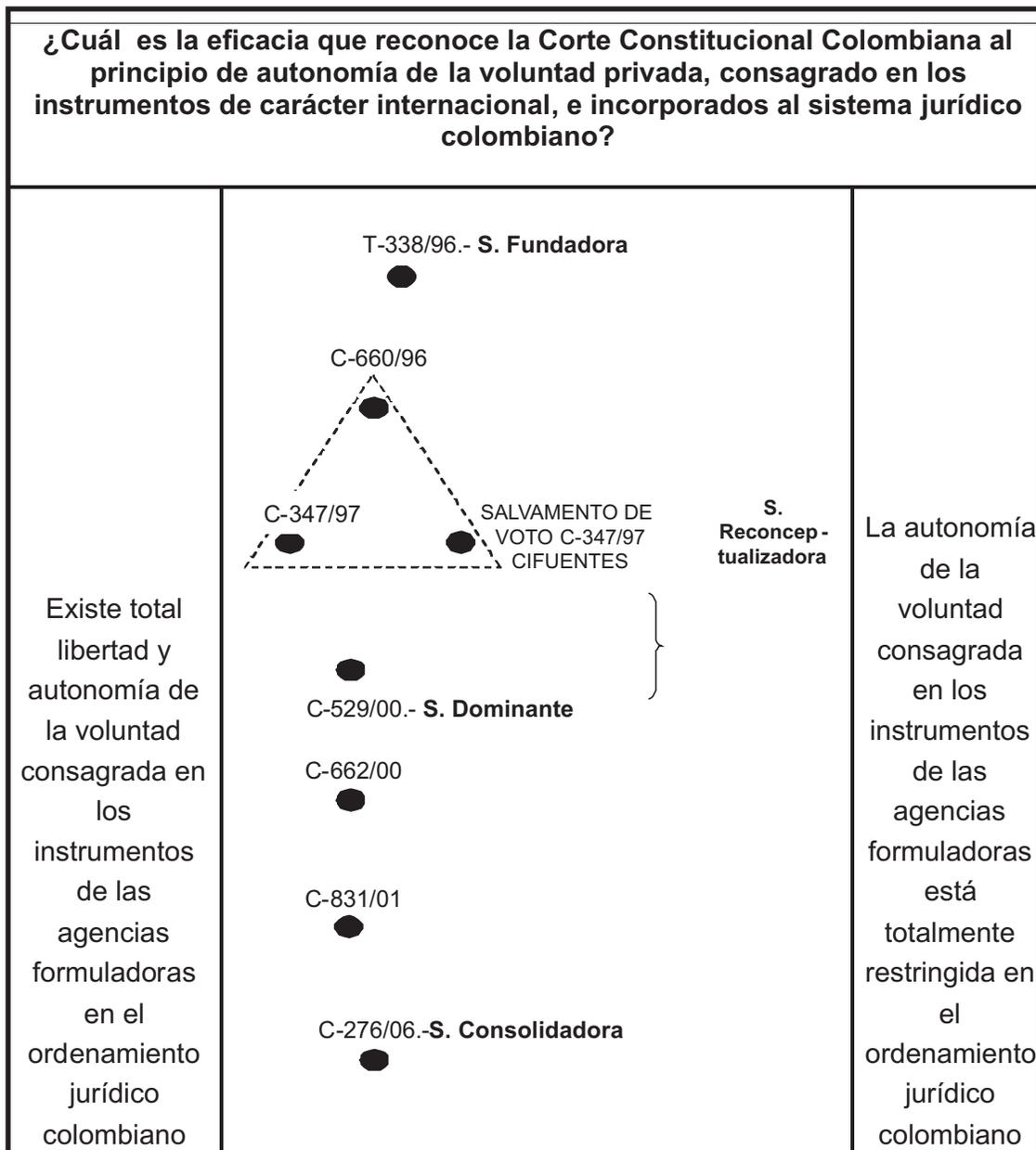


Figura 4. Análisis dinámico de las sentencias

Conclusiones

Desde la perspectiva de los diversos “Estados” o “formas de ser” de los sistemas jurídicos, el estudio del sistema jurídico colombiano, no puede limitarse a su entendimiento como un sistema jurídico estático (SJE). Por el contrario, la dinámica del DNI y el DUCI, así como la irrupción de las TIC’s en dicho escenario, plantean al mismo, “casos nuevos”, que obligan al legislador, así como a los operadores jurídicos a una “relectura”, en especial, de las fuentes formales que tradicionalmente lo han nutrido, para “construir” las respuestas o soluciones a problemas que tienden a ser comunes, ya no sólo en el ámbito de las fronteras colombianas, sino en un entorno altamente internacionalizado.

La formulación del sistema de fuentes en el ordenamiento mercantil colombiano, con una vocación históricamente legocentrista, demanda del investigador, del intérprete o del operador jurídico, la necesidad de “perturbar” el sistema, mediante *inputs* que exigen un ejercicio de nuevos análisis y argumentación. Se propicia así lo que se ha denominado como “relectura” de conceptos tradicionales, o el planteamiento de algunos nuevos como: “elemento extranjero”, “autonomía conflictual”, “armonización y unificación de sistemas jurídicos”, “*soft law*”, “*lex mercatoria*”, “anacionalidad”, “descodificación”, “doctrina legal”, “valor de la jurisprudencia como fuente formal de los SJ”, fomentándose con dichas “entradas” la conformación de un SJD.

En desarrollo de ese ánimo perturbador, es oportuno estudiar las “ondulaciones” que se han producido en razón de la irrupción del Derecho de los Negocios Internacionales (DNI) o del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) en el ordenamiento jurídico mercantil colombiano frente al postulado de la autonomía de la voluntad privada.

Las agencias formuladoras (*Formulating Agencies*), como “nuevas fuentes” creadoras de instrumentos de integración y armonización

de las reglas materiales aplicables a situaciones contractuales transfronterizas, con carácter potencialmente universal, tienen como principal propósito proporcionar certeza, seguridad y celeridad al tráfico mercantil, el que a su turno se caracteriza por su transformación rápida y por fundamentarse en el contrato como principal instrumento de innovación jurídica.

De lo anterior, se deriva, precisamente, la importancia de abordar la autonomía de la voluntad privada, como principio o postulado protegido en el ámbito del DNI, a tal punto que se le atribuye la facultad de sustituir a los poderes públicos en la protección de los intereses de la sociedad. En otros términos, a pesar de su existencia centenaria, en la actualidad, es objeto de “reconstrucción” o “relectura”, asumiendo roles que en diversas ocasiones desbordan lo privado para invadir terrenos propios de lo público, en especial, cuando la jurisprudencia constitucional ha estimado que un buen número de disposiciones del ordenamiento jurídico mercantil colombiano tienen el valor de normas facultativas.

A partir de la propuesta académica del profesor colombiano Diego Eduardo López Medina, se puede señalar que de los elementos estudiados, como sustento inicial de una línea jurisprudencial, según la pregunta planteada como título de este trabajo, se evidencia que la Corte Constitucional Colombiana ha mantenido un constante reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, tanto “negocial” como “conflictual”, como principio estructural y esencial de los negocios y contratos que se celebran en el DNI y expresión de los derechos fundamentales a la libertad y libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, los conflictos de interpretación radican, no en la aceptación del principio (que se puede afirmar es plena), sino en los límites que se plantean al mismo, dependiendo de la materia en estudio y del caso concreto. La reflexión, entonces, se encamina a establecer cuál o cuáles son los límites generales al principio objeto de estudio.

La Corte Constitucional Colombiana defiende la autonomía de la voluntad privada como elemento esencial de los negocios internacionales, y justifica su integración en los instrumentos de carácter internacional aplicables en Colombia, bajo el entendido que, dicha autonomía, no puede contravenir situaciones de orden público, que en un sentido amplio incluye aquellas disposiciones de carácter imperativo (que obviamente incorporan los derechos y postulados constitucionales), las buenas costumbres, los principios y valores jurídicos intrínsecos en la sociedad.

Se opta, entonces, por entender como único límite a la autonomía de la voluntad, el constituido por el **orden público**, percibido como un concepto amplio, genérico o totalizador. El mismo incluye, no solamente las leyes imperativas (dentro de las cuales están las normas constitucionales), sino otros elementos como los fundamentos político-económicos de la sociedad (la protección de la parte débil, la familia como núcleo esencial de la sociedad, la persona y su integridad como interés fundamental, la represión de los comportamientos ilícitos); los valores morales de la comunidad (las buenas costumbres, la buena fe, el no abuso del derecho, la razonabilidad de las acciones, etc.), entre otros.

El **orden público**, entonces, es el conjunto de elementos, normas, principios y valores que propugnan por la:

- i)* Defensa de la organización social y la estructura del Estado.
- ii)* Protección de la parte económicamente débil en los contratos.
- iii)* Ordenación correcta de la vida económica en pro de la utilidad social.

Esta concepción del orden público, la erige como un verdadero principio, que no admite excepciones, violaciones o valoraciones, con carácter absorbente y autónomo, propio y exclusivo de cada nación.

Desde esta perspectiva, las enumeraciones genéricas que utiliza la Corte, permiten identificar

o vincular al mismo elemento con las diversas finalidades que se han planteado a lo largo del presente escrito.

Notas

¹ (Vigo, 2006) (Espinosa-Quintero, 2004) (Pocock, 2002).

² (Lopez-Medina, 2004) (Dworkin, 1992).

³ (Illescas-Ortiz & Perales-Viscasillas, 2003) (Fernández-Rozas, 2007) (Fernández-Rozas, 2004) (Fernández-Rozas, 2000).

⁴ (Galgano, 2005) (Illescas-Ortiz & Perales-Viscasillas, 2003) (Fernández-Rozas, 2007) (Fernández-Rozas, 2000) (Oviedo-Albán, 2008) (Oviedo-Alban, 2001).

⁵ (Constitucional, 2001a) (Constitucional, 2000b)(Constitucional, 2001c).

⁶ Sobre la aplicación de la Convención de Viena 1980 ver: (Oviedo-Alban, 2001) (Oviedo-Albán, 2004a) (Oviedo-Albán, 2007) (Oviedo-Alban, 2008) (Perales-Viscasillas, 2001) (Illescas-Ortiz & Perales-Viscasillas, 2003) (Galán-Barrera, 2002) (Galán-Barrera, 2004) (Castellanos-Ruiz, 2006) (Mucenic, 2005) (Calvo-Caravaca, 1998) (Oviedo-Alban, 2004b).

⁷ (Lopez-Medina, 2004)(Noguera-Laborde, 2002) (Bernal-Cano, 2008)

⁸ (Constitucional, 2000c)(Constitucional, 2001b) (Constitucional, 2004) (Constitucional, 2005).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia mediante la cual se estudia la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2 (parcial) del Decreto 2651 de 1991 (Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales).

¹⁰ El Art. 1135 del Código Civil, expresa respecto de las asignaciones testamentarias

condicionales que: “la condición de casarse o no casarse con una persona determinada, y la de abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrán”.

¹¹ Las sentencias analizadas son las siguientes: T-338/93, C-660/96, C-347/97, C-529/00, C-662/00, C-831/01 y C-276/06.

¹² Se hace referencia a las Sentencias: C-347/97, C-529/00 y C-276/06.

¹³ Se hace referencia a las Sentencias: C-662/00 y C-831/01.

¹⁴ Se hace referencia a las Sentencias: T-338/93 y C-660/96.

¹⁵ Es cuando menos curioso que la Constitución Política de la República del Perú, a diferencia de la Colombiana, consagre expresamente el derecho de las personas a contratar, garantizando que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (Artículos 2 inciso 14 y 62)

¹⁶ Sentencias T-338/93, C-660/96, C-529/00 y C-276/06.

¹⁷ Sentencias C-660/96, C-347/97, C-529/00.

¹⁸ Sentencias T-338/903, C-529/00, C-662/00, C-831/01 y C-276/06. Las sentencias C-662/00 y C-831/01 aunque no hacen referencia a interés de la sociedad, si demuestran su preocupación por no vulnerar la confianza general de la sociedad en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. La Sentencia C-529/00, habla de buenas costumbres, elemento genérico, de índole moral que se debe valorar en cada sociedad según su nivel cultural, en tanto está comprendida por los comportamientos y reglas sociales cuya violación es rechazada por esa sociedad particular.

¹⁹ Cfr. López Medina, D.E. El Derecho... pp. 141-144.

Referencias

Bernal-Cano, N. (2008). Revista colombiana de jurisprudencia. En El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales. *Un estudio comparado en pocas palabras*. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Bobbio, N. (1997). *Teoría general del derecho*. Temis.

Cadena-Afanador, W. (2004). *La nueva lex mercatoria*. Universidad Libre.

Calvo-Caravaca, A. (1998). La compraventa internacional de mercaderías, comentario de la Convención de Viena. En L. Díez Picazo, & Ponce de León (Eds.). (*cap. artículo 1*). Civitas.

Castellanos-Ruiz, E. (2005). Cuestiones actuales sobre el derecho mercantil internacional. En *Autonomía Conflictual y contratos internacionales*. Colex.

Castellanos-Ruiz, E. (2006). Nueva lex mercatoria y contratos internacionales. En *Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales*. Ibáñez.

M.P. Angarita Barón, C. (1992). *T-406*. Corte Constitucional.

M.P. Arango Mejía, J. (1997). *C-347*. Corte Constitucional.

M.P. Barrera Carbonell, A. (2000a). *C-529*. Corte Constitucional.

M.P. Morón Díaz, F. (2000b). *C-662*. Corte Constitucional.

M.P. Charry Rivas, J. (2000c). *Su-1722*. Corte Constitucional.

- M.P. Cepeda Espinosa, M. J. (2001a). *C-1147*. Corte Constitucional.
- M.P. Monroy Cabra, M. G. (2001b). *C-1287*. Corte Constitucional.
- M.P. Tafur Galvis, A. (2001c). *C-831*. Corte Constitucional.
- M.P. Monroy Cabra, M. G. (2004). *T-056*. Corte Constitucional.
- M.P. Escobar Gil, R. (2005). *C-818*. Corte Constitucional.
- M.P. Cepeda Espinosa, M. J., & Monroy Cabra, M. G. (2006). *C-276*. Corte Constitucional.
- Davara, A. J. D. (2004). *Comercio electrónico*. Thomson Arazandi.
- Justicia y del Derecho, M. de, Desarrollo Económico, M. de, Comercio Exterior, M. de, & Transporte, M. de. (1998). *Exposición de motivos al proyecto de ley por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*.
- Derecho Mercantil Internacional, C. de Naciones Unidas para el. (1998). *Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza y la guía para su incorporación al derecho interno*. Organización de Naciones Unidas.
- Dworkin, R. (1992). *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Gedisa.
- Espinosa-Quintero, L. (2004). Validez del derecho interno colombiano. *Revista Civilizar*. Universidad Sergio Arboleda.
- Espinosa-Quintero, L. (2007). *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónico: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado*. Universidad Sergio Arboleda.
- C.P. Hoyos Duque, R. (2004, 22 de abril). *Auto no. 00034*. C. de Estado Fernández-Rozas, J. C. (2000). El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización. *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*.
- Fernández-Rozas, J. C. (2004). *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Consejo General del Notariado.
- Fernández-Rozas, J. C. (2007). Derecho de los negocios internacionales. En (cap. Derecho de los negocios internacionales). Iustel.
- Galgano, F. (2005). *La globalización en el espejo del derecho*. Rubinzal-Culzioni.
- Galán-Barrera, D. R. (2002). El ámbito de aplicación en la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. *Revista Jurídica del Perú*.
- Galán-Barrera, D. R. (2004). *La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Estudios Gerenciales.
- Gual-Acosta, J. M. (2008). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Ibáñez.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Illescas-Ortiz, R., & Perales-Viscasillas, M. (2003). *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Universidad Carlos III de Madrid. Ramón Areces.

- López-Medina, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Lopez-Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- Mucenic, V. R. (2005). *Lagunas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Pace Law School Institute of International Commercial Law.
- Noguera-Laborde, R. (2002). *Introducción general al derecho*. Universidad Sergio Arboleda.
- Oviedo-Alban, J. (2001). *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías*. Pace Law School Institute of International Commercial Law.
- Oviedo-Alban, J. (2004a). Aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista Universitas*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Oviedo-Alban, J. (2004b). Derecho mercantil contemporáneo. En *La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional*. *Comentarios al artículo 6 de la Convención de Viena de 1980*. Ibáñez.
- Oviedo-Alban, J. (2007). *Aplicación material de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*. Universidad de la Sabana.
- Oviedo-Alban, J. (2008). *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional. Antecedentes, estructura y fuentes*. Ibáñez.
- Perales-Viscasillas, M. (2001). *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Pace Law School Institute of International Commercial Law.
- Pocock, J. (2002). *El momento maquiavélico*. Tecnos.
- Remolina-Angarita, N. (2006). *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. GECTI. Universidad de los Andes.
- Veiga-Copo, A. B. (2002). La contratación electrónica del seguro. *Revista de Derecho Mercantil*, 244.
- Vigo, L. R. (2006). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Fins*. Abeledo-Perrot.

Efectos sorprendivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras

(Estudio de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones –CIADI–)

The surprising effects of the most favored nation clause (MFN) in regards to foreign investment (a study of the jurisprudence of the International Center for Settlement of Investment Disputes –ICSID–)

Recibido: 3 de octubre de 2008 - Revisado: 19 de octubre de 2008 - Aceptado: 7 de enero de 2009

Viviana Herrera Ramírez*

Resumen

La CNMF (Cláusula de la Nación más favorecida), insertada de forma casi automática en los tratados bilaterales de promoción y/o de protección de las inversiones durante las décadas de 1960 y 1970, devela hoy una dinámica sorprendente. Vía las decisiones de diferentes tribunales CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), presentamos la “evolución” o cambio que protagoniza esta cláusula.

Para esto, se analizará el mecanismo de la cláusula, el cual a priori circunscrito (por los Estados y la doctrina) a la importación de disposiciones de fondo, parece estar implícitamente habilitado para importar también disposiciones de procedimiento. La nueva faceta de la cláusula impone un estudio retrospectivo de sus principios, su enunciado y su objetivo. Mas dicha perspectiva no es el resultado de un cambio sustancial en el enunciado de la cláusula sino en la valoración que los árbitros, Estados e inversionistas hacen de ella. Así, la instrumentalización de la CNMF además de permitir una mayor liberalización del sector repercute en otras estructuras del derecho internacional y resalta el papel que desempeñan los Estados, sus contratantes privados y el CIADI en la relectura de la CNMF.

Palabras clave

CIADI, TBI (TPPI), CNMF, Arbitraje

Abstract

Nowadays, the Most Favored Nation (MFN) clause, which was incorporated almost automatically in Bilateral Investment Treaties (BIT) during the decades of 1960 and 1970, reveals a surprising dynamic. By means of different awards of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) our article presents the “evolution” or change of conception that this clause has undergone. For this purpose it is necessary to analyze the clause mechanism, which a priori limited to importation of substantial provisions, seems to be implicitly authorized to insert procedural provisions too. The “new” feature of the MFN clause imposes a retrospective study of its principles, its wording and its aim. Such feature is not the consequence of modifications to the wording of the clause itself, but rather is the result of the assessments made by arbitrators, States and investors. That is why, the use of the MFN clause besides allowing a higher degree of liberalization in the investment sector, affects other structures of international law and highlights the role of States, investors and ICSID in the reinterpretation of MFN clause.

Key Words

ICSID, BIT, MFN, Arbitration.

*Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con maîtrise en Derecho Público y Maestría en Derecho Internacional de la Universidad Montesquieu Bordeaux IV (Francia). Actualmente doctorante de la misma institución en el área de Derecho Internacional.

Este trabajo es el resultado del desarrollo y de la continuación del tema de la monografía de maestría “Le régime de la Nation la Plus Favorisée en matière d’investissements internationaux à la lumière de la jurisprudence CIRDI”.

Correo electrónico: vherreraramirez@yahoo.es

Introducción

Durante los años 60 y 70, la CNMF fue incorporada de manera casi automática a los tratados de promoción y de protección de las inversiones (TPPI). Sin embargo, aunque anunciada siempre como la “CNMF”, los términos que la definen son, raramente, los mismos.

En derecho internacional de las inversiones, por ejemplo se encuentran tantas CNMF como tratados PPI. Unas contemplan un campo de aplicación más extenso que otras, aunque todas garantizan a los inversores extranjeros igualdad de trato, es decir, la pluralidad de enunciados no impide la formación de un concepto jurídico único de TRATAMIENTO de la NMF, constituido por la obligación internacional que asume el Estado anfitrión.

La CNMF es esencialmente una excepción al derecho soberano de los Estados de establecer relaciones con los países que ellos quieran, cuando quieran y en los términos que quieran, limitando en el campo en que ha sido concedida, las negociaciones que posteriormente los Estados quieran adelantar. En el Caso relativo a los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) anunció que el propósito de esta disposición es “establecer y mantener en todo momento la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados” (CIJ, 1952).

Por último, es evidente que en la práctica, la CNMF indica el grado de liberalización de un Estado determinado (Crépet, 2006; Leben, 2000): un país tendrá una política más liberal (en inversiones extranjeras) dependiendo de las facilidades consentidas para entrar y desarrollar actividades en su territorio.

Liberalización del sector de las inversiones mediante la instrumentalización de la CNMF

La CNMF permite al inversor beneficiario, el goce automático e inmediato de una ventaja, que

habiéndole sido negada en el tratado de base (Estado Nacional-Estado anfitrión), fue concedida por el Estado anfitrión a un tercer Estado, eso sí independientemente de la naturaleza del instrumento en que fue concedida (acuerdo, acto legislativo unilateral, practica unilateral), mas ¿cuál es la naturaleza de dicha ventaja?, ¿puede una disposición de procedimiento ser importada vía la CNMF? A priori, esta cláusula interactúa con las disposiciones de fondo y nada prohíbe que lo haga con las disposiciones de procedimiento. Entonces, ¿cuáles son los límites de la CNMF? Éstos obedecen, unos a su naturaleza (principio *ejusdem generis*), y otros a su estructura (términos usados en la redacción). Veamos entonces la incidencia en el contencioso de los términos de la CNMF para examinar luego las precisiones hechas por CIJ y otras instancias internacionales.

Límites convencionales de la CNMF

Se utilizan diversos términos en la redacción de la CNMF, entre ellos:

1. La CNMF estipula, expresamente, su aplicación a las disposiciones relativas al arreglo de diferendos (Cláusula tipo de los TPPI del Reino Unido, Alemania y Países Bajos).
2. En la redacción de la CNMF, se usan términos “generales” que cubren, por ejemplo *all matters*, *all rights*, *el treatment*, pero que no hacen referencia alguna a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias.
3. La CNMF está redactada en términos **no generales**, aunque guarda silencio en lo relativo a los mecanismos de arreglo de diferencias (NAFTA art. 3).
4. La CNMF expresa claramente que no se aplica a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias (CAFTA, FTAA).

La primera y la última categoría no presentan mayores problemas. El árbitro debe aplicar, es

decir, respetar la voluntad clara y expresa de las partes. En la tercera categoría, los términos específicos de la cláusula no permiten su extensión o generalización. La segunda categoría es, en cambio, fuente de incertidumbres. Cuando la CNMF está redactada en términos generales, es conveniente identificar los argumentos que permiten deducir que las partes querían excluir o incluir de su ámbito de aplicación, las disposiciones relativas al arreglo de diferencias.

Inicialmente, una CNMF que cubre *all matters* o el *traitment* y que no hace referencia a las disposiciones de procedimiento, se interpretaba como aplicable únicamente a las disposiciones de fondo. Así, durante mucho tiempo la atención se centró de forma casi exclusiva en los derechos sustantivos. Actualmente, el planteamiento de los diferendos cambia; los inversores quieren importar al tratado de base la cláusula de arreglo de diferencias (disposición procesual), que consentida por el Estado anfitrión, resulta más favorable a sus intereses.

La labor interpretativa de los árbitros está enmarcada por la Convención de Viena de 1969 (art. 31 y 32), instrumento que a pesar de contener reglas claras y concisas, no impide ni simplifica el contencioso originado alrededor de la interpretación de las cláusulas de la NMF. Si bien es cierto que “*the main task of any tribunal which is asked to apply or construe or interpret a treaty... as the duty of giving effect to the expressed intention of the parties, that is, their intention as expressed in the word used by them in the light of the surrounding circumstances*” (McNair citado en Vesel, 2001), cuando la CNMF es definida en términos ambiguos, el árbitro debe hacer una interpretación pro inclusión o pro exclusión de las cláusulas de arreglo de controversias.

Como se aprecia, la labor del árbitro no se reduce a la mera identificación de la obligación del Estado receptor del capital –del objetivo y contexto del TPPI en estudio y de la práctica de las partes– sino que incluye el análisis del rol de

la CNMF y de las disposiciones de procedimiento [arreglo de diferendos] en el sistema del derecho de las inversiones.

Ahora bien, como es lógico, los inversores extranjeros buscan la aplicación de las garantías de tratamiento, generalmente contenidas en los tratados multilaterales, bilaterales o regionales de inversión. Sin embargo, las bondades de estas conquistas pueden reducirse a su mínima expresión, si dichos acuerdos no contemplan un mecanismo “adecuado” de arreglo de diferendos. He ahí la necesidad de prever un método alternativo y efectivo de solución de controversias que proporcione mayor seguridad a los inversionistas extranjeros. Es decir, tanto los inversores como los Estados buscan la protección de sus derechos y el desarrollo de sus actividades económicas en una atmósfera de confianza mutua, garantía que parece mejor protegida por el arbitraje internacional (UNCTAD, 2003).

La observación de los términos de las CNMF a la luz de las normas de interpretación, conduce a interpretarlos con miras a cumplir los objetivos de los acuerdos de inversiones. Es otras palabras, la generalidad de los términos *all matters* y *traitment* –introducidos en el texto de la CNMF– permitiría, salvo excepción expresa en contrario, la importación de la cláusula de arreglo de diferencias. La lectura del artículo 31(4) de la Convención de Viena (1969) –si las partes quieren dar una significación especial, menos general– a las palabras introducidas en un tratado, tal intención debe constar en el instrumento– corrobora este punto de vista.

En definitiva, y de acuerdo con el aforismo *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, si las partes pudiendo formular una excepción a la CNMF relativa a la importación por esta vía de una cláusula de arbitraje o, pudiendo restringir el alcance de los términos (otorgándoles una significación especial) no lo hicieron, no corresponde al árbitro introducir tales excepciones o significados especiales.

Un razonamiento diferente indica que el mecanismo de la cláusula hace de ella una

disposición de fondo, mientras que la cláusula de arreglo de diferencias es una regla de procedimiento. Siendo las dos de naturaleza diferente, no sería posible la importación de una regla de procedimiento mediante la utilización de una disposición sustantiva, pero la cláusula de arreglo de diferendos es, al mismo tiempo, parte del tratamiento concedido y garantizado por los Estados en los TPPI; es una garantía que constituye una incitación de fondo y una protección significativa (Gas Natural, ICSID case ARB/03/10). Desde este punto de vista, sería lógico sostener que el inversor beneficiario puede favorecerse, mediante la CNMF con una cláusula de arreglo de diferencias más favorable. Es más, de considerarse que el acceso a un tribunal arbitral internacional es la concesión más importante otorgada por un TBI (garantía de la efectividad de las disposiciones sustantivas), sería contradictorio excluir esta garantía del ámbito de la CNMF.

Luego de analizar el alcance textual de la CNMF veamos sus límites *rationae materiae*.

Precisiones de la CIJ al mecanismo de la CNMF

- La CIJ en el análisis del caso Anglo Iranian Oil Company (1952) recordó que la CNMF contiene un compromiso cuyo objeto es real, aunque su contenido no es determinado y es susceptible de cambiar de volumen dependiendo de los tratados concluidos con terceros. La aplicación de esta decisión a las inversiones extranjeras representaría la situación de un demandante, parte de un TBI que no contiene cláusula de arbitraje, que busca acceder a través de la CNMF a un tercer tratado que contiene dicha cláusula. ¿Debe el Tribunal Arbitral constatar su falta de competencia o puede, bajo ciertas condiciones, estudiar el caso?
- La duración del beneficio importado vía la CNMF fue estudiada en el caso derechos de los nacionales de Estados

Unidos en Marruecos (CIJ, 1952). En éste se trataba de determinar si los privilegios de que gozaba el Estado beneficiario de la CNMF (Estados Unidos) se incorporaban de forma autónoma al tratado de base, de manera que la renuncia [a los favores] pronunciada por los terceros favorecidos (Gran Bretaña y España) debía ser interpretada como *res inter alios acta*. O, si una vez pronunciada dicha renuncia, el Estado beneficiario podía reclamar los privilegios a título de la costumbre. La Corte rechaza la petición de los Estados Unidos afirmando que tal pretensión va en contra de la función de la CNMF: establecer y mantener, en todo tiempo, la igualdad fundamental sin discriminaciones entre todos los países interesados.

Recuerde, rápidamente, el funcionamiento de la cláusula: la CNMF concede al Estado beneficiario un derecho autónomo e independiente cuyo contenido depende del favor que sea reconocido a una tercera Nación (Estado favorecido). Una vez el Estado favorecido renuncia al favor, el contenido del derecho del Estado beneficiario se disipa. La desaparición de la ventaja configura entonces, la inexistencia del hecho que determina la entrada en vigor de la cláusula: *cessante causa, cessat effectus* (Snyder, 1948 citado en Ustor, 1974). Es decir, mientras el derecho a recibir un trato no menos favorable que el otorgado a la nación más favorecida resta intacto, su contenido concreto desaparece, respetándose así el principio de igualdad, eje principal de la CNMF.

- La CIJ y una comisión de arbitraje precisaron el principio *ejusdem generis* en su estudio del caso **Ambatielos** (1952). “En virtud de la CNMF el Estado beneficiario adquiere únicamente los derechos que están dentro de los límites de la materia que es objeto de la cláusula” (CDI, 1978) (traducción del autor). La

comisión de arbitraje agrega que la CNMF no podrá extenderse a materias diferentes a aquellas por las cuales ha sido estipulada y concluye que “*it is true that “the administration of justice”, when viewed in isolation, is a subjectmatter other than “commerce and navigation”, but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders (...) Therefore it cannot be said that the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the field of application of the mostfavourednation clause, when the latter includes “all matters relating to commerce and navigation”*” (p. 107).

La lectura extensiva de esta conclusión soporta la idea de que una CNMF redactada en términos generales (all matters), incorpora, salvo estipulación expresa en contrario, las cláusulas de arreglo de diferencias. Esta fue la posición adoptada por los Tribunales CIADI que conocieron de los casos Maffezini, Siemens, Tecmed y Camuzzi. Mientras que los Tribunales Salini, Plama, Telenor [y Wintershall] defendieron la tesis contraria. Examinemos ahora los argumentos expuestos en estas decisiones, buscando identificar la regla o el principio que define el alcance de la CNMF.

Establecimiento de una regla: la aplicación de la CNMF a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias

Al comienzo, el mecanismo de la CNMF fue circunscrito –por una parte de la doctrina y de Estados– a las garantías sustanciales. Actualmente algunos autores consideran que la CNMF tiene un mayor alcance: su aplicación cubriría las reglas de procedimiento –cláusulas de arreglo de diferencias: reconocimiento, ejecución y anulación de los laudos– (Ben Hamida, 2003; see also Gaillard, 2006; Sutton, 2005).

Sobre el “presumido” vasto alcance de la CNMF, Gaillard hace una precisión (2007); para él, y contrariamente a lo que puede a veces escucharse, todas las disposiciones de un tratado no son susceptibles de ser afectadas por el juego de la CNMF. La inversión que no cumple con los requisitos de aplicación del tratado (noción de inversión, las eventuales exigencias de nacionalidad por ejemplo), no puede beneficiar del régimen allí contemplado ni, por tanto, de su CNMF. En contraste con lo que una visión puramente procedimental puede aseverar, continúa el autor, la puerta de entrada de un tratado son las cláusulas que definen su campo de aplicación y no la cláusula de arreglo de controversias. El cumplimiento de los elementos de aplicación del tratado constituye el requisito *sine qua non* la protección del tratado no puede solicitarse, poco importa que otros tratados contengan diferentes requisitos o que éstos sean más flexibles.

Con base en el punto de partida, se estudiarán estas ideas en el *aparente* principio de aplicación de la CNMF a las reglas de arreglo de diferendos.

Regla proferida en el caso Maffezini (ICSID Case No. ARB/97/7)

En 1997, el inversor argentino Emilio A. Maffezini afirma ante un tribunal CIADI, que las acciones de ciertos organismos españoles causaron daños a sus inversiones en una empresa productora y distribuidora de productos químicos, ubicada en Galicia, configurándose entonces una violación del TPPI España y Argentina (3 de octubre de 1991). En su demanda Maffezini invocó el artículo 10 –que permite que un diferendo sea llevado ante un tribunal arbitral cuando, después de una etapa de negociación de 18 meses, los tribunales internos no han adoptado una decisión de fondo–, y el artículo 4.2 (CNMF) del TBI para beneficiar del TBI España-Chile.

El tribunal arbitral estudia el artículo 10 y concluye que el demandante no ha cumplido con los requisitos de este artículo (el transcurso de

los 18 meses); por consiguiente el consentimiento al arbitraje pronunciado por España no se verificaba (36). Sin embargo, la cláusula de arreglo de diferencias del tratado España-Chile permitía al inversor acudir a un tribunal arbitral al final de los 6 meses previstos para la negociación entre las partes.

El tribunal, después de estudiar las decisiones pronunciadas sobre la materia por la CIJ y por otros tribunales CIADI (42-51), de determinar el tratado de base, de examinar el principio *ejusdem generis* (46-49) y de revisar la intención y práctica (52-54 y 58-61) de las partes, concluye que no permitir a los inversores el acceso a la cláusula de arreglo de diferencias que les es más favorable, no es coherente ni con el enunciado de la cláusula, cuya redacción no limita su aplicación a las disposiciones subjetivas, ni con su objetivo: la armonización de los sistemas de tratamiento de las inversiones extranjeras.

A este respecto, consideramos importante resaltar, que a diferencia de este tribunal y de Crépet (2006) no vemos cómo, tratándose de las cláusulas de solución de controversias, tal armonización puede alcanzarse gracias al juego de la CNMF. A nuestro juicio, la armonización del sistema obedece más a la modelización del Derecho Internacional de Inversiones que a la inclusión de la CNMF.

En cuanto al texto de la decisión, el cual retomamos, luego de resaltar que el arbitraje es esencial para proteger los derechos previstos en los tratados y está estrechamente vinculado con los aspectos sustantivos del tratamiento acordado (55), el Tribunal hace una afirmación sorprendente, según la cual, “no obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula [NMF] (...) hay **razones suficientes** para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se

vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los Tratados de Comercio” (54). Sin hacer otras precisiones ni sugerir o indicar cuáles son esas “razones suficientes”, el Tribunal llega a la conclusión.

Con estos términos es importada al Derecho Internacional de Inversiones la tesis según la cual las disposiciones de procedimiento son en principio evocables vía la CNMF: “ (...) si un Tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor, que aquellos del Tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la Nación más favorecida, pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis* (56)”.

El contenido y la generalidad de las afirmaciones del Tribunal Maffezini podrían interpretarse como la voluntad de establecer un principio, aunque las sutiles, pero importantes diferencias que caracterizan las cláusulas NMP ¿permiten realmente la formulación de un principio?

Consecuencias y excepciones a la “regla”

Conscientes de la extensión de sus afirmaciones, el Tribunal Maffezini advierte que la aplicación de la CNMF “a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones (...) no [puede] dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales [de] su aceptación (...)” (62).

Según el tribunal hacen parte de estas consideraciones: la exigencia del agotamiento de los recursos internos (condición prevista en el Convenio del CIADI: art. 26); la observación de la cláusula de “bifurcación del camino” (La decisión de someterse a determinada jurisdicción es “definitiva e irrevocable [y] no puede ignorarse

mediante la invocación de la cláusula [CNMF]); la designación de una institución arbitral específica; y el acuerdo de someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas (63). Como esta enumeración es a título indicativo, el Tribunal añade que para identificar una situación de política pública, es necesario saber diferenciar “entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra” (63).

Consideramos, al igual que Dolzer y Myers (2004), que las tres últimas excepciones presentadas en Maffezini, están más relacionadas con el respeto de la voluntad explícita y común de las partes que con argumentos de política pública. A nuestro parecer, dichas excepciones reflejan el principio *lex specialis derogat legem generalem*. En consecuencia la CNMF, disposición general, no puede desconocer las estipulaciones contractuales específicamente convenidas entre las partes.

Los efectos de la decisión Maffezini no se hicieron esperar. Los Estados en cuyos Acuerdos Bilaterales de Inversión (ABI, TBI o TPPI), la voluntad de incluir o excluir el arreglo de las controversias en el campo de aplicación de la CNMF era ambigua, entonces introdujeron anotaciones específicas al respecto (FTAA, 2003). Los inversores, por su parte, comenzaron a evaluar, minuciosamente, los tratados suscritos por el Estado anfitrión para determinar e invocar la cláusula de arreglo de controversias que les fuera más favorable.

A manera de conclusión queremos resaltar que una corriente doctrinal importante (Crépet, 2006; Dolzer, 2004; Gaillard, Establishing, 2005), cree que tanto el principio como las excepciones enunciadas en Maffezini son de difícil aplicación y que la reacción de los Estados frente a esta decisión ha sido juzgada por unos como la

confirmación, y por otros, como el rechazo al “*principio*” enunciado en Maffezini (Poulain, 2007).

Inexistencia de una regla: la particularidad del laudo Maffezini

La especificidad de las pretensiones y la particularidad de las disposiciones estudiadas en Maffezini impiden que esta decisión se convierta en regla o principio interpretativo.

Aplicación de la CNMF a las condiciones de admisión de la demanda

En el caso Maffezini el demandante buscaba beneficiarse de las condiciones más favorables de admisión de la demanda que estaban contenidas en un tercer tratado. El mismo problema y planteamiento fue recreado en controversias posteriores, las cuales se analizarán brevemente.

Siemens (ICSID Case No. ARB/02/8). Un inversor alemán buscaba ignorar la condición de acudir a los Tribunales argentinos y esperar que transcurrieran 18 meses antes de acudir a un Tribunal arbitral (TBI Alemania-Argentina), con el fin de acceder, vía la CNMF, a la cláusula de arreglo de diferendos del Tratado Chile-Argentina (1991) que contemplaba un período de negociación de tan solo 6 meses.

Cabe resaltar la diferencia de términos empleados en el texto de las CNMF. En el Tratado Alemania-Argentina, la CNMF no es tan general como la analizada en Maffezini, ésta última se aplica a “todas las cuestiones sujetas a este acuerdo”, mientras que la primera sólo al “trato”. El Tribunal arbitral toma nota de la diferencia, pero concluye que las dos expresiones son lo suficientemente generales para incluir el arreglo de diferencias.

El Tribunal Siemens elabora su conclusión en tres etapas. Primero, resalta la importancia del arbitraje internacional para la protección y

promoción de las inversiones (102). Segundo, rechaza la afirmación del Gobierno argentino, según la cual la regla de agotamiento de los recursos locales, además de ser un elemento esencial de su consentimiento al arbitraje, está íntimamente vinculada a cuestiones de política económica y exterior (104, 105). Tercero, niega que la reclamación de un beneficio en virtud de una CNMF desencadene la aplicación de la totalidad del tratado (108, 109 y 120).

Aún más, aunque consciente de que las ventajas concedidas en un tratado corresponden, en cierto modo, a las cargas asumidas, el Tribunal no hace referencia alguna a la cláusula de bifurcación de vías que limita la CNMF en el Tratado Argentina-Chile (que no está presente en el Tratado Alemania-Argentina). De esta forma, al afirmar que el inversor alemán puede, sin observar la regla de bifurcación del camino, acudir directamente al CIADI, el tribunal impone a Argentina una combinación de cláusulas de arreglo de controversias que ésta –tal vez– nunca hubiese aceptado. Finalmente, si el Tribunal compartía la teoría expuesta en Maffezini, ¿por qué no invocó la segunda excepción allí inscrita? ¿Cuál fue su racionamiento?

Otras decisiones confirman la posición del Tribunal Maffezini. En **Gas Natural** (ICSID Case No. ARB/03/10) el Tribunal advierte que el arbitraje internacional hace parte de la protección brindada por los TBI (31) y que los términos generales de la CNMF permiten concluir que los Estados tenían la intención de incorporar, en su ámbito de aplicación, la cláusula de arreglo de controversias. No obstante, no se hace ninguna referencia al caso Siemens, en el cual la presencia de una CNMF redactada en términos menos generales no fue óbice para considerar que el arreglo de las controversias hacía parte del ámbito de aplicación de la CNMF.

Hechos similares fueron estudiados en el caso **Camuzzi** (ICSID Case No. ARB/03/7): el demandante (Belga-Luxemburgués) beneficiándose de la cláusula de arreglo de controversias de un tercer

tratado, (Estados Unidos -Argentina del 14 de noviembre de 1994), acude directamente ante un tribunal arbitral sin haber llevado el litigio ante las autoridades argentinas, tal como lo exigía el Tratado de base. El Tribunal no argumenta su decisión sobre este punto, ya que Argentina había aceptado (no contestó), la jurisprudencia Maffezini.

Aplicación de la CNMF para beneficiar, retroactivamente, una disposición

En el caso TECMED (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2), un inversor español deseaba que el comportamiento del Estado mexicano anterior a la entrada en vigor del Tratado [México – España del 18 de diciembre de 1996] fuera sometido a las obligaciones del Tratado. Buscando paliar la no retroactividad del tratado de base, el demandante utiliza la CNMF para invocar los artículos 27 (el tratado es aplicable a las inversiones constituidas antes de su entrada en vigor, pero no a las demandas interpuestas antes de aquella fecha) y 11 del Tratado México–Austria.

El Tribunal rechaza las pretensiones del demandante argumentando que las “cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas, que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben **presumirse como especialmente negociadas** entre las partes contratantes y determinantes de su aceptación” (69, negrilla fuera del texto).

Las críticas doctrinales han sido diferentes, por lo cual han recibido esta decisión. Crépet Daigremont (2006) piensa que, contrariamente a lo que deja entrever el Tribunal TECMED, todas las disposiciones de un tratado son negociadas especialmente por las partes. A su juicio la verdadera razón que impide la aplicación, en este contexto, de la CNMF es que la aplicación en el tiempo del tratado concierne la vida de este

instrumento y no el contenido del tratamiento acordado con los inversores [o inversiones]. La CNMF permite atraer un trato más favorable, pero la retroactividad de un tratado no constituye una ventaja y no puede, por tanto ser importada vía la CNMF. Gaillard (2006) afirma exactamente lo contrario. Para este autor, por ejemplo las cláusulas de arbitraje reflejan la política económica de los Estados y por este hecho son heredadas de un acuerdo al otro, sin que medie una negociación específica. En consecuencia, cuando un Estado ligado previamente por TBI donde ha concedido la CNMF, adopta una política más liberal (acepta el arbitraje como mecanismo de solución de controversias), reconoce obligatoriamente la aplicación de esta política a todos los otros Estados que han suscrito un TBI con él.

Por su parte, S. Fietta (2005) ve en la referencia hecha a “las disposiciones especialmente negociadas” el primer signo de un movimiento hacia la limitación de la jurisprudencia Maffezini (movimiento que se concretizará con la decisión Plama). R. Dolzer y T. Myers (2004), creen en cambio que esta decisión es un addendum a las excepciones enunciadas en Maffezini. La nueva excepción permite que otras materias sean identificadas como “específicamente negociadas”.

Estos argumentos llevan a hacer dos precisiones. Afirmar que ninguna disposición de un Tratado puede ser desconocida vía la CNMF, ya que todas han sido específicamente negociadas, desconoce, de manera abierta, la intención de las partes: dotar de efecto la CNMF. Y, de admitirse que la frase “disposiciones específicamente negociadas” constituye un límite válido a la aplicación de la CNMF, sería pertinente identificar cuáles son las disposiciones que son “específicamente negociadas”. Ahora bien, ¿Qué criterios permitirían determinar tales disposiciones?

Aplicación de la CNMF para extender la competencia de los Tribunales

La lectura hecha por Tribunal Maffezini de una CNMF que no precisa su ámbito de aplicación

preocupa a una parte de la Comunidad Internacional: la decisión parece señalar una supuesta autonomía y jerarquía entre las disposiciones de los TBI, por tanto los Estados resaltan las incertidumbres convencionales y la inseguridad jurídica que se deriva de dicha interpretación, mientras que los inversores aplican con mucha astucia la cláusula. Con seguridad, éstas fueron algunas de las ideas desarrolladas en los laudos que rechazaron, total o parcialmente, la doctrina Maffezini.

El Tribunal CIADI que conoció del caso **Salini** (ARB/02/13) estudió las relaciones existentes entre las diferentes disposiciones de un TBI y, entre éstas y una cláusula de arreglo de diferencias contractuales. En este caso, el demandante italiano buscaba dejar sin efecto la cláusula de arreglo de diferencias estipuladas en el contrato de concesión –cláusula que de acuerdo con el TBI Italia-Jordania (1999) debía ser aplicada en caso de conflicto–, y solicitaba la aplicación del artículo X del TBI Jordania–USA (2 de julio de 1997), y/o del artículo 6 du TBI Jordania–Reino Unido (10 de octubre de 1979), los cuales permitían llevar ante el CIADI todo diferendo relativo a un contrato de construcción.

Según su criterio concluye, luego de advertir que la decisión Maffezini, además de ser de difícil aplicación, aumenta el riesgo de treaty shopping; el Tribunal destaca que las partes al TBI de base habían manifestado expresamente la voluntad (artículo 9.2) de someter a los mecanismos de solución previstos en el contrato todos los litigios originados por la ejecución de éstos (*Lex specialis derogat legem generalem*). El Tribunal concluye entonces, que la CNMF (art. 3 TBI Italia–Jordania) no cubría las disposiciones relativas al arreglo de las controversias.

Es interesante observar que el Tribunal Salini pudo haber llegado a la misma conclusión invocando la excepción de política pública (jurisprudencia Maffezini). Además, hubiese sido enriquecedor saber qué argumentos podría haber utilizado el Tribunal para justificar la solución

contraria adoptada en Siemens: los términos de las CNMF estudiadas en Salini y Siemens, no eran tan amplios como aquellos de la CNMF de Maffezini, ni la demandante había probado que la voluntad de las partes al Tratado de base era aplicar la CNMF a las disposiciones de procedimiento. Finalmente, aunque el Tribunal se declara no competente, su conclusión parece fundarse más en la ausencia de elementos que permitan adherir a la jurisprudencia Maffezini que en la naturaleza misma de la CNMF.

Otros Tribunales siguen la línea trazada en Salini. En el caso **Plama** (ICSID Case No. ARB/03/04), el Tribunal CIADI examina el ámbito de aplicación de la CNMF dentro del marco del Tratado de la Carta de la Energía (parte V: disposiciones relativas al arreglo de las controversias, art. 26). Como la cláusula de solución de controversias del TBI de base (Bulgaria–Chipre, 1987) permitía recurrir solamente a un arbitraje ad-hoc según el reglamento UNCITRAL y limitaba negocios solucionables por esta vía, estaban limitados a la indemnización en caso de expropiación juzgada ilegal por los Tribunales del país anfitrión; la demandante invocó la CNMF (art.3) para poder acudir al CIADI (cláusula de arreglo de controversias concedida por Bulgaria a terceros países).

En su decisión el Tribunal al mismo tiempo que resaltó la importancia actual del arbitraje, recordó que *“that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is a well-established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be **clear and unambiguous**”* (198). Resulta de esto que una CNMF *“in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty **leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them**”*(223) (negrillas fuera del texto). Es decir, **el principio enunciado en Maffezini se convierte en la única excepción a la regla de la no aplicación de la CNMF a**

las disposiciones de procedimiento (cláusula de arbitraje).

En Plama y en Salini, la CNMF era invocada para importar al Tratado de base el consentimiento del Estado anfitrión al arbitraje CIADI, diferencia inconmensurable con el caso Maffezini ya que *“it is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favorable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism”* (Plama 209).

Al igual que en el caso presentado anteriormente, es conveniente señalar que el Tribunal pudo haber llegado a la misma conclusión siguiendo la jurisprudencia Maffezini, es decir, invocando la excepción de política pública. Tal dinámica hubiese tenido, al menos, el mérito de consolidar la jurisprudencia; sin embargo, los árbitros prefirieron resaltar que las circunstancias analizadas en Maffezini son excepcionales, por ende no pueden *“(…) be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present”* (224) (negrilla fuera del texto).

Otra decisión en el mismo sentido, pero más vigorosa fue adoptada en el caso **Telenor** (ICISD Case No. ARB/04/15). Una sociedad de derecho noruego, basándose en el TBI Noruega–Hungría (8 de abril de 1991), acude al CIADI para que se resuelva una controversia originada en un contrato de concesión de servicios de radiotelefonía pública móvil. De un lado, el contrato estaba sometido al derecho húngaro y atribuía la competencia a las autoridades húngaras, y del otro, el artículo XI del TBI limitaba la competencia del tribunal CIADI al contencioso de la expropiación, de la repatriación de capitales y a la indemnización debida en caso de destrucción de la inversión por guerra, revolución o eventos análogos. Por estas razones y para acceder a cláusulas de solución de controversias [juzgadas más favorables] acordadas por Hungría a terceros Estados la demandante invoca la CNMF del TBI de base (artículo IV).

El Tribunal analiza la jurisprudencia y concluye que “*the scope of the Tribunal’s jurisdiction is limited by Article XI to claims involving expropriation and that the MFN clause embodied in Article IV cannot be invoked to extend the Tribunal’s jurisdiction to claims under Article III*” (Conclusiones).

En consecuencia, el Tribunal afirma que hay al menos cuatro razones por las cuales una CNMF no puede ser invocada [salvo si ella lo precisa expresamente] cuando la cláusula de arreglo de diferendos limita la competencia del tribunal arbitral a cierto tipo de contenciosos. En primer lugar, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el sentido ordinario de la expresión “los inversores deberán acordar un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones de inversores de cualquier otro Estado”, hace referencia a los derechos sustantivos y no debe ser interpretada como importando los derechos de procedimiento. Segundo, los riesgos de *treaty shopping*. Tercero, la extensión del ámbito de aplicación de la CNMF genera inseguridad e imprevisibilidad: una cláusula de arreglo de las controversias limitada es, en un primer tiempo, efectiva pero vía la CNMF puede ser transgredida el día que el Estado anfitrión conceda una disposición menos o no limitada. Cuarto, el árbitro debe interpretar la voluntad de las partes y no remplazar, por consideraciones de política general de protección de las inversiones, los mecanismos de solución de controversias específicamente negociados por las partes (92-95) (traducido por el autor).

El remarcable esfuerzo del Tribunal Telenor de neutralizar el riesgo de dilución del consentimiento al arbitraje fue fuertemente criticado por Gaillard (2006), quien entre otras cosas subrayó que, la afirmación según la cual el juego de la CNMF aumenta el riesgo de *treaty shopping* desconoce la naturaleza de esta cláusula; que, el argumento relativo a la inseguridad jurídica corresponde a una visión en extremo estática del derecho internacional, visión que aplicada a las disposiciones de fondo,

conduciría a la inexistencia de la CNMF; y que no se desconoce la voluntad de las partes cuando se aplica la CNMF, ya que la intención de las partes es que ésta surta efecto.

Es importante recordar que el árbitro debe tener siempre presente los intereses de las partes en conflicto. No se trata de interpretar las cláusulas a favor del inversor, ni a favor del Estado, sino de establecer cuáles fueron las garantías otorgadas al inversor y cuáles son sus límites. Para lograr esto es necesario sopesar el objetivo de la CNMF y de los TBI, sin dejar de lado la voluntad explícita e implícita de las partes. En Maffezini el justo medio fue encarnado por la excepción de política pública, entonces, ¿es ésta la margen correcta? ¿Qué disposiciones hacen parte de ella [“política pública”]?

Es pertinente presentar paralelamente el laudo RosInvest Co. UK Ltd c/ La Federación Rusa (octubre de 2007), proferido por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En este negocio el demandado quería mediante la CNMF (art. 3 TPI Unión Soviética–Reino Unido, 1989), eludir la aplicación del artículo 8 del TBI de base (que limitaba la competencia del Tribunal Arbitral a la fijación del monto o pago de la indemnización y a las cuestiones relativas a la expropiación) para beneficiar en cambio del de la cláusula de arbitraje del TPPI Dinamarca–Rusia, que no limitaba *rationae materiae* la competencia del Tribunal Arbitral.

En esta ocasión, y a diferencia de la decisión Telenor, el Tribunal acepta la utilización de la CNMF que extiende su competencia –*rationae materiae*–. Los argumentos son: primero, el mecanismo de la cláusula permite que una ventaja negada en un TPPI y concedida en otro, sea incorporada en el primero (132); y segundo, los Estados partes al TPPI de base **enumeraron** en el artículo 7 **las excepciones aplicables a la CNMF**. Ahora bien, como las cláusulas de arbitraje no se encuentran entre ellas, puede concluirse que la CNMF cubre las cláusulas de arbitraje (135). Este último argumento distingue

el caso sub judice de las circunstancias estudiadas en Telenor y permite deducir de forma más “certera” que la voluntad de las partes no era excluir del ámbito de la CNMF la cláusula de arbitraje.

La importancia de esta decisión se resume en que, a pesar de que dentro de sus circunstancias particulares, no busca imponer una teoría definitiva a propósito de la importación vía la CNMF de las disposiciones de procedimiento, parece dar un paso en la misma dirección de Maffezini. No obstante, es necesario aclarar y subrayar que el Tribunal extendió su competencia material, pero **no se autootorgó** la jurisdicción **ni la importó** de un tercer Tratado: en el Tratado de base, las partes habían clara y expresamente acordado que las controversias que sugieran serían resueltas por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Volviendo al CIADI, encontramos dos decisiones de diciembre de 2008 que se apartan decisión Maffezini: Wintershall Ag c/ Argentina (Case No. ARB/04/14) y TSA Spectrum de Argentina c. Argentina (Case No. ARB/05/5). La extensión del artículo impide analizar en detalle las dos decisiones, a continuación estudiaremos sólo la primera de ellas.

Wintershall es una sociedad alemana que realizó inversiones en el sector argentino de la producción de petróleo y gas natural. Según esta sociedad, la legislación de emergencia (adoptada para hacer frente a la crisis económica argentina) violó varias de las obligaciones contenidas en el TPPI Argentina-Alemania. Ya que durante el período de negociación amigable (6 meses) no se llegó a ningún acuerdo, Wintershall decide someter el conflicto a un tribunal CIADI. Para fundar la jurisdicción del Tribunal la demandante invoca, a través de la CNMF (art. 3 del TPPI de base), la cláusula de arbitraje del TPPI Argentina-EE.UU (art. VII); disposición que a diferencia de la cláusula de arbitraje del TPPI de base (art.10), no exigía como etapa previa a la competencia del CIADI, el sometimiento de la controversia a los tribunales argentinos.

El tribunal estudia la jurisprudencia sobre la materia y critica fuertemente la **presunción** establecida en Siemens. Para este tribunal la conclusión que permite “deducir” que el “trato” acordado a los inversores (término no general) incluye las disposiciones procesuales “*tends to create meaning rather than to discover it*”. Incluso, el Tribunal agrega que “*even words like “all matters relating to (...)” [términos generales] in an MFN clause may not be sufficient to extend such clause to the dispute resolution provisions of the BIT*” (185 y 186).

Después de observar la “jurisprudencia” general en la materia (incluido el caso National Grid c. Argentina donde el demandante consiguió gracias a la aplicación de la CNMF evadir el requisito previsto en el TPPI de base, según el cual la controversia debía ser llevada ante los tribunales internos, antes de acceder al arbitraje), el Tribunal concluye que de acuerdo con los términos del art. 10 del TPPI de base, el derecho a iniciar un arbitraje ante el CIADI está **expresamente** condicionado al previo sometimiento del conflicto a los tribunales argentinos competentes (durante un período de 18 meses) (ver artículo 26 Convención CIADI); por ende, la aplicación de la CNMF no es viable.

La lectura de esta decisión nos llama la atención sobre dos aspectos. Primero, a diferencia de lo argüido por la demandante, el Tribunal considera que la aplicación de la CNMF a las cláusulas de solución de diferendos **afecta la jurisdicción, el consentimiento al arbitraje e incluso el mecanismo de solución de las controversias**. Y, Segundo, el tribunal recuerda que “*the obligation “to submit to arbitration cannot be enlarged by interpretation”*”, y “*a jurisdictional clause must on no account be interpreted in such a way as to exceed the intention of the States that subscribed it*” (161). El Tribunal es claro al hacer sus observaciones. Él confirma tajantemente la conclusión proferida en Plama (la CNMF no es aplicable a la cláusula de arbitraje, salvo la voluntad expresa de las partes) y, frente a las diferentes teorías (decisiones) sobre

el ámbito de aplicación de la CNMF, cita un libro (*Inter-national Investment Arbitration: Substantive Principles*) que presenta de manera brillante la situación: “*As the ICJ pointed out -in East Timor (Portugal) v. Australia-, the scope of application of a substantive obligation is an entirely separate question to the conferral of jurisdiction upon an international tribunal, Jurisdiction in International law depends solely upon consent. This is a difficult concept in any event in investment arbitration. Given the absence of a meeting of minds between investor and host State, consent has to be constructed from the standing consent given by the State by treaty, and the subsequent consent given by the investor at the time the claim is submitted to arbitration. In those circumstances, it is particularly important to construe the ambit of the State’s consent strictly.*” (Shore y Weiniger citados en Wintershall 188).

Como se ha visto a lo largo de este artículo, la CNMF es uno de los protagonistas del desarrollo del Derecho Internacional de las Inversiones. Su mecanismo relacional ha mostrado algunos de sus efectos, pero posiblemente su naturaleza nos reserve aún más sorpresas.

Conclusiones

La interpretación de la CNMF en Derecho Internacional de las Inversiones, se ha transformado en un punto neurálgico que gira sobre la teoría de su extensión o no a las cláusulas de procedimiento.

Los Tribunales CIRDI, en ciertos negocios, han incorporado la cláusula de arbitraje en el ámbito de aplicación de la CNMF; y en otros, han afirmado tajantemente lo contrario. Estas decisiones a priori contradictorias, se inscriben en contextos diferentes y son el resultado de CNMF redactadas diferentemente. Así la heterogeneidad de los elementos que deben ser analizados y la complejidad de las relaciones internacionales demandan posiciones más

flexibles y constituyen el principal óbice a la formación de una **regla o principio**.

En este contexto se destacan dos posiciones. Una, asevera que ante la ambigüedad de la CNMF, el objetivo de establecer un ambiente de confianza mutua y la igualdad de los inversores debe prevalecer y guiar la labor interpretativa de los árbitros. La otra, sin desconocer los objetivos de los TPPI, aduce que la aplicación de la CNMF no puede transgredir los principios básicos del Derecho Internacional, ni imponer a las partes a un Tratado elementos que ellas no habían previsto, ni mucho menos alterar la estabilidad del Derecho Internacional (Vesel, 2001).

A nuestro parecer sólo el examen detallado de cada CNMF [de su contexto] y el respeto de las condiciones fijadas por los Estados como requisito previo al arbitraje permitirán mantener la legitimidad del sistema CIADI; sistema, que es bueno recordarlo, no se estructura alrededor de los precedentes y no contempla el recurso de apelación.

De igual manera, queremos subrayar que en todo caso [apriorísticamente] debe ser eliminada la posibilidad de importar al tratado de base el consentimiento al arbitraje dado a un Centro determinado (CIADI por ejemplo), que aunque concedido en un tercer Tratado brilla por su ausencia en el Tratado de base. El principio que subordina la jurisdicción de los tribunales arbitrales al consentimiento de las partes “*should [not] be held to have been tacitly dispensed, in absence of any words making clear an intention to do so*”, es decir, no puede ser establecido a través de la CNMF.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el consentimiento al arbitraje determina dos aspectos: la jurisdicción y la competencia de dicha jurisdicción, puede considerarse viable la posibilidad de que la competencia del CIADI, limitada al conocimiento de conocer cierto tipo de negocios [tratado de base], pueda verse

ampliada gracias al juego de la CNMF. Esto únicamente en el evento en que la cláusula de arbitraje que no limita la competencia del CIADI, sea el resultado del cambio de orientación política del Estado anfitrión (ver Gaillard, 2006). Continuando con esta idea, aun cuando el arbitraje sea una garantía importante para el inversor, ésta no puede ser reconocida por el árbitro mediante el ejercicio inapropiado de su jurisdicción. Sería inadmisibles que un Tribunal arbitral se auto-otorgue jurisdicción en detrimento de otro Tribunal arbitral: el consentimiento al arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, por ejemplo no puede ser constitutivo del consentimiento al arbitraje CIADI. ¿Qué argumentos permitirían al CIADI afirmar que su jurisdicción es más favorable que la de otros centros de arbitraje?

Los intereses en juego y la inexistencia del recurso de apelación dentro del sistema CIADI, parecen agudizar aún más el problema. La solución no es fácilmente alcanzable: los Estados deben adoptar un papel más activo en la determinación del ámbito de aplicación de la CNMF, los árbitros deben interpretar el derecho y no crearlo, y el Centro debe tal vez estudiar la conveniencia de ciertas reformas.

Referencias

- Ben Hamida, W. (2003). L'arbitrage Etat-Investisseur étranger. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique. *Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*, 72-615.
- Commission Du Droit International, CDI. (1974). *Cinquième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée – projet d'articles (articles 6 bis à 16)*. Document de travail, M. Endre Ustor, <http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>
- Commission Du Droit International, CDI. (1978). *Projet d'articles sur les CNMF et commentaires*. <http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>
- Convention de Vienne sur le Droit des Traités. (1969, 23 de mayo. Entrada en vigor 1980, 27 de enero). http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf. Viena.
- Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et R ressortissants d'autres Etats. (Adoptée 1965, 18 mars. Et entrée en vigueur 1966, 14 octobre). <http://icsid.worldbank.org>. Washington.
- Crepet Daigremont, C. (2006). Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international. En Anthemis (Ed.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements: nouveaux développements* (pp. 107-162). Paris.
- Crepet Daigremont, C. (2007). L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux du CIRDI. En Leiden (Ed), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (vol. 328, pp. 453-516). Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dolzer, R., & Myers T. (2004). After Tecmed: Most Favored Nation Clauses in Investment Protection Agreements. *ICSID review: foering investment law journal*, 19(1), 49-60.
- Fietta, S. (2005). Most Favored Nation Treatment and Dispute Resolution under bilateral investment treaties: a turning point?. *International Arbitration Law Review*, 8, 131-138.
- FTAA, Acuerdo de Libre Comercio de las Américas – Borrador – (2003). Capítulo XVII. http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/TOCWord_s.asp

- Gaillard, E. (2005, 2 de junio). Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause. *NYLJ*, 233. [www.nylj.com]
- Gaillard, E. (2005). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Décision du 3 août 2004. Siemens AG c/ République d'Argentine. *Journal de Droit International*, 132, 142-163.
- Gaillard, E. (2006). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Décision sur la compétence du 8 février 2005. Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie. Traité sur la Charte de l'Energie. *Journal de Droit International*, 133, 251-287.
- Gaillard, E. (2007). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Sentence sur la compétence du 13 septembre 2006. Telenor Mobile Communications c/ République de Hongrie. *Journal de Droit International*, 134, 298-317.
- Leben, C. (2006). L'évolution du droit international des investissements: un rapide survol. En Anthemis (Ed.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements : nouveaux développements* (pp. 9-22). Paris. [Version électronique: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol17/article7-12.html>]
- Nafta, North America Trade Agreement. (1994). *Mexique, Etats Unis et Canada*. www.nafta.org
- Poulain, B. (2007). Clause de la Nation la Plus Favorisée et Clauses d'Arbitrage Investisseur-Etat : Est-ce la fin de la jurisprudence Maffezini. *Bulletin ASA*, 25, 279-301.
- Sutton, S. (2005). Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power. *Arbitration International*, 21, 113-126.
- Unctad. (2000). *Admission et établissement des investissements, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissements*. New York-Genève.
- Unctad. (2003). *Dispute Settlement: Investor – State Series on issues in International Investment Agreements*. http://www.unctad.org/en/docs/iteiit30_en.pdf
- Vesel, S. (2001). Clearing a Path through a tangled jurisprudence: Most Favored Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment. *YJIL*, 32, 125-189.
- DECISIONES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. www.icj.cij.org
- Caso Anglo-Iranian Oil Co. (R.-U. c. Iran), Sentencia del 22 de julio de 1952.
- Caso Ambatielos (Grecia c. R.-U.), Sentencia del 1ero. de julio de 1952.
- Caso relativo a los derechos de los nacionales de EE.UU. en Marruecos (EE.UU c. Marruecos), Sentencia del 27 de agosto de 1952.
- DECISIONES CIADI www.worldbank.org/icsid/cases
- Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne. (ICSID Case No. ARB/97/7), Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000.
- Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos. (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003.
- Siemens AG c. República de Argentina (ICSID Case No. ARB/02/8), Laudo del 3 de agosto de 2004.
- Salini Costruttori c. The Hashemite Kingdom of Jordan. (ICSID Case No. ARB/02/13), Laudo del 29 noviembre de 2004.

Camuzzi International v. República de Argentina (ICSID Case No. ARB/03/7) Decisión sobre la jurisdicción del 10 de junio de 2005.

Gas Natural SDG, S.A. v. República de Argentina (ICSID Case No. ARB/03/10) Laudo del 17 de junio de 2005.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. (ICSID Case No. ARB/03/04). Laudo del 8 de febrero de 2005.

Telenor Mobile Communications AS v. République de Hongrie. (ICSID Case No. ARB/04/15), Laudo del 13 de septiembre de 2006.

Wintershall Aktiengesellschaft c. República de Argentina (ICSID Case No. ARB/04/14), Laudo del 8 de diciembre de 2008

TSA c. República de Argentina (ICSID Case No. ARB/05/5), Laudo del 19 de diciembre de 2008.

Otras decisiones

Cámara de Comercio de Estocolmo: RosInvestCo c/ UK Ltd. Fédération Russe, Institute d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, Caso: SCC V079/ 2005, IIC315(2007), Laudo de octubre 2007, http://ita.law.uvic.ca/documents/RosInvestjurisdiction_decision_200710001.pdf

Tutela contra sentencias. Procedencia y modalidades jurisprudenciales en Colombia (1992-2006)*

Tutela Action against sentences. Origin and jurisprudential categories in Colombia (1992-2006).

Recibido: 29 de enero de 2009 - Revisado: 11 de marzo de 2009 - Aceptado: 2 de abril de 2009

Luis Javier Moreno Ortiz**

Resumen

La acción de tutela contra providencias judiciales es el punto más conflictivo en la confrontación entre las diversas jurisdicciones que integran la administración de justicia en Colombia. Este fenómeno ha sido calificado por los medios de comunicación como “choque de trenes”. La tradicional separación funcional entre las jurisdicciones, que se funda en la autonomía de las diferentes disciplinas jurídicas, es puesta en entredicho por la visión integradora constitucional, en virtud de la cual todos los jueces, sin importar la jurisdicción a la cual pertenezcan, deben aplicar la Constitución, especialmente en materia de protección de los derechos fundamentales, lo cual se logra mediante la tutela. Así, pues, se plantea la convergencia de todas las jurisdicciones en la jurisdicción constitucional.

Palabras claves

Derecho constitucional. Administración de justicia. Jurisdicción constitucional. Supremacía de la Constitución. Acción de tutela contra sentencias.

Abstract

The tutela action against judicial decisions is the most conflictive issue in the confrontation among the diverse jurisdictions that integrate the administration of justice in Colombia. This phenomenon has been qualified by the mass media as “collision of trains”. The traditional functional separation between jurisdictions, which is founded in the autonomy of the different juridical disciplines, has been questioned by the integration constitutional vision, by virtue of which all judges, despite the jurisdiction to which they belong to, must apply the Constitution, especially for the protection of the fundamental rights, which is achieved by means of the tutela action. Therefore, the convergence of all jurisdictions in the constitutional jurisdiction is set out.

Key words

Constitutional Law. Administration of Justice. Constitutional Jurisdiction. Constitution Supremacy. Tutela action against sentences.

* Artículo producto de investigación. Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

** Abogado y Licenciado en Filosofía y Humanidades, Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Derecho Administrativo. Investigador de los grupos De las Casas y Crear de la Universidad Sergio Arboleda. Profesor de Historia Política y Constitucional de Colombia y de Deontología Jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

Correo electrónico: luis.morenoj@ usa.edu.co

“Choque de trenes” Radiografía de un conflicto

Aproximación al conflicto entre jurisdicciones

Separación y convergencia. La Constitución Política de 1991 profundizó la tendencia a crear múltiples jurisdicciones dentro de la estructura del sector judicial. A las tradicionales jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, se agregó la indígena y la de paz. Este diseño constitucional implica la existencia de unos entes responsables de ejercer, de manera autónoma y separada, las competencias propias de cada jurisdicción. Sobre esta base se plantea el principio de separación, en virtud del cual los entes de jerarquía superior dentro de cada jurisdicción, pretenden ser órganos de cierre y, en consecuencia, reclaman que sus decisiones, dictadas en asuntos de su exclusiva competencia, no pueden ser cuestionadas o controvertidas por ninguna autoridad.

La anterior multiplicidad de jurisdicciones es atenuada por la Constitución en el escenario de la acción de tutela. Esta atenuación ocurre porque frente a dicha acción todos los jueces, sin importar su jurisdicción, tienen competencia. La especialidad de la jurisdicción se torna en irrelevante, por cuanto se trata de derechos fundamentales, de cuya protección todos los jueces son responsables. En los casos de tutela, la diferencia se anula, y todos los jueces convergen en una misma jurisdicción: la constitucional, cuyo ente supremo en la jerarquía es la Corte Constitucional. Este es el fundamento de la competencia que tiene la Corte de revisar todos los fallos de tutela dictados en el país, sin importar la jurisdicción y la categoría de su autor.

La convergencia planteada alrededor de la acción de tutela, que conduce a una única jurisdicción: la constitucional, ocurre también frente al fundamento de dicha acción: la violación de los derechos fundamentales, que puede ser obra,

según lo enuncia el Artículo 86 de la Carta, de cualquier autoridad pública. Por esta vía amplia acaba incluyéndose dentro de la sujeta materia de la acción de tutela a las providencias judiciales.

Conflicto de las jurisdicciones. La dualidad de principios: de una parte la división o separación de jurisdicciones, y de otra su convergencia en la jurisdicción constitucional en casos de violación de derechos fundamentales, produce, como es obvio, un escenario conflictivo. Este escenario de confrontación jurisdiccional ha sido calificado por los medios de comunicación como “choque de trenes”. El debate sobre la tutela contra providencias judiciales ha generado el momento más álgido dentro de la crisis de la justicia, por ello es menester señalar los aspectos destacados en la misma, como pasa a verse brevemente.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, defensores del principio de separación de las jurisdicciones se resisten tanto a la tutela contra providencias judiciales como a la revisión de sus propios fallos en materia de tutela. Esta oposición se funda en el argumento de que las decisiones de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, son definitivas, es decir, constituyen cosa juzgada, por tanto, no pueden ser revisadas por otro juez. El valor de las decisiones tomadas por los jueces superiores dentro de la jerarquía de cada jurisdicción, es decir, de los jueces supremos, es equivalente al valor que tienen las decisiones de sus pares, en los asuntos propios de sus respectivas jurisdicciones. Las altas Cortes son igualmente altas, no hay ninguna que pueda ostentar una superioridad sobre ellas. Un juez supremo no puede aceptar la existencia de otro juez superior a él, pues de hacerlo dejaría de ser supremo y se convertiría en subordinado. Se trata de un asunto de jerarquía, de mando, en el cual está en juego el poder.

La Corte Constitucional, defensora del principio de convergencia, y el Consejo Superior de la Judicatura, promueven una hipótesis opuesta, pues las jurisdicciones, si bien son

diferentes, tienen un vínculo muy sólido que las une: la Constitución, en virtud de la cual todas ellas se incorporan dentro de la jurisdicción constitucional, cuyo órgano de cierre es la Corte Constitucional. La decisión de los órganos de cierre de una jurisdicción es definitiva dentro de la competencia de esa jurisdicción, aunque no definitiva en sentido absoluto. Si el asunto decidido en las jurisdicciones particulares afecta derechos fundamentales, se convierte en un asunto constitucional que debe ser resuelto por la jurisdicción constitucional que, a la sazón, ejercen todos los jueces, y definido a la postre por el órgano de cierre, o supremo de dicha jurisdicción: la Corte Constitucional.

Dentro del contexto del conflicto por la supremacía entre las altas jerarquías de las jurisdicciones, aparece la iniciativa de aproximación a un sistema de precedentes, en virtud del cual se pretende dar valor normativo, como fuente principal del derecho a la jurisprudencia. Esta modificación del sistema implica un replanteamiento estructural de la justicia, que tiene implicaciones en el conflicto, en especial en el caso de las consecuencias que se siguen para aquellas decisiones judiciales que desconozcan o desacaten los precedentes aplicables.

El problema de la procedencia

El rol de la jurisdicción constitucional

La acción de tutela, en tanto fenómeno jurídico, plantea dos problemas importantes: el de la existencia y el de la consistencia. El primero, que es el problema que se pretende estudiar en este documento, puede expresarse así: ¿Procede la acción de tutela contra providencias judiciales?

El segundo requiere, para tener sentido, de la existencia del fenómeno, y tiene que ver con las circunstancias y modalidades de dicha procedencia. Ambas cuestiones afectan de manera estructural el rol de la jurisdicción constitucional en Colombia, y sobre todo de su órgano de cierre, la Corte Constitucional.

Frente al problema de la procedencia, es posible responder de manera negativa o afirmativa. En cada caso puede hacerse una serie de matices y reservas, en virtud de las cuales la caracterización del espectro hipotético logra ampliarse. Para un análisis adecuado del asunto, es menester determinarlo dentro de unas coordenadas espacio-temporales precisas.

En el tema del espacio cabe la opción de estudiar el asunto conforme al método del derecho comparado, pues se trata de un conflicto también presente en otros países occidentales, en los cuales la existencia de los tribunales constitucionales ha generado algún traumatismo, como es el caso de Alemania, Italia, España y algunos países de América. No obstante, se prefiere circunscribir espacialmente la cuestión a Colombia, pues si bien el problema no es peculiar de nuestra realidad, las circunstancias en las cuales ha ocurrido y su actual grado de desarrollo, sí lo son.

En el contexto colombiano, que es el escenario principal de esta investigación, conviene pasar revista al decurso dialéctico que se ha generado alrededor de la tutela contra providencias judiciales, en el breve lapso que ha transcurrido desde 1991, año en que fue promulgada la Constitución Política que nos rige.

Origen del problema

Acción de tutela en la Constitución

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, establece dos importantes precisiones entorno al problema en estudio. La primera es que la acción de tutela procede cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. La segunda es que el fallo, “en todo caso”, se “remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”. La primera precisión suscita la cuestión de saber si los jueces son o no autoridades públicas. Si lo son, sus acciones u omisiones quedan encuadradas

dentro de la sujeta materia de la acción de tutela. Si no lo son, carece de sentido hablar de tutela contra providencias judiciales.

La segunda precisión implica la existencia, en el caso de los fallos de tutela, de una sola jurisdicción: la constitucional, de la que hacen parte todos los jueces y cuya cabeza es, en todos los casos, la Corte Constitucional.

Reglamentación legal de la tutela

El Artículo 86 de la Constitución será desarrollado legalmente por el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, publicado en el diario oficial 40.165. Este decreto tiene un origen especial, que bien vale la pena recordar. La propia Constitución, en su artículo transitorio 5° faculta de manera extraordinaria al Presidente para, entre otras cosas, “reglamentar el derecho de tutela”. Empero, esta reglamentación debe someterse a un trámite especial, establecido a la sazón por el artículo transitorio 6°. Como parte de la transición, y ante la circunstancia de la revocatoria del mandato de los congresistas ordenada por la Asamblea Constituyente, se crea una Comisión Especial, que se reunió entre el 15 de julio y el 4 de octubre de 1991. Esta Comisión tiene entre sus funciones improbar los proyectos de Decreto que el Gobierno elabore, en ejercicio de las facultades extraordinarias establecidas en el artículo 5° señalado. Por tanto, el Decreto 2651 de 1991 tiene un origen complejo, ya que el proyecto del mismo fue elaborado por el Gobierno, pero su contenido fue aprobado por la Comisión Especial.

El tema de la procedencia de la acción de tutela aparece regulado en el Capítulo II del decreto, relativo a la competencia. La regla general de competencia en materia de tutela, que aparece en el Artículo 37, es que en primera instancia son competentes los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar en el cual ocurre la vulneración o se presenta la amenaza a los derechos fundamentales. Esta regla tiene dos excepciones. La primera, que aparece en el mismo artículo, es que frente a las tutelas dirigidas contra la prensa o contra los

medios de comunicación, son competentes los jueces del circuito del lugar. La segunda, que es crucial para el tema en estudio, está contenida en el Artículo 40 como una competencia especial, en los siguientes términos (Constitución Política de Colombia, 1991):

Artículo 40. Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma Corporación.

Parágrafo 1°. La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente.

Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los 60 días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

Parágrafo 2º. El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte del apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

Parágrafo 3º. La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de las sentencias o de la providencia que puso fin al proceso.

Parágrafo 4º. No procederá la tutela contra fallos de tutela.

La regulación de la tutela precisa varios puntos que vale la pena destacar: la reglamentación responde afirmativamente el problema de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dentro del género de las providencias judiciales contra las cuales procede la tutela, existen dos especies: las sentencias y las providencias que pongan término a un proceso, de lo que parece seguirse que contra las demás providencias judiciales no procede la acción de tutela. La competencia para conocer de la tutela contra providencias judiciales, es del superior jerárquico correspondiente, para el caso de los Tribunales y de las altas Cortes, la competencia se organiza conforme dos subreglas, según se trate de una providencia dictada por un magistrado o por la sala o sección; en el primer supuesto corresponde al magistrado que le sigue en turno, y su decisión puede impugnarse ante la correspondiente sala o sección, y en el segundo corresponde a la sala o sección que le sigue en orden, y su decisión puede impugnarse ante la sala plena de la corporación.

Al tratar el tema de las condiciones para la procedencia de la acción de tutela, la regulación establece una prohibición general y señala una regla general y unas excepciones; la prohibición consiste en que la tutela no procede por razón de la interpretación judicial de la ley, ni para controvertir pruebas, por tanto la tarea hermenéutica de las normas y la valoración probatoria de los jueces son incuestionables por la vía de tutela. Por regla general las condiciones de procedencia de la tutela son: que tal vulneración sea consecuencia directa de la providencia judicial, que la

vulneración pueda deducirse de manera manifiesta y directa de la parte resolutive de la providencia, que se haya hecho uso y agotado los recursos existentes, y que no exista otra manera de lograr la protección del derecho; las tres excepciones son: en caso de vulneración del debido proceso, la tutela puede interponerse de manera conjunta con el recurso procedente, en caso de haberse interpuesto el recurso correspondiente, o de disponer de otros medios de defensa judicial, la tutela sólo procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y en caso de carecer de medios de defensa judicial, procede bajo la condición de interponerse dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso.

Se prevé la sanción por el ejercicio temerario de la acción de tutela y se advierte que la acción de tutela no suspende la ejecución de la providencia judicial. Se plantea una excepción general a la procedencia de la tutela, consistente en que ésta no procede contra las providencias judiciales que sean fallos de tutela, valga decir: no es posible interponer una tutela contra una tutela; esto tiene sentido en la medida en que los fallos de tutela son materia de revisión por la Corte Constitucional.

Guerra de los supremos. Batalla de la jurisprudencia.

Analizada con algún detenimiento la regulación de la tutela, ésta no parece irrazonable. De hecho, sobre su valor se ocupó de hablar extensamente Cepeda (1992, 1993), una de las personas más cercanas al proceso de la Constituyente, desde la vertiente del Gobierno. No obstante, la regulación había puesto una pica en Flandes, y el conflicto entre las jurisdicciones estaba a punto de estallar, siendo su primer objetivo de guerra el referido Decreto 2591 de 1991.

El conflicto se desarrolla en sus orígenes en dos frentes de batalla. Uno, de confrontación más abierta, pues los contendientes blanden

mutuamente como espada sus sentencias. Otro, más bien indirecto, se libra entorno del Decreto 2591 de 1991, en el escenario de dos procesos de constitucionalidad de la ley. Del primero se dará cuenta trayendo a colación un caso ejemplar, narrado en la Sentencia T-006 de 1992, con la cual la Corte Constitucional funda su línea jurisprudencial en esta materia. El segundo se tratará a partir de las sentencias C-543 de 1992 y C-018 de 1993.

La primera sentencia de la que se ocupa la Corte Constitucional del tema de la tutela contra providencias judiciales, es la T-006 de 1992. El complejo entramado del caso, peculiaridad frecuente en estas materias, es el siguiente: dos personas interponen tutela contra una sentencia del Tribunal de Medellín, que confirma la proferida por el Juzgado 13 Superior de esa ciudad, que las condena como responsables del delito de estafa agravada en documento público; la tutela también se dirige contra la sentencia de casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que decide no casar la sentencia del Tribunal; el derecho fundamental involucrado es el debido proceso; la tutela se presentó ante la Sala Penal, conforme al Artículo 40 del Decreto 2591 de 1991; el asunto fue estudiado y decidido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 9 de diciembre de 1991; esta providencia es materia de la revisión que hace la Corte Constitucional en la sentencia T-006 de 1992. El combate dialéctico que interesa para este estudio es el librado entre la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, planteado sobre la base de sus providencias.

La Sala Civil empieza por estudiar si es o no competente para conocer la acción de tutela, valga decir: si procede la tutela contra providencias judiciales. En esta consideración adquiere especial relevancia la norma aplicable en la materia, el Decreto 2591 de 1991, que no deja duda sobre la procedencia de la tutela. Antes de ocuparse de la norma, la Sala, a partir del estudio de la división del poder público, según

aparece en la Constitución, plantea el principio de la separación, en virtud del cual cada sala de la Corte Suprema de Justicia conoce de manera privativa los asuntos que son de su competencia. La Sala habla del principio de diversidad igualitaria, aludiendo al principio de separación, para sostener que ni siquiera la Sala Plena de la Corte tiene una jerarquía superior frente a las demás Salas.

Al acoger este principio, la Sala considera que aceptar que la tutela procede contra providencias de las otras Salas, lo desconocería, y podría llegar a conculcarlo en caso de revocarse la decisión. Por ello, la Sala no puede ser competente, como tampoco lo son las demás Salas de Casación e incluso la Sala Plena.

En segundo lugar, la Sala sostiene que la Corte Suprema de Justicia es verdaderamente suprema, es decir, carece de un organismo externo superior. Esta afirmación es matizada, pues se hace sin perjuicio de las eventuales revisiones de las sentencias de tutela que hace la Corte Constitucional.

En tercer lugar, la Sala estudia el origen del Artículo 86 de la Carta para caracterizar la acción de tutela como cautelar, subsidiaria y puramente policiva, sin que implique el juzgamiento del derecho controvertido. No se trata de una tercera instancia o de una revisión adicional, pues de ser así se afectaría la competencia de los jueces ordinarios. La tutela procedería, entonces, sólo cuando no existen medios de defensa judicial ordinaria. Por ello, no procede cuando se hubiesen agotado los medios de defensa judicial, o cuando el asunto judicial está pendiente de definición.

De lo contrario se afectaría la paz, la justicia, el imperio de la ley, la cosa juzgada. La argumentación de la Sala esgrime como fundamento el documento informe-ponencia, presentado para primer debate de la Comisión I de la Asamblea Constituyente, del cual extracta: “con el criterio de simplificar el artículo se suprimieron ciertos aspectos...; tal es el caso de la no procedencia

de la acción frente a situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada”, es decir, que la no procedencia de la tutela contra providencias judiciales, según la cita que hace la Sala, se omitió del texto de la Constitución para simplificar la redacción, pero no cabe duda de que ese es el sentido de la norma en su origen.

Sobre tales bases, la Sala sostiene que el mandato legal contenido en el Artículo 40 del Decreto 2591 de 1990, es contrario, por la vía de los principios, a la Constitución. De esto se sigue que, en razón de la excepción de inconstitucionalidad, este mandato legal es inaplicable.

La Corte Constitucional rebatirá la argumentación anterior sobre la base de un cambio de perspectiva en el análisis del asunto. Para la Corte, la Sala Civil asume una posición procesal, dentro del contexto de la competencia, para fundar su decisión, lo cual es inadecuado en el caso. La Corte funda su discurso en la necesidad de privilegiar el derecho sustancial, que es, al tenor de la Carta, el fin principal de la administración de justicia. Es desde tal perspectiva que debe juzgarse la validez de las decisiones judiciales, aun de aquellas que tienen carácter procesal. Por ello, la negación de la tutela, que la Sala funda en la incompetencia que tiene para conocer el caso, no es satisfactoria desde la perspectiva de la resolución adecuada del problema de fondo, valga decir: de la violación de los derechos fundamentales.

La Corte advierte que el principio de separación, como lo entiende la Sala, conduce a que las providencias judiciales sean inimpugnables, pues gozarían de una especie de inmunidad constitucional. Ante esta hipótesis, la Corte se opone a la propia Constitución, pues el Artículo 86 de la misma no hace excepciones entre las autoridades públicas. Se esgrime que la propuesta de circunscribir la cuestión a las autoridades administrativas, presentada en la Asamblea Constituyente, fue negada reiteradamente. Al ejercer jurisdicción, por consiguiente estar investidas de poder público,

las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y lo mismo podría decirse de cualquier juez o tribunal, son autoridades públicas. Por tanto, si las providencias de los jueces vulneran los derechos fundamentales, procede la acción de tutela. Además, la Sala razona equivocadamente, en virtud del principio de separación del poder, que las salas de la Corte Suprema de Justicia tienen, por sí y ante sí, el derecho a decidir de manera definitiva el significado de la Constitución.

Los jueces en la aplicación del derecho no pueden omitir ni desconocer los mandatos de la Constitución. Este deber puede ser cumplido o incumplido. Del incumplimiento se sigue la violación de la Carta, situación que es inaceptable y merece ser remediada mediante el control constitucional. Así como la ley, pese a ser reputada “sabia”, puede violar la Constitución, también la sentencia judicial, puede hacerlo. En ambos casos la Carta debe prevalecer. Y debe prevalecer porque es la norma de normas. Así, pues, para la Corte: “Someter las sentencias de la Corte Suprema al escrutinio y examen de constitucionalidad refuerza el respeto a la Constitución y estimula su obediencia. No hacerlo es un precedente que la deslegitima”. Por ello, la Corte concluye que la acción de tutela “puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces, Tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derecho constitucional fundamental”. De esta decisión se apartó, salvando su voto, el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

El primer hecho de armas dialéctico, deja profundas heridas en los contendientes, algunas de las cuales no han cicatrizado todavía, como en su momento se verá. El segundo episodio procura una contención indirecta y para ello se usa el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, de cuya constitucionalidad se ocupa la Corte en las sentencias C-543 de 1992 y C-018 de 1993.

En la sentencia C-543 de 1992 presenta un cuadro singular. Los demandantes se limitan a dirigir su ataque al artículo 11 del Decreto 2591 de 1991, relativo a la caducidad de la acción de tutela contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin al proceso, fijada en la norma en dos meses, contados a partir de su ejecutoria, y a los efectos de dicha caducidad. Lo hacen con el argumento de que ello es contrario a la Constitución, que dispone la procedencia de la tutela en cualquier tiempo. Su propósito es, pues, ampliar en el tiempo la posibilidad de interponer la acción de tutela.

Es muy curioso el resultado en este caso. Los demandantes triunfan en su ataque, pero acaban perdiendo en su causa. Obtienen la inexequibilidad de la limitación en el tiempo de la acción, pero al costo de una restricción fuerte y general en su procedibilidad. En efecto, el punto de la caducidad es resuelto por la Corte por medio de un estudio prolijo de la institución, merced a su cotejo con la prescripción, en el cual emplea referentes jurisprudenciales y doctrinales importantes. En cuanto a lo segundo, la Corte, de la mano del Magistrado disidente en la Sentencia T-006 de 1992, decide que el referido artículo 11 es, también, violatorio del principio de cosa juzgada. Por esta nueva vía, la Corte reexamina la acción de tutela para precisar que ésta ha sido concebida “únicamente para dar solución a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho”. Apoyándose en lo manifestado por el Magistrado Jaime Sanín Greiffenstein, en su aclaración de voto a la Sentencia T-224 de 1992, en la cual advertía la prevalencia de la acción ordinaria sobre la acción de tutela, la Corte sostiene que:

Vistas así las cosas, en nuestro sistema pugna con el concepto mismo de esta acción la idea de aplicarla a procesos en trámite o terminados, ya que unos y otros llevan implícitos mecanismos

pensados cabalmente para la guarda de los derechos, es decir, constituyen por definición “otros medios de defensa judicial” que, a la luz del artículo 86 de la Constitución, excluyen por regla general la acción de tutela.

Luego de fijar como regla que la tutela no procede contra providencias judiciales, con la excepción de aquellos casos en los cuales se trate de dar solución a situaciones de hecho, la Corte abunda en razonamientos sobre el valor de la cosa juzgada, la falacia del error judicial, la autonomía funcional de los jueces, los antecedentes de la Constitución en la Asamblea Constituyente, e incluso se permite hacer un estudio de derecho comparado. Este despliegue argumentativo tiene como propósito incluir, además, por la vía de la unidad normativa, dentro de la sujeta materia de su decisión el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, sobre cuya inconstitucionalidad también acabará pronunciándose a la postre.

De la anterior decisión se separan los Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Los dos últimos habían formado mayoría en la Sala de Revisión que dictó la Sentencia T-006 de 1992. Los disidentes plantean que lo que está en juego en este asunto no es sólo un problema hermenéutico, sino toda una concepción del derecho. En su discurso advierten el sesgo tomado por la mayoría en su interpretación, para justificar la reducción a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, que contradice el mandato de la Carta, que en su artículo 86 habla de cualquier autoridad pública, y dentro de tal género se encuentran los jueces. Agregan que la tutela no sólo no anula ni sustituye los procesos ordinarios sino que los supone. Señalan que esta decisión puede conducir a un “marchitamiento de la acción de tutela”. Y resaltan la prioridad de los derechos fundamentales y el papel especial que cumple la jurisdicción constitucional en un Estado social y democrático de derecho.

En la Sentencia C-018 de 1993, la Corte decide unirse a lo resuelto en la sentencia C-543

de 1992. Con esta reiteración, parecería claro que la tutela no procede contra providencias judiciales, con la precaria salvedad de dos casos remotos: que se emplee como mecanismo provisional o que se trate de una situación de hecho. Esta definición deja satisfechos a las demás jurisdicciones contendientes y será, de aquí en adelante, usada como elemento central de sus argumentaciones.

La guerra fría. Fortalecimiento de la excepción

La reiteración de la regla de no procedencia y de la excepciones del mecanismo transitorio y de la vía de hecho, hecha por la Sentencia C-018 del 25 de enero de 1993, será matizada muy pronto, pues las excepciones se consolidarán. Pocos días después, en la Sentencia T-043 de 1993, y en el escenario de evitar un perjuicio irremediable, la Corte estudia una tutela contra la decisión del Juez Primero Promiscuo del Circuito de Puerto Rico, Caquetá, dictada dentro de la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el Juez Segundo Promiscuo de San Vicente del Caguán, Caquetá, en un proceso de restitución de un local comercial arrendado.

En este caso la Corte, luego de referirse a lo decidido en la sentencia de tutela por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, que negó la procedencia de la tutela, considera que si bien el Artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 fue declarado inexecutable, y que esa decisión ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, es menester precisar si esa decisión cubre todas las providencias judiciales o si, por el contrario, ella sólo cubre a las providencias que cumplan una serie de condiciones o requisitos.

La Corte comienza por invertir la regla, pues no encuentra una razón válida para sostener que la tutela, en este caso como mecanismo transitorio, deba limitarse en su procedencia a las providencias que terminan un proceso, pues el único límite que existía, el del mencionado Artículo 40, fue declarado inexecutable. Por ello, considera que

la sujeta materia de su análisis, a fin de saber si la tutela procede o no, es que la decisión vulnere un derecho fundamental y pueda causar un perjuicio irremediable. Con tal propósito trae a cuento lo dicho en las Sentencias T-006, T-224 y C-543 de 1992, y precisa como parámetros para resolver la procedencia de la tutela, los siguientes: que la providencia no haya hecho tránsito a cosa juzgada; que la tutela se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; que se demuestre haber empleado el recurso ordinario procedente; y que la providencia ocasione un perjuicio irremediable. Al juzgar bajo estos parámetros, la Corte encuentra que la conducta del Juez del Circuito de Puerto Rico viola los derechos fundamentales a la pronta justicia y al debido proceso y, en consecuencia decide revocar la sentencia del Tribunal de Florencia, pues la tutela sí procede en este caso; ordenar al Juzgado de Puerto Rico, Caquetá, asumir el conocimiento del proceso; y ordenar a la Procuraduría investigar la conducta omisiva de los dos jueces involucrados.

La puerta de la excepción se abrirá en numerosos casos, y se irá consolidando entorno a la noción de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por vía de hecho. De esta noción se pasará a otras más incluyentes, como la de causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como puede verse, por mencionar sólo un ejemplo de cada año, tomado de los primeros meses, en las Sentencias T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-249 de 1995, T-039 de 1996, T-056 de 1997, T-027 de 1998, T-069 de 1999, T-022 de 2000, SU-014 de 2001, T-020 de 2002, T-012 de 2003, T-003 de 2004, T-028 de 2005, T-024 de 2006, T-015 de 2007 y T-012 de 2008.

Alineación de fuerzas. Mesnadas de la doctrina

La confrontación entre las jurisdicciones, de la que se acaba de dar cuenta, y que en el año 1993 ya tiene un contexto dialéctico formado, suscitará en los años siguientes la reflexión de la

doctrina, que se dedicará a describirla y analizarla, como fundamento del discurso jurídico, tomando a veces partido por un bando, otras por el otro, y algunas más proponiendo una salida ecléctica. Simplificando en extremo las cosas, la doctrina podría clasificarse en cuatro grupos: en el primero están los estudios que se ocupan principalmente de estudiar el tema, sus dificultades, magnitud y contenido; en el segundo se encuentran una serie de documentos en los que, a más de dar cuenta del fenómeno, parece tomarse partido por la tutela contra sentencias, pues su visión es afín al discurso de la Corte Constitucional sobre la materia; en el tercero aparecen textos que, en vista de los riesgos que la institución implica, no están de acuerdo con su procedencia contra providencias judiciales; en el cuarto se relaciona una serie de propuestas que procuran encontrar un punto de equilibrio que permita la existencia de la institución, pero sometida a una serie de condiciones que faciliten conservar la seguridad jurídica.

Entre las descripciones y análisis aparecen las de Centro de Investigaciones Sociojurídicas [CIJUS] (1996), Esguerra (1997), Moreno (1999) y el Consejo Superior de la Judicatura (1999), Morelli (2001), Trujillo (2001), Comisión Colombiana de Juristas (2003), Sanín (2004), López (2005), Olano (2005), Charria (2005), Vidal (2005), Hernández (2006), Venegas (2006), Herreño (2007).

En el bando de los defensores de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, además de los estudios de Cepeda, a los que se hizo referencia atrás, aparecen los trabajos de Dueñas (1997), Cifuentes (1998, 2000), Gaviria (2002), Fierro-Méndez (2004), Henao (2007), López (2007), Botero & Jaramillo (2007) y Quinche (2006a, 2006b, 2007).

En el bando de los detractores, figuran Arango (1997), Esguerra (2004), Orjuela (2004) y Tamayo (2006). Entre los partidarios de la salida ecléctica están los textos de Echeverri (2006), García & Uprimny (2004, 2006), Uprimny (2007) y Moreno (2007).

En el plano de la jurisprudencia, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura se inscriben dentro del bando de los partidarios de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales; el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia lo hacen en el de sus detractores.

La guerra magna. Batalla del Congreso

Pese a las numerosas sentencias de la Corte Constitucional sobre tutela contra providencias judiciales dictadas entre 1993 y 2006, de cuyo estudio completo se dará cuenta en otro momento, la confrontación dialéctica subsiste. Ni la jurisprudencia, ni la doctrina sobre la materia son pacíficas. El conflicto entre las cabezas de las jurisdicciones, calificado como choque de trenes, sigue en el tiempo. A veces permanece en un estado de aparente calma, en condición latente, pero otras emerge con una explosión incontrolable.

Los últimos años son particularmente importantes en la confrontación dialéctica. El punto de observación de dos de los bandos, de los detractores y de los partidarios de una salida ecléctica, es crucial el tema de una reforma normativa, en algunos casos constitucional y en otros legislativo a la acción de tutela, para definir, sin dar lugar a disputa, tanto su procedencia o improcedencia, como sus condiciones, contra providencias judiciales. El alud de proyectos presentados en 2006, es el siguiente: los proyectos de acto legislativo 13, 133, 150; y el proyecto de ley estatutaria 151. La exposición de motivos de cada uno de ellos puede ser vista como una síntesis adecuada de su posición en la confrontación dialéctica de la que se ha venido dando cuenta. En vista de que se trata de una reiteración de argumentos, no parece necesario hacer una referencia particular en este punto.

El proyecto de acto legislativo 13 del Senado, del que se da cuenta en la Gaceta del Congreso No. 414, es presentado por los presidentes del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de

Justicia, y coadyuvado por el Fiscal General de la Nación. Pretende reformar los Artículos 86, 235, 237 y 241 de la Constitución. El alcance de la reforma es el siguiente: negar competencia a la Corte Constitucional para revisar sentencias de tutela cuando se trate de tutela contra providencias judiciales; permitir la procedencia de la acción sólo contra las providencias que le ponen fin al proceso; otorgar competencia exclusiva para conocer de la acción de tutela al superior jerárquico de quien emitió la decisión controvertida; exigir que la tutela se interponga por abogado; señalar un término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de la providencia, para ejercer la acción de tutela; regular, por vía de sus reglamentos internos, la forma en que se puede impugnar una tutela emitida por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; prohibir la procedencia de tutela contra las decisiones de las anteriores corporaciones. Con el propósito de dar coherencia a la modificación, se añadiría las funciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para incluir, en primer lugar, la de proteger los derechos fundamentales, y se suprimiría claramente la competencia de revisión de sentencias de tutela, en el caso de providencias judiciales, que tiene la Corte Constitucional.

El proyecto de acto legislativo 133 de la Cámara, del que se da cuenta en la Gaceta del Congreso No. 412, es presentado por el Ministro del Interior y de Justicia. Pretende reformar los Artículos 16, 86, 241, 256 y 374 de la Constitución. El alcance de la reforma, en lo que se refiere a la tutela contra providencias judiciales, es el siguiente: se establece un término de caducidad de un mes, para la acción de tutela, aplicable en tres supuestos: se cuenta desde que la providencia adquiere firmeza; cuando se trata de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se cuenta a partir del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia; este término también rige para la revisión de las decisiones judiciales de tutela por la Corte Constitucional y se cuenta a partir de la

ejecutoria del auto que selecciona para revisión el fallo de tutela; se condiciona la procedencia de la tutela a que la vulneración del derecho fundamental haya sido alegada en las oportunidades procesales correspondientes; se fijan las reglas de competencia para conocer la tutela, siendo competente en primera instancia quien dicta la providencia y en segunda su superior funcional; se determina que las tutelas contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, serán decididas por esas corporaciones en única instancia y esas decisiones sólo pueden ser revisadas por la Corte Constitucional en Sala Plena; en este último caso, la revisión está sometida, además, a dos condiciones: no pueden hacerse valoraciones probatorias ni juicios sobre la aplicación errada o inaplicación de una disposición legal, y la decisión debe consistir en una declaración interpretativa de las normas violadas que establecen el derecho vulnerado, declaración que debe remitirse a la corporación autora de la providencia tutelada para que reelabore la sentencia, conforme a dicha declaración.

El proyecto del gobierno parte de una argumentación interesante que reconoce algunas ventajas y riesgos a la tutela contra providencias judiciales. Entre las ventajas aparece: la garantía de la primacía de la Constitución; la existencia de una corporación que unifique la interpretación de la misma, especialmente en materia de derechos fundamentales: la Corte Constitucional; la aplicación uniforme del derecho, respetando los principios de seguridad jurídica y de igualdad; y la certidumbre sobre la interpretación de las normas. Entre los riesgos se señala: la posible afectación de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, al permitir se impugne una sentencia de cierre; y la sensación de invasión en sus tareas, presente en otras jurisdicciones, ante la Corte Constitucional. Los riesgos pretenden disminuirse con la fijación de un término breve de caducidad y con la condición de que la primera instancia de la tutela se surta ante el juez que dicta la providencia cuestionada. Además, se presenta una comparación estadística interesante,

que vale la pena traer a colación: contra providencias de la Corte Suprema de Justicia, en el período 1992-2006 se radicaron 355 acciones de tutela ante la Corte Constitucional, de las cuales 21 fueron durante 1992-1999; 21 en 2000; 20 en 2001; 60 en 2002; 34 en 2003; 36 en 2004; 89 en 2005, y 74 en 2006; en cuanto a providencias del Consejo de Estado, durante 1992-2006 se radicaron 869 acciones de tutela ante la Corte Constitucional, de las cuales 22 lo fueron durante el período 1992-1999; 9 en 2000; 20 en 2001; 124 en 2002; 130 en 2003; 141 en 2004; 185 en 2005, y 238 en 2006.

El proyecto de acto legislativo 150 de la Cámara, del que se da cuenta en la Gaceta del Congreso No. 466, es presentado por el Senador Germán Vargas Lleras y otros miembros del partido Cambio Radical. Pretende reformar los Artículos 86, 235, 237 y 241 de la Constitución. El alcance de la reforma, en relación con la tutela contra providencias judiciales, es el siguiente: sólo procede contra las providencias que le pongan fin al proceso; la competencia corresponde de manera exclusiva al superior de quien emite la providencia; debe interponerse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia; la decisión de la tutela puede ser impugnada; la impugnación de las decisiones de tutela de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ésta se tramitará conforme a sus reglamentos y en ningún caso será revisada por la Corte Constitucional; no procede la tutela si no se hizo uso de los recursos y oportunidades procesales correspondientes durante el proceso; no procede la tutela contra las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Para hacer coherente la reforma, se modifica la competencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en similares términos a como se hace en el proyecto de acto legislativo 13 del Senado. Entre los motivos de la reforma se destaca el prevenir el uso inadecuado de la tutela,

que ha generado una serie de disfunciones en el sistema judicial, afectando la estabilidad y la seguridad jurídica y, de contera, la cosa juzgada.

El proyecto de ley estatutaria 151 de la Cámara, del que se da cuenta en la Gaceta del Congreso No. 466, es presentado por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura. Pretende reglamentar la acción de tutela. Contiene 6 capítulos, de los cuales son relevantes los dos primeros, a los cuales se hará referencia enseguida: se organiza y define las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales así: defecto orgánico, procedimental, fáctico, defecto material o sustantivo; error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional, desconocimiento inmotivado del propio precedente, y violación directa y flagrante de la Constitución. Se fijan unas causales de improcedencia, que son: la existencia de otros recursos o medios judiciales, salvo que se emplee la tutela como mecanismo transitorio; cuando se pueda invocar el *habeas corpus*; cuando se pretenda proteger derechos colectivos; cuando se esté frente de un daño consumado; cuando se trate de actos generales, impersonales y abstractos; cuando se intente contra sentencias “proferidas en acciones constitucionales”; cuando no se interponga dentro de un tiempo razonable a partir de la violación; y cuando se deje vencer el término de caducidad o prescripción del mecanismo de defensa judicial ordinario. En su exposición de motivos, el Consejo sostiene que, en el caso de la tutela, “buena parte de sus dificultades ha tenido su origen en sus propios jueces, que en ocasiones han antepuesto otro tipo de intereses por encima del elevado objeto del que se ocupa esta singular acción”, pues más allá de “definir quién tiene la última palabra en un determinado asunto, lo relevante es la protección efectiva de los derechos básicos e inalienables de la persona humana, los cuales deben condicionar la validez de la propia ley y de las sentencias judiciales, y en ningún caso la ley o las decisiones de los jueces deben condicionar los derechos fundamentales”.

Los proyectos de acto legislativo se acumularon en el Congreso al proyecto 133 de la Cámara, que fue el presentado por el Gobierno. La ponencia para primer debate de los mismos, que es de la única que hay noticia, fue presentada el 25 de octubre de 2006, según aparece en la Gaceta del Congreso No. 489. Esta ponencia, favorable al proyecto acumulado, además de relatar los antecedentes del asunto y de resaltar su importancia, hace una serie de consideraciones jurídicas, en virtud de las cuales propone un pliego de modificaciones, de las cuales se destaca: la ampliación del término de procedencia de la tutela contra providencias judiciales a 4 meses; la decisión en Sala Plena de la Corte Constitucional, en única instancia, de las acciones de tutela contra las providencias judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; la impugnación de una decisión de tutela emitida por las anteriores corporaciones se tramitará según sus reglamentos y sólo podrá ser revisada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Dos visiones de lo fundamental

Visión tradicional

No carece de sentido la hipótesis planteada en su salvamento de voto por el Magistrado Sanín, de que siendo la acción de tutela subsidiaria frente a las acciones, recursos y oportunidades procesales ordinarios, éstos prevalecen ante ella. El proceso ordinario está diseñado, y debe adelantarse, sobre el fundamento de la estructura constitucional, con pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas. En un escenario así, la tutela contra providencias judiciales estaría de sobra.

Es destacable el insistir en que todos los jueces tienen la misión de proteger los derechos fundamentales, especialmente en el escenario de los procesos y actuaciones judiciales. Sin embargo, el riesgo de que éstos o de cualquier autoridad pública, quebranten la Constitución, no es remoto. De hecho, ocurre, y sucede con más

frecuencia de la que sería deseable, incluso en las más altas jerarquías de la judicatura.

Más allá del formalismo

El discurso adverso a la tutela contra providencias judiciales, parece fundarse en argumentos formales. De una parte se dice que las acciones y recursos ordinarios prevalecen sobre la tutela, y de otra que la tutela no puede implicar que jueces inicialmente incompetentes pasen a definir asuntos exclusivos de otros jueces, porque eso rompe la separación de funciones, altera la seguridad jurídica y afecta la cosa juzgada. No obstante, si bien la tutela es un instrumento residual, ocurre que ella está ligada a los derechos fundamentales, lo cual implica en el fondo una inversión de la prevalencia, pues la materia de la tutela prevalece sobre la materia de los procesos ordinarios. Tanto los derechos fundamentales como la propia Constitución, tienen mayor rango y jerarquía que los demás derechos y las demás normas. Sobre la base de esta prevalencia, conocida como supremacía constitucional, se erige la supremacía de la jurisdicción constitucional.

La Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, como el Consejo de Estado lo es de la jurisdicción contencioso administrativa, pero en el caso de la tutela, o de la tutela contra providencias judiciales, en el que están de por medio los derechos fundamentales, por consiguiente la Constitución, el asunto desborda el ámbito de las jurisdicciones particulares y penetra en la jurisdicción constitucional. Dentro de esta jurisdicción ni la Corte Suprema de Justicia ni el Consejo de Estado son los tribunales más altos.

En la jurisdicción constitucional el máximo tribunal es la Corte Constitucional que, por tanto, tiene la competencia de revisar todas las decisiones proferidas por esta jurisdicción y, de ser el caso, confirmarlas o revocarlas. De ahí que, de cara a la jurisdicción constitucional, sea necesaria la procedibilidad de la acción de tutela.

Referencias

- Arango, J. (1997). La acción de tutela y la seguridad jurídica. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 309, 135-163.
- Botero, C. & Jaramillo, J. (2007). El conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. *Foro Constitucional Iberoamericano*, 12, 42-81.
- Cepeda, M. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá D.C.: Temis.
- Cepeda, M. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá D.C.: Presidencia de la República, Consejería para el desarrollo de la Constitución.
- Charria, J. (2005). *Reflexiones constitucionales*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Cifuentes, E. (1998). Tutela contra sentencias (el caso colombiano). *Ius et Praxis*, 1, 147-188.
- Cifuentes, E. (2000). Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, 6(2), 63-81.
- Centro de Investigaciones Sociojurídicas. (1996). *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2003). *El papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado Social de Derecho*. Bogotá D.C.: Comisión Colombiana de Juristas.
- Consejo Superior de la Judicatura. (1999). *Estadísticas sobre la acción de tutela*. Bogotá D.C.: Imprenta nacional de Colombia.
- Dueñas, O. (1997). *Control Constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia*. (2da ed.). Bogotá D.C.: Librería del profesional.
- Echeverri, A. (2006). La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 332, 29-45.
- Esguerra, J. (1997). Algunas consideraciones en torno a la acción de tutela. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 310, 12-61.
- Esguerra, J. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá D.C.: Legis.
- Fierro-Méndez, H. (2004). *Tutela y vías de hecho*. Bogotá D.C.: Leyer.
- García, M., & Uprimny, R. (2004). ¿Qué hacer con la tutela contra sentencias? *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 326, 97-111.
- García, M., & Uprimny, R. (2006). La reforma a la tutela ¿ajuste o desmonte?. En M. García, C. A. Rodríguez & R. Uprimny (Eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 245-286). Bogotá D.C.: Norma.
- Gaviria, C. (2002). *Sentencias. Herejías constitucionales*. Bogotá D.C.: Fondo de Cultura Económica.
- Henoa, R. (2007). *Choque de vanidades. Estudio de la acción de tutela en las altas Cortes Colombianas*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- Hernández, J. (2006). El sistema de control de constitucionalidad. En E. Enríquez Maya (Ed.), *Constitución Política 1991. Simposio 15 años* (pp. 101-117). Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Herreño, A. (2007). Las reformas a la justicia constitucional y los derechos sociales. En Estado de derecho y sentencias judiciales. Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

- López, G. (2005). *La justicia constitucional colombiana. ¿Un gobierno de los jueces?* Neiva: Universidad Surcolombiana.
- López, D. (2007). *Derecho de los jueces*. (3ra reimpresión). Bogotá D.C.: Legis y Universidad de los Andes.
- Morelli, S. (2001). *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Moreno, L. (1999). Breves notas sobre tutela y cumplimiento. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 315, 174-191.
- Moreno, L. (2007). ¿Hacia un Estado Social?. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales de la Universidad Sergio Arboleda*, 9, 13-55.
- Olano, H. (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. Bogotá D.C.: Doctrina y ley.
- Orjuela, C. (2004). ¿Tutela contra providencias judiciales?. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 326, 87-96.
- Quinche, M. R. (2006a). Seguridad jurídica y volatilidad constitucional en un Estado complejo. En Justicia constitucional, *El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo* (pp. 209-222). Bogotá D.C.: Legis y Pontificia Universidad Javeriana.
- Quinche, M. (2006b). *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional*. Bogotá D.C.: Doctrina y ley.
- Quinche, M. (2007). *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. (2da ed.). Bogotá D.C.: Doctrina y ley.
- Sanín, R. (2004). *Libertad y justicia constitucional*. Bogotá D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Tamayo, J. (2006). El nuevo derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, 36 (105), 361-397.
- Trujillo, A. (2001). *El Estado y el Derecho*. Bogotá D.C.: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Uprimny, R. (2007). ¿En qué está el debate colombiano de la tutela contra sentencias?. En Estado de derecho y sentencias judiciales (pp. 57-76). Bogotá D.C.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Venegas, A. (2006). Constitucionalización del derecho. En E. Enríquez Maya (Ed.), *Constitución Política 1991. Simposio 15 años* (pp. 119-131). Bogotá D.C.: Senado de la República de Colombia.
- Vidal, J. (2005). Las bases constitucionales de la acción de tutela. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 328, 69-80.

Jurisprudenciales

Corte Constitucional. Sentencias T-006, T-224 y C-543 de 1992, C-018, T-043 y T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-249 de 1995, T-039 de 1996, T-056 de 1997, T-027 de 1998, T-069 de 1999, T-022 de 2000, SU-014 de 2001, T-020 de 2002, T-012 de 2003, T-003 de 2004, T-028 de 2005, T-024 de 2006, T-015 de 2007 y T-012 de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de tutela de 9 de diciembre de 1991.

Gaceta del Congreso, Colombia. Números 412, 414, 466 y 489 de 2006.

República de Colombia. *Decreto 2591 de 1991*.

La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del arte*

Repetition action as a moralizing mechanism of public function: lights and shadows. State of the art

Recibido: 11 de septiembre de 2008 - Revisado: 6 de octubre de 2008 - Aceptado: 10 de noviembre de 2008

ISRAEL SOLER PEDROZA**
WILLIAM GUILLERMO JIMÉNEZ***

Resumen

El trabajo presenta el origen y noción de la Acción de Repetición dentro del debate sobre la responsabilidad estatal y de sus agentes, el alcance y finalidad del mecanismo, así como los diversos planteamientos acerca de su problemática y escasos resultados obtenidos en su aplicación. Para ello se acude a la diversa literatura y estudios sobre el tema, los cuales respaldan las conclusiones a las cuales ha llegado el actual estado del arte; todo con el fin de ofrecer una panorámica a partir de la cual se puedan realizar estudios de fondo que permitan obtener conocimiento nuevo para mejorar la eficacia de este instrumento jurídico.

Palabras clave

Acción de repetición, responsabilidad del agente estatal, función pública, moralidad, eficiencia.

Abstract

This paper presents the origin and concept of the Repetition Action within the debate of State's responsibility and its agents, the scope and purpose of the mechanism, as well as the diverse expositions about its problematic and little results obtained in its application. For this purpose, tools such as the diverse studies and literature on the subject, which endorse the conclusions set out in the present state-of-the-art, have been reviewed. All of this, with the aim of offering a panoramic view in order to produce deep studies that may create new knowledge to improve the effectiveness of this legal instrument.

Key words

Repetition Action, State agent's responsibility, public function, morality, efficiency.

* El trabajo recoge aportes de una tesis de Maestría sobre el tema, desarrollada en la Maestría en Derecho, Programa Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, y del proyecto de investigación "Política, Derecho y Gestión Pública", de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP.

** Abogado de la Universidad Nacional, Especialista en derecho administrativo, Especialista en derecho penal, Especialista en gestión y responsabilidad fiscal y Especialista en derecho probatorio; actualmente adelanta la Maestría en Derecho con énfasis en derecho administrativo, de la Universidad Sergio Arboleda. Juez Tercero Administrativo del circuito de Tunja.

Correo electrónico: israelsolerp@yahoo.com

*** Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de Santiago de Compostela, Especialista en Planificación del Desarrollo Regional de la Universidad de los Andes, Abogado de la Universidad Católica de Colombia y Administrador Público de la ESAP. Profesor Asociado de la ESAP y de la Universidad Católica, abogado litigante.

Correo electrónico: guillermo.jimenez@esap.edu.co

Introducción

En el derecho comparado y en el derecho colombiano, la responsabilidad del Estado y de sus agentes pasó por varias etapas, que van desde la irresponsabilidad del Estado o de sus agentes hasta la responsabilidad solidaria. En la actualidad, algunos países como Nicaragua, Ecuador, Uruguay, Honduras e Italia, consagran en sus constituciones la Acción de Repetición (AR). A su turno, México, España, Perú, Panamá y Chile, no contemplan en forma expresa, la posibilidad de repetición.

Para el caso de Colombia, de la irresponsabilidad de los agentes estatales se pasó a la responsabilidad solidaria; es decir, que si el Estado llegare a ser condenado a reparar o resarcir los perjuicios causados por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, éste debe adelantar la AR de repetición en contra de dicho agente para que asuma la responsabilidad que le corresponda con su propio peculio.

Sin embargo, a pesar que desde la Constitución de 1886 (art. 20) se encontraba prevista esta institución jurídica, regulada posteriormente por varias disposiciones normativas; por ejemplo el Código de Procedimiento Civil (decretos 1400 y 2019 de 1970), el Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984), las leyes 3 y 11 de 1986, entre otras, que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1962), y luego, la del Consejo de Estado (1974), habían sentado precedente sobre la responsabilidad de los agentes estatales, éstas disposiciones no tuvieron eficacia práctica en la recuperación de los dineros públicos.

Se pensó entonces, que con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 90 “normatizó la responsabilidad del servidor público” (Bertín, 1999, p. 27), imponiendo al Estado el deber de adelantar la AR cuando hubiere sido condenado a la reparación de un daño causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, su aplicación surtiría los efectos deseados. El

entusiasmo se incrementó además, con la expedición de la Ley 678 de 2001, reguladora de la AR y del llamamiento en garantía, como instituciones jurídicas moralizadoras de la función pública.

No obstante lo anterior, el panorama sigue siendo desalentador, porque según los resultados obtenidos, la AR no ha sido el mecanismo idóneo para recuperar los dineros públicos que pierde el Estado como consecuencia de la conducta de sus agentes, que con su actuar facilitaron la condena patrimonial; según la Sección Tercera del Consejo de Estado en el año 2006 se negaron 26 demandas, debido a negligencia de los encargados de instaurar la querrela, por lo cual se dejaron de percibir 2.000 millones de pesos (El Tiempo, 2007). Es así como los académicos y algunas instituciones han empezado a tomar cartas en el asunto, realizando investigaciones y dando a conocer al público los resultados obtenidos y las recomendaciones que consideran pertinentes, para superar el problema.

El objetivo de la presente ponencia es ofrecer una panorámica sobre la AR, con el ánimo de identificar las razones o causas por las cuales la AR no ha sido eficaz, así como las posibles soluciones que se plantean para su mejoramiento.

Breve reseña sobre la responsabilidad del estado y de sus agentes.

En el derecho comparado

En general, la responsabilidad se puede entender como el deber u obligación que tiene una persona (jurídica o natural) para asumir las consecuencias de un acto, omisión o hecho antijurídico que es lesivo de un interés legítimo. En materia penal esta responsabilidad es de carácter personal (pagar una pena), mientras que en materia civil y administrativa es de naturaleza patrimonial (resarcir o pagar los daños causados). La responsabilidad, como figura jurídica, se origina en las relaciones de los ciudadanos romanos, ya en virtud de un contrato

(responsabilidad contractual) o por fuera de él (responsabilidad extracontractual o aquiliana, llamada así porque fue acogida por la ley aquilia, promovida por el tribuno de la plebe Aquilio en el siglo III a.C.). A su vez, la responsabilidad puede ser directa (por un hecho propio), o indirecta (por hechos de personas, animales o cosas sobre las cuales se tiene custodia).

Hasta finales del siglo XIX, no se concebía una responsabilidad del Estado o de la administración frente a los ciudadanos o súbditos, por considerar que el interés del Estado y del gobernante era superior o incluso absoluto; de esta manera, eran los agentes o funcionarios del imperio, reino, principado o república (según el momento histórico), quienes debían responder por los daños que causaba su conducta, y se les aplicaban las normas de la responsabilidad civil, como entre particulares. El auge de las monarquías absolutistas entre los siglos XVI al XVIII reforzó así, la idea de la “irresponsabilidad del gobernante”:

Antiguamente existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad: THE KING CAN DO NOT WRONG. Principio que los defensores de dicha teoría de la irresponsabilidad del gobernante resumían diciendo que “lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”, consideraciones que el derecho administrativo rechaza de plano, por antijurídicas (Penagos, G., 1997, p. 2).

Como es sabido sólo fue con el famoso fallo Blanco en Francia (1873), que la jurisprudencia introdujo un régimen general de responsabilidad administrativa o estatal, permitiendo de esta manera que se desarrollara el derecho administrativo y su respectiva jurisdicción. Dijo entonces el Tribunal de Conflictos “*La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular;*

esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares” (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p.3). A partir de entonces, la doctrina y la jurisprudencia empezaron a señalar los límites de la responsabilidad estatal y la de sus funcionarios; esto es muy importante, dado que la administración, como toda persona jurídica, no actúa por sí misma, sino por medio de sus agentes o funcionarios, por lo cual cabe preguntarse, si debe responder por todas, o solo por algunas de las actuaciones de sus funcionarios (Rodríguez, 2005).

En el sistema anglosajón, hasta hace algún tiempo, era el funcionario autor del hecho perjudicial quien respondía con su patrimonio personal, solución que fue aplicada en Estados Unidos hasta la ley federal de 1946 y en Inglaterra hasta 1947 (De Laubadère, Venecia & Gaudemet, citado en Rodríguez, 2005, p. 481). Estas teorías fueron evolucionando, hasta separar perfectamente la responsabilidad de la administración, de la de los funcionarios.

La distinción entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario estriba en la oposición fundamental entre la falta del servicio y la falta personal. El daño ocasionado por una falta de un agente público compromete la responsabilidad de la administración si se trata de una falta del servicio; por el contrario, compromete únicamente al funcionario cuando hay una falta personal (De Laubudère, 1984, p. 110).

El funcionario respondía entonces frente a los administrados cuando se trataba de una falta personal en las condiciones anotadas. A partir del fallo *Lareulle* de 28 de julio de 1951 proferido por el Consejo de Estado Francés, se consideró que aún en casos de responsabilidad personal cometidas en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas, por regla general, el funcionario debía responder ante la administración, la cual podía repetir en forma directa, o como consecuencia

del llamamiento en garantía. Para garantizar la indemnización de las víctimas en los casos de insolvencia del agente, la nueva visión consistió en considerar que la responsabilidad entre administración y sus agentes no se excluía, sino que era concurrente, y en consecuencia, podía ser demandado el agente, la administración o ambos, con la posibilidad para el Estado de adelantar la AR (Rodríguez, 2005, pp. 482-483; García y Fernández, 1977, p. 405).

Ahora, bien, si el funcionario es responsable frente a terceros de sus faltas personales, ¿también es responsable ante la administración por esas mismas faltas cuando le han causado algún perjuicio? Durante largo tiempo prevaleció el principio de la irresponsabilidad del funcionario frente a la administración, pero el Consejo de Estado desistió de él en la sentencia Lareulle del 28 de julio de 1951: el funcionario de ahora en adelante responde pecuniariamente ante la administración por las consecuencias perjudiciales de sus faltas personales (De Laubadère, 1984, p. 112).

A continuación, se presenta un panorama sobre la manera como es regulada la responsabilidad de los agentes estatales y la AR, en diferentes países.

Ecuador y Uruguay. En sus respectivas constituciones contemplaban o contemplan la AR contra los funcionarios o empleados que hayan actuado con dolo o culpa grave. En Ecuador, la nueva constitución de 2008 derogó los anteriores artículos sobre AR (arts. 20 y 22 de la Constitución de 1998), pero estableció la responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos por sus actos y omisiones (art. 233). El procedimiento, en el caso de Uruguay, se encuentra previsto en el Decreto 395 de 23 de octubre de 2006, donde interviene el Ministerio de Economía y Finanzas, el letrado patrocinante del Estado, el jefe inmediato y el gerente financiero de la Unidad Ejecutora, el Tribunal de Cuentas, la Tesorería General de la Nación, el juzgado competente y el funcionario

responsable; para imponer el monto de la condena, se acude a las cuantías señaladas en casos similares. Esta acción es discrecional; el dolo y la culpa grave son aspectos que se establecen dentro del proceso, toda vez que las calificaciones que sobre el tema haga la administración no obligan al juez (Ettlin, 2006; Molina y Cañón, 2008).

Chile. La Constitución chilena (art. 6^o), tiene previsto que la infracción de esta norma superior generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. Adicionalmente, respecto de la AR contra el fiscal o funcionario del Ministerio Público, el inciso final del artículo 5^o de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público –LOCMP–, contempla la acción de repetición, una vez que el Estado haya respondido por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del fiscal o funcionario.

El salvador. Según su Constitución Política (art. 245), responden directamente los funcionarios y subsidiariamente el Estado, por daños materiales o morales, cuando el funcionario no tenga recursos, o cuando no ha tenido culpa¹.

Honduras. La responsabilidad es solidaria entre el Estado y el funcionario, de carácter civil, sin perjuicio de la AR, cuya regulación en la Constitución en sus artículos 324 y 327, difiere a la ley.

Argentina. Respecto de todos los funcionarios públicos, es una responsabilidad civil prevista en el art. 1112 del Código Civil, cuando cumplen de manera irregular sus funciones y la conducta es desplegada con culpa. Es una responsabilidad distinta de la del Estado aunque algunas veces conlleve también la responsabilidad del Estado. Si actúa irregularmente, pero en el ejercicio de sus funciones, el particular puede demandar al funcionario por el art. 1112 y al Estado por el art. 43 del C.C., pero no por régimen de solidaridad, sino de concurrencia. Si actúa por fuera del ejercicio de sus funciones, responde por el régimen civil común (art. 1109 C.C.). De otro

lado, la ley 24.156 sobre responsabilidad civil, art. 130, establece que toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación, responderán de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones, sufran los entes mencionados, siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial. Agrega que la acción prescribe en el plazo señalado en el Código Civil argentino.

Paraguay. Son personalmente responsables los funcionarios y empleados públicos, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, según su Constitución Política, art. 106.

México. Los arts. 111 y 113 de su Constitución Política, prescriben que las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados con sus actos u omisiones. El art. 1928 del Código Civil, establece la AR por el valor que hubiere pagado por los daños y perjuicios causados por los sirvientes, empleados, funcionarios y operarios.

Italia. La ley italiana 117 de 1988, relativa al resarcimiento por los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales y la responsabilidad civil de los Magistrados, en su artículo 8° establece límites al monto que se debe pagar por la reparación directa y a los descuentos mensuales, con algunas excepciones que no puede ser superior a la tercera parte del sueldo neto en un año, percibido en el momento de la interposición de la acción, a menos que el daño se haya cometido con dolo (Montero, 1988; Rodríguez y Mantúfar, 1999; Molina y Cañón, 2008).

España. Según la ley 4 de 1999, prohíbe la demanda civil contra el empleado; la administración responde directamente y exige de oficio al funcionario el pago, mediante la acción de regreso, por una cantidad que siempre es inferior a la que paga el Estado (Molina y Cañón, 2008, p. 316).

En la Unión Europea. Para el caso de la Unión Europea, en los arts. 215 y 188 del Tratado CEE y CEEA, se contemplaba la responsabilidad personal del servidor y no de la Comunidad. Ya en el Tratado de Fusión de las Comunidades, se determinó que la Comunidad es directamente responsable de la reparación de los perjuicios causados por agentes suyos en ejercicio de sus funciones y éstos son responsables en forma personal ante el órgano comunitario, cuando actúen con culpa grave o dolo. Se excluye este tipo de responsabilidad cuando no se actúe en ejercicio de las funciones propias del cargo. El competente para decidir sobre la responsabilidad es el Tribunal, de acuerdo con el art. 40 del tratado de 1952 de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero, CECA (Bertín, 1999, pp. 53, 57-59).

Antecedentes de la responsabilidad del Estado y de sus agentes en Colombia

En nuestro país, se puede decir que desde la época de la colonia existía un incipiente sistema de responsabilidad del Estado limitado por normas de derecho, morales y religiosas (Ruiz, 2008, p. XI). Con posterioridad, y no obstante que la Constitución de 1886 consagraba la responsabilidad de los particulares y de los funcionarios públicos, también se adoptó en un primer momento la teoría de la irresponsabilidad del funcionario.

En Colombia, y dentro de un período amargo de su historia (1949-1958), en los últimos tiempos, agentes públicos cometieron toda clase de atropellos y desafueros, sin que se sepa que una acción de perjuicios se incoara contra ellos. Actos manifiestamente ilegales –como destitución de empleados de período fijo– fueron cumplidos para satisfacer el sectarismo de los jefes políticos, y fue el fisco nacional, departamental o municipal el que tuvo que pagar el valor de las sentencias condenatorias (Vidal, 1997, p. 282).

En épocas posteriores se empezaron a aplicar también los principios franceses; así, la Corte Suprema de Justicia en 1962, respecto de la falla del servicio señaló:

(...) e) si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella. f) los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo².

Más tarde, el Consejo de Estado en 1974 aceptó que se puede presentar la responsabilidad conjunta entre administración y agente, señalando que el perjudicado podía demandar discrecionalmente a uno u otro, pero que si la administración pagaba en primera instancia, esta debía repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera³. De las tesis jurisprudenciales y doctrinarias se pasó a la consagración expresa de esa responsabilidad en normas legales positivas tales como el art. 40 del Código de Procedimiento Civil, hoy subrogado por la ley 270 de 1996, que trataba de la responsabilidad de jueces y magistrados⁴; el art. 51 de la ley 80 de 1993, en materia de responsabilidad contractual; los arts. 77 y 78 del decreto 01 de 1984 (C.C.A), que consagran la AR en materia contencioso administrativa; la ley 270 de 1996 que regula la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales.

Con anterioridad también se había establecido la AR, para ser interpuesta por parte de los departamentos, distritos y municipios (Rodríguez, 2005), como los arts. 14 de la ley 03 de 1986 y 63 de la ley 11 de ese mismo año, codificados en los arts. 235 del decreto-ley 1222 y 297 del decreto-ley 1333, ambos de 1986. Establecen estas dos últimas disposiciones que los departamentos, distritos y municipios repetirán contra los servidores públicos que hayan efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de otros servidores oficiales, por el valor de las indemnizaciones que hayan pagado por ese motivo, siempre que la respectiva sentencia aparezca que la violación de la ley fue manifiesta u ostensible (Bustamante, 2003, p. 197).

La Constitución Política de 1991 en materia de responsabilidad estatal, siguió de cerca el modelo

español (Gómez, 1995, p. 115; Bermúdez, 1998, p. 64), consagrando el principio de daño antijurídico, en el cual, al inicio se consideró que cabían todos los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado que la jurisprudencia venía construyendo⁵. Sin embargo, Tamayo (2000) sostiene que el art. 90 de la Constitución Nacional, no define qué es daño antijurídico, ni estatuye una responsabilidad objetiva porque existen marcadas diferencias entre los textos de la Constitución colombiana y la española. Buena parte de la doctrina y la jurisprudencia en España, se niegan a aceptar que toda la responsabilidad sea objetiva; existen casos, donde el Estado debe reparar solamente si el daño es producto del funcionamiento anormal de un servicio público, porque no tiene sentido que la administración deba responder de todos los riesgos típicos de su actividad, por el hecho de que no hay una ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlos. Agrega Tamayo (2000) que si bien es cierto, al principio el Consejo de Estado parecía derivar una responsabilidad objetiva del art. 90 de la Constitución, en 1994 atenúa esta teoría, afirmando que la noción de falla del servicio no ha desaparecido.

Finalmente la ley 678 de 2001 reguló de manera más completa la AR, pero a pesar de la consagración legal expresa de la responsabilidad de los agentes públicos, concebida como una herramienta para obtener la moralidad pública y la eficiencia en la función pública para que se generara un efecto preventivo en el actuar de los servidores públicos (Torres, 2004), lo que ha venido ocurriendo es, que no se da una aplicación práctica seria a la AR. En palabras de Ortega (2001, p. 65), la AR se ha convertido en un espejismo jurídico.

Aspectos regulados por la ley 678 de 2001

En la asamblea Nacional Constituyente se presentaron varios proyectos de ley, y se generaron diferentes discusiones, para determinar si se debía consagrar una norma que incluyera la responsabilidad derivada de la actuación judicial, o también de las demás actividades del Estado.

Finalmente se optó por esta última fórmula (Mestre y Garcés, 2004, pp. 31-40).

El objeto de la ley 678/01 es regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos, los particulares que desempeñen funciones públicas, y los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar. Define la ley esta acción, como una acción civil de carácter patrimonial que habrá de ejercerse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, siempre que haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado.

Otros aspectos que consagra la norma son la finalidad de la AR (garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública); el deber de las entidades públicas de ejercitar la AR o el llamamiento en garantía, decisión que deberá adoptar el comité de conciliación, o el representante legal, en aquellas que no lo tengan constituido⁶; los conceptos de dolo y culpa grave; la jurisdicción competente; la caducidad; la legitimación en la causa por activa; la prohibición de desistimiento; lo concerniente a la conciliación; la cuantificación de la condena; el llamamiento en garantía, salvo cuando dentro de la contestación de la demanda, la entidad pública haya propuesto como excepciones la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor. Finalmente dispone que proceden medidas cautelares.

Estudios y pronunciamientos sobre acción de repetición en Colombia

La bibliografía disponible puede clasificarse en dos grupos. Uno primero, reúne varios trabajos y jurisprudencia relacionados con la regulación, características, competencia y trámite que debe seguir una AR; pero están poco interesados acerca de la problemática por la cual la citada acción no ha sido eficaz. Un segundo grupo reúne una serie de estudios académicos y pronunciamientos judiciales y de órganos de control sobre las dificultades de la AR y sus

posibles soluciones. En todo caso, existe escasa bibliografía que muestre la realidad de los dineros que paga el Estado, frente al porcentaje que recupera a través este mecanismo.

Documentos de tipo ilustrativo, divulgativo y explicativo sobre el funcionamiento de la AR.

Betancur (2000), expone los antecedentes legislativos anteriores a la ley 678 de 2001; autonomía de la acción, objeto, legitimación, jurisdicción y competencia, caducidad, desistimiento, conciliación, requisitos de procedibilidad, dolo y culpa grave, entre otros aspectos; indica la diferencia entre repetición y llamamiento en garantía, estudia la conciliación, la condena, las sanciones, las medidas cautelares y las causales de improcedencia del allanamiento.

Rodríguez (2005) hace referencia a ciertos aspectos de la regulación de la acción de repetición en normas tales como el decreto 01 de 1984, el art 40 del Código de Procedimiento Civil y la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, relativa a la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales. En lo atinente a la regulación de la AR, expone aspectos tales como: quiénes deben responder; formas para determinar la responsabilidad, ya sea a través del llamamiento en garantía o de la AR; conducta dolosa y culposa; competencia, procedimiento; término de caducidad, etc.

Galindo (2004) trata la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos en Colombia y la noción de pretensión indemnizatoria, la que prefiere en reemplazo de la denominada AR consagrada en la ley 678 de 2001. También cita otras disposiciones legales y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia.

Buitrago (2001); Cuesta y Ronderos (2004); León (2003); Palacio (2004); Pérez (2003); Rodríguez y Mantúfar (1999); Muriel (2001) y Sánchez, Naranjo y Rincón (2003), también

explican distintos aspectos, tales como los antecedentes legislativos, los temas de la regulación legal y los pronunciamientos jurisprudenciales de la AR, como temas sobresalientes. Younes (2007) hace lo propio, pero destaca el hecho que para la Corte Constitucional (sentencia C-309 de 2000), la responsabilidad patrimonial derivada de la AR, no tiene un carácter sancionatorio, sino reparatorio.

Tratadistas como González (2004) y Solano (1997), que escriben sobre temas de Derecho Administrativo, y la cartilla instructiva para la AR y llamamiento en garantía editada por el hoy Ministerio del Interior y de Justicia (s.f.), no estudian en forma directa la materia que pretendemos abordar. La Comisión para la defensa del patrimonio económico de la Procuraduría General de la Nación (s.f.), también se refiere a temas similares tales como objetivo, finalidades, antecedentes legales, legitimación en la AR, etc., y agrega otros a saber: la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares; carácter de la acción; aspectos relacionados con los comités de conciliación; requisitos para el ejercicio de la acción y destinatarios de la ley. Finalmente hace una relación de fallos que tienen que ver con la materia, emitidos por la Corte Constitucional.

Algunas de las sentencias de constitucionalidad proferidas con respecto a la ley 678 de 2001, son: C-823-01; C-233-02; C-285-02; C-309-02; C-372-02; C-374-02; C-378-02; C-394-02; C-414-02; C-423-02; C-455-02; C-484-02; C-162-03 C-778-03, C-965-03; C-125-04; C-1174-04 y C-338-06. Estas sentencias, entre otras materias, hicieron pronunciamiento sobre el objeto de la ley (art. 1º), la definición de la acción (art. 2º), el procedimiento para la recuperación del lucro cesante determinado por las contralorías (par. 1º del art. 2º) y declararon inexecutable unas normas y otras executable en forma condicionada.

Con respecto al tema del llamamiento en garantía, mecanismo a través del cual se busca que en la misma sentencia se decida sobre la responsabilidad del llamado, frente a la entidad llamante, y

no solo del particular frente al Estado, es decir que persigue los mismos fines de la AR y además contribuye con el principio de economía procesal y descongestión de los Despachos judiciales (Torres, 2004, pp. 26-27), el hoy Ministerio de Interior y de Justicia (1997, pp. 110, 121) encontró, que en la mayoría de los casos esta figura no arrojó los resultados esperados, puesto que la entidad encargada de llamar en garantía muchas veces no aportaba las expensas necesarias para notificar al llamado. También señala el informe, que el Ministerio Público dejó de hacer los llamamientos en Garantía, hacía más de dos años.

En esencia, los trabajos mencionados interpretan y clarifican varios aspectos de la regulación, pero no son suficientes para explicar todas las posibles causas por las cuales la AR o el llamamiento en garantía con fines de repetición, no han arrojado los resultados perseguidos y tampoco pretenden realizar un estudio acerca del impacto económico que causan las condenas impuestas al Estado.

Documentos de tipo crítico-analítico sobre la problemática de la AR.

En la exposición de motivos del proyecto de ley No. 131 de 1999 del Senado, se afirma que había un alarmante crecimiento de los pagos por concepto de condenas al Estado por actuaciones arbitrarias y por defensa precaria, que el Estado perdía el 50% de los procesos y que las demandas sobre acciones de nulidad y restablecimiento del Derecho y Reparación Directa se contestaban sólo en un 70% (Gaceta del Congreso número 358, citado en Sánchez, y otros, 2003).

En un estudio publicado en 1997, el Ministerio de Justicia y del Derecho, hoy, Ministerio del Interior y de Justicia, demostró que la figura de la AR había tenido grandes falencias desde sus inicios, (con fundamento en un trabajo de campo efectuado por el grupo de investigadores del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad de los Andes), que el Estado no ha cumplido con su deber de repetir contra sus agentes, razón por la cual fue

el Ministerio Público quien se vio en la obligación de iniciar las AR y efectuar los llamamientos en garantía en aquellos procesos donde existiera dolo o culpa grave del servidor. “*Lo anterior es muestra evidente de que la obligación contenida en el artículo 90, inciso 2° de la C.N., no se está cumpliendo. Perder un instrumento moralizador de la Administración Pública como lo es la acción de repetición no tiene explicación alguna*” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pp. 99-101).

Por su parte, el entonces Procurador General de la Nación, Maya (s.f.), aseguró que el Estado ha tenido que pagar multimillonarias erogaciones patrimoniales producto de acuerdos conciliatorios extrajudiciales y de sentencias condenatorias por acciones u omisiones antijurídicas y por deficiente defensa judicial. Señaló como causas, la falta de contestación de la demanda, la no presentación de alegatos de conclusión, la ausencia de intervención en la práctica de pruebas, el desconocimiento del precedente judicial y la insuficiencia numérica y formativa de los abogados defensores del Estado. Agrega, que la mora en el pago de las sentencias condenatorias y de conciliación extrajudicial por falta de apropiaciones presupuestales, ocasionan pagos superiores al 65% del valor inicialmente fallado o conciliado; reseña algunas cifras que tuvo que sufragar el Estado, basado en informes del Banco Mundial, la Contraloría y la Contaduría. Para dar solución al problema propone intervenciones preventivas, tales como, el fortalecimiento del uso del llamamiento en garantía con fines de repetición y de la misma AR y la capacitación en conciliación y prevención del daño antijurídico en materia contractual, entre otros.

En su Boletín informativo, la Procuraduría General de la Nación (2005, p. 268) presentó un diagnóstico acerca de la realidad de las demandas y condenas contra el Estado, destacándose los siguientes aspectos:

- La existencia de más de 66.000 procesos contra entidades del orden nacional, con

pretensiones superiores a los 77 billones de pesos y con una probabilidad de condenas de 25 billones.

- Entre 1993 y 2003, las condenas contra entidades públicas ascendieron a 3.1 billones de pesos.
- Las condenas por asuntos laborales entre 1995 y 1997 fueron de 22.000 millones de pesos en 3.036 procesos.
- En el mismo periodo, el Estado fue condenado por 120.000 millones, en 1988 procesos por acciones de reparación directa, y por acciones contractuales se pagaron 78.000 millones en 278 procesos.
- El promedio de mora en el pago de sentencias y conciliaciones fue de 13 meses, que ocasionaron un sobre costo del 66.5% de la suma inicial.

En términos de Mestre y Garcés (2004 pp. 246 y 247), desde que se concretó la AR en 1984, estaba condenada a su inaplicación, porque su régimen normativo era muy débil, y además, no existía voluntad por parte de los agentes encargados de hacerla cumplir. También porque se prefería demandar únicamente al Estado y no a sus agentes, toda vez que se había percibido deficiencias en la defensa de sus intereses.

Torres (2004, p. 86) señala que solo un 2.37%, es decir, 95 procesos de los 4.000 que se adelantaron en la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Boyacá en el período 1994-2004, corresponden a AR., de los cuales se han fallado 11 procesos: 3 que ordenan repetición, 1 por conciliación y 7 denegando pretensiones. Agrega que en promedio una AR dura entre 4 y 6 años, y que en ninguno de las demandas rechazadas se hizo corrección.

Torres (2005), hace un diagnóstico de las causas que hacen imposible el recaudo de lo pagado por el Estado señalando entre otras las siguientes: a) no es una acción civil sino de derecho público; b) el acta del comité de conciliación como requisito de procedibilidad no es objetiva

por varias causas, entre ellas porque pueden existir vínculos de amistad o dependencia con los jefes de las entidades, o por razones políticas, dando como resultado que el concepto para iniciar la acción sea negativo, restringiendo indebidamente su obligatoriedad; c) es injusto que la pretensión de la AR sea igual a la de la condena en la acción de reparación directa, porque no tiene en cuenta el grado de participación ni las condiciones personales del agente, para que se genere una posibilidad real de pago; d) en muchos casos falla la defensa por parte del Estado; e) señala que las presunciones de dolo y culpa grave son violatorias del debido proceso y del Derecho de Defensa; f) inexistencia de perención que sancione la negligencia de las entidades públicas demandantes en el cumplimiento de sus cargas procesales, lo cual hace que se congestione la justicia administrativa; g) no se justifica que se impida el llamamiento en garantía cuando se proponen las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero y caso fortuito o fuerza mayor en la acción de reparación directa; h) finalmente critica el hecho de que la competencia sea del mismo juez que conoció del proceso donde se impuso la condena, porque el juez no será imparcial en su decisión.

Vargas (2004, p. 90), también nos habla del temor que existe en algunos funcionarios para adelantar la acción de repetición, para evitar represalias, o que se le devuelva la acción; propone algunos correctivos tales como la obligatoriedad del llamamiento en garantía, el establecimiento de un rubro económico en las entidades para la defensa del Estado, y que no pase la acción por el filtro del comité de conciliación. Recordemos que, la decisión que adopta dicho Comité tiene carácter vinculante para el representante legal de la respectiva entidad Moreno (2005, p. 28), el cual debe dejar constancia expresa y escrita de la decisión.

Por su parte Bermúdez (2005) señala que la deficiente defensa en los procesos de la cual se les acusa, especialmente en segunda instancia, es la consecuencia de la mora en los procesos,

porque las demandas inician mucho tiempo después de ocurridos los hechos. De este modo, se practican las pruebas a los tres años del acaecimiento de los hechos, la primera instancia se toma cuatro años para fallar y llega al Consejo de Estado pasados ocho años, cuando nadie se acuerda qué fue lo que ocurrió, no recuerda en los alegatos qué era lo que iba a pedir, han cambiado algunos funcionarios, se han extraviado documentos y no existe entusiasmo para la defensa.

A las críticas que se le hacen a la administración por el excesivo monto de las condenas opone: a) la congestión de la justicia, a la que atribuye el hecho que el Estado termine pagando tres o cuatro veces más de la cuantía inicial del proceso; b) señala que el régimen de responsabilidad del Estado y sus funcionarios es indefinido e incierto porque la demanda es un sorteo, por lo cual considera que no hay seguridad para realizar por ejemplo una conciliación, cuando no se sabe si la jurisdicción contencioso administrativa, utilizando el *arbitrio iudicis* va a reconocer las distintas clases de daños como materiales, morales, a la vida de relación y fisiológicos; c) falta de incentivos para los abogados que defienden al Estado, y d) acumulación excesiva de trabajo y asignación de funciones no acordes con los conocimientos de los abogados de las entidades públicas.

El autor en cita, propone como posibles soluciones las siguientes: 1) la planificación del proceso, dejando pruebas anticipadas, distribuyendo adecuadamente el trabajo, toda vez que se desaprovecha la experiencia de los abogados porque no se le asignan labores acordes con sus conocimientos, les toca patinar, asistir a las pruebas y realizar toda clase de labores; 2) que se otorguen incentivos a los abogados, por ejemplo cuando gane el proceso; 3) que el legislador modifique conceptos jurídicos, como el contenido en el art. 16 de la ley 446 de 1998 de indemnización integral, poniendo límites tanto a los beneficiarios de las condenas, como al monto de las indemnizaciones, como lo hacen otras legislaciones, por ejemplo en Italia, existen límites a los montos a pagar por las indemnizaciones ocasionadas por el ejercicio de

las funciones judiciales y la responsabilidad civil de los magistrados, según la ley 117 de 1988, art. 8. 4) que se unifique la jurisprudencia (Bermúdez, 2005).

Para Molina y Cañón (2008, pp. 303-313), el fin principal para el cual fue creada la AR no se ha cumplido; no ha sido bien entendida la institución por falta de claridad en su concepción; el reintegro de dineros está lejos de producirse, a pesar de que han existido algunas condenas que en los últimos años han ido en leve aumento; el proceso principal, en ocasiones toma un término desmedido para emitir el fallo, al igual que el proceso propio de la AR, incrementando el saldo de dinero que debe pagar el agente; algunos de los artículos de la Ley 678 de 2001, son confusos en su redacción. Además, consideran innecesaria la evaluación por parte de los comités de conciliación, porque: estos organismos no garantizan imparcialidad; en la práctica no ejercen un control estricto sobre las decisiones en aspectos de idoneidad, oportunidad y calidad; no han logrado cumplir con el objetivo de reducir el número de demandas contra la Nación por ausencia de verdaderos lineamientos, directrices y prevención del daño antijurídico.

Los autores arriba mencionados proponen entre otros: que no se haga necesario el pago efectivo, por parte de la entidad demandada, como requisito para el inicio de la AR.; abolición de los comités de conciliación y creación de una sola entidad que establezca en vía gubernativa la responsabilidad del servidor público, si es que se quiere conservar un órgano que cumpla tales funciones; obligatoriedad del llamamiento en garantía, cuando las pruebas sobre la responsabilidad sean contundentes; cuando no se realice llamamiento en garantía por falta de pruebas, que el mismo juez tenga la posibilidad de abrir el proceso, lo cual evitaría el problema de la prueba trasladada; establecer un término de prescripción dentro del cual se deba emitir el fallo; que el monto de las condenas a los funcionarios sean proporcionales al cargo; y que las condenas en AR se constituyan en antecedente para el acceso a cargos públicos.

La situación ha llegado a ser tan crítica que en 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado pidió la intervención de los órganos de control, porque las demandas en acción de repetición no tenían la suficiente contundencia y seriedad, sino que se presentaban por salir del paso, puesto que solamente en el año 2006 se negaron 26 demandas, debido a negligencia de los encargados de instaurar la querrela, por lo cual se dejaron de percibir 2.000 millones de pesos (El Tiempo, 2007).

Conclusiones

De las anteriores posiciones podemos inferir y concluir, que se atribuyen diferentes causas y propuestas de solución a la problemática actual de la AR; entre las razones por las cuales la AR no está obteniendo los fines para los cuales fue creada, tenemos:

1. *El Monto de la cuantía.* Condenas cuantiosas cuyo cumplimiento puede llevar a la ruina del condenado, a la insolvencia, o en últimas al no retorno de dineros al Estado. Se señala que al momento de cuantificarse la sanción, debe acudirse al principio de equidad previsto en la ley 446 de 1998 (Hoyos, 2002, pp. 385 y 386; Bermúdez, 2005, pp 6-18, y Torres 2005); se resalta, que en otras legislaciones existen límites tanto para los beneficiarios, como para el monto de la cuantía. Sin embargo, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucional la norma que autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo las condiciones personales del servidor público⁷.
2. *El carácter civil de la acción.* En la Asamblea Nacional Constituyente se discutió el tema y en algunos de los debates se propuso que fuera una acción pública, lo que implicaría que cualquier persona natural o jurídica pudiera dar inicio a la acción (Gaceta del Congreso

358, 1999, citado en Mestre, y Garcés, 2004). Para algunos tratadistas, sin embargo, “*No resulta, por tanto, afortunada la calificación que la ley le da a esta acción civil, ya que se trata de una acción autónoma regida por unas reglas especiales (...). Este equívoco proviene de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*” (Hoyos, 2002, p. 385). No obstante lo anterior, no hace referencia este autor a la posibilidad de actuación por parte de cualquier persona, sino al error que se presentó al darle el calificativo de civil, lo cual tenía por finalidad otorgarle consecuencias sancionatorias. Concluye, que es una acción que se interpone en interés público, a pesar de lo cual, no goza del carácter de popular, al no ser posible que se formule por cualquier persona.

3. *Prueba sumaria exigida para llamar en garantía.* Se encontró que en la mayoría de los casos, esta figura no dio el resultado que se buscaba, puesto que la entidad encargada de llamar en garantía muchas veces no aportaba las expensas necesarias para notificar al llamado (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pp. 100 y 121). La vieja Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, entendía que con la demanda se suplía el requisito de la prueba sumaria exigida por el art. 19 de la ley 678 de 2001, porque el objetivo del llamamiento consistía precisamente en probar la culpa grave o el dolo del agente estatal (Hoyos, p. 394); la nueva jurisprudencia de dicha Corporación⁹, exige que la responsabilidad del llamado debe estar acreditada sumariamente, llamando la atención para que el Estado haga uso serio y razonable de su derecho, evitando que cada demanda contra la Nación se convierta en una demanda contra los funcionarios: “*finalmente la corporación aseguró que la Ley 678 exige la prueba sumaria*

de forma tan clara y perentoria, que resulta ineludible aplicarla o darle una interpretación extraña” (Ámbito Jurídico, 2007, p. 10). Será necesario entonces analizar a fondo los efectos que esta nueva posición jurisprudencial pueda tener en la eficacia del llamamiento en garantía.

4. *Desconocimiento del precedente.* Esta es otra de las razones aludidas para la ineficacia de la AR. Con el fin de ir despejando este interrogante, se tomó una pequeña muestra de providencias proferidas por el Consejo de Estado, correspondientes al año 2006¹⁰, de donde se puede colegir que 2 de los 18 casos, es decir el 5.66%, son ejemplo de desconocimiento del precedente, porque se ignora el término de caducidad de las acciones.
5. *Insolvencia del responsable.* Ya sea que se llame en garantía o que se inicie la AR, el responsable siempre va a tener tiempo para insolventarse (Ortega, 2001, p. 60; Torres, 2004), o simplemente no se solicitan medidas cautelares (López, 1999, p. 103).

Para finalizar, agrupamos a continuación, el conjunto de propuestas de solución o mejoría a la problemática, encontradas en nuestra investigación.

1. Que el llamamiento en garantía sea la regla general, en aquellos casos en los cuales la prueba de la responsabilidad del agente estatal sea contundente, o que se permita abrir el proceso, cuando aparezca la prueba de la presunta responsabilidad, con el fin de evitar los inconvenientes que se presentan en las pruebas trasladadas, o que el llamamiento en garantía sea de carácter obligatorio.
2. Capacitación en conciliación y prevención del daño antijurídico, especialmente

en materia contractual; sin embargo se señala que no debe pasar la decisión de la AR por el filtro del Comité de Conciliación.

3. Perención del proceso para sancionar la negligencia de las entidades públicas.
4. Modificación de las normas, para que se permita el llamamiento en garantía cuando se proponen las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero y caso fortuito o fuerza mayor en la acción de reparación directa.
5. Modificación de la competencia para conocer de la AR, con el fin de que no sea el mismo juez que conoció del proceso donde se impuso la condena al Estado, porque carecería de imparcialidad.
6. Constitución de un rubro económico en las entidades para la defensa del patrimonio estatal.
7. Constitución de las condenas a los funcionarios, en antecedentes que impidan el ingreso a los cargos públicos.
8. Unificación de la Jurisprudencia sobre la materia.
9. Imposición de un límite al monto de las condenas, como se señaló más arriba.
10. Que no sea necesario el pago efectivo, como requisito previo para dar inicio a la AR.
11. Se propone específicamente o se deduce también: a) la necesidad de evitar las dilaciones en la tramitación y fallo de los procesos; b) que se dejen pruebas anticipadas, previendo la posibilidad de la demora en el trámite de las actuaciones; c) la formulación de una política de incentivos para los funcionarios encargados de adelantar los procesos; d) que sea más racional y esté acorde con los

conocimiento de los abogados, la asignación de trabajo a los funcionarios de las entidades públicas.

Notas

¹ Corte Suprema de Justicia de San Salvador, Decisión de 13 de julio de 2004. Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 3107-D-2004.

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, Sala de Casación Civil.

³ Consejo de Estado, Sentencia de 22 de marzo de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 1.335.

⁴ Véase también el Pacto de San José de Costa Rica de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobado por Ley 16 de 1972, art. 10.

⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 13 de julio de 1993. Sección Tercera, exp. 8163, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. Véase también la sentencia C-333-96 de la Corte Constitucional.

⁶ Véase el decreto 1214 de 2000, art. 2.

⁷ Véase la sentencia C-484/02 de la Corte Constitucional. El art. 14 de la ley 678/01, permitía que de acuerdo con las condiciones personales, se pudiera cuantificar el monto de la indemnización que debería pagarse en repetición. La jurisprudencia la declaró inexecutable, es decir que se debe repetir por la totalidad, salvo que haya concurrencia de culpas, caso en el cual se cuantifica proporcionalmente, teniendo presente el grado de participación en la producción del daño.

⁸ Consejo de Estado, Auto de 27 de agosto de 1993. Sala de lo Contencioso Administrativo, exp. 8680.

⁹ Consejo de Estado, Auto 32324 de octubre 11 de 2006. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández.

¹⁰ En el momento, se está realizando un análisis sobre sentencias del Consejo de Estado para obtener información propia que permita corroborar o identificar diversas causas que hacen inoperante la AR. Estos resultados serán presentados posteriormente.

Referencias

- Ámbito Jurídico (2007, 5 al 8 de febrero). *Llamamiento en garantía de funcionario requiere prueba sumaria de su responsabilidad*, p.10.
- Arévalo, H. (1999) *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Bermúdez, M. (1998). *Responsabilidad de los Jueces y del Estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Bermúdez, M. (2005). *Responsabilidad Del Estado y de sus agentes. El Daño Antijurídico. La Gerencia Jurídica y el impacto del control judicial*. Conclusiones del Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, pp. 6-18.
- Bertín R, (1999). *Contribución de la burocracia pública al fortalecimiento de la democracia. Falla personal y responsabilidad del servidor público colombiano. Acción de repetición*. Cali: Artes gráficas Univalle.
- Betancur, C. (2000). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Señal Editora, 6ª ed.
- Buitrago, S. (2001). *La Acción de Repetición (Ley 678 de 3 de agosto de 2001)*. Cúcuta: Gobernación de Norte de Santander.
- Bustamante, A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Comisión para la defensa del patrimonio económico de la Procuraduría General de la Nación (sin fecha). Extraído el 15 de marzo de 2007 desde www.procuraduria.gov.co/descargas/eventos/discurso_12122005_gestionjuridicapublica.doc
- Cuesta A. & Ronderos, A. (2004). *La ley de acción de repetición y el Servidor Público, Implicaciones de orden disciplinario*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- De Laubadère, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- El Tiempo (2007, 1º de febrero). *Demandas sin sustento salvan a varios personajes de la política*, p.1-7.
- Ettlin. E. (2006). *Responsabilidad de los Funcionarios en Uruguay*, Extraído el 12 de Julio de 2008 desde: http://209.85.165.104/search?q=cache:mtFNd-2qdIMJ:www.ciberjure.com.pe/index.php%3Fopcion%3Dcom_content%26task%3Dview%26id%3D790%26Itemid%3D29+CHILE+ACCION+DE+REPETICION+FUNCIONARIO&hl=es&ct=clnk&cd=3&gl=co
- Galindo, J. (2004) *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Vol.1.
- García, E. & Fernández, T. (1977). *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas.
- Gómez, E. (1995). *La Responsabilidad del Estado en la Constitución del '91*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1ª ed.
- González, M. (2004). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 4ª ed.
- Hoyos, R. (2002). *Algunas reflexiones sobre la acción de repetición*. Trabajo presentado

- en el XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, citado en Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Externado de Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá, pp. 385- 394.
- León E. (2003). *Acción de Repetición*. Bogotá: Librería del profesional, 1ª ed.
- López, A. (1999). *La aplicabilidad de la acción de repetición en el municipio de Arauca luego de la reestructuración administrativa de 1999*. Tesis de especialización no publicada en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Maya, E. (s.f.). Discurso: *El Fortalecimiento de la Gerencia Jurídica Pública como herramienta para la protección del patrimonio Público*. Extraído el 15 de marzo de 2007 desde: http://www.procuraduria.gov.co/descargas/eventos/discurso_12122005_gestionjuridicapublica.doc
- Mestre, I. & Garcés, M. (2004). *La acción de repetición y el llamamiento en garantía Ley 678 de 2001*. Tesis no publicada de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (1997). *Justicia Administrativa*. Centro de Investigaciones Sociojurídicas CIJUS. Bogotá: Universidad de los Andes,
- Ministerio de Justicia y del Derecho (s.f.). *Cartilla instructiva de Acción de Repetición y Llamamiento en garantía*. Programa Presidencial de lucha contra la corrupción. Dirección de Defensa Judicial de la Nación. Extraído el 22 de febrero de 2008 desde: http://www.mininterior-justicia.gov.co/adminFiles/CARTILLA_INSTRUCTIVA
- Molina, C. & Cañón, M. (2008). *La acción de repetición*. Medellín: Universidad de Medellín, 1º ed.
- Montero, J. (1988). *La Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Moreno, C. (2005). *Operancia de los comités de conciliación consagrados en el decreto 1214 de 2000 y ley 678 de 2001*. Tesis no publicada, Universidad Nacional, Facultad de Derecho: Bogotá.
- Muriel, A. (2001). *La Acción de Repetición*. Trabajo de grado no publicado para acceder al título de abogado, Universidad Nacional, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Ortega, V. (2001). *El espejismo de la acción de repetición*. Tesis no publicada para optar a título de posgrado de Instituciones Jurídicas, Política y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Palacio, J. (2004). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 4ª ed.
- Parra, J. (2001). *Los terceros en el proceso civil*. Bogotá: Librería del Profesional, 6ª ed.
- Penagos, G. (1.997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pérez, J. (2003). *Responsabilidad Estatal y Acción de Repetición*. Bogotá: Leyer, 2ª ed.
- Procuraduría General de la Nación (2005). “Acciones preventivas para la consolidación de buenas prácticas en materia de defensa judicial de los entes públicos”, en: *Procurando* N° 34, Boletín informativo de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá.
- Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis. 14ª ed.

- Rodríguez, R. & Mantúfar (1999). *La Acción de Repetición*. Tesis de especialización no publicada en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Ruiz, W. (2008). *Responsabilidad Extracontractual* (1 ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Sánchez, C; Naranjo, R. & Rincón, E. (2003). *Ley 678 de 2001. La Acción de Repetición como instrumento de control del Gasto*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Solano, J. (1997). *Derecho Procesal Administrativo y Contencioso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*. Bogotá: Ed. Temis.
- Torres, L. A. (2005). Se justifica la acción de repetición? Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma. *Civilizar N° 8. Revista electrónica de difusión científica de la Universidad Sergio Arboleda*, 17 páginas. Extraído el 22 de febrero de 2008. Desde www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf.
- Torres, T. (2004). *La acción de repetición eficacia en la jurisdicción Contencioso Administrativa en el departamento de Boyacá 1994 – 2004*. Tesis de especialización no publicada en Instituciones Jurídico Políticas con énfasis en derecho administrativo, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Vargas, B. (2004). *Análisis de la eficacia de la acción de reparación en Colombia*. Tesis Especialización en derecho Administrativo, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Vidal, J. (1997). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis S.A., 11ª ed.
- Younes, D. (2007). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, Octava edición.
- Normatividad consultada:**
- Código Civil de la República de Argentina, extraído el 8 de mayo de 2008 desde <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivo/s%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>
- Código Civil Federal de México de 1928. Extraído el 8 de mayo de 2008 desde <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/1.htm?s=>
- Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984; Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 y 2019 de 1970.
- Constitución de la República de Chile. Extraída el 07 de mayo de 2008 desde http://www.camara.cl/legis/constitucion/contitucion_politica.pdf
- Constitución de la República de Honduras de 1982. Extraído el 07 de mayo de 2008 desde http://www.honduras.net/honduras_constitution.html
- Constitución de la República del Ecuador de 1998. Extraído el 07 de mayo de 2008 desde <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>
- Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997. Extraída el 07 de mayo de 2008 desde http://www.rau.edu.uy/uruguay/const_97-1.6.htm.
- Constitución Española de 1978; Constitución Política de Colombia de 1886; Constitución Política de Colombia de 1991.
- Constitución Política de México de 1917. Extraído el 8 de mayo de 2008 desde <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/112.htm?s=>

Constitución Política de Paraguay, de 1992, art. 106. Extraído el 8 de mayo de 2008 desde <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>

Decreto 1214 de 2000; Decreto 1222 de 1986; Decreto 1333 de 1986.

Decreto 395/06, República del Uruguay. Extraído el 07 de mayo de 2008 desde http://209.85.165.104/search?q=cache:f_nGF6L_nUQJ:www.elderechodigital.com.uy/acceso1/legisla/decretos/d0600395.html+URUGUAY+ACCION+DE+REPETICION+FUNCIONARIO&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=co.

Ley 03 de 1986; Ley 11 de 1986; Ley 80 de 1993; Ley 270 de 1996; Ley italiana 117 de 1988, art. 8; Ley 446 de 1998; Ley 678 de 2001.

Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público –LOCMP-, Chile. Extraído el 07 de mayo de 2008 desde http://209.85.215.104/search?q=cache:LDCQ4AXn3LAJ:www.anfrion.cl/actualidad/20ulle/19640.html+Art%C3%ADculo+5%C2%BA.+El+Estado+ser%C3%A1+responsable+por+las+conductas+injustificadamente+err%C3%B3neas+o+arbitrarias+del+Ministerio+P%C3%ABlico.&hl=es&ct=clnk&cd=4&gl=co&lr=lang_es

Pacto de San José de Costa Rica de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobado por Ley 16 de 1972.

La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo*

Suspension in Prevention as a Precautionary Measure in Administrative Law Litigation

Recibido: 12 de octubre de 2008 - Revisado: 1 de noviembre de 2008 - Aceptado: 6 de noviembre de 2008

Julieta Arenas Ceballos**

Resumen

La *suspensión en prevención*, como una de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en Colombia, tuvo en su primer proyecto legislativo un planteamiento de acción, mediante la cual los ciudadanos que tuvieran indicios graves de que se iban a producir actos, hechos u operaciones administrativas ilegales o inconstitucionales en perjuicio suyo, podían solicitar a la justicia contenciosa administrativa que impidiera que éstos se causaran. Así quedó prevista en el Artículo 153 del C.C.A., contenido en el Decreto Extraordinario 01 de 1984, en el Título XVII, de la suspensión provisional.

Este instrumento fue esencialmente una medida cautelar que evitaba que una actuación de la administración inconstitucional o ilegal, no susceptible de otro recurso, naciera a la vida jurídica y cuyo fin era prevenir un daño que se ocasionaría con tal actuación. Se diferenciaba de la otra medida cautelar de *suspensión provisional*, en que la actuación ya se había producido y culminado o concretado, y en ella el acto empezaba a producir efectos (Ibáñez Najer, 1985, pp. 93 – 107).

La suspensión en prevención fue derogada después de un corto período de aplicación judicial,¹ lo que desde entonces ocasionó un vacío legal al no contarse con este importante instrumento procesal cautelar que permitía al propio ciudadano detener preventivamente una actuación de la administración contraria a la Constitución o la ley.

Por último, tal suspensión afecta el desarrollo constitucional de la *tutela judicial efectiva*, concretamente en lo que se refiere a las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, tema que tiene pendiente en gran parte, su desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras claves

Proceso contencioso administrativo, medidas cautelares, tutela judicial efectiva, tutela cautelar judicial, suspensión provisional y suspensión en prevención.

Abstract

The suspension in prevention, as a precautionary measure in administrative law litigation in Colombia, in its first bill was established as an action, by which, citizens who had serious evidence that they were going to be illegal or unconstitutional actions or operations to their detriment, they could prevent such actions or operations from happening by means of Administrative Law litigation. This was established by Article 153 of the C.C.A. (Colombian Administrative Statute) included in the Extraordinary Decree 01 of 1984, in Title XVII of the provisional suspension. This tool was essentially a precautionary measure that prevented an unconstitutional or illegal administrative action, not subject to any other legal action, from happening, and its purpose was to prevent any harm that would result from such action. It was different from other protection measure of temporary suspension in which the action had already happened and such action was already producing effects.

The suspension in prevention was revoked after a short period of judicial enforcement, resulting in a legal emptiness caused by the absence of this important procedural protection tool that allowed citizens to preventively stop administrative actions against the Constitution or the law.

Finally, such suspension affects the constitutional development of effective judicial protection, specifically as it relates to precautionary measures in administrative law litigation, issue that is to be hugely developed in the Colombian legal system.

Key Words

Administrative Law Litigation, precautionary measures, effective judicial protection, judicial precautionary protection, temporary suspension and suspension in prevention.

* Este artículo constituye un avance de investigación denominado: La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo, avalado por la Universidad Sergio Arboleda. Dirigido por Jorge Enrique Ibáñez Najer –Director e investigador del Grupo Justicia y Desarrollo– Categoría A Colciencias.

** Abogada Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho de Seguros, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y, candidata a Magister en Derecho, Universidad Sergio Arboleda. Investigadora del Grupo Crear de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Categoría A Colciencias. Correo electrónico: julieta.arenas@usa.edu.co

Introducción

Por una parte, la preocupación en el tema de las medidas cautelares en lo contencioso administrativo ha llevado al planteamiento de reformas de carácter legal (Ibáñez, 2007; Bacigalupo, 1999; Campo, 1997; García de Enterría, 1992; Chinchilla, 1991) que no hagan ilusorias las pretensiones de los particulares en las reclamaciones judiciales contra las actuaciones ilegales o inconstitucionales de la administración.

Como lo expresa Chinchilla:

“En efecto, la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o amenaza. Sin este peligro que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure, no hay medidas cautelares

La medida cautelar exige, por ello, como puso de relieve Calamandrei, un preventivo cálculo de probabilidad sobre el *periculum in mora* que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad que es el que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita en los tribunales [fumus boni iuris].” (Chinchilla C, 1991, p.42).”

Es importante resaltar, conforme lo señala Calamandrei, que:

“La acción cautelar tiene como condición no la existencia de un derecho, sino la *apariencia del derecho*: y que, aun cuando el juicio sobre la acción cautelar se desarrolla con la garantía de la cognición ordinaria (ocurre, por ejemplo, en el juicio de convalidación del secuestro), esta cognición, aunque sea plena y a fondo, no va más allá, por lo que se refiere al derecho principal, de simple hipotética apariencia. Esto significa que, una vez considerada tal apariencia, la acción cautelar está, sin más, en relación al peligro, plena y definitivamente fundada; y si después, en el juicio principal se estableciera que la apariencia,

antes tomada en consideración, del derecho no corresponde a la existencia del mismo, esto serviría para demostrar que es infundada la acción principal (entre las condiciones de la cual figura precisamente la de la existencia del derecho), pero no para demostrar retroactivamente la falta de fundamento de la acción cautelar y la ilegitimidad de la medida cautelar, la cual, como se ha dicho, tiene precisamente el oficio normal y fisiológico de proveer interinamente *mientras el derecho es todavía incierto* (supuesto, pero incierto) y de permitir así que el juicio principal, encaminado a eliminar tal falta de certeza, se desenvuelva sin precipitación” (Calamandrei, 1945, p. 83).

De otra parte, la constitucionalización del derecho en el caso de la *cautela judicial o medida cautelar*, se deriva de la *tutela judicial efectiva*, derecho fundamental previsto en la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos, entre otros Colombia, España, Alemania, México y Chile, que resaltan la importancia en el contexto jurídico de este derecho, que ha evolucionado hasta alcanzar la denominación de fundamental², al igual que en los tratados internacionales de derechos humanos³ y de lucha contra la corrupción⁴, que garantizan no solamente el acceso a la administración de justicia, sino que este acceso sea oportuno y eficaz. Así, al desarrollarse jurisprudencialmente esta institución jurídica, la Corte Constitucional Colombiana⁵ ha construido las características del derecho al acceso a la administración de justicia (Moreno, 2000), para lo cual ha señalado que se trata de un derecho fundamental; libre, ejercido directamente o por medio de representante judicial; ser regulado por la ley, que exige una decisión judicial pronta y cumplidamente y, además, válida, veraz, correcta y útil. Para que el acceso a la administración de justicia sea efectivo, reclama una conducta del juez, que al analizar el caso, pondere responsablemente las situaciones que se someten a su juzgamiento y donde no se debe exigir más procedimientos que los idóneos, sujetos a las reglas de derecho, con la debida oportunidad, para obtener una decisión judicial.⁶

Problema de investigación

La suspensión en prevención, como medida cautelar, fue un instrumento previsto para evitar

una actuación inconstitucional o ilegal de la administración pública, con la cual el ciudadano tenía una manera oportuna y eficaz de defender sus derechos y así se evitaban los consabidos y largos procesos contra la Administración y las cuantiosas indemnizaciones a cargo del Estado.

Esta figura jurídica cautelar fue presentada inicialmente en 1980 ante el Congreso de la República como una acción preventiva, para lograr mayor eficacia de la suspensión provisional, tomando las experiencias de las acciones similares contempladas en los ordenamientos jurídicos de Argentina y México como el “amparo” y en el sistema anglosajón con las “injunctions”.

Por ello, el memorando al Congreso de la República que ampliaba la exposición de motivos del proyecto, anotaba: “Este proyecto busca crear acciones que sirvan para prevenir la violación de la ley, impedir daños a las personas, evitar indemnizaciones a cargo de los presupuestos públicos, reducir el número de litigios administrativos” (Ibáñez Najjar, 1985, p. 93).

Más adelante, “el Código de 1984 introdujo la *suspensión provisional en prevención* contra los actos preparatorios o de trámite cuando se dirigieran a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso o contra los actos de ejecución cuando el definitivo no hubiere sido notificado legalmente; cuando los recursos interpuestos contra él no hubieren sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hubieren impedido que se recurriera. Entonces, la suspensión en prevención impediría completar o ejecutar los actos definitivos”. (Ibáñez Najjar, 2007, p. 819).

Sin embargo, la *suspensión en prevención* tuvo un corto y no muy afortunado desarrollo judicial⁷, toda vez que fue derogada parcialmente por la sentencia No. 48 del 10 de agosto de 1989, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, proferida dentro del Expediente 1922 y posteriormente derogada expresamente por el artículo 68 del Decreto Extraordinario 2304 de 7 de octubre de 1989.

¿Se justificaba derogar la figura de la suspensión en prevención que ya había sido incorporada en el ordenamiento jurídico en 1984, y que se aplicó hasta 1989? ¿Se requiere revivir esta figura y de nuevo consagrarla en el derecho colombiano?

Sin embargo, los particulares a pesar de contar con mecanismos de control de legalidad y de constitucionalidad de estos actos, no logran el restablecimiento de sus derechos y la reparación de los daños irrogados por la administración de manera justa y oportuna, principalmente por el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia relacionado con la congestión y la mora judicial. Correlativamente, por la misma causa, en aquellos casos en que es condenado el Estado, el valor de las reparaciones e indemnizaciones por los comportamientos citados de sus agentes va creciendo de tal manera que durante el proceso judicial los pasivos contingentes constituyen un grave problema para los presupuestos públicos que tienen vigencia anual y luego, cuando se liquidan las condenas, éstas son tan altas que los recursos que deben destinarse para cumplirse son insuficientes, al tiempo que por virtud de las mismas, el Estado debe disminuir, paulatinamente, los recursos destinados para la ejecución de la política social y el bienestar de la comunidad.

Además, la responsabilidad de la actuación pertinente de los funcionarios involucrados, con el paso del tiempo y la definición jurisdiccional se vuelve inoperante, teniendo en cuenta que los funcionarios del nivel ejecutivo son, en la mayoría de los casos, de libre nombramiento y remoción, por lo que, en la realidad al momento de un fallo judicial, quien realmente responde pecuniariamente es el Estado, no obstante la consagración y desarrollo legal de la acción de repetición que tan buenos propósitos tiene, pero de resultados ineficaces.

No basta la existencia de un aparato judicial permanente si él no es oportuno, eficiente y eficaz. No basta la consagración de un elenco de acciones judiciales si ellas sólo pueden ejercitarse

después de producido el acto manifiestamente ilegal o inconstitucional o de producido el hecho dañoso, el desvío o el abuso de poder. Y, no basta la consagración de la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto, pues para que se pueda pedir, es menester que el acto exista y se pruebe siquiera sumariamente y sin mayor esfuerzo que él es groseramente inconstitucional o ilegal o que fue expedido con grosero abuso o desvío de poder.

Metodología

Con base en la clasificación tradicional, la investigación jurídica acude a normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina referente al tema de la *suspensión en prevención*, donde inicialmente se considerará dentro de un estudio comparativo, la suspensión provisional prevista en el actual ordenamiento legal colombiano.

La estrategia metodológica se guía por la investigación histórica de antecedentes tanto constitucionales, legales y jurisprudenciales en los últimos veinticinco años.

La investigación utiliza también el tipo explicativo en cuanto intenta buscar un mejor resultado en la solución de los inconvenientes de carácter constitucional y legal presentados en el desarrollo de la actividad administrativa, haciendo que se evite culminar una actuación administrativa de la cual surja un acto inconstitucional, ilegal o abusivo o que simplemente constituya una vía de hecho de la Administración, y que no se presente, un extenso, fatigoso y cuantioso proceso judicial que ocasiona a la postre grandes perjuicios económicos tanto al erario público como a los particulares.

Lo más importante es lograr evidenciar la necesidad de solucionar por lo menos uno de los problemas más graves, en nuestra administración de justicia de lo contencioso administrativo –en este caso- que es la justicia retardada e ineficaz, que a la postre es considerada como denegación de justicia. Lo anterior sustentado en estadísticas

que provienen no solo de los organismos estatales⁸ que tienen ese deber legal, sino también en organismos internacionales⁹ que de manera directa o transversal, analizan la problemática de la administración de justicia, como factor de garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales, base del desarrollo de las instituciones democráticas y aún del control de la corrupción, en un contexto constitucional de Estado Social de Derecho.

Se ha presentado un interés especial en los últimos años en buscar las posibles soluciones para atender la problemática derivada del desmesurado atraso en la resolución de los procesos judiciales, en especial, en la justicia de lo contencioso administrativo. Es un tema de preocupación constante, que como se ha observado persiste no sólo en el entorno local sino mundial.

García de Enterría al referirse a la situación de la justicia administrativa prevé:

“La tendencia al incremento de los procesos contencioso-administrativos “es perfectamente común en los Estados occidentales. No se trata, pues, de ninguna moda o fenómeno ocasional, tras del cual quepa esperar un retorno más o menos lejano a la antigua y tranquila quietud, sino de algo consolidado y definitivo cuya tendencia se incrementará aún en el futuro. La tendencia hacia una más extensa justicia administrativa se enraíza en lo más profundo de las sociedades democráticas, y es ella misma una de las expresiones más seguras del propio principio democrático, en cuanto que se inserta en el núcleo de la técnica del gobierno por la ley y no por los caprichos de los hombres. Es un desarrollo de la conciencia ciudadana, que es la titularidad común del poder público, lo que hace presente en el justiciable que reclama ante el Tribunal contra la Administración por presunta ilegalidad de su actuación. Ese sentimiento fácilmente previsible que seguirá en expansión creciente como una consecuencia de mayor conciencia democrática, como Tocqueville previó lúcidamente hace ya siglo y medio, y como demuestra la experiencia uniforme de todos los países democráticos. Es lo que se ha llamado “un

contencioso-administrativo de masas”. (García de Enterría, 2000, p. 256).

En Colombia, el Profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar se refiere a los aspectos positivos que ha tenido el Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, pero también indica la posibilidad de plantear reformas al mismo, de acuerdo con la realidad de hoy para precaver y resolver los conflictos entre la Administración y los particulares de una manera oportuna, eficaz y eficiente. (Ibáñez Najar, 2007, p. 819).

Al referirse a la creación de la suspensión en prevención en el C.C.A., contenido en el Decreto 01 de 1984, el profesor Ibáñez Najar señala:

“Mientras que la solicitud de suspensión provisional debe presentarse conjunta o simultáneamente con la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento o antes de dictarse el auto admisorio contra un acto administrativo ya expedido y que está produciendo efectos, el Código de 1984 introdujo la suspensión provisional en prevención contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirigieran a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso o contra los actos de ejecución cuando el definitivo no hubiere sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hubieran sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hubieran impedido que se recurriera. Entonces, la suspensión en prevención impediría completar o ejecutar los actos definitivos” (Ibáñez Najar, 2007, p. 819).

Se observa, que son escasas las propuestas de reforma contenciosa administrativa en Colombia, sustentadas en la tutela cautelar judicial, tan necesaria para lograr la eficacia en esta justicia especial.

Sin embargo, el profesor Manuel Restrepo ha planteado:

“...que si bien es cierto que la ley ha de prever la existencia, posibilidad de operancia y casos en que tienen ocurrencia las medidas cautelares, en observancia al principio de legalidad, para una mejor

garantía de los derechos que pueden verse afectados por la demora en el trámite de los procesos judiciales, especialmente dentro del marco garantista de la Carta Política vigente – Colombiana – resulta ineficiente la regulación actual de la tutela cautelar judicial, concebida en forma taxativa, de manera que solamente tienen carácter cautelar aquellas medidas establecidas en una regla jurídica (...). Se impone la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de una norma en blanco que permita la adopción de cualquier medida cautelar que se presente como idónea para la salvaguarda del objeto litigioso y la ejecución in natura de la sentencia, dejando al juez en libertad de otorgar aquéllas cuyo discernimiento le indique que son las más convenientes (Restrepo, 2005, pp. 17,18).

En consecuencia, en Colombia la única medida cautelar existente en el proceso contencioso administrativo es la *suspensión provisional* de los efectos del acto administrativo demandado, lo que reclama, de manera urgente, una ampliación del elenco de medidas cautelares para las situaciones no contempladas como la inactividad de la administración, o actos positivos de la misma¹⁰, para superar de alguna manera la situación actual de ineficiencia en la justicia administrativa.

El término de medida cautelar, en el sentido amplio (De la Sierra, 2004, p.42) se entienden como el sinónimo de todos los instrumentos procesales aptos para adoptar resoluciones rápidas. A su vez en el sentido estricto, el término hace referencia a medias instrumentales que pueden ser definidas por el juez en el proceso para proteger provisionalmente los bienes, derechos o intereses de las partes y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de objeto. En el ordenamiento jurídico español el Juez contenciosos-administrativo (Parejo, 2003, p.1195) puede dispensar una tutela cautelar en los términos en todo equivalentes a la otorgable por el juez civil, sin otras modulaciones¹¹ que las que resultan justamente de la peculiaridad o especialidad de la jurisdicción que el primero ejerce.

En ese orden de ideas, la cuestión debatida por los procesalistas, civiles principalmente, sobre

la naturaleza jurídica de la tutela cautelar, se ha enfocado en determinar si es un proceso autónomo distinto del proceso declarativo o ejecutivo, o por el contrario, el considerar dicha figura como una etapa instrumental de los mismos carente de cualquier autonomía procesal.

El proceso cautelar como proceso autónomo, fue desarrollado principalmente en Italia (Chiovenda, 1954¹²; Rocco¹³, 1974; Liebman, 1980¹⁴), seguido en España, en donde Cortés Domínguez (citado por Chinchilla, 1991, p.52) expresa al respecto:

“...el punto de partida es la existencia de un verdadero y puro derecho procesal a la cautela (autónomo), es decir, el aseguramiento de la tutela plena de las sentencias (...). Del carácter accesorio y dependiente de la cautela en relación a la sentencia declarativa, no se deriva la negación de la autonomía del proceso cautelar que, por el contrario, se fundamenta en que las medidas cautelares se adoptan bajo los presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal”.

El término de “proceso cautelar” (De la Sierra, 2004, p.43), es pues utilizado por quienes consideran la función cautelar como un proceso autónomo, instrumental y diferenciado de los procesos declarativo y ejecutivo, donde la pretensión cautelar no consiste en declarar el derecho ni de realizarlo forzosamente, sino proteger determinadas situaciones jurídicas con los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, en tanto se adopte la resolución de fondo.

La verdad (García Sarmiento, 1981, p.12) “es que, examinado el derecho que la norma jurídica confiere a toda persona que crea fundamentalmente que *periculum in mora* puede sufrir perjuicios (para pedir en consecuencia, cumpliendo las formalidades de la ley la medida de cautela), se trata de una acción con caracteres propios que necesariamente no tiene un fin en sí misma, no es cautela por cautela, pero sí respecto a la facultad jurídica de exigir al Estado un derecho autónomo y, por lo tanto una acción de cautela”.

De otra parte el término “medidas cautelares” (De la Sierra, 2004, p.43), debía aplicarse si la concepción que se defiende es la de una concatenación de actos independientes y no reconducibles a una unidad. En este caso, las medidas cautelares no aparecerían, en principio, como un proceso autónomo, sino como un incidente del proceso declarativo o como medio de aseguramiento del proceso ejecutivo.

Para Calamandrei (citado por Chinchilla, 1991, p.52), la tutela cautelar carece de “una característica y constante estructura exterior”. En una palabra, de una autonomía procedimental que para él parece ser la clave para afirmar o negar su autonomía procesal. Por ello, el procesalista florentino advertirá en las primeras páginas de su *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti cautelari* que el objeto de su estudio no va a ser el proceso cautelar, sino el “*provvedimento*”, puesto que el proceso que pone en marcha una medida cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior.

Es, pues, para los procesalistas, considerado el proceso cautelar (Azula, 1982, p.69), como las medidas que tienden a garantizar los resultados que persigue en otro. Lo que significa en este caso que el proceso cautelar es de carácter accesorio, puesto que está condicionado o supeditado a la existencia de otro, y corre por tanto la misma suerte de éste, agregando su peculiaridad de medio instrumental para obtener la efectividad de los resultados queridos.

Devis Echandía (1993, p.209) lo considera como proceso y como acción cautelar, definiéndolo como derecho de iniciar un procedimiento para que se adopten medidas judiciales necesarias para el aseguramiento de la satisfacción del derecho material o para su defensa; es decir, que se realice un proceso cautelar.

Esta acción cautelar puede ser autónoma, es decir, independiente de otra que posteriormente se ejerza para un nuevo proceso, pero por lo general es accesoria o independiente de otra,

como a la que persigue medidas cautelares previas a la ejecución, visión prevista por Carnellutti (1944), en relación del proceso cautelar con el proceso definitivo que conduce a separar el proceso cautelar como autónomo y el proceso cautelar dependiente.

En posición contraria a la concepción de autonomía procesal de las medidas cautelares están Fernández y Serra Domínguez citados por Chinchilla, 1991, pp. 53-56. El primero define las medidas cautelares por su instrumentalidad, que las hace pertenecer a la ejecución forzosa, que en definitiva no son sino un adelanto de parte de las actuaciones que forman la ejecución futura; el segundo autor reconoce que algunas medidas cautelares deben tramitarse en pieza separada, pero eso es una autonomía procedimental no suficiente para construir un nuevo tipo de proceso.

Chinchilla (1991, p.55) se inclina por la corriente que considera al proceso una unidad de la que la tutela cautelar, cognición y ejecución serían diversas etapas. En esta unidad que es el proceso, la tutela cautelar, como puso de relieve Calamandrei, puede tener, según los casos, efectos declarativos o ejecutivos, junto a su característica principal y propia, consistente en proteger preventiva y provisionalmente los derechos e intereses legítimos del demandante, adelantando, en cierta medida, el juicio declarativo y posterior ejecución de la sentencia.

Llama la atención que las medidas cautelares en el contencioso administrativo, aglutinan en unas u otras palabras una necesidad expresada por los doctrinantes en principio y después manifestada en la jurisprudencia, especialmente de los Tribunales Europeos, tanto nacionales como de la Unión, donde la inaplazable reconstrucción "(...) del sistema legal no debería limitarse, sin embargo, -en razón de la apertura jurisprudencial en Europa de las medidas cautelares- a una nueva regulación de la suspensión en línea que dicha jurisprudencia marca, sino que habría que concretarse, también

a la vista de ella, en la admisión formal de otras medidas cautelares distintas y más efectivas que la mera y simple suspensión enderezadas, al igual que ésta, a garantizar el derecho fundamental a la tutela cautelar- garante de la tutela efectiva final-." (García de Enterría y Fernández, 1997, p 622).

Comentario crítico

El debate principal se centra en la ineficacia de las medidas cautelares previstas en el proceso contencioso administrativo en Colombia, que hace que las mismas se tornen inoperantes, y demande la necesidad de abrir las posibilidades de más instrumentos cautelares en el proceso contencioso administrativo, que proporcionen más prontitud y eficacia a quien demanda justicia.

El problema de la congestión judicial en todos los niveles es notorio. Ni aun con la ampliación de las acciones constitucionales en el año 1991 para garantizar, proteger y efectivizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y además de los derechos colectivos, se tiene que la tutela judicial o acceso efectivo a la administración de justicia, se ha podido avanzar para que se pueda resolver efectivamente la problemática aquí planteada.

En la jurisdicción contencioso administrativa, es aún más dramática dicha congestión, no obstante que las cifras estadísticas con las que se cuenta no determinan de ninguna manera la situación real, son dispersas, y, no cuentan con una sistematización puntual en la que se mida, por ejemplo la aceptación o no de una medida tan importante como la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, -en principio seriamente cuestionados en su constitucionalidad o legalidad por parte de los ciudadanos.

Cierto es que los actos administrativos gozan del principio de legalidad y ejecutoriedad, para una eficacia pretendida de las actuaciones administrativas y para alcanzar el fin propuesto, pero también es cierto, que los abusos constantes del poder y actuaciones desmedidas de la

administración, hacen que el ciudadano común no se pueda defender o hacer valer sus derechos de manera eficaz, entendiendo esa eficacia como una actuación cumplida en la justicia especial contencioso administrativa –en términos reales de tiempo– y que cuando se llegue al momento de la sentencia, debidamente ejecutoriada, que no sea la solución oportuna a la controversia mucho tiempo atrás planteada a la jurisdicción.

Ahora bien, no se separa de la realidad actual el tema de las medidas cautelares en la justicia contencioso administrativa, pues la globalidad de los compromisos jurídicos atañe a la órbita de nacional de los Estados, en cuanto a sus compromisos internacionales, bien sea de carácter privado o público. Es por eso que un sistema de medidas cautelares más abierto, puede fortalecer el papel de la institución jurisdiccional en la resolución de los grandes conflictos que envuelven grandes intereses no sólo económicos sino a la postre políticos. Por tanto y de cara a la imagen mundial, es igualmente importante insistir en este punto.

Deben plantearse reformas procedimentales soportadas en serios estudios casuísticos de los factores que más inciden en las razones presentes que ocasionan que los procesos no obtengan soluciones rápidas, oportunas y por supuesto legales, y además, insistir en que el sustento constitucional de la tutela judicial, como derecho fundamental, ya ha tenido un desarrollo importante en nuestro país y en el mundo entero para no disculpar más su falta de instrumentación legal, por lo menos en lo que respecta a las medidas cautelares en lo contencioso administrativo.

Las actuaciones en que se ve implicada la Administración son cada vez más complejas y comprometen cada vez más la estabilidad socioeconómica del país, por eso debe darse cuenta de que es absolutamente insuficiente e ineficiente la sola suspensión provisional de los actos administrativos como medida cautelar actual dentro del proceso.

Como lo expone con razón, Alejandro Nieto (2003, p. 24):

“Las leyes, la jurisprudencia y la doctrina se retroalimentan en un proceso circular indefinidamente repetido: las leyes cristalizan los conceptos doctrinales y los autores se apoyan en las leyes, pero siempre con un telón judicial de fondo que actúa como piedra de toque de cuanto los textos establecen. Gracias a los conceptos el jurista nunca está abandonado y puede operar de una manera rápida y eficaz, puesto que, cuando analiza un fenómeno jurídico real que carece de regulación legal, lo único que necesita es subsumirlo dentro de un tipo y, una vez realizada esta operación personal, las consecuencias jurídicas vienen por sí solas, ya que están predeterminadas en el concepto abstracto.”

Conclusiones

No cabe la menor duda que en el desarrollo de la actividad administrativa a cargo de los diferentes órganos que integran la administración pública, se comenten muchos errores con la expedición de actos inconstitucionales o ilegales, o se incurre en arbitrariedades, abuso o desvío de poder, incluso en vías de hecho. En consecuencia, lo que debe hacerse es precaver y evitar una conducta irregular, desviada o abusiva, o la expedición de un acto manifiestamente ilegal o inconstitucional y, así evitar un proceso judicial, del cual, por lo general no sale bien librado ni el particular, ni la Administración Pública. Es por ello que debería volver a existir en el derecho colombiano, la consagración de la *suspensión en prevención* de la actuación administrativa.

El mundo actual se encuentra entrelazado por un sin número de situaciones de orden legal cada vez más complejas, por lo que los ordenamientos jurídicos nacionales deben estar siempre atentos a asumir esas situaciones. El problema de la justicia atrasada –que no tendría el carácter de justicia como tal– es una situación grave para las democracias latinoamericanas, con estudios tan serios y meticulosos como el presentado por el Banco Interamericano de Desarrollo en 2007 referido en la introducción de este capítulo, donde

se evidencia, entre otras cosas, la falta de sistematización de la información de los procesos, sus avances y su eficacia.

De igual manera, en el documento CONPES No. 3250 de 2003¹⁵, el Consejo Nacional de Política Económica y Social señala las líneas de acción para el fortalecimiento de la defensa legal de la Nación y evidencia, que no se sabe a ciencia cierta, ni siquiera cuántos, cuáles y en qué condiciones existen procesos judiciales en contra de la Nación, lo que además hace urgente tomar medidas de carácter normativo, para al menos evitar tantas actuaciones ilegales o inconstitucionales de los entes administrativos.

En ese orden de ideas y para finalizar, la investigación jurídica debe enfocarse en plantear la mejor solución jurídica posible a la problemática real, de tal suerte que dote al ordenamiento jurídico de normas eficaces y no de simples legislaciones coyunturales que tienden a visualizar solamente la solución de problemas individuales o de colectivos de ciudadanos en casos muy particulares.

Notas

¹ Derogada mediante el Artículo 68 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989.

² En Colombia el Preámbulo y artículos 2, 228 y 229 de la Constitución Política prevé que: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado”. En España en el artículo 24.1 de la Constitución dice que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y los tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”. En Alemania en el Artículo 103.1 de la Constitución señala que: “Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales.”. En Italia en el artículo 24.1 de la Constitución consagra que: “Todos podrán acudir a los Tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos”. En México en el

artículo 17 de la Constitución reza que: “Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público. Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil.” En Chile en el Artículo 19.3 de la Constitución Política dispone: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención, del letrado, si hubiere sido requerida...”

³ En la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su Artículo 8 prevé: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.” Accesible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. En la Convención

Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, en su Artículo 8.1 dispone: "Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Accesible en: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>. entre otros.

⁴ PNUD 2004, Informe Anticorrupción, accesible en: http://www.undp.org/governance/docs/AC_PN_Spanish.pdf, recuperado el 20 de junio de 2008.

⁵ Sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho al acceso a la administración de justicia entre otras: C-426 de 2002; C-1171 de 2005 y C-483 de 2008.

⁶ Véase el interesante estudio realizado por Luis Javier Moreno Ortiz, sobre las Sentencias de la Corte Constitucional referentes al acceso a la administración de justicia, entre otras, C-544 de 1992; T-320, T-329 y T-431 de 1993; T-171, T-172, T-231, T-239 y C-351 de 1994; T-067 y C-179 de 1995; T-298 de 1997. Moreno Ortiz Luis Javier, *Acceso a la justicia*, Ediciones Academia Colombiana de la Jurisprudencia Colección Portable, Bogotá D.C., 2000, pp. 108-128.

⁷ Entre otras sentencias en que prosperó la suspensión en prevención, véanse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No. 830, providencia del 23 de marzo de 1988. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación Número 862, providencia del 4 de abril de 1988. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación No. 930, providencia del 12 de agosto de 1988. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Primera, Radicación No. 915, providencia del 24 de agosto de 1988.

⁸ Ministerio del Interior y de Justicia, accesible en http://www.mininteriorjusticia.gov.co/pagina4_detalle.asp?doc=3&pag=40&cat=58 ; El Consejo Superior de la Judicatura en Colombia, accesible en www.ramajudicial.gov.co/csportal/assets/CIFRAS%20DEL%20CSJ%20EN%20ELCONGRESO..doc, 2007. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, accesible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3172.pdf.

⁹ Entre otros: El Banco Interamericano de Desarrollo, en Justicia: un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo, accesible en: <http://www.iadb.org/publications/IDBBooks.cfm?language=Spanish&PARID>; Transparencia por Colombia, accesible en <http://www.transparenciacolombia.org.co/transparencia//tabid/67/Default.aspx> e Instituto de Ciencia Política, Hernán Echavarría Olózaga, accesible en http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_53.pdf.

¹⁰ En el caso Español, como lo expresa Eduardo García de Enterría en La Batalla por las Medidas Cautelares: "Más que glosar la importancia en sí misma de una decisión de un Tribunal contencioso-administrativo que dicta, seguramente por primera vez en la historia de nuestra justicia administrativa, una "medida cautelar positiva", y que la dicta con conciencia plena de que la Constitución le obliga a ello, para poder dispensar la tutela judicial efectiva que ha sido pedida por un ciudadano, interesa me parece, detenerse un momento sobre la singularidad de la misma de a medida por él configurada. Debe resaltarse, por lo pronto, la simplicidad del argumento jurídico de fondo utilizado en respaldo de la técnica misma de la tutela cautelar: hay que evitar la frustración práctica del proceso, amenazado por larguísimos años de demora en la resolución y, por tanto, de la paralización virtual de la empresa la que ha denegado autorización

para actuar, y ello es una exigencia del principio de la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución, con el carácter de “vinculación más fuerte”; la Sala está enteramente dispuesta a otorgar esa protección cautelar, e incluso declara que está “obligada” a ello. ¿Qué medida cautelar en concreto? El Tribunal ha dejado claro el carácter de *numerus apertus* de las medidas cautelares, o de su libre configuración por el juez en atención a las singularidades del caso, aunque siempre moviéndose sobre el doble parámetro de la necesidad de evitar la frustración práctica del proceso de fondo y de decidir según la “apariencia de buen derecho”. Serán pertinentes (e incluso obligatorias, como hemos visto) todas las medidas imaginables que sean necesarias para atender esa doble exigencia en García de Enterría Eduardo, 1992. *La Batalla por las Medidas Cautelares*. Madrid, Editorial Civitas S.A. p. 222.

¹¹ De acuerdo con Luciano Parejo Alfonso “En el contexto concreto de la tutela cautelar no cabe olvidar, en efecto, las peculiaridades que singularizan la tutela judicial como tal en el orden contencioso-administrativo. Pues aquélla no es si no un elemento componente, y un elemento subordinado y servicial, de ésta. Por lo tanto, los límites del control judicial ejercitable respecto de la actividad o la actuación de la administración son de suyo límites de la tutela cautelar, toda vez que el Juez contencioso-administrativo no puede poder más en sede cautelar que en sede de tutela definitiva, Parejo Alfonso, Luciano, *Derecho Administrativo, Instituciones Generales, Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2003, pp. 1195 - 1196.

¹² Chioyenda, observa: “La medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no realidad inminente y jurídico resultará de la declaración definitiva”, Chioyenda Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Conceptos Fundamentales la Doctrina de las*

Acciones, (Trad.)E. Gómez, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, pp. 319 s.s.

¹³ Rocco, manifiesta al respecto: “Por consiguiente, no cabe decir que la acción dirigida a obtener providencias cautelares sea mera acción, ya que no puede considerarse como accesorio del derecho cautelado, pues toda acción (de declaración de certeza, de condena o ejecutiva), y así también la acción cautelar, por ser del todo independiente del derecho sustancial al que se refiere la providencia solicitada, tiene un puro carácter de derecho procesal”, Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen V, Parte Especial Proceso Cautelar*, Ed. Temis, Bogotá, Desalma, Buenos Aires, 1977, pp. 24 - 25.

¹⁴ Liebman expresa al respecto: “La acción cautelar está siempre vinculada por una relación de complementariedad respecto de la acción principal, ya propuesta o de la cual se anuncia la próxima proposición. Esta relación está dada por esto: que la cautela que se pide tiene la finalidad de garantizar el proficuo resultado de la acción principal. No obstante, la acción cautelar es autónoma y puede ser aceptada o rechazada según que se presente por su contenido fundada o infundada; incluso, las condiciones a las que está subordinada son diversas para cada medida cautelar, y es la doctrina la que se ha esforzado en deducir de las disposiciones de la ley un concepto unitario de las condiciones que se exijan para su aceptación. Estas condiciones son, en principio las siguientes: a) Probable existencia de un derecho, del cual se pide la tutela en el proceso principal (*funis bonis iuris*); b) Fundado temor de que mientras se espera aquella tutela, lleguen a faltar las circunstancias de hecho favorables a la tutela misma (*periculum in mora*)”, Liebman, Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, (Trad.) Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, pp. 161 - 164.

¹⁵ Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, accesible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3172.pdf

Referencias

- Azula, J. (1982). *Manual de Derecho Procesal, Teoría del Proceso*, Tomo I. (p. 69). Bogotá: Editorial A B C.
- Bacigalupo, M. (1999). *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*. (pp.8 ss) Madrid – Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil I, Introducción y Función del Proceso Civil*. (p. 242). Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Calamandrei, P. (1945). *Introducción al Estudio de las Providencias Cautelares*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. (p. 83). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Chinchilla, C. (1991). *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*. (pp. 42-55). Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Constitución Política de Colombia (2007). Bogotá: Editorial Legis.
- Chiovenda, G. (1954). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Conceptos Fundamentales la Doctrina de las Acciones, Traducción de E. Gómez. (pp. 319) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- De la Sierra, S. (2004). *Tutela Cautelar Contencioso Administrativa y Derecho Europeo*. (p.42-43). Cizur Navarra: Editorial Aranzadi S.A..
- Devis, H. (1983). *Compendio de Derecho Procesal Tomo I. Teoría General del Proceso*. (p.209). Bogotá : Editorial ABC.
- García de Enterría, E. (1992). *La Batalla por las Medidas Cautelares*. (p. 222). Madrid: Editorial Civitas S.A.
- García de Enterría, E. (2000). *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Quinta Edición. (pp. 256 y ss). Madrid: Editorial Civitas S.A..
- García de Enterría, E. y Fernández, T.(1997). *Curso de Derecho Administrativo II*. (p. 622). Madrid: Editorial Civitas S.A.
- García, E. (1981). *Medidas Cautelares, Introducción a su estudio*. (p. 12). Bogotá: Editorial Librería El Foro de la Justicia.
- Ibáñez, J. (2007). *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. (p. 819) Bogotá: Justicia y Desarrollo Sostenible, Legis y Universidad Sergio Arboleda.
- Ibáñez, J. (1985). *Antecedentes del Código Contencioso Administrativo*. Tomo I. (pp. 93– 107). Proyecto de ley presentado por el Doctor Hugo Palacios Mejía a consideración del Congreso en las sesiones ordinarias de 1980 y Radicado con el No.25 en la Cámara de Representantes.
- Liebman, T. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción Santiago Sentis Melendo. (pp. 161 – 164). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Moreno, L. (2000). *Acceso a la Justicia*. (pp. 108 – 122). Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de la Jurisprudencia.
- Nieto, A. & Gordillo, A. (2003). *Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico*. (p. 24). Madrid: Editorial Trotta.
- Restrepo, M. (2005). La Necesidad de Ampliar la Tutela Cautelar Judicial en el Proceso Contencioso Administrativo. *Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales*, (Volumen 3, Separata. pp. 17 – 18). Madrid: Universidad Alfonso X el Sabio.
- Rocco, H. (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen V. Parte Especial

Proceso Cautelar. (pp. 24 y 25). Bogotá, Desalma, Buenos Aires: Temis.

deputati/funzionamento2002/03.
costituzione.asp

Parejo, L. (2003). *Derecho Administrativo, Instituciones Generales, Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. (pp. 1195–1196). Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Constitución Política de los Estados Unidos de Mexicanos (2008). Extraído 11 de mayo de 2008 desde <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

Consultas en línea

Banco Interamericano de Desarrollo (2007). En: *Justicia: un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Extraído: mayo 11 de 2008 desde <http://www.iadb.org/publications/IDBBooks.cfm?language=Spanish&PARID>

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.1 (2008). Extraído 11 de agosto de 2008 desde <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación (2003). Extraído 11 de mayo de 2008 desde www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3172.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 8 (2008). Extraído 11 de agosto de 2008 desde <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

Consejo Superior de la Judicatura en Colombia (2007). Extraído 12 de mayo de 2008 desde www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/CIFRAS%20DEL%20CSJ%20EN%20ELCONGRESO..doc

Instituto de Ciencia Política, Hernán Echavarría Olózaga, Extraído el 11 de agosto de 2006 desde http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_53.pdf.

Constitución Política de la República de Chile (2008). Extraído 11 mayo de 2008 desde http://www.camara.cl/legis/constitucion/contitucion_politica.pdf

Ley Fundamental para la República Federal Alemana. Extraído el 11 de agosto de 2006 desde <http://www.estudionuner.com.ar/calemana.htm>

Constitución de España. (2008). Extraído 11 de mayo de 2008 desde <http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978.html>

PNUD (2004). Informe Anticorrupción. Extraído el 20 de junio de 2008 desde http://www.undp.org/governance/docs/AC_PN_Spanish.pdf

Constitución de Italia. (2008). Extraído 11 de mayo de 2008 desde <http://es.camera.it/>

Transparencia por Colombia. Extraído el 11 de mayo 2008 desde <http://www.transparenciacolombia.org.co/transparencia//tabid/67/Default.aspx>

Algo más que piedra y consignas

Agitación social vista desde la prensa durante el gobierno de la concentración nacional (1930 – 1934)*

Something else besides stone and slogans: the social agitation seen from the press during the government of the national concentration (1930 - 1934)

Recibido: 7 de diciembre de 2008 - Revisado: 12 de febrero de 2009 - Aceptado: 27 de marzo de 2009

Rodrigo Hernán Torrejano Vargas**

Resumen

El artículo es un avance parcial de la investigación acerca de la protesta social en Colombia durante la república liberal (1930 – 1946), en el cual se realiza un examen general de algunos grupos sociales involucrados en las acciones de inconformismo, las modalidades de protesta adoptadas por ellos, sus demandas o exigencias y la localización espacial de los estallidos durante la administración del presidente Enrique Olaya Herrera, basado en información de prensa, para lo cual se hizo un agrupamiento estadístico elemental en tablas y gráficos.

Palabras clave

Protesta, modalidades de protesta, motivos de protesta, localización de la protesta, grupos inconformes.

Abstract

This article is a partial advance of the investigation about the social protest in Colombia during the liberal republic (1930 - 1946), in which it is carried out a general and descriptive examination of some social groups involved in the actions of inconformity, the modalities of protest adopted as them, their demands or requirements and the spatial location of the snaps during the administration of the president Enrique Olaya Herrera based on information of press, for which it was statistical elementary grouping in tables and graphs.

Key words

Protests, modalities of protest, motives of protest, location of the protest, nonconformist groups.

*Este artículo corresponde a un avance parcial de la investigación denominada: "La protesta social en Colombia durante la república liberal (1930 – 1946)".

**Licenciado en Ciencias Sociales, Universidad Distrital. Magíster en Historia, Universidad Externado de Colombia. Docente Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y docente Universidad Sergio Arboleda, Escuela de Política y Relaciones Internacionales y en la Correo electrónico: rtorrejano@gmail.com

Problema de investigación

El presente ensayo de historia social colombiana busca responder algunas preguntas acerca de la trayectoria y las vicisitudes de la dinámica social experimentada por las diferentes fuerzas vivas de la nación cuando el país venía embarcado en un vertiginoso proceso de modernización capitalista que le estaba cambiando la cara al mundo rural, agrícola y gamonalesco heredado del período decimonónico. Atendiendo con especial cuidado las relaciones que se tejieron entre la modernización económica y el tratamiento que la clase dirigente y empresarial le formularon al “despertar” del inconformismo como mecanismo de inclusión social.

Metodología

El artículo está en el terreno del colectivismo metodológico, en el que las condiciones materiales son imprescindibles para entender y explicar las relaciones sociales, políticas, jurídicas y culturales, pues estas relaciones no se explican por sí mismas (Fontana, 1982). Enfoque que permite el empleo de conceptos como: lucha de clases, clases sociales, burguesía, clase obrera, etc., y visualizar el funcionamiento social desde la perspectiva de una influencia y condicionamiento general, desplegado sobre todos los hombres por la entidad macro a la cual pertenece, en la que se desenvuelve, sea de manera adaptativa o contestataria y de la cual es producto.

El hombre es fruto de su época y para eso tenemos a nuestra disposición el concepto de modo de producción en el cual discurren las relaciones de clase. Igualmente acoge, por paradójico que pueda parecer, el individualismo metodológico, corriente que toma en cuenta la dimensión individual y racional en la explicación de la conducta de los sujetos y grupos sociales bajo la perspectiva de las teorías de la movilización de recursos y las oportunidades políticas.

Introducción

Por protesta social se entiende las diversas y disímiles expresiones de descontento, disgusto, inconformismo, enojo, cólera, desazón o pesadumbre, experimentados por diferentes sectores sociales urbanos frente a situaciones estructurales o coyunturales. Entonces, como plantea Mauricio Archila, el tema de la protesta social involucra el estudio de las acciones sociales que “irrumper en espacios públicos para expresar intencionalmente demandas o presionar soluciones ante distintos niveles del estado o entidades privadas” (Archila, 2005, p 75).

Las protestas sociales son investigadas con el apoyo teórico del colectivismo metodológico porque permite estudiar “*un sistema transformable y las condiciones en las cuales se efectúan dichas transformaciones*” (Foucault, 2003: 14).

Así mismo, las acciones sociales son escrutadas bajo la lupa del concepto de estructura puesto que delimita, ordena y define sus aspectos internos característicos. Igualmente, este concepto aplica para comprender las relaciones internas que definen la especificidad de la sociedad en la que se inscribe la agitación social (Foucault, 2003: 9 – 10).

Claro está que también se acude al soporte teórico del individualismo metodológico por los lados de la teoría de la movilización de los recursos y la teoría de la estructura de las oportunidades políticas. En la primera de ellas deben recordarse los aportes suscritos por J. McCarthy y M. Zald, quienes subrayan el concepto de **maximización de utilidades** a la hora de que alguien tome la decisión de involucrarse en cualquier clase de acción social, sondeando el posible provecho que pueda sacar de su participación en un estricto cálculo de costo/beneficio.

Como bien lo expuso la investigadora argentina Marina Farinetti “*El camino de la comunidad de intereses a la acción no es espontáneo; requiere de una voluntad empresarial. Digamos que los movimientos sociales se mueven con*

la lógica de una empresa en busca de clientes: procurando la identificación y ofreciendo incentivos" (Farinetti, 2002: 64).

En la segunda corriente se destacan S. Tarrow, Charles Tilly y Doug McAdam, quienes se orientan a comprender, *"el motivo por el cual los movimientos no aparecen solo en relación directa con el nivel de quejas de sus seguidores"* (Farinetti, 2002: 64), sino con el conjunto de oportunidades de participación social y política ofrecidas por el sistema, es decir, la movilización social está directamente relacionada con la permeabilidad o receptividad del gobierno de turno con el sistema político vigente, sin pretender decir que la inexistencia de ese conjunto de oportunidades políticas elimine o impida la celebración de protestas y movimientos sociales.

Hasta ahora se dispone de una base de datos parcial de las expresiones de inconformismo o

malestar social extraída fundamentalmente del periódico EL TIEMPO, el diario de mayor circulación nacional. En el período comprendido entre el 1 de enero de 1930 y el 30 de agosto de 1934 se registraron 137 protestas.

La intensidad de la agitación social varió de un año a otro. Sin embargo, es evidente una tendencia ascendente a medida que el cuatrienio presidencial avanza y más si se compara con el comportamiento de la protesta social a lo largo de los primeros treinta años del siglo en medio de la república conservadora, cuando una base de datos levantada especialmente con información de prensa local arrojó 114 acciones (Torreano, 2007). El año con mayor número de acciones de inconformismo social fue 1933 con el 33% de los registros, lo siguió 1934 al alcanzar el 25%, 1932 ocupó el tercer lugar con el 22.6%, 1930 ocupó el cuarto puesto con el 16% y cerró 1931 con un 3.6% (Véase Tabla No. 1 y Figura 1).

Tabla No. 1. Protestas y agitaciones sociales por año (1930-1934)

	1930	1931	1932	1933	1934
P. social	22	5	31	45	34

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

En promedio, durante cada año de la administración del presidente Olaya Herrera se presentaron 27,4 acciones de protesta social. El promedio mensual de la protesta para cada año del período fue como sigue: 1930 1,8 acciones; 1931 0,40; 1932 2,6; 1933 3,7 y 1934 2,8 (véase gráfico 1).

Para los años 1930, 1931, 1933 y 1934, el mayor aporte de los actos de inconformismo corrió por cuenta de los trabajadores asalariados de los núcleos urbanos y de los trabajadores cesantes que clamaban por la generación de fuentes de empleo ante los devastadores efectos sociales de la depresión económica.

Para 1932, el panorama de la agitación social es distinto, las manifestaciones y mítines nacionalistas acaecidos a raíz de la ocupación del trapecio

amazónico por los peruanos fueron la regla, tanto que 27 de las 31 acciones son de tono nacionalista, es decir, el 87% (ver tabla 2). Comportamiento que de alguna manera se sostiene el año siguiente, toda vez que 17 de los 45 actos de protesta también corresponden al mismo motivo (38%).

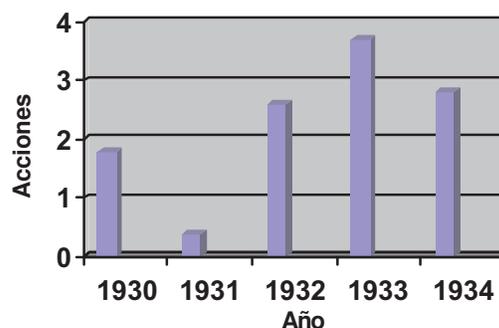


Figura 1. Protesta y agitaciones por año
Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

Al lado de las expresiones sociales de corte laboral y nacionalista o junto con los inquietos y diligentes núcleos de trabajadores asalariados activos y cesantes, como de gente proveniente de todas las clases y sectores sociales, confundidos bajo la misma bandera de defensa de la soberanía nacional, los estudiantes de secundaria y de las universidades vienen ganando un espacio propio en la agenda social en búsqueda de la autonomía universitaria, la calidad de la educación y el acceso a la educación superior. Son frecuentes las huelgas estudiantiles que paralizan por varios días la vida académica y dinamizan tanto el ambiente social y político de la región como del país.

El año más agitado en esta materia fue 1934 con 9 de 33, el 27,27 (véase Tabla 2), siendo la razón el enojo de los jóvenes, el Decreto 1074 de mayo 23 de 1934 que consagraba como requisito indispensable para ingresar a la universidad, oficial y privada, la rendición previa de un examen de cultura general que versará sobre las siguientes materias: aritmética, álgebra, geometría, ciencias naturales, física, química, historia patria, geografía, filosofía, francés, inglés y latín, con la salvedad siguiente, los aspirantes a seguir estudios de derecho presentarán examen en latín y en francés o inglés, a la suerte, los demás no están obligados a la presentación de la prueba de latín, siempre y cuando comprueben que se ha aprobado dicha asignatura.

Tabla No. 2. Composición de la protesta y agitación

MOTIVO	1930	1931	1932	1933	1934
Demandas laborales	17	2	3	17	18
Demandas nacionalistas	0	1	27	17	0
Demandas educativas	5	2	1	1	9
Otras	0	0	0	10	6
Total	22	5	31	45	33

Fuente: EL TIEMPO Bogotá, 1930 a 1934. . Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

El segundo año de gran agitación estudiantil se desencadenó en 1930 con 5 de 22, el 22,7% (Ver tabla 2), en el que estudiantes y algún sector de los profesores conforman una alianza política para exigir varios cambios administrativos que conduzcan al mejoramiento de la calidad de la educación y a la participación democrática de los jóvenes en los consejos directivos de las facultades.

De menor importancia cuantitativa fueron las protestas de los conductores de servicio público alarmados por el impagable monto de las multas de tránsito que cargan a cuentas por la constante trasgresión de las normas vigentes de circulación y, en ocasiones, la agitación y contrariedad sufrida por los empresarios del transporte público de carga ante la negligencia de las autoridades civiles para conservar en buen estado las vías departamentales,

así como las manifestaciones de algunos grupos ante el aumento de los cánones de arrendamiento, sin que nunca sus acciones pudieran compararse con las que emprendieron las ligas de inquilinos durante la década del veinte.

Distribución espacial de la protesta social

De acuerdo con nuestra base de datos una región muy conflictiva del país es la zona Andina alcanzó el 66% de los estallidos de irritación social, el segundo lugar es para Caribe con el 22% y el tercer puesto lo ocupa la región pacífica al revelar el 9,2%, el resto corresponde al actual departamento de Amazonas.

Esta distribución espacial no es nada sorprendente si consideramos que en las dos primeras

regiones está concentrada la actividad económica y los núcleos urbanos.

Una mirada un poco más detallada del origen geográfico de la protesta en el interior de cada región natural, permite establecer que en la zona andina los departamentos de Cundinamarca, Antioquia y Caldas se llevaron los tres primeros lugares al representar el 34,11%, 16,5% y 14,11%

respectivamente, de un total de 85 acciones de inconformismo.

En la región Caribe, los departamentos más conflictivos fueron en orden descendente: Atlántico, 57%; Bolívar, 32% y Magdalena 11%. En la pacífica, la cuestión de la escala departamental de la conflictividad fue así: Valle, 83,3%; Cauca, 8,33 y Nariño 8,33% (véase Tabla 3).

Tabla No. 3. Distribución regional y departamental de la protesta y la agitación social (1930 – 1934)

REGIÓN	DEPARTAMENTO	No. DE PROTESTAS
Andina	1. Cundinamarca	29
	2. Antioquia	14
	3. Caldas	12
	4. Norte Santander	8
	5. Santander	8
	6. Boyacá	5
	7. Tolima	5
	8. Quindío	3
	9. Huila	1
Caribe	1. Atlántico	16
	2. Bolívar	9
	3. Magdalena	3
Pacífica	1. Valle	10
	2. Cauca	1
	3. Nariño	1

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

De Igual manera, los departamentos que encabezan la lista de conflictividad social en cada una de las tres regiones naturales mencionadas, junto con Antioquia, son los polos de desarrollo capitalista que expresan un cambio estructural trascendental en lo concerniente a la composición de la actividad económica cuando empieza a

notarse la ampliación de la participación de los sectores secundario y terciario frente al agropecuario, que entre otros efectos sociales desencadena una transformación de la estructura ocupacional o del empleo por cuanto la población empleada en la industria, el comercio, el transporte, los servicios, las comunicaciones y las finanzas aumenta, en tanto

la población contratada en actividades primarias se retrae (Ocampo, 1991), generando una movilización demográfica hacia las urbes y la proliferación de formas de trabajo asalariado que será, como se observa en la Tabla 2, uno de los móviles disparadores del desgano y la furia social popular a lo largo del período político de la concentración nacional.

De esta manera, es sensato afirmar que la protesta social se mueve de la mano con la modernización capitalista. En otras palabras, existe una relación directa entre los avances del capital, el cambio de la estructura ocupacional, la migración

del campo hacia la ciudad y el despliegue del inconformismo social hacia las grandes y pequeñas urbes, siendo las primeras: Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali, entre las segundas, las demás capitales de departamento, sin decir por ello que el campo haya dejado de ser un espacio político en el que la protesta social alrededor de la propiedad de la tierra y la demanda de una transformación de las relaciones de trabajo no asalariado en las haciendas se hubieran esfumado o que para la década del treinta Colombia hubiera abandonado su perfil agrario y rural, pues es a partir de la década del sesenta que la población urbana supera a los núcleos demográficos campesinos (ver tabla 4).

Tabla No. 4. Población total y concentración urbana

AÑO	TOTAL	URBANA 1	RURAL
1912	5.073.000	n. d.	n. d.
1918	5.855.000	n. d.	n. d.
1938	8.702.000	2.692.000	6.010.000
1951	11.548.000	4.468.000	7.080.000
1964	17.485.000	9.093.000	8.391.000
1973	22.915.000	13.580.000	9.335.000
1985	27.867.000	18.735.000	9.132.000

1. población cabeceras

Fuente: Censos de población, citado por José Antonio Ocampo y otros, "Consolidación del capitalismo moderno (1945 - 1986)" en, Historia económica de Colombia, Bogotá, siglo XXI editores, 1991.

Composición social de la protesta

El examen de las diferentes acciones de inconformismo social pone en evidencia que los trabajadores asalariados, los estudiantes y los profesores son los grupos sociales más dinámicos de la protesta urbana; son los que mayor actividad contestataria desplegaron, no solamente a lo largo del período presidencial de Enrique Olaya Herrera, sino durante todos los años del naciente siglo XX.

Sin ninguna duda, los trabajadores asalariados ocuparon el primer lugar desde el principio, particularmente desde la segunda década del

siglo, mediante la modalidad de la huelga como instrumento de movilidad, agitación y presión social, modalidad que adoptaran los estudiantes en la búsqueda de sus objetivos grupales específicos.

De las 136 acciones integrantes del espectro de agitación social del período, 48 de ellas, el 35,30%, son de índole estrictamente laboral, mientras las expresiones de descontento estudiantil fueron 18, lo cual corresponde al 13,23%. A continuación estuvieron los conductores de servicio público de pasajeros con 8 expresiones, el 5,9% y en el cuarto puesto los presos, el 3,7% al emprender 5 huelgas (ver tabla 5).

Tabla No. 5. Grupos sociales involucrados en la protesta

AÑO	Trabajadores asalariados	Estudiantes	Conductores	Presos
1930	11	5	0	0
1931	1	2	1	0
1932	2	1	0	0
1933	16	1	4	3
1934	18	9	3	2

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1º Ministerio de Gobierno.

De manera paralela, a las expresiones particulares de disgusto realizadas por los diversos grupos sociales, hubo un significativo grupo de acciones en la cual las fronteras socioeconómicas y políticas se diluyeron por períodos brevísimos, gente procedente de todos los sectores sociales fueron convocadas y reunidas alrededor de la fuerza aglutinante, adhesiva y cohesiva de la nación.

Decenas de acciones multitudinarias y pluriclasistas subordinaron los intereses de clase o de grupo frente a la defensa de la soberanía territorial. Entre 1932 y 1933 sucedieron 45 manifestaciones nacionalistas pacíficas en varias ciudades del país, el 33% del total de acciones, exteriorizando su incondicional respaldo al gobierno del Presidente Olaya Herrera y los derechos de propiedad del Estado Nación sobre el trapezoido amazónico de acuerdo con las cláusulas del tratado público Salomón – Lozano firmado en Lima el 24 de febrero de 1928 entre el Plenipotenciario peruano Alberto Salomón, Ministro de Relaciones Exteriores y el Plenipotenciario de Colombia Fabio Lozano, registrado en la novel organización multilateral de la Sociedad de las Naciones el 29 de mayo de 1928, lo que deja a las protestas nacionalistas en el segundo renglón después de los gestos de disgusto de los trabajadores asalariados.

Objetivos de la protesta social

Si tomamos de referencia los sectores sociales más dinámicos, expresivos y explosivos del período: trabajadores asalariados, estudiantes, conductores y presos, resulta clave inspeccionar las razones inherentes a su molestia.

En cuanto a los asalariados, estuvieron agolpados alrededor de varias fuentes de perturbación social, a saber: el desempleo, la disminución del salario, la exigencia de un mejor pago y la innovación tecnológica. El primer móvil fue un factor fuerte y dramático durante 1930, siete de las once protestas registradas tuvieron relación directa con la contracción del empleo efecto de los síntomas de la depresión del 29, para caer estrepitosamente los siguientes cuatro años del período, pues entre 1931 y 1934 sólo estallaron dos protestas más por esta circunstancia.

El segundo móvil es otro de los efectos sociales que trajo consigo la depresión económica del 29, porque algunos trabajadores que pudieron conservar sus puestos de trabajo se vieron sometidos a la política de reducción de costos adelantada por los empresarios para enfrentar el colapso del mercado, teniendo también lugar en 1930 y desapareciendo en el resto del período.

El tercer móvil es el más común y recurrente, no obstante, tuvo la singularidad de comportarse de manera inversa a los dos móviles anteriores, al permanecer en un estado social de hibernación los tres primeros años del gobierno de Olaya Herrera y despuntar con brío a partir de 1933, situación que logra entenderse a la luz de la llegada de los primeros síntomas de recuperación de la economía nacional.

El cuarto móvil es una curiosidad social en nuestro medio, se trató de la campaña de oposición de los trabajadores de la empresa de Tejidos Obregón, pionera de la industria textil, contra la instalación de ocho telares nuevos porque la disposición dejaría sin trabajo a muchos compañeros

Los estudiantes, de manera especial los jóvenes universitarios de provincia, protagonizarían manifestaciones de absoluto carácter pacífico y negociador tras la consecución de varias metas gremiales, Una de las metas más visibles fue la cruzada a nivel institucional por la defensa de la calidad de la educación superior. Otra meta, igualmente perceptible, apuntó hacia la introducción de una reforma administrativa en la educación superior que les permitiera tener representación en el Consejo Directivo, para cerrar con las denuncias de las arbitrariedades administrativas cometidas por las autoridades escolares.

Los conductores, por su parte, actuaron al amparo de dos grandes preocupaciones, una de grafía bien específica y otra de interés más general. En lo primero matriculamos los paros dirigidos a denunciar los presuntos abusos de las autoridades de transporte y el excesivo celo punitivo de sus funcionarios que los tenían lidiando con la pesada carga de las multas de tránsito. En lo segundo están las movilizaciones en procura de inversión estatal en infraestructura vial. Por último, los presos piden la palabra y denuncian la ausencia del debido proceso en sus casos.

Formas de la protesta social

Aquí entra la manera, el modo, el estilo, el talante o el procedimiento dispuesto por los

diversos sectores sociales para afrontar los problemas y retos que los afectan. Para Mauricio Archila Neira las formas de protesta son las mismas modalidades de lucha que adopta la acción social en búsqueda de la modificación de la conducta de otros y que para el período por él analizado en libro *Idas y Venidas, Vueltas y Revueltas de las protestas sociales en Colombia (1958 – 1990)* adquieren diez formas: huelgas, movilizaciones, invasiones de predios, bloqueos, disturbios, ocupación de fábricas, cabildo abierto, operación vela, huelga de silencio y disturbios, entre los que clasifica el motín, la asonada y la pedrea (Archila, 2005).

Para el historiador social francés George Rudé el tema de las formas de protesta pasa por el cedazo metodológico del papel y el lugar que debe jugar en la historiografía mundial la multitud o la muchedumbre, así como el interés por encontrar las maneras típicas de protesta del pasado para períodos específicos de la historia, por lo que llega a establecer que en Europa occidental, particularmente en Inglaterra y Francia, durante la época de transición al capitalismo en los siglos XVII y XVIII, la revuelta del hambre fue la forma típica de ese mundo rural y feudal en decadencia, y la huelga lo sería del capitalismo industrial que estaba gestándose (Rudé, 1979).

Para estos primeros años de la década del treinta, tenemos un conjunto de formas de protesta compuesto por: huelgas, movilizaciones, huelgas de hambre, asonadas y mítines, la mitad de las formas que registra Archila para después de la Segunda Guerra Mundial. La huelga y la movilización fueron los instrumentos de presión social más implementados por todos los sectores sociales. La huelga distó de ser un mecanismo de lucha social exclusivo de los trabajadores asalariados, los estudiantes recurrieron a ella en innumerables oportunidades para expresar su inconformismo gremial, tal vez porque consideraban que era un mecanismo expedito de lucha social que había ofrecido un balance positivo para la clase trabajadora que podía beneficiarlos a ellos de la misma manera.

La huelga de hambre, la asonada y el mitin constituyeron mecanismos subalternos de agitación, convocatoria y presión. La información de prensa apenas identifica cinco huelgas de hambre en el país, todas ellas realizadas por presos que claman por la aplicación del debido proceso judicial, junto con dos tremendas asonadas, una en 1930 y otra en 1934.

Dinámica de la protesta social

A continuación, se hará una descripción pormenorizada de los acontecimientos propios de las diferentes acciones de inconformismo social para revelar detalles de las ambiciones latentes y los mecanismos de agitación utilizados por los actores involucrados.

Protesta educativa

Sin ninguna duda, los estudiantes, especialmente universitarios, jugaron un destacado papel en el escenario social (véase Tabla 2). La huella que marca el inicio de su protagonismo en el período analizado fue la operación conjunta con los profesores de la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena a principios de abril de 1930 con el ánimo de emprender una cruzada institucional por la calidad de la educación y la participación democrática de los estudiantes en el Consejo Directivo de la Facultad.

En cuanto a la calidad de la educación, los estudiantes y un sector de los profesores, aúnan esfuerzos para presentar un proyecto común de reforma administrativa a las directivas de la universidad y los diputados de la Asamblea Departamental con miras a la supresión de procedimientos oscuros anclados en el nepotismo y el clientelismo a la hora de seleccionar la planta de profesores, disponiendo de mecanismos democráticos, claros y transparentes de contratación laboral atados al mérito y la experiencia profesional, ya que la transformación de la política de contratación podría garantizarles una educación de más y mejor calidad. Eso explica que en el memorial de agravios que

pasaron los organizadores a las directivas y diputados pidieran: “retiro de profesores inaptos”, “defensa de profesores idóneos”, “concurso para internados cada seis meses” y “jefes de clínica por concurso” (EL TIEMPO, N° 6652, 1930, 7 de abril).

Por otra parte, en el memorial sobresale una petición de exclusivo acento estudiantil, cual fue el énfasis que se le imprimiría a la urgente necesidad de concedérseles participación en el Consejo Directivo de la Facultad, sin que en el futuro dicha institución pueda sesionar sin la presencia del representante de los estudiantes (EL TIEMPO N° 6651, 1930, 6 de abril).

El proyecto de reforma administrativa siguió su curso en la Asamblea Departamental sin que el nivel de tensión y ansiedad decayera entre la comunidad educativa de la facultad de medicina. Por el contrario, la zozobra se apoderó de ellos que convocaron una primera movilización que se celebraría el 27 de abril ante la Asamblea y otra dos días después por la principales calles de la ciudad, en razón a que el Secretario de Educación del departamento, un señor de apellido Botett, expresó públicamente su disenso frente al proyecto de reforma presentado a la Asamblea, por lo que ahora también exigirán la renuncia del funcionario público o de lo contrario convocarían a un paro estudiantil indefinido, que de hecho entró en vigor los primeros días del mes de mayo (El Tiempo, N° 6670/72, 1930, 28/30 de abril).

La presión estudiantil va en imparable ascenso toda vez que las demandas crecen cuando solicitan no sólo la renuncia del Secretario de Educación, sino del Consejo Directivo de la Universidad, integrado por Fidel Pérez, Luís Carlos Medina y Antonio Díaz Granados, por ser partícipes de la oposición al proyecto de reforma, por lo que fue nombrada una “junta de notables” con el propósito de mediar en el conflicto, siendo sus miembros: Simón Bossa, Antonio José de Irisarri, Gómez Fernández, Obregón, Lozano y Leyva (EL TIEMPO, N° 6673, 1930, 1 de mayo). Los datos publicados unos pocos días después

advierten que la presión ejercida para precipitar la renuncia del Secretario de Educación surtió efecto. El Gobernador del Departamento envió al Ministro de Educación una terna para escoger el reemplazo entre estos candidatos: José de Irisarri, Napoleón Franco y José María Lozano, quien a la postre resultó nombrado, e igualmente sobrevino la caída del Rector de la Facultad, para lo cual fue nombrado Carlos Esguerra, procediendo a la organización de un nuevo Consejo Directivo comprometido con el proyecto de reforma en curso, siendo sus miembros: Miguel Jiménez López, Jorge Bejarano, Jorge Cavalier y Julio Aparicio (EL Tiempo, N° 6678.1930, 7 de mayo).

Tal vez el efecto inmediato más trascendental de las movilizaciones y el paro de los estudiantes de medicina de Cartagena consistió en que se constituyeron en una especie de paradigma. Los ecos del paro no tardaron en sentirse en la vecina ciudad de Barranquilla, donde los estudiantes del colegio del mismo nombre se declararon en paro el 30 de abril para pedir el cambio de rector por considerarlo incompetente y cambio de profesores, quejándose de su falta de puntualidad a la hora de dictar las clases. La respuesta por parte del gobernador es oportuna al expedir el 3 de mayo una norma mediante la cual nombró siete profesores nuevos (El Tiempo, N° 6675, 1930, 4 de mayo).

En la misma ciudad de Cartagena el inconformismo universitario levanta la solidaridad de las alumnas del Colegio del Carmen, quienes además presentaron un memorial a las directivas del claustro en el que lanzan un ultimátum: cambian varios docentes que no satisfacen sus expectativas de calidad o se declaran en huelga. Esto sin poder pasar por alto la adhesión de los estudiantes de la Escuela Nacional de Veterinaria al proyecto de reforma universitaria (El Tiempo, N° 6691, 1930, 20 de mayo).

Otro eco ocurre unos pocos meses después, a principios de julio, entre los estudiantes del colegio San Luis Gonzaga en el municipio

cundinamarqués de Zipaquirá, regentado por los padres del Corazón de María, motivado, a simple vista, por la expulsión de un grupo de alumnos decretada por el rector Pedro Atucha. Situación que no fue más que el caballo de Troya usado por los estudiantes para promover la presentación de un pliego de peticiones ante el Ministro de Educación, que tenía como objetivo central la implementación de un proyecto de reforma administrativa del mismo talante de la que había orientado las acciones de los estudiantes universitarios y de secundaria en Cartagena y Barranquilla. Las peticiones concretas fueron: cambio del rector, mejoramiento y aumento del profesorado, creación del Consejo Directivo y elaboración de un reglamento de admisión (EL Tiempo, N° 6736, 1930, 4 de julio).

Pero los efectos no se detuvieron aquí. En abril de 1931 los estudiantes de secundaria del Liceo Celedón de Santa Marta declararon la huelga en procura de una serie de objetivos: primero, la destitución del rector Teodosio Goenaga por “incompetente”; segundo, conquistar la participación de los estudiantes en el Consejo Directivo; tercero, lograr la destitución inmediata de varios docentes y, cuarto, adquirir material de física y química (El Tiempo, N° 7028, 1931, 27 de abril). Evento que cerró la etapa de las protestas desencadenadas por el deseo de participación democrática y la búsqueda de calidad docente en algunos programas profesionales y colegios.

Otro espectro del malestar estudiantil tiene relación directa con las presuntas arbitrariedades cometidas por algún directivo docente. Eso es lo que deja entrever la manifestación pacífica de estudiantes internos del colegio San Simón de Ibagué el 27 de septiembre de 1931, cansados de los ultrajes que les hacía el Vicerrector Anzola Gómez. La manifestación tomó rumbo hacia la casa del Director de Educación del departamento en demanda de la inmediata destitución del funcionario, quien les notificó que regresaran al colegio en el término de diez minutos so pena de quedar expulsados de él, amenaza que lejos de

menguar o aniquilar la fuerza de la protesta la acentuó encaminándola hacia la casa del gobernador donde se diluyó ante la promesa de una pronta indagación de los sucesos. Al día siguiente la esperanza puesta en la gestión diligente del gobernador se vino al piso al conocerse que se les había impuesto el castigo de recibir la más baja nota de calificación de conducta durante el resto del año y privándolos de salida (El Tiempo, N° 7181, 1931, 28 de septiembre). Por el mismo lado camina la manifestación cumplida el 23 de abril de 1932 en Manizales ante la gobernación rechazando la determinación del Consejo Directivo del Instituto Universitario de expulsar a varios alumnos por haber mostrado en la Asamblea Departamental un memorial reclamando la reforma de dicho ente (EL TIEMPO, N° 7386, 1932, 24 de abril 24).

Tal parece que el agitado ambiente reinante en varias instituciones educativas del país, sobre manera lo relacionado con la exigencia de calidad académica por cuenta de los docentes, puso en estado de alerta permanente a algunos, eso es por lo menos lo que se colige de la acalorada polémica terciada en el seno de la Escuela de Medicina de la Universidad de Antioquia a principio de mayo de 1932, cuando un grupo de profesores dirigió una nota al Consejo solicitando se cancelara la matrícula de los quince estudiantes que en días pasados se habían atrevido a reclamar la renuncia del doctor Alfonso Castro de la cátedra de patología, por considerarlo un auténtico ultraje, de lo contrario ellos presentarían renuncia irrevocable, lo cual condujo a la celebración de una movilización de quinientos estudiantes que se encaminaron al palacio de la gobernación gritando no sólo vivas a la universidad, sino objetando la posición de sus profesores (El Tiempo, N° 7394, 1932, 3 de mayo 3).

La calma en los claustros reinó alrededor de un año. A finales de abril de 1933 el malestar vuelve a sentirse, en esta ocasión el sismo se siente en la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Bogotá. A diferencia de las acciones de los años anteriores la forma de protesta esgrimida no fue ni la movilización ni el paro, ahora

acudieron al memorial. Instrumento bastante inusual que desplegaron los representantes de los estudiantes de la facultad para dirigirse al rector y a los miembros del Consejo Directivo requiriendo la renuncia colectiva del profesorado, la reforma del reglamento estudiantil y doble representación de los alumnos en el Consejo Directivo. Al cabo de lo cual lanzaron el ultimátum de que si sus ambiciones eran insatisfechas se declararían en huelga permanente (EL TIEMPO, N° 7748, 1933, 27 de abril).

Al pliego se adhirieron estudiantes de las Universidades Libre y Externado. Una vista detallada del pliego estudiantil permite capturar estas peticiones: ningún profesor puede servir más de una cátedra, nombramiento de profesores agregados, modernización y ampliación de la biblioteca, adquisición de una imprenta o en su defecto destinar una partida con el objeto de fundar una revista (El Tiempo. N° 7758, 1933, 7 de mayo). La respuesta adoptada por los miembros del Consejo Directivo consistió en el cierre de la facultad mientras se llegaba a un acuerdo, el cual nunca llegó.

Tras otro período de receso la agitación retorna a la escena social en el departamento de Caldas. A principios de abril de 1934 un sector de los estudiantes del Instituto Universitario de Manizales, los externos, dirigió un memorial a la Asamblea Departamental exigiendo el cambio del Rector Julio Ángel, por considerarlo incompetente al ser ignorante en tópicos de pedagogía e incapaz de imponer la disciplina en el plantel. El memorial se vio acompañado de un mitin en el recinto de la Asamblea Departamental donde expresaban su gratitud a los diputados que amparaban su causa, en particular a Jorge Luíís Vargas, quien propuso fijar la elección del rector. Entre tanto, el sector estudiantil de los internos o becarios siempre estuvo de parte del directivo, al igual que el gobernador y la mayoría de diputados (El Tiempo, N° 8093 y 8094, 1934, 12/13 de abril).

Casi quince días después la desazón entra por la puerta grande de la Facultad de Pedagogía en

Tunja. El incidente que precipitaría la animadversión de estudiantes y profesores corrió por cuenta de la fulminante destitución de Vicente Castellanos de la Vicerrectoría, tomada por la Junta Asesora de la Secretaría de Instrucción Pública y el Secretario de Instrucción Pública, Antonio José Sánchez, aunque el fondo del asunto, en opinión de él, tenía directa relación con la mala prensa que recibió por cuenta de un sector de profesores que le habían hecho creer a la comunidad estudiantil que iba a suprimir las becas de que disfrutaban, propalando, así mismo, el rumor de que varios profesores serían retirados sin justa causa (EL TIEMPO, N° 8119, mayo 9 de 1934).

La oposición al Secretario de Educación vino a concretarse con una movilización ocurrida el 29 de abril en la que sus participantes demandaron la destitución inmediata del funcionario público, declarándose en huelga hasta que se cumpliera el objetivo trazado, que por cierto se torna real cuando él presenta renuncia irrevocable a su cargo el 8 de mayo y se encarga de la secretaría Hernán Salamanca (EL TIEMPO N° 8120, 1934, 10 de mayo).

Pero sin ninguna duda, el acontecimiento que precipitaría el disgusto generalizado del estamento estudiantil a nivel nacional fue la expedición del Decreto 1074 de 1934 de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 56 de 1927, que consagraba como requisito indispensable para ingresar a la universidad, oficial y privada, la rendición previa de un examen de cultura general. Examen que versaría sobre las siguientes materias: aritmética, álgebra, geometría, ciencias naturales, física, química, historia patria, geografía patria, filosofía, francés, inglés y latín, siendo este último únicamente obligatorio para los aspirantes a seguir estudios de derecho, siempre y cuando se comprobara que se hubiera aprobado la asignatura. El examen de cultura general se consideraba aprobado al obtener una nota igual o superior a 3.0 en cada una de las materias, la pérdida de solo una de estas áreas daba para que fuese reprobado.

Hacia los primeros días de junio se siente, en Bogotá, la presencia del Comité General de Organización Estudiantil, encargado de generar un estado de alarma extendido que pudiera convertirse en un movimiento social encaminado a buscar la derogatoria de la norma dado que la consideraban lesiva para las aspiraciones personales y familiares de los bachilleres del país pues se trata de un filtro o proceso darwinista de decantación de acceso a la educación superior, porque adiciona unas materias que no venían siendo evaluadas, cuando la esencia de las pruebas anteriores al nuevo decreto era que el examen versaba sobre las materias necesarias para adelantar estudios profesionales en determinada facultad. A lo que debe añadirse la incomodidad experimentada por los estudiantes bachilleres de provincia por la presunta decisión de centralizar la presentación de las pruebas nacionales en la capital del país para ingresar a cualquiera de las facultades de la patria, decisión, que por cierto, no viene contemplada en dicho decreto.

En Bogotá, por lo menos, el Comité General integrado por Pedro Gutiérrez, Gómez Trujillo y Lozano Medina se dieron a la tarea de visitar el mayor número de colegios posibles advirtiendo del carácter nocivo de la medida y el 5 de junio pasaron por los colegios: Ramírez, Santander y Escuelas Unidas. Entre tanto, el clima también estaba agitado en provincia, manifestaciones estuvieron a la orden del día en Popayán, Manizales, Medellín, Cartagena y Santa Marta, ciudad en la que la tensión creció cuando los estudiantes del conocido Liceo Celedón proclamaron la huelga en señal de desaprobación de la medida oficial (EL TIEMPO, N° 8149, 1934, 8 de junio).

En todo caso la agitación provocó inquietud en el gobierno central, el ministro de educación de aquellos años, Jaime Jaramillo Arango, salió con prontitud y celeridad a anunciar que se estaba repasando el decreto que le daba vida a los nuevos exámenes de “revisión y cultura general”, por ello venía preparándose uno nuevo.

Lo cierto es que el sentido de ser del nuevo examen fue defendido no solamente desde las toldas del gobierno, sino desde el sector privado por parte de algunos analistas. Ese fue el caso del reconocido escritor y educador Tomás Rueda Vargas, Director de la Biblioteca Nacional y Rector del Colegio Nacional, quien defendió la norma argumentado que cualquier profesional debe llevar consigo los principios de la cultura universal. Así lo escribió en una columna del periódico EL TIEMPO: “El ingeniero, el médico, el abogado van a ser miembros de las clases dirigentes, y si no llevan del colegio los principios generales de cultura universal, harán un pobre papel...” (EL TIEMPO, N° 8162, 1934, 21 de junio 21).

Y remata de la siguiente forma:

Hagan los estudiantes en buena hora huelgas y aún revoluciones, siempre que tropiecen con un mal profesor; con un rector negligente, con un gobierno injusto; pero no gasten sus jóvenes energía en defender los fueros de la ignorancia integral, contra quienes trabajan desde arriba por seleccionar el personal universitario. (El Tiempo, N° 8162, 1934, 21 de junio).

Comentario anclado, muy seguramente, en los pobres resultados de las pruebas académicas presentadas por los bachilleres del país, de ahí que se hubieran divulgado algunas respuestas ofrecidas por los estudiantes de segunda enseñanza en la prueba. A manera de ejemplo: “el barómetro sirve para medir la temperatura de un lugar” (EL TIEMPO, N°, 8150, 1934, 9 de junio).

Protesta asalariada

De acuerdo con nuestra base de datos, los grupos más beligerantes de la clase social obrera colombiana estuvieron representados por los trabajadores de los sectores del transporte y la industria de bienes de consumo.

En el primer caso efectuaron 15 actos de protesta, exactamente el 33%; en el segundo 14 jornadas, que corresponden al 30% (véase Tabla 6). Vale la pena destacar que entre los trabajadores del transporte los más dinámicos fueron los braceros del ferrocarril y los puertos, tanto fluviales como marítimos, llamaron a la agitación en 11 de las 15 oportunidades, es decir, el 73% de las veces, el resto correspondió a otra clase de desempeño laboral dentro del ferrocarril.

Tabla No. 6. Actividad económica en la cual se desarrolla la protesta 1930 -1934

Actividad	1930	1931	1932	1933	1934
Transporte:braceros ferrocarril y puertos	2			7	2
Transporte: trabajadores del ferrocarril				2	2
Industria del calzado				4	3
Industria de alimentos: panadería	1				
Industria de alimentos: trilladoras					2
Industria de bebidas: cervecerías				2	
Industria textil					2
Obras públicas: carreteras	2				
Industria editorial: tipógrafos					1
Industria de vidrio				1	
Albañiles					1
Paileros				1	
Desempleados	7		1		1
Combinada					2

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1² Ministerio de Gobierno.

En lo que concierne a los trabajadores de la industria de bienes de consumo se destaca el papel ejercido por los obreros de la industria de calzado, pues en 7 de las 14 ocasiones de descontento pusieron la cara, o sea, el 50%. Enseguida vinieron los asalariados de las cervecerías y las textileras, al igual que las escogedoras de las trilladoras, cada grupo con dos acciones respectivamente, cada uno el 14%, para un total de 42%.

Algo que no puede pasar desapercibido, es el peso considerable de las expresiones de malestar

de los desempleados, fueron 9 de 46 acciones, el 19,5%, el tercer lugar en orden descendente, sobre todo al comienzo del período en 1930. Por otra parte, algo particular es que el descontento de los trabajadores asumió un comportamiento ascendente por cuanto en 1930 se escenificaron 12 expresiones, en 1933, 17 y en 1934, 16, con dos años de calma, 1931 y 1932 (véase gráfico 2). Panorama que da a entender que la agitación laboral se incrementa a medida que la economía mundial y nacional va recuperándose progresivamente.

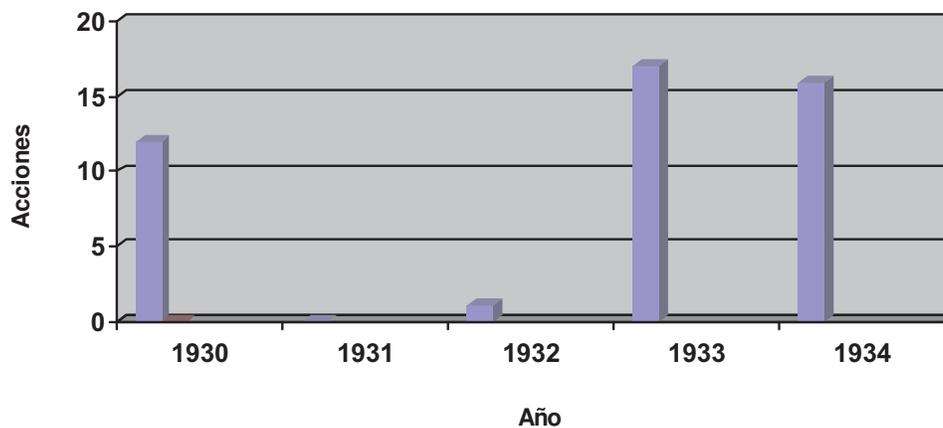


Figura 2. No. Acciones realizadas por los asalariados y cesantes

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

Así, es bastante prometedora la tesis de que existe una relación inversamente proporcional entre el comportamiento de la economía y el comportamiento de los trabajadores asalariados. A una fase de recuperación o auge económico se le acomoda una etapa de agitación social y a una fase de recesión o depresión económica se le acomoda una etapa de hibernación social.

En lo que se refiere a los motivos que agitaron el paisaje social es claro que surge una gama de siete grandes razones de conmoción: aumento salarial, el 60%; búsqueda de trabajo, el 17%; reducción salarial, el 8%; seguridad social, el 4%; evitar despidos, el 2%; evitar la adquisición de maquinas, el 2%; solidaridad con

huelguistas, el 2% y un 4% sin registro del motivo (véase Tabla 7). Y en consonancia con la tesis sugerida en el párrafo anterior, se nota que 13 de las 46 acciones de protesta caen en los años de la depresión propiamente dicha, mientras las restantes 33 suceden a partir de 1933, cuando se vislumbran síntomas de recuperación. Eso hace que el 28% del inconformismo de los asalariados urbanos venga de la mano con un ciclo de vacas flacas y el 72% restante con un ciclo de vacas gordas, mucho más evidente si se visualiza que las razones del malestar social dentro del primer ciclo tienen relación con exigencias de trabajo, exactamente 7 de las 13, el 54% y tres, el 23%, con el esfuerzo de evitar el decrecimiento del sueldo.

Tabla No. 7. Motivos de las huelgas y movilizaciones de los trabajadores asalariados (1930 – 1934)

Motivo	1930	1931	1932	1933	1934
Aumento salarial	0	0	1	14	12
Búsqueda de trabajo	7	0	1	0	0
Reducción salarial	3	0	0	1	0
Seguridad social	0	0	0	1	1
Evitar despidos	1	0	0	0	0
Evitar compra de máquinas	0	0	0	0	1
Solidaridad gremial	0	0	0	0	1
Desconocido	0	0	0	1	1

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

Entre tanto, las acciones del segundo ciclo revelan que los trabajadores pretenden arañar una mejor remuneración de la mano de obra porque perciben un comportamiento favorable de la economía y el sector en el que se desempeñan. A continuación se hará una descripción sucinta de los objetivos concretos inherentes a los dos primeros motivos que agitaron el ambiente social de los trabajadores asalariados.

Acciones por aumento salarial

La única forma de acción de los trabajadores en procura de mejores salarios fue la huelga. La oleada empieza a finales de 1932 y se cierra en agosto de 1934 (véase tabla 7). La huelga que abre la puerta del dinamismo obrero fue la declarada por los asalariados panificadores de Bogotá el 16 de diciembre, momento en el que se rompe el diálogo con los patronos agremiados en el Consorcio de Panaderos debido a que su oferta de incremento no satisfizo sus expectativas. La huelga que cerró el período fue la proclamada por los obreros tipógrafos de la Casa Mogollón de Barranquilla el 25 de agosto. Entre una y otra huelga los anales de la protesta social asalariada fueron escritos por trabajadores del sector del transporte y la industria de bienes de consumo (véase Tabla 8 en la página 120).

De acuerdo con el orden de la Tabla 8, pero sin especificar el cometido de cada una de las

huelgas, podemos establecer estas aspiraciones salariales en 1933: los braceros de La Dorada quieren aumento del precio de la carga y descarga de cada bulto de 3 a 7 centavos. Los braceros de Caracolí reclaman les suban de 40 a 60 centavos la carga y descarga de cada tonelada. Los braceros en Barranquilla exigen a las diferentes empresas navieras un aumento mínimo del 40%, tomando como referencia base de los jornales \$1,25 y \$1,50 diarios, además de la jornada de 8 horas y asistencia médica.

Los huelguistas del Ferrocarril del Pacífico solicitan incremento del 30% de los salarios y descanso remunerado los sábados a partir del medio día. Los braceros del Ferrocarril de Puerto Colombia no solamente demandan reajuste del salario, sino el establecimiento de una tabla para el pago de las horas extras. Los obreros de la fábrica Fenicia le apuntan a un ajuste del 30%, al igual que los trabajadores de la fábrica de zapatos La Corona para los jornales menores de un peso diario, de un 25% para los que devengan entre uno y dos pesos y 15% para salarios mayores de dos pesos.

En lo concerniente a 1934 tenemos estas peticiones: las escogedoras de una trilladora de Ibagué reclaman mejor jornal y el mantenimiento de obreros a fin de movilizar el café. Los obreros del Ferrocarril de Caldas más sueldo y la certeza

Tabla No. 8. Huelgas por aumento salarial (1930 – 1934)

HUELGA	FECHA
Obreros panificadores	Diciembre 1932
Braceros de La Dorada	Marzo 1933
Obreros zapateros	Abril 1933
Braceros de Caracolí	Octubre 1933
Braceros en Barranquilla	Octubre 1933
Braceros de Girardot	Octubre 1933
Obreros zapateros	Noviembre 1933
Braceros de Puerto Liévano	Noviembre 1933
Obreros del Ferrocarril del Pacífico	Noviembre 1933
Braceros de Puerto Colombia	Noviembre 1933
Obreros de la cervecería Bavaria	Noviembre 1933
Obreros de la cervecería Germania	Noviembre 1933
Obreros Fábrica Fenicia de vidrio	Noviembre 1933
Obreros zapateros	Noviembre 1933
Braceros de La Dorada	Diciembre 1933
Obreros zapateros	Diciembre 1933
Obreros obras públicas	Enero 1934
Obreros zapateros	Enero 1934
Escogedoras de café	Abril 1934
Obreros del Ferrocarril del Nordeste	Mayo 1934
Obreros Fábrica de textiles Monserrate	Mayo 1934
Obreros del Ferrocarril de Antioquia	Junio 1934
Obreros del Ferrocarril de Caldas	Junio 1934
Obreros albañiles	Junio 1934
Braceros Puerto Liévano	Julio 1934
Braceros de Girardot	Julio 1934
Escogedoras de café	Julio 1934
Obreros zapateros	Agosto 1934
Obreros tipógrafos	Agosto 1934

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934. Archivo General de la Nación, Fondo República, sección 1° Ministerio de Gobierno.

de que la empresa no va a tomar represalias contra los huelguistas. Los braceros de Puerto Liévano, tomando el ejemplo de los braceros de Puerto Colombia, van detrás de un aumento del jornal y la fijación de una tabla para las horas extras que funcione con una tarifa que se recargará con un 25%, 50% o 100% cuando el

trabajo se verifique entre las seis y las nueve de la noche, las nueve y las doce o desde la media noche hasta las seis de la mañana del siguiente día.

Acciones por búsqueda de trabajo

La forma de acción dominante fue la movilización o manifestación pacífica, a diferencia de la

huelga que fue el instrumento de petición y presión clásico de los obreros para conquistar sus demandas de salarios superiores y otros requerimientos conexos. Sólo 3 de las 8 acciones enmarcadas en

este conjunto tomaron una senda distinta: la asonada. El ciclo se despliega entre enero y septiembre de 1930, con un estallido adicional y solitario en enero de 1932 (Véase Tabla 9).

Tabla No. 9. Movilizaciones y asonadas por búsqueda de trabajo (1930 – 1934)

ACCIÓN	FECHA
Asonada	Enero 1930
Movilización	Marzo 1930
Movilización – Asonada	Marzo 1930
Movilización	Abril 1930
Movilización	Septiembre 1930
Movilización	Septiembre 1930
Asonada	Septiembre 1930
Movilización	Enero 1932

Fuente: EL TIEMPO, Bogotá, 1930 a 1934.

La primera movilización tuvo lugar el 17 de marzo en la ciudad de Medellín, que por aquel entonces era la cuarta ciudad más poblada del país, alrededor de 120.000 habitantes, frente a los 235.427 de Bogotá, los 139.974 de Barranquilla y los 122.847 de Cali (El Colombiano, N° 5086, 1930, 25 de agosto). La marcha se detuvo ante las instalaciones del Banco Alemán Antioqueño porque los desocupados se enteraron de que el gobernador estaba adelantado trámites para adquirir un crédito con destino a la continuación de los trabajos en varias carreteras del departamento.

La segunda movilización discurre en la misma ciudad tres días después, empieza en el parque Berrío y va encaminándose hacia la Asamblea y el Consejo con el ánimo de requerir medidas eficaces para solventar el gravísimo problema social del desempleo, pero a medida que las expectativas de los participantes declina, el disgusto, la desazón, la impotencia y la pesadumbre coparon el aliento popular, hasta el punto de perderse la calma reinante y devenir en una asonada que puso como blanco varios establecimientos comerciales, financieros e industriales

con un saldo trágico de víctimas: un muerto y numerosos heridos (El Tiempo, N° 6635, 1930, 31 de marzo 31).

La muchedumbre agolpada en el parque Berrío percibió que el desempleo imperante era, en parte, producto de la falta de diligencia de los gobiernos departamental y municipal, por lo que el discurso pronunciado por el diputado Darío Botero ante la masa cuando esta arribó al edificio de la Asamblea Departamental con la idea de bajarle intensidad a la furia popular, desencadenaría el efecto contrario, pues la gente contestó que deseaba hechos y no palabras, a lo que siguió una andanada de piedras de la que salieron heridos 2 policías y 3 manifestantes, hasta que nuevamente la masa se puso en movimiento rumbo al palacio municipal, donde la historia de frustración e ira se repitió otorgándole a la multitud el combustible suficiente para emprender la destrucción de las vitrinas de establecimientos comerciales y bancarios, especialmente ferreterías en búsqueda de armas, aunque de la furia popular no escapó una planta de pasteurización, por lo cual la policía toma la decisión de dispersar la masa por la fuerza y dispara contra ella, el

saldo fue, 1 manifestante muerto, numerosos heridos y 26 arrestados.

La tercera movilización popular data del 5 de abril de 1930, ocurrió en Neiva frente a la Asamblea Departamental, la cual exigió de los diputados y del Gobernador medidas de generación de trabajo. Un diputado tomó la vozera indicando que había elaborado un proyecto de ordenanza en compañía de los hacendados e industriales de la región para impulsar la industria agrícola hasta que los cesantes puedan convertirse en propietarios de tierra (El Tiempo, N° 6651, 1930, 6 de abril).

La cuarta manifestación ocurre el 1° de septiembre en Bucaramanga y, al igual que todas las anteriores, los manifestantes terminan su gesta en las instalaciones del gobierno departamental, sin embargo, puede apreciarse una gran diferencia, el Gobernador García Cadena, satisface las expectativas de la masa anunciándoles que a partir del día siguiente se iniciaran trabajos en la carretera del noroeste ocupando 600 obreros (El Tiempo, N° 6795, 1930, 2 de septiembre 2).

La quinta movilización sucedió el 9 de septiembre en Barranquilla. Un grupo considerable de 800 desocupados se situó frente a la Gobernación gritando “tenemos hambre”, a lo que el recién posesionado gobernador Pumarejo, contestó que se esforzaría por conseguir de los empresarios dineros para adelantar un vasto plan de obras públicas (EL TIEMPO, N° 6804, 1930, 11 de septiembre).

El final del ciclo de la protesta por trabajo concierne a la asonada ocurrida la mañana del 15 de septiembre en Barranquilla. Los amotinados asaltaron varios almacenes, rompiendo puertas y vitrinas para apoderarse de la mercancía. El ataque más fuerte fue contra los almacenes de los comerciantes italianos Pacini y Citarella. El saqueo enfrentó a la policía con los saqueadores, uno de los cuales murió.

Al final de la turbulenta jornada un grupo de empresarios encabezados por Evaristo Obregón,

Ángel Palma, Alberto Roncallo y Francisco Carbonell, temerosos de que pudiera repetirse el funesto suceso, acordaron suscribir un capital de \$30.000 que se le entregaría a la gobernación en calidad de préstamo sin intereses para iniciar los trabajos de la carretera a Puerto Colombia en el curso de la semana y bajarle ímpetu al enojo de los desocupados (EL TIEMPO, N° 6809, 1930, 16 de septiembre).

Conclusiones

El perfil de la agitación social durante el gobierno del Presidente Enrique Olaya Herrera pone de presente que el dinamismo social estuvo supeditado a las acciones emprendidas por dos sectores sociales: asalariados y estudiantes, en consonancia con lo acontecido desde principios de siglo y en sincronía con lo que va a acontecer desde el gobierno de la revolución en marcha hasta el inicio del nuevo milenio, de acuerdo con lo que nos presenta el investigador Mauricio Archila, al indicar que entre los años 1975 y 2000 el peso de los actores sociales en la protesta se distribuyó de la siguiente forma: trabajadores asalariados 34%, pobladores urbanos 28%, campesinos e indígenas 17%, estudiantes 16% y el resto de actores 5% (Archila, 2002).

De esta manera, se toma de referencia el fin de la Guerra de los Mil Días y el principio de la administración liberal de Alfonso López Pumarejo en agosto de 1934, donde es visible una tendencia ascendente de la agitación social, sin descartar la inclusión de períodos de flujo y reflujo de dichas expresiones sociales, como aconteció con las huelgas efectuadas en consecución de mejores salarios, que cayeron durante el ciclo de la recesión entre 1930 y 1932 para retomar aire apenas se entra en un ciclo de recuperación a finales de este último año. Tendencia ascendente mucho más visible si se compara el volumen de las acciones de principios del siglo XX con las que se pudieron escenificar en el siglo XIX, circunstancia que guarda relación con la combinación de una serie de factores endógenos y exógenos que se acentuaron con el arribo del nuevo siglo.

Entre los factores endógenos figuran la transformación progresiva de la composición de la actividad productiva en la cual el formato agropecuario y minero se ve acompañado del despegue industrial basado en empresas de bienes de consumo alimentadas por capital doméstico proveniente del comercio exterior y la minería. La aclimatación de las relaciones de trabajo asalariado en la industria, la agricultura comercial, la actividad petrolera de enclave, el transporte fluvial y marítimo y las obras públicas.

La tonificación de la inversión directa de capital en sector primario de exportación. El relativo fortalecimiento de la infraestructura férrea y vial para seguir articulando los mercados locales y regionales. El advenimiento de fuerzas políticas de oposición a los dos partidos tradicionales como el Partido Obrero Colombiano y el Partido Socialista Revolucionario, que más adelante se convertiría en el Partido Comunista, que a su vez implicaría la presencia de gente ilustrada que abrió su mente a doctrinas proclives a adoptar y defender ideas de justicia social que algunas veces vinieron del socialismo y otras de la Revolución Francesa.

Entre los factores exógenos cabe anotar el inobjetable triunfo del socialismo ruso al colocarse como alternativa del capitalismo industrial y paradigma político de las clases trabajadoras del mundo entero; el ejemplo de los estudiantes de Córdoba; la llegada de extranjeros que trajeron consigo ideas de justicia social, entre los que se contó el líder de la Liga de Inquilinos de Barranquilla, Nicolás Gutarra, expulsado del país por considerarse extranjero “pernicioso” y el ciudadano italiano Leonardo Macelli, secretario de la Unión Sindical Soviética, censurado por agitar las masas y promover la huelga de zapateros ocurrida en Cali en 1934, corriendo idéntica suerte que Gutarra (EL TIEMPO, N° 8163, 1934, 22 de mayo). Este conjunto amplio y diverso de factores derivó en una explosiva amalgama que abrió un gran boquete a la paquidérmica, limitada y opresiva estructura social heredada del siglo XIX.

De esta manera, Colombia obtuvo un pase permanente a los avatares sociales intrínsecos del proceso de modernización o transformación capitalista, es decir, a la lucha de clases entre el trabajo asalariado y los dueños del capital, a las querellas entre los trabajadores públicos y el Estado, al igual que entre la población procedente de todas las capas sociales y el Estado por servicios públicos, transporte e infraestructura. La fórmula de contestación, tanto espontánea como organizada de la masa proveniente de múltiples orígenes sociales, especialmente proletaria, irá adquiriendo la mayoría de edad y con ella la carta de ciudadanía.

Una situación es bastante clara no solamente para los años del gobierno de Olaya Herrera, sino para lo que va corrido del nuevo siglo XX, es la protesta y la agitación social que se visibiliza, emerge una fuerte tendencia a tomar y copar espacios públicos y privados que confrontan el papel asumido por el Estado, por los empresarios y por las instituciones educativas. Es evidente la presencia de un sentimiento y sentido de rebeldía en cuanto a que es lícito, legítimo y apropiado pronunciarse abierta y contundentemente contra los grupos sociales y las instituciones que por acción u omisión lesionan o puedan lastimar los derechos que por justa causa y razón los acompañan.

Existe una especie de certeza social de la necesidad de defender y ampliar espacios sociales que vienen conquistándose desde años atrás, plasmados en la interlocución gremial y política de asalariados, campesinos y estudiantes frente al Estado, los capitalistas, los intelectuales y el resto de la sociedad mediante acciones de confrontación o divulgación.

Esta conquista social y política es una renta histórica medible o cuantificable con el número de protestas sociales en cualquiera de las formas anotadas: movilizaciones, mítines, paros, reyertas, huelgas de hambre, concentraciones, etc., registradas a lo largo del siglo XIX y las acontecidas durante las tres y medias décadas corridas del siglo XX, lo que nos da a pensar que si bien

continuaron adoptándose una variada gama de medidas de fuerza para controlar y reprimir la protesta: despidos, arrestos arbitrarios, amenazas, estado de sitio y uso de las armas, el régimen político es más permeable a los nuevos acontecimientos sociales.

Los gobiernos conservadores y liberales nunca fueron absolutamente impermeables a las reformas sociales que la modernización exigía. El punto era que la rebeldía de los sectores sociales más volátiles o proclives a la confrontación pudieran controlarse políticamente sin desmedro del orden burgués que seguía cocinándose a fuego lento desde mediados del siglo XIX, época de las reformas liberales ocurridas en la Nueva Granada entre 1847 y 1861

que pretendieron “despejar el camino hacia el desarrollo y la modernidad” (Aguilera y Vega, 1991, p.97).

Otro aspecto rescatable de las acciones sociales de inconformismo, es el nivel de confrontabilidad exhibido. Según una escala tomada por el investigador del CINEP Mauricio García Durán, del escritor John Lofland, la inmensa mayoría de protestas registradas en nuestra base de datos clasifican en los niveles medio y alto (véase Tabla 12). Son acciones colectivas que corresponden a asonadas, nivel general alto y específico 10; huelgas y paros, nivel general alto y específico 7 y, movilizaciones, nivel general medio y específico 5.

Tabla No. 12. Nivel de confrontabilidad

Nivel general	Nivel Específico	Tipos de acciones correspondientes a cada nivel
Alto	Nivel 10 Nivel 9 Nivel 8 Nivel 7	Acciones que derivan en confrontación violenta Tomas y bloqueos Acciones de resistencia civil pacífica Paros y huelgas
Medio	Nivel 6 Nivel 5 Nivel 4	Zonas de paz Marchas y concentraciones Diálogo y negociaciones
Bajo	Nivel 3 Nivel 2 Nivel 1	Encuentros, foros y seminarios Actos culturales y deportivos Campañas educativas

Fuente: García Durán (2005. p.154).

Además, es patente que las acciones colectivas de protesta cometidas por los trabajadores cesantes, los inquilinos y los estudiantes se encaminaron a dar a conocer sus respectivas inquietudes y problemáticas a las autoridades civiles de los distintos niveles administrativos. Los cesantes confiaban o por lo menos golpeaban la puerta de las autoridades ejecutivas y legislativas regionales y locales. Las demandas de trabajo eran enunciadas ante las instalaciones de los órganos legislativos de la Asamblea Departamental y el Consejo Municipal o del ejecutivo regional.

Los estudiantes universitarios y de secundaria llevaban sus quejas ante las autoridades escolares de la respectiva institución en conflicto, aunque en unos pocos contados casos concurren a instituciones de los poderes ejecutivo y legislativo regional o nacional. Recuerdo que el 27 de abril de 1930 los estudiantes universitarios de Cartagena ventilaron sus aspiraciones ante la Asamblea Departamental y 3 días más adelante los estudiantes de bachillerato del Colegio Barranquilla llevan sus pretensiones al despacho del Gobernador.

Los inquilinos en Bogotá, el 22 de septiembre de 1930 ambicionaban del Congreso de la República la aprobación de un proyecto de ley sobre arrendamiento que los protegiera de las arbitrariedades rentísticas de los propietarios de los inmuebles.

En general, los sectores sociales mencionados actuaron con la voluntad de llamar la atención de las autoridades legítimamente constituidas para hallar una salida rápida y eficaz de sus contrariedades; creían que los poderes ejecutivo y legislativo, sobre todo a nivel regional, tenían una considerable parte de la fórmula de solución de sus problemas, lo que es casi lo mismo a decir que confiaban en las instituciones republicanas de poder burgués y en su arbitraje objetivo a favor de las causa de los justos y menesterosos.

De igual manera, es obvio que las acciones colectivas de inconformismo discurren en medio de una vía de expresión formal ceñida a derecho, en cuanto a que reconocen y aceptan el orden jurídico y político imperante, así como la funcionabilidad de las instituciones, de lo contrario jamás hubiesen acudido en su ayuda.

Además, estiman que las autoridades civiles locales y regionales estacionadas en la cúspide del poder público deben cumplir con el compromiso de encontrar remedios cuando las instancias inferiores dilatan o entorpecen la gestión administrativa pública y privada en beneficio de la gobernabilidad, entendida esta última como la capacidad de las instituciones y la burocracia para atender y reparar las exigencias de la comunidad en calidad de sujeto actuante o de arbitro.

Referencias

- Aguilera, M. & Vega, R. (1991). *Ideal democrático y revuelta popular*. Bogotá D.C.: Instituto María Cano.
- Archila, M. (2005). *Idas y venidas, vueltas y revueltas 1958 – 1990*. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de antropología e Historia, Centro de Investigación y Educación Popular.
- Archila, M. (2002, noviembre – diciembre). Colombia en el cambio de siglo: actores sociales, guerra y política 1975 -2000. *Revista Nueva Sociedad*, 182, 76-90.
- Cardoso, F. & Pérez, H. (1977). *Los métodos de la historia*. México D.F.: Editorial Grijalbo.
- Farinetti, M. (2002). “La conflictividad social después del movimiento obrero”. *Revista Nueva Sociedad*, 182, 60-75.
- Fontana, J. (1982). *Historia, análisis del pasado y proyecto social*. Barcelona: Editorial Grijalbo.
- Foucault, M. (2003). “Volver a la historia”. *Revista Veredas*, 7, 7-19.
- García, M. (2005, junio). Repertorio de acciones colectivas en la movilización por la paz en Colombia 1978 – 2003. *Revista Controversia*, 184, 150-176.
- Avella, M; Bernal, J; Errázuriz, M. & Ocampo, J. (1991). La consolidación del capitalismo moderno. En J. A. Ocampo (Ed.), *Historia económica de Colombia* (pp. 243-332). Bogotá D.C.: Siglo Veintiuno Editores.
- Rudé, G. (1979). *La multitud en la historia*. (3ra Ed.). Madrid: Siglo Veintiuno editores.
- Rudé, G. (1983). *La Europa revolucionaria 1783 – 1815*. (6ta Ed.). Madrid: Siglo Veintiuno editores.
- Torrejano, R. (2007). La protesta urbana en Colombia a principios del siglo XX 1902 – 1930. En R. H. Torrejano (Ed.), *Cuatro ensayos sobre historia social y política de Colombia en el siglo XX* (pp. 21-73). Bogotá D.C.: Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Publicaciones periódicas

El Tiempo, Bogotá, 1930 – 1934

El Colombiano, Medellín, 1930.

Archivo General de la Nación, Fondo república,
Sección 1º Ministerio de Gobierno

La encrucijada de la Vivienda de Interés Social en Bogotá: Los precios del suelo*

The Crossroads of Social Interest Housing in Bogota: Land Prices

Recibido: 18 de diciembre de 2008 - Revisado: 2 de febrero de 2009 - Aceptado: 14 de marzo de 2009

Alex Smith Araque Solano**

Yadira Caballero Quintero***

Resumen

En este documento se estudia el problema de la vivienda de interés social, VIS, en Bogotá asociada al precio del suelo. Se revisan algunos postulados que han tenido un impacto sobre el problema de manejo del precio del suelo. Se parte de la revisión de la estructura de asentamiento poblacional de la ciudad como evidencia de la desequilibrada ocupación y oferta de bienes urbanos. La perspectiva cuantitativa utilizada indica que la incorporación de suelo urbano no tiene el efecto señalado de bajar los precios. La dinámica de los precios del suelo muestra un comportamiento inercial de estos, derivados de la racionalidad algo *ingenua* de los propietarios. La asociación con la evolución de la construcción indica que los constructores y su tendencia a capturar rentas de anticipación los lleva a cometer errores si no se prevén los ciclos. A pesar de ser una industria con una organización competitiva existe evidencia de un componente no explicado del precio que puede ser igualmente una renta, en este caso tecnológica.

Palabras clave

Renta del Suelo, oferta de suelo, series de tiempo, juegos secuenciales, función de producción.

Abstract

This document analyzes the issue of social interest housing in Bogota related with land prices. Additionally, some postulates that have had an impact over land pricing issues have been reviewed. As a starting point it has been reviewed the population settlement structure in the city as an evidence of the unbalanced occupation and offer of property. The quantitative perspective used shows that the incorporation of urban land does not have the aforementioned effect of lowering prices. The dynamic of land prices shows an inertial behavior of such, derived from the somehow naïve rationality of the owners. The association with the construction evolution shows the tendency of constructors to capture rent anticipation, leads them to make mistakes if cycles are not foreseen. Although being an industry with a competitive organization, there is evidence of a non explained element of pricing that may be a rent, in this case a technological one.

Key words

Land rent, land offer, time series, sequential games, production function.

* Documento resultado de investigación. Proyecto La encrucijada de la vivienda de interés social en Bogotá. Financiado por la Universidad Sergio Arboleda, Grupo de investigación en Políticas públicas y Economía empresarial GIPE de la Escuela de Economía, reconocido en Colciencias. Agradecimientos a Adriana Parías, Isidro Hernández y Hugo Torres.

** Magister en Economía Universidad Nacional de Colombia.

Correo electrónico: alex.araque @usa.edu.co

*** Magister en Economía del Medio Ambiente y Los Recursos Naturales Universidad de Los Andes. Maryland University.

Correo electrónico: yadira.caballero@usa.edu.co

Introducción

El problema de la vivienda en Colombia ha tenido diversas aproximaciones teóricas y técnicas que van desde la respuesta gubernamental subsidios a la oferta o la demanda, la profundización financiera, la presencia de monopolios sobre los insumos, inexistencia de instrumentos adecuados de desarrollo urbano y la debilidad institucional en la gestión del suelo, otra forma de monopolio implícito creado por la misma demanda de vivienda.

Las soluciones son igualmente variadas pero es evidente que aún persiste el problema de la vivienda en Colombia. De acuerdo con el DANE, el déficit alcanza los 3,8 millones en el país y en ciudades como Bogotá la cifra asciende a 370 mil hogares en el año 2005. Se requiere en consecuencia, la acción coordinada sobre todos los frentes asociados con el mercado de vivienda, pero en particular entender mejor las particularidades de los comportamientos de los agentes y las condiciones estructurales del mercado. Sobre todo el del precio del suelo. Esta última es la aproximación realizada en este documento, se evalúa la variable precio del suelo en tres direcciones: 1. La modulación del precio que podría causar la oferta de suelo. 2. Las expectativas y racionalidad implícitas en la propia dinámica de los precios del suelo y 3. La lógica de los comportamientos de constructores y propietarios del suelo y su parametrización de las condiciones de producción de espacio construido.

Se presentan los resultados de las elecciones de asentamiento de la población; en la tercera sección se establece y cuantifica la relación precio-oferta del suelo. Posteriormente se analiza la dinámica de los precios y su asociación con el sector de la construcción. En la sección quinta se aborda el resultado del conflicto entre propietarios y constructores en un marco de teoría de juegos complementado con el análisis de la función de producción de vivienda y la expedición de los instrumentos de planeamiento y gestión del suelo.

Asentamiento poblacional y estructura urbana

La estructura urbana de Bogotá es el resultado de la histórica evolución de intereses económicos y sociales inmersos en la geopolítica nacional. El desequilibrio urbano expresa el ordenamiento, gobierno y administración de la sociedad y del territorio. En este sentido, si los procesos que regulan el manejo y la transformación del territorio son base del fundamento del contrato social que se expresa en normas (Giraldo, 1999), es clara la necesidad de intervenir el territorio como una forma de corregir las asimetrías sociales. La lectura del territorio distrital permite apreciar la huella del patrón de asentamiento poblacional, de la actividad económica y también el marco en el cual se tomaron estas decisiones de localización. Los suelos residenciales de estratos bajos se encuentran en zonas ubicadas en el margen de Bogotá en donde las dotaciones urbanas y las condiciones de accesibilidad son precarias, colineales con los bajos precios del suelo y las altas densidades de población.

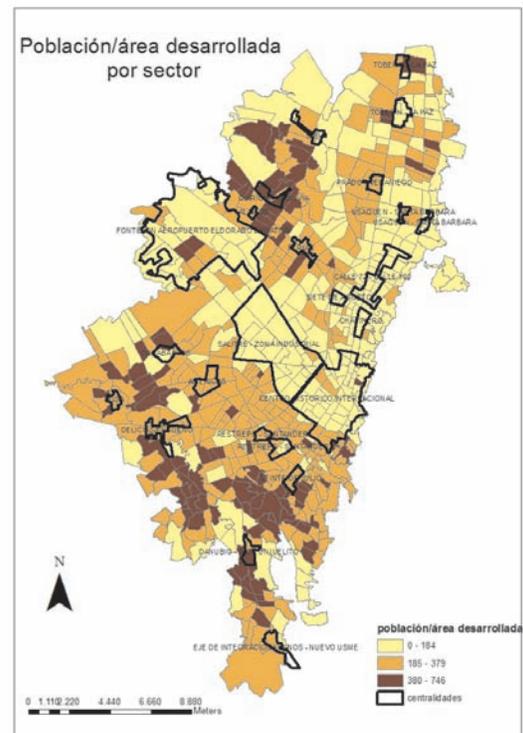


Figura 1. Mapa Población/área desarrollada por sector en Bogotá. Fuente: SDP-CEA-UN. 2007.

En la figura 1 se aprecian las densidades de población por sector censal, el color se oscurece con el incremento de la densidad. En el centro y norte de la ciudad, las localidades de Teusaquillo, Chapinero y Usaquén presentan bajas densidades, 0,01 a 3,39 personas por vivienda, consistente con la lógica de localización de actividades económicas y población. Las localidades de Santa Fe, Candelaria, Barrios Unidos y Suba tienen densidades entre 3,40 y 4,74 personas por vivienda. La mayor densidad se encuentra en Bosa, Puente Aranda, Tunjuelito, Rafael Uribe y San Cristóbal con 5,55 personas por vivienda. El Sur y el

Occidente presentan densidades entre 4,75 y 5,54 personas por vivienda. La densidad por localidad no es homogénea en el noroccidente; Suba por ejemplo presenta sectores censales con densidades superiores a 5,85 personas por vivienda, al igual que en algunos sectores del extremo norte de Usaquén. Las bajas densidades de toda la ciudad se encuentran en el centro expandido sobre la carrera séptima y la carrera 30 y la Avenida El Dorado, y la Avenida de La Esperanza. En Dureau, F., y Delaunay, D. 2005 se elabora una detallada revisión de la dinámica de asentamiento poblacional en Bogotá– Soacha.

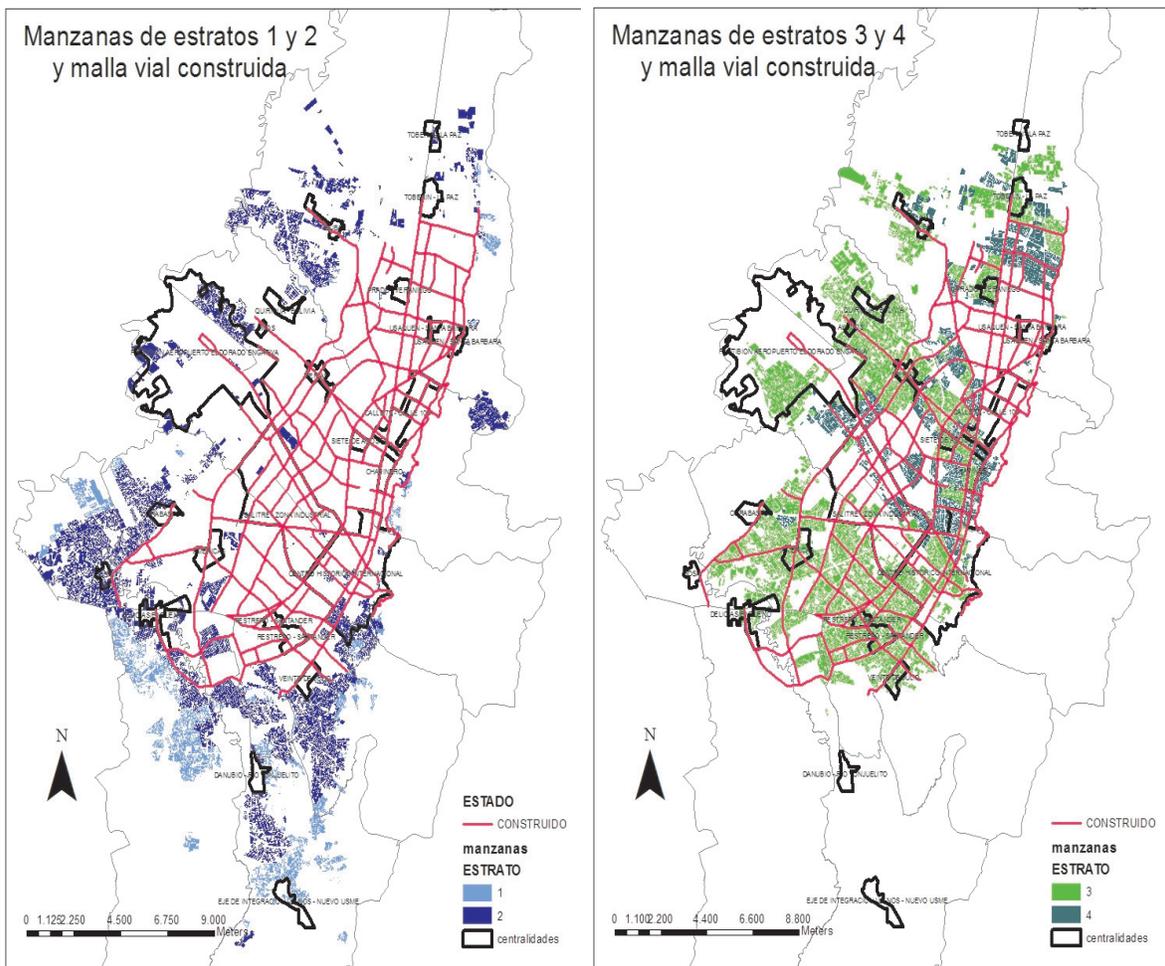


Figura 2 Mapas de manzanas de estratos 1 a 4 y malla vial construida. Fuente: SDP-CEA-UN.

Los desequilibrios del territorio, incluidos los bienes urbanos, son reflejo de las desigualdades de ingresos. La localización de los bienes urbanos tiene un sentido óptimo en términos de la accesibilidad y del usufructo por parte de la mayor población. Ubicar equipamientos en zonas inaccesibles genera ineficiencias sociales por los altos costos de desplazamiento. La accesibilidad del territorio juega un papel protagónico en la oferta de bienes urbanos.

La figura 2 contiene dos mapas que presentan evidencia de la distribución de la población sobre el territorio asociada con los niveles de ingreso de los hogares. La estratificación se revela colineal con las altas densidades de población. En Bogotá, el asentamiento poblacional y de la actividad económica es consistente con los postulados teóricos. Los hogares de estratos altos se localizan en las zonas urbanas cercanas al centro expandido y de allí se deriva un gradiente de localización hasta llegar a los estratos bajos, 1 y 2. En las figuras 3 y 4 se observa esta organización de los hogares como lo señala la teoría de la localización en la izquierda y en la derecha el gradiente general de precios o de renta del suelo si se quiere.

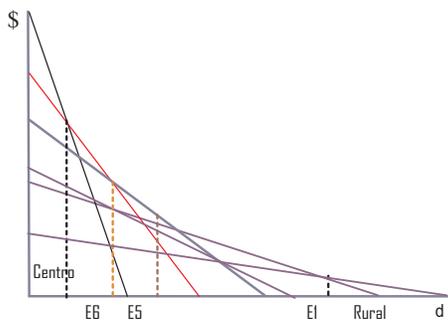


Figura 3. Organización de los hogares en Bogotá.

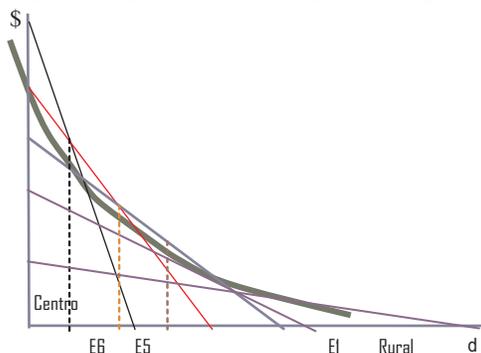


Figura 4. Organización de los hogares en Bogotá. Envoltente LPRB.

La información de precios del suelo residencial de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, LPRB, organizada de forma descendente describe una envoltente similar a la de la figura 4. La zona 52, La Cabrera, es el sector de la ciudad cuyo precio es el mayor de todo el suelo residencial y de allí se organizan todos los hogares hasta Ciudad Bolívar, Zona 96, en el sur de la ciudad, Engativá- Suba y Soacha.

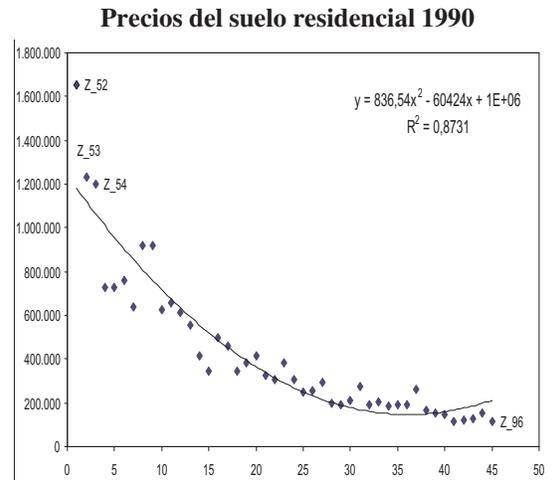


Figura 5. Precios del suelo residencial 1990.

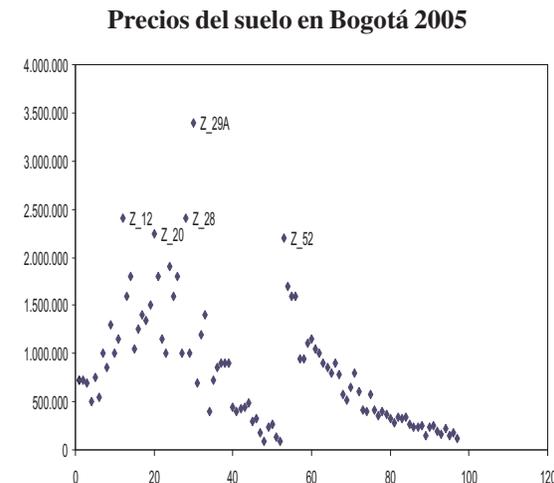


Figura 6. Precios del suelo en Bogotá 2005.

Las figuras 5 y 6 muestran los precios del suelo en Bogotá durante 1990 y 2005. La figura 5 corresponde al año 1990; los resultados para el año 2005 (Figura 6) son similares, excepto en la elasticidad de la curva media, la distancia de

precios se ha incrementado de manera significativa. El precio de la Cabrera fue 14,3 veces en 1990 y en 2005 fue de 19,13 veces el precio de Ciudad Bolívar. En este periodo los hogares de altos ingresos de la ciudad incrementaron su nivel de riqueza frente a los de ingreso inferior, lo que se traduce en la ampliación de la brecha social.

La información total de precios por todos los usos o actividades exhibe un evidente contraste de precios. En la figura 6 se aprecian estas diferencias. En la zona izquierda se observan los distintos precios del suelo comercial e industrial de la ciudad cuyos mayores niveles se alcanzan en el área del centro Andino y el Teleport Bussines. En la derecha los precios del suelo residencial, cuyo referente de nivel es La Cabrera. Como ejemplo de la diferenciación se observa que el precio del suelo del Parque de la 93 comparado con el de la zona Industrial de Cazucá en el sur de la ciudad es 37,7 veces el de este último.

Disponibilidad de suelo en Bogotá

En esta sección se evalúa el postulado según el cual la dinámica de los precios del suelo de las zonas populares está atada a la disponibilidad de suelo urbano. La hipótesis es simple, la oferta de suelo es inelástica lo que se constituye en un elemento determinante del precio. La inelasticidad de la oferta implica cierto poder de mercado de los propietarios (Misión Siglo XXI).

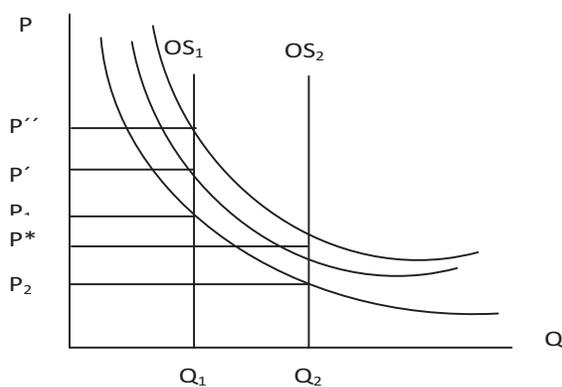


Figura 7. Precio Vs. Oferta del suelo.

En la figura 7, la oferta de suelo inicial OS_1 igual a Q_1 , define el precio en P_1 . Al no poder incrementar la oferta de suelo, las presiones del crecimiento poblacional y económico fuerzan el ascenso del precio a P'' (estas fuerzas desplazan las curvas de demanda a la derecha). Si la administración de la ciudad expande el perímetro urbano a OS_2 , los precios pasan a P_2 aun cuando conservarán la tendencia a crecer presionados por el mercado informal; es decir, pasan de P_2 a P^* un cambio en precios mucho menor. Parece una dinámica contradictoria desde una perspectiva microeconómica, pero no lo es. De hecho, un incremento de la oferta manteniendo la población constante implica un descenso de los precios de P_1 a P_2 como se aprecia en la figura. No obstante detrás de todo incremento del perímetro urbano se encuentra el crecimiento poblacional y de la actividad económica. Lo interesante es que, dada la presencia de renta del suelo, una ampliación del perímetro urbano encarecerá el precio del suelo.

Las zonas residenciales

Los precios del suelo reflejan no solo la cantidad de bienes urbanos e infraestructuras asociadas al suelo, también los desajustes de una oferta escasa de suelo urbano y una amplia demanda de vivienda de hogares con bajo nivel de compra o demanda efectiva. Una gran demanda como se muestra en la figura 7, presiona el precio de la vivienda al alza y con ello el del suelo; adicionalmente, se desmejora notablemente la calidad de la vivienda al enfrentarse los intereses de los propietarios del suelo y de los constructores. Aquí quien finalmente pierde es el consumidor.

Si el juego entre propietarios y constructores se define sin la intervención de la administración urbana, los resultados de la distribución del suelo aparecen a la vista como puede verse en los mapas de la Figura 2. El arbitraje público no modificó el resultado. Los equilibrios urbanos y la inclusión de la mayor parte de la población a la ciudad fueron objetivos, pero el desconocimiento

de la lógica y funcionamiento de los factores o los mismos fenómenos intervenidos diluyeron las acciones públicas.

La información de precios permite apreciar eventos importantes del desarrollo urbano y de las intervenciones en la ciudad. El primero de ellos hace referencia al precario mercado formal de suelo en Bogotá en el año 1960. En efecto, si se toma como proxy del desarrollo del mercado formal del suelo la existencia de avalúos y con ellos la determinación de zonas de la Lonja; se aprecia que, de las 97 zonas existentes hoy, en aquella época sólo existía información de 23 zonas. Un segundo hecho se asocia con los altos precios de las zonas del distrito central de negocios, cuyas zonas residenciales vecinas tenían precios similares a las zonas consideradas hoy de estratos altos.

Esta cercanía de precios de las zonas residenciales tiene explicación en la precariedad del desarrollo urbano y la consecuente escasez de suelo servido, principalmente para viviendas populares. La provisión de infraestructura promueve el crecimiento exagerado de los precios de los suelos cercanos y condena los suelos distantes al mercado informal. No extraña que los precios de las zonas residenciales consolidadas en 1960 tengan precios de zonas con *vocación de estratos altos*. Es decir, los propietarios esperan que allí se localicen hogares de estratos altos de manera que el precio no es más que una suma acumulada de rentas futuras esperadas.

La entrada al mercado de los suelos

En las figuras 8 y 9 se presentan la razón de precios de Sur Oriente 1 frente a las zonas representativas de la ciudad. En estratos altos se eligió La Cabrera, en medio alto La Alhambra, en medio medio Cedritos y medio bajo Nueva Santa Fe. La figura 8 permite apreciar la homogeneidad de predios sin desarrollar y con altos precios por suelos que tardarán entre 30 ó 40 años en realizarse. Con el tiempo y la ampliación del mercado, la zona Sur Oriente se convierte en

una zona de bajos precios, es decir, con suelos de estratos populares. Cedritos para los años sesenta tenía precios bajos, el precio de Sur Oriente 1 era más de cuatro veces el de Cedritos, pero solo 10 años después, esta razón es del 50% del precio de Cedritos. De igual manera es notorio el acelerado crecimiento del precio del suelo de La Cabrera de la cercanía a la paridad de precios del año 60, en 2005 el precio de Sur Oriente 1 es apenas de 4,6%.

Razón de precios Sur Oriente 1 y otras zonas

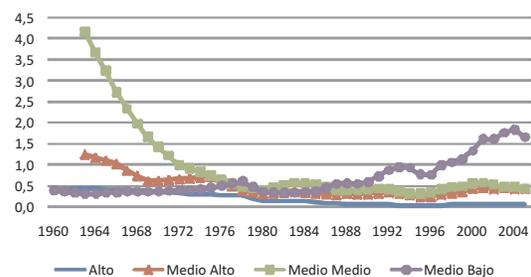


Figura 8. Razón de precios Sur Oriente 1 y otras zonas.

Razón de precios Zonas residenciales populares

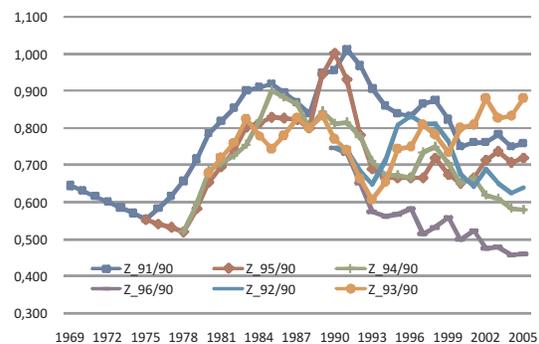


Figura 9. Razón de precios Zonas residenciales populares

En adición al comportamiento relativo de los precios del suelo hacia los años 60, la entrada al mercado formal de las diversas zonas urbanas de estratos populares explica la manera en que se especula con el precio, o por lo menos, lo contraproducente que resulta la política de expansión urbana. En la figura 9 se muestran las mismas razones de precios pero ahora frente a las distintas zonas residenciales populares de acuerdo con su entrada al mercado formal.

La zona 90 o Sur Oriente 1 es la primera *zona popular* en el mercado formal; en retrospectiva lo que hoy es un suelo popular en aquella época no lo era. Sur Oriente 2, Z_92, aparece con información hacia el año 1969. Sur Oriente 3 sólo hasta 1975 entra al mercado formal de suelo, luego no tendría sentido calcular la participación de precio de ésta respecto de Sur Oriente 1, por cuanto esta última zona se encuentra ya consolidada y sus movimientos o cambios de precios obedecen a otra lógica distinta a la de los predios del margen. En este sentido, la razón se calcula como la participación del precio de la última zona que entra al mercado formal respecto a la inmediatamente anterior.

En el caso de Sur Oriente 2 entra al mercado con un precio cercano al 65% del precio de Sur Oriente 1. El desarrollo de la zona se acelera desde este año hasta comienzos de los noventa fecha en la cual alcanza un precio igual al de Sur Oriente 1, de allí su precio declina hasta llegar a ser el 76% en el año 2005. En la figura 9 se aprecia como, a excepción de la zona Sur Oriente 2, todas las demás entran al mercado con precios nivelados respecto a la última zona en entrar al mercado. Una vez entran al mercado el precio se deprime con el paso del tiempo. Esto último no ocurre con la zona de Patio Bonito, Z_93, y Sur Oriente 3, Z_94. Patio Bonito tiene un notorio crecimiento de precios que le lleva incluso a acercarse a Sur Oriente 1.

Esta dinámica de precios frente a la incorporación de los predios al mercado formal implica que la extensión del mercado formal se rezaga ante la dinámica del mercado informal encargado de presionar los precios al alza, de manera que las zonas entran al mercado con los precios nivelados. Esto implica una alta demanda potencial de suelo urbano y una baja demanda efectiva de suelo que se equilibra con el suelo formal ofrecido por la ciudad. La figura 10 presenta una aproximación a este fenómeno.

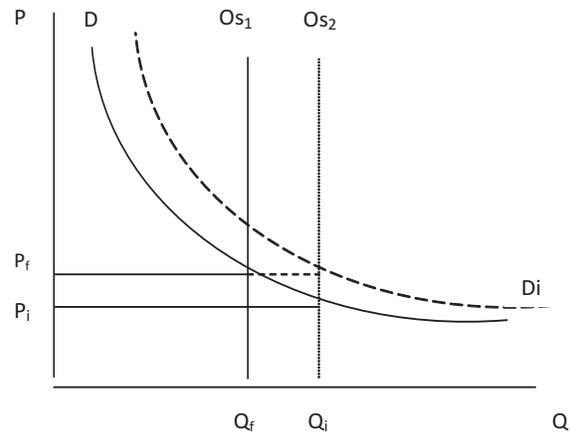


Figura 10. Mercado de suelo urbano formal.

La figura 10 presenta un mercado en equilibrio de suelo urbano formal. La cantidad de suelo urbano de equilibrio Q_f se ofrece al precio P_f . Aun en equilibrio es notoria la presencia de una demanda no satisfecha excluida del mercado por su baja capacidad de pago y la reducida oferta de suelo urbano. En estas condiciones se crea el entorno preciso para la aparición de un mercado informal de suelo. Los propietarios saben que la ciudad no puede en el corto plazo proveer las infraestructuras de servicios para ampliar la oferta de suelo, en la figura se desplaza la línea $Q_f OS_1$ hacia la derecha, de manera que se satisfaga esta demanda a unos precios menores.

Ante esta perspectiva para el desarrollo de los predios, los propietarios desplazan la oferta de suelo a la derecha, a precios menores pero capturando un mayor valor sobre la expectativa de futuras intervenciones de la administración en la provisión de infraestructuras y bienes urbanos. Cuando la oferta final se concreta, los precios de estas nuevas zonas se nivelan con los de la oferta formal. Es decir, se presentó un desplazamiento de la demanda de manera que los precios del suelo no descienden con la oferta de suelo. La figura 11, abandona la estática comparativa de la figura 10, para explicar la dinámica temporal de este fenómeno.

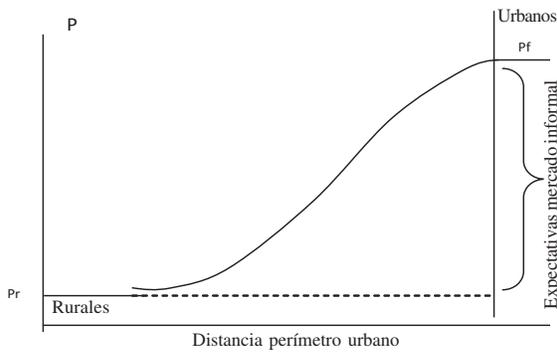


Figura 11. Dinámica temporal mercado de suelo.

En la figura 11, el eje vertical corresponde a los precios y el horizontal a la distancia al perímetro urbano. Los suelos rurales tendrán un precio Pr menor a los localizados en el margen de la ciudad, Pf; por cuanto las actividades urbanas generan aprovechamientos superiores a los rurales. Los precios del suelo se incrementan con la cercanía al perímetro urbano, sobre la base de las expectativas de incorporación del suelo rural al suelo urbano transferidas al mercado formal por la vía del mercado informal. Se transan suelos con precios que a la luz del derecho no tienen validez. Cuando efectivamente los suelos se incorporan al mercado formal los precios de estos dos suelos se han nivelado.

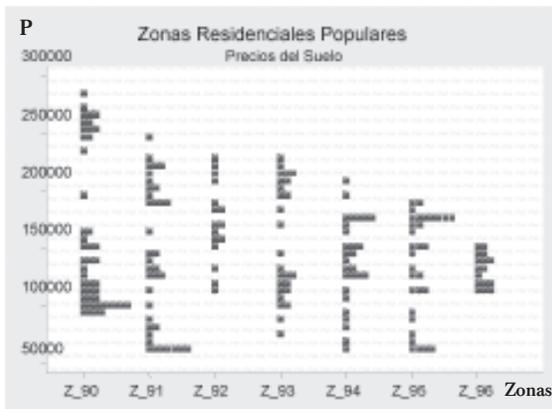


Figura 12. Precios del suelo zonas residenciales populares

Tabla 1. Zonas de la Lonja y año de incorporación

Zona	Z_90	Z_91	Z_95	Z_94	Z_93	Z_96	Z_92
Año	1960	1969	1975	1978	1980	1990	1990

Presencia en el mercado.

La figura 12 presenta las fluctuaciones de los precios de las distintas zonas residenciales populares a lo largo del período 1960 a 2005. En el eje vertical se tienen los precios constantes del suelo, en el horizontal la zona respectiva. La tabla 1 incluye la zona, el año de incorporación a las zonas de la Lonja y el orden en que lo hicieron. Se aprecia que la zona 90 tiene unos precios mínimos cercanos a los 100 mil pesos, superiores a los bajos niveles de las otras zonas, a excepción de Soacha, correspondiente a la zona 92, que se mantiene en un intervalo de 115 mil a 170 mil pesos. La demora en aparecer en el mercado formal de una zona implica una baja probabilidad de ver incrementados los precios a el nivel que lo hacen las primeras zonas que entran al mercado. Las últimas zonas en entrar al mercado se localizan a mayor distancia del Distrito Central de Negocios (DCN) de manera que les corresponderá un precio inferior. Adicional a esto, las dos últimas zonas en entrar, Soacha y Ciudad Bolívar, lo hicieron con precios nivelados frente a las otras zonas.

Precios del suelo residencial y expansión urbana

En Bogotá no se tiene información sobre oferta de suelo. Sólo se posee información de los distintos censos de población en los cuales se midió el perímetro urbano; en la figura 13 se muestra esta información con las mediciones realizadas por la Secretaría Distrital de Planeación, SDP, en los escenarios del Plan de Ordenamiento Territorial (POT), Departamento Administrativo de Planeación Distrital (DAPD, 2000), hoy Secretaría de Planeación Distrital documento técnico de soporte.

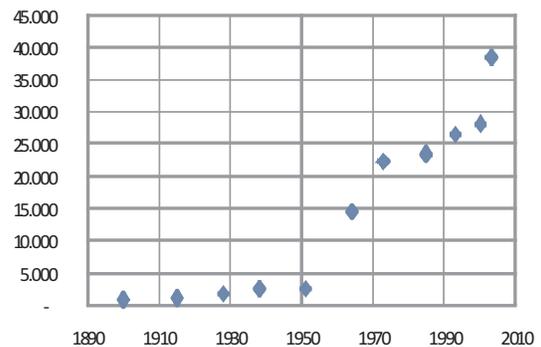


Figura 13. Perímetro Urbano de Bogotá 1890-2009.

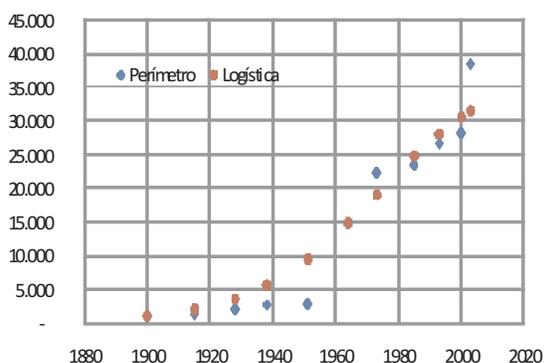


Figura 14. Función logística del perímetro.

Se puede ver que en el año 1900 el perímetro urbano de la Ciudad bordeaba las 1000 hectáreas. En 50 años, el perímetro se triplicó mientras que en los siguientes 22 años, 1951 a 1973, el perímetro se multiplicó 8,3 veces para posteriormente descender en el ritmo de crecimiento (Figura 13). En virtud de contar con sólo alguna información puntual del perímetro y del comportamiento logístico de perímetro y población, se ajustó una función logística que permitiera contar con datos anuales descriptores de la evolución y asociación de los precios y la oferta de suelo. En la figura 14 se aprecian los resultados del ajuste, el punto de inflexión se tomó en el año 1964 y se dejó que las colas se acomodaran. Los resultados numéricos se aprecian en la tabla 2.

Tabla 2. Resultados modelo logístico del Perímetro

Año	Perímetro	Logística
1900	909	906
1915	1.130	1.890
1928	1.958	3.495
1938	2.514	5.476
1951	2.700	9.350
1964	14.615	14.742
1973	22.299	19.055
1985	23.424	24.763
1993	26.654	28.114
2000	28.153	30.586
2003	38.431	31.503

En la tabla 2 se muestran los datos estimados para compararlos con los reales; la estimación permitió construir una serie de suelo ofertado en la ciudad desde el año 1900 hasta el año 2010. Esta serie se puede observar en la figura 15 denominada *consumo de suelo*. La serie restante es la disponibilidad de suelo.

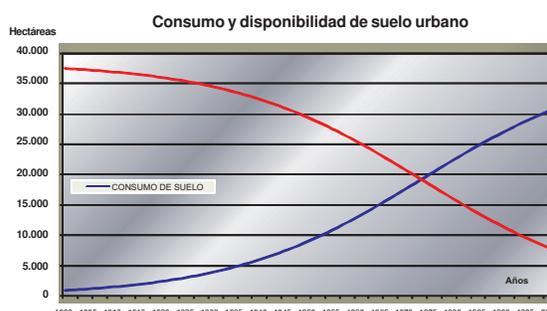


Figura 15. Consumo y disponibilidad de suelo urbano.

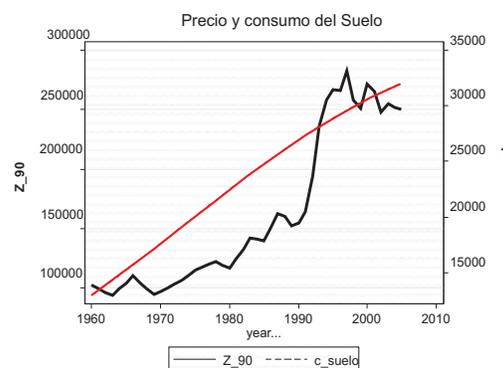


Figura 16. Precio y consumo del suelo.

Esta última serie se construyó como la diferencia entre el Stock del suelo en el año 2003 y el consumo anual de suelo de aproximadamente 400 hectáreas (Económica consultores, 1999). En la figura 16 se presentan las series de consumo de suelo en la ciudad y precios del suelo en Sur Oriente. Se aprecia que las dos series comparten una misma tendencia creciente. Como la serie de consumo es acumulativa, a mayor consumo acumulado, menor disponibilidad de suelo y mayor el precio del suelo existente. Comparando la situación con la figura 10, en el punto en el cual el stock se agota y la presión de demanda se refleja en el precio del suelo. Nótese que para 1973 el perímetro urbano se incrementó en 1,53 veces respecto del año 1964, pero aun así los precios subieron a pesar del incremento de la oferta de

suelo. Esto indica que las presiones de demanda son por suelo servido. Este evento contradictorio se pone a prueba con una regresión en donde la variable dependiente es el precio y la independiente la oferta de suelo.

Tabla 3. Resultados regresión
Precio Vs. Oferta de suelo

l_z90	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]	
l_csuelo	1.280388	.0935001	13.69	0.000	1.091951	1.468825
_cons	-.9143974	.9369818	-0.98	0.334	-2.80276	.9739654

En la tabla 3 se aprecia la estimación de la elasticidad precio de la oferta-consumo de suelo, donde un incremento del 1% en la oferta-consumo de suelo se traduce en un incremento del 1,28% en el precio de las zonas residenciales populares. Nuevamente, esto se explica porque las presiones de demanda son superiores a la respuesta institucional de ofertar suelo o las previsiones de la ciudad frente a la dinámica poblacional. Este punto es fundamental, si la administración hierra frente a las previsiones de demanda, genera restricciones normativas que tienen necesariamente un impacto en los precios del suelo.

Otro hecho que soporta la hipótesis de las percepciones erróneas de la administración de la ciudad frente a la dinámica poblacional y la oferta de suelo, se aprecia en el período inicial de la información. En la tabla 2, se puede evidenciar que en el año 1964 el perímetro urbano alcanzaba las 14615 hectáreas y en el año 1973 alcanzó 22299 hectáreas. Este incremento sustancial del perímetro urbano no se tradujo en una reducción de los precios. Sólo a partir de este período los precios inician una escalada sostenida, aun cuando el perímetro apenas se incrementó en algo más de 1.000 hectáreas. Este cambio de comportamiento en los precios se cuantifica con una variable dicotómica, *d_73*, cuyos valores son cero en el período 1960 a 1973 y uno en todo el período restante. Se adiciona una variable similar que mide el cambio de pendiente en este año *bp_73* y se deja la variable oferta-consumo de suelo. Los resultados del modelo indican que en este período

el precio de la zona *Z_90* tuvo un incremento anual de 3,3% (tabla 4). La variable oferta-consumo de suelo no tiene relevancia estadística. Si bien la oferta de suelo en el largo plazo no impacta los precios del suelo, los cambios de la oferta en el corto plazo podrían explicar las variaciones de los precios. Para el efecto, se toma la diferencia de oferta consumo de suelo como la oferta anual de suelo con las mismas variables y se corrigen los residuos como se muestra en la tabla 5.

Tabla 4. Resultados modelo
con Variable Dicótoma

l_z90	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]	
d_73	-65.21996	8.197718	-7.96	0.000	-81.76362	-48.67629
bp_73	.0330588	.0041747	7.92	0.000	.0246338	.0414837
l_csuelo	.0480682	.2333403	0.21	0.838	-.4228316	.5189679
_cons	11.04738	2.253199	4.90	0.000	6.500242	15.59452

Tabla 5. Resultados modelo
corregido por residuos

l_z_90	Coef.	Std. Err.	T	P> t
Constant	4,2934	1,4348	2,9923	0,0047
l_ca_suelo	-0,3733	0,1312	-2,8458	0,0069
l_z_90(1)	0,8272	0,0576	14,3583	0,0000
ma(1)	0,5388	0,1349	3,9946	0,0003

Los resultados del modelo en la tabla 5 muestran como los cambios de corto plazo de la oferta de suelo reducen los precios. Si la oferta de corto plazo se incrementa en 100%, los precios se reducen en 37%. Los propietarios tienen un referente informativo de corto plazo, como lo ocurrido en el período anterior; la inercia de los precios es significativa, los cambios en el consumo de suelo y los eventos aleatorios sobre los precios incorporados en un período posterior a su ocurrencia. Estos hechos no han considerados de manera adecuada la administración de la ciudad.

Tabla 6. Modelo incorporando la variable
disponibilidad de suelo

l_z_90	Coef.	Std. Err.	T	P> t
Constant	4,8570	2,0650	2,3520	0,0236
l_d_suelo	-0,2098	0,0944	-2,2224	0,0318
l_z_90(1)	0,7593	0,0994	7,6407	0,0000
ma(1)	0,6017	0,1226	4,9079	0,0000

Por tanto las conclusiones anteriores son fortalecidas al considerar la variable disponibilidad

de suelo (tabla 6). Los resultados se conservan. La inercia de los precios y la incorporación de eventos aleatorios un periodo posterior a su ocurrencia son significativos. Se observa que al incrementar la disponibilidad de suelo en 100 %, los precios de los sectores populares se reducen en 21%. Puede resultar un porcentaje bajo si se quiere, pero unido a los instrumentos de gestión del suelo se tiene una reducción importante del precio del suelo.

La dinámica de los precios

Análisis por zonas

En esta sección se estudiará la dinámica de los precios del suelo. Se comenzará por la zona popular con mayor información disponible de la LPRB; es decir, la zona Sur Oriente 1. En la figura 17 se aprecia la evolución del precio del suelo de Sur Oriente 1, de la cual se derivan tres eventos. El primero, un período de estabilidad de precios en la década del sesenta y comienzos del setenta; segundo, el crecimiento sostenido de precios a partir de 1970 en el restante período y finalmente el insostenible incremento de precios a comienzos de la década del noventa y posterior retorno a la tendencia de crecimiento de largo plazo.

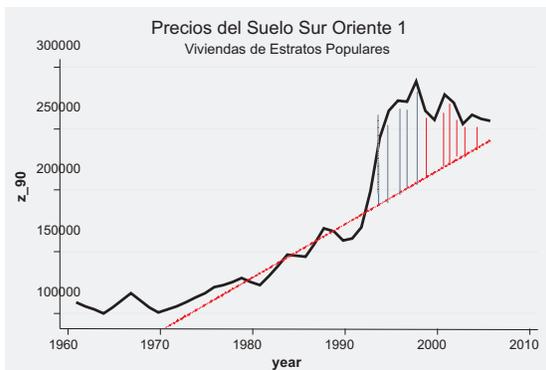


Figura 17. Precios del suelo zona Sur oriente 1. Viviendas de estratos populares.

Como se observa, las funciones de autocorrelación sugieren la existencia de una fuerte asociación intertemporal de precios que podría traducirse en una tendencia determinística o estocástica (Figuras 18 y 19). La primera implicaría que las desviaciones de los precios

originadas en eventos económicos o normativos son temporales por cuanto convergen al equilibrio. Si la tendencia es estocástica los shocks tienen efectos permanentes en los precios. El exagerado incremento de los precios de los años noventa y su posterior convergencia a la tendencia de largo plazo indicaría que los precios son estacionarios, es decir, efectos normativos, impuestos al suelo o presiones de demanda en un sector urbano sólo generan incrementos temporales de precios.

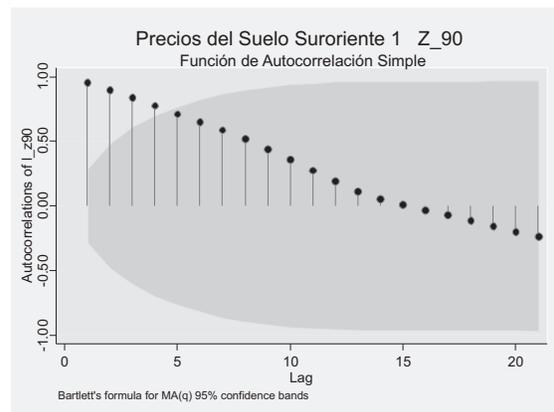


Figura 18. Resultados Función de autocorrelación simple. Precios del suelo zona Sur Oriente 1.

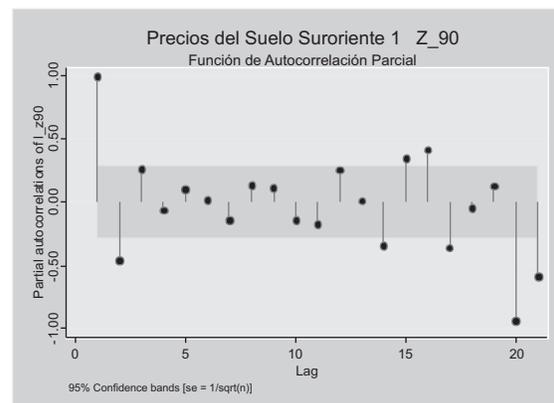


Figura 19. Resultados Función de autocorrelación parcial. Precios del suelo zona Sur Oriente 1.

La existencia de la tendencia estacionaria se probó con un estadístico ADF. El test indica que no existe evidencia de este tipo de tendencia (Se descontaron componentes determinísticos y sobre estos residuos se aplicó ADF. Enders, 2004). En consecuencia se procedió a modelar el precio del suelo usando la metodología de Box-Jenkins.

Tabla 7. Resultados modelo Box- Jenkins

l z 90	Coef.	Std. Err	t	P> t
Constant	13,9653	6,6478	2,1007	0,0417
ar (1)	0,9904	0,0306	32,4177	0,0000
ma(1)	0,5655	0,1267	4,4626	0,0001

La Tabla 7 muestra los resultados del modelo Box-Jenkins. El proceso generador de los precios del suelo es un ARMA (1,1). El coeficiente de los precios rezagados provee evidencia de la importancia de la inercia. Los propietarios fijan los precios pensando fundamentalmente en el nivel que tenían los precios en el período anterior. Los efectos de los eventos aleatorios ocurridos en el mercado del suelo no son incorporados inmediatamente; los propietarios esperan un período para incorporar parte de este efecto en el precio del suelo. Estos dos determinantes explican la variación de los precios actuales.

Con base en la anterior especificación se estimó una forma funcional en la que la evolución de los precios es función de la tendencia determinística, los componentes estacionarios y las desviaciones de los precios de sus precios potenciales usando un filtro HP. Los resultados se presentan en la tabla 8.

Tabla 8. Resultados modelo Precios con filtro HPZ_90

l z 90	Coef.	Std. Err	t	P> t
Constant	11,2401	0,1212	92,7631	0,0000
trend	0,0282	0,0038	7,4214	0,0000
gap_lz90	4,59E-06	0,0000	16,6697	0,0000
ar (1)	1,6014	0,1237	12,9506	0,0000
ar (2)	-0,6611	0,1160	-5,6984	0,0000

El coeficiente de la tendencia temporal *trend* revela que los precios del suelo crecieron a una tasa anual de 2,8% en el período de análisis, el ciclo de precios afecta de manera directa la evolución de los precios. En un período de crecimiento de precios, las desviaciones de la tendencia potencial refuerzan el crecimiento de dichos precios. En períodos de descenso de precios, las desviaciones presionan los precios a la baja hasta alcanzar el equilibrio de largo plazo. Los componentes auto-regresivos indican que los propietarios fijan sus precios actuales de manera especulativa incrementando el precio del período anterior en 60%. Este comportamiento es insostenible en el largo plazo,

los precios crecerían de manera indefinida, el coeficiente del componente auto-regresivo de segundo orden frena al crecimiento de los precios en el segundo período. Las dos fuerzas hacen que los precios sean estacionarios y converjan al promedio de largo plazo.

Un segundo ejercicio econométrico se realizó sobre los precios del suelo de la zona Sur Oriente 2. Los precios se mueven sobre una tendencia determinística, en la cual convergen una vez las fuerzas económicas logran desviarlos del equilibrio. En particular, es ostensible la desviación positiva de los precios ocurrida en la primera mitad de la década del noventa y la desaceleración que sufrieron en la segunda mitad de dicha década, que llevó los precios a niveles inferiores de los de equilibrio de largo plazo. Se aprecia como los niveles de estos precios se han paralizado en los últimos años, fenómeno originado en el estancamiento reciente de la oferta de vivienda de interés social.

Actividad edificadora y precios del suelo

La relación entre constructores y propietarios del suelo se puede describir por medio de las licencias de construcción (DANE, precios del suelo). En la figura 20, se presenta la evolución temporal de las dos series. El eje vertical izquierdo corresponde al área licenciada, el derecho a los precios de estrato medio medio. En la figura se aprecia como las dos series comparten una tendencia creciente y como los ciclos se encuentran desfasados. Esto es muy importante, en tanto nos indican el tipo de relación de este par de agentes.

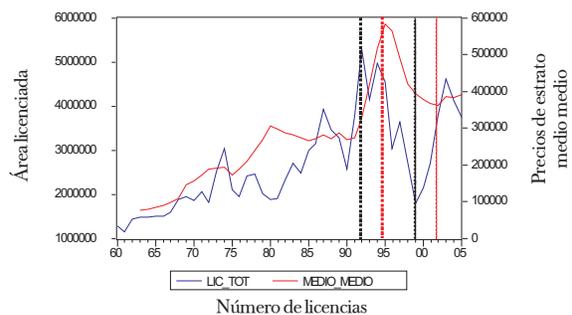


Figura 20. Precios del suelo en Bogotá y Área total licenciada de construcción residencial Estrato medio-medio

En primer lugar, la presencia de la tendencia creciente es económicamente justificable. El crecimiento poblacional y económico de la ciudad implica una oferta anual de área edificada cada vez mayor, de manera que estos requerimientos de vivienda llevan implícita una demanda secundaria de suelo. Los desfases de los ciclos son consistentes si se revisa la lógica del proceso constructor. Antes de iniciar algún negocio inmobiliario el constructor debe tener el suelo, por tanto, es quien lleva la iniciativa en el desarrollo inmobiliario. Ese es precisamente su talón de Aquiles. Si el constructor forma sus expectativas sin considerar toda la información de la economía, se verá afectado ante una crisis. En presencia de eventuales booms inmobiliarios, la estrategia del constructor es comprar por adelantado el suelo para ganar rentas de anticipación. Las pérdidas y los beneficios se reflejan en la brecha de los niveles de equilibrio de largo plazo y los precios observados.

En la figura 20 se han incluido dos pares de líneas punteadas sobre el último gran ciclo de esta industria para presentar evidencia por ahora visual, de lo señalado. Las líneas punteadas indican la cima del ciclo de cada una de estas variables. En el caso de la construcción, comienza en el año 1992 aun cuando los niveles se sostuvieron hasta el año 1995; donde los precios del suelo alcanzaron la cima; es decir, los propietarios del suelo mantuvieron sus expectativas de incrementos hasta tres períodos posteriores, soportados en los niveles altos de edificación de la primera parte de la década de los noventa.

El piso de la crisis para la construcción ocurre en el año 1999, para los precios en el 2002, aun cuando en el año 2005 apenas se nota una leve mejoría. La no recuperación de los precios se debe fundamentalmente a que este es el precio promedio de los sectores de la ciudad de estratos medio medio en donde no se concentran los esfuerzos de la política pública. El boom de la construcción de estos últimos años tiene soporte en los estratos de altos ingresos. Retomando la figura 20, se observa como la construcción de los últimos años de la muestra 2003, 2004 y 2005 apenas llega a los niveles medios de largo plazo.

La evolución de la serie de precios del suelo y de las licencias cuestiona la racionalidad de los propietarios del suelo. Ya se adelantó una respuesta, pero pareciera que los propietarios tienen expectativas *inocentes*. Ellos tienden a fijar los precios en el tiempo t de acuerdo con lo ocurrido en un momento del tiempo anterior $t-1$; intentan sostener esta dinámica, su desaceleración ocurre cuando ya la construcción está en crisis; sólo los detienen eventos ciertos de recuperación de la construcción, como es razonable que ocurra. Esta inercia de los propietarios puede verse igualmente reflejada en la inexistente respuesta de los precios frente a la volatilidad de las licencias de construcción. De hecho, si se suaviza la burbuja del período 1990 a 2000, las desviaciones de los precios de la tendencia media son estables, cosa que no ocurre con las licencias cuya volatilidad es creciente en todo el período.

Con el fin de darle un soporte estadístico al desfase se realizó el test de causalidad de Granger. En la tabla 9 se aprecian los resultados sobre cinco rezagos, definidos a partir del período medio del ciclo de la construcción.

Tabla 9. Resultado modelo de Rezagos test de Granger Ciclo de la construcción

Pairwise Granger Causality Tests					
Lags	1	2	3	4	5
PS_MED does not Granger Cause LIC_TOT	0.00708	0.01995	0.05758	0.07035	0.30093
LIC_TOT does not Granger Cause PS_MED	0.97538	0.65271	0.01916	0.01974	0.03149

La primera fila corresponde a la hipótesis nula de no causalidad de los precios a la actividad constructora en el sentido de Granger. Las columnas corresponden a los rezagos y los valores que aparecen debajo de ellos corresponden a los p-value. Con uno y dos rezagos se indica que los precios del suelo causan a las licencias de construcción, lo que no ocurre a la inversa. Las licencias de construcción no causan los precios en los primeros dos rezagos pero si en los restantes tres rezagos. Lo contrario ocurre con los precios, los precios en los rezagos cuarto y quinto no causan en sentido estricto a las licencias de construcción. Estos resultados son consistentes con lo descrito anteriormente. En un período de recuperación

los bajos precios del suelo permiten expandir la oferta de espacio construido, a partir del tercer período los precios del suelo ya no son una ventaja para el constructor, por el contrario el dinamismo de los primeros dos períodos jalona los precios en el tercer período y de allí en adelante se dispara el crecimiento de los precios. Estas dos aceleraciones presionan al alza los precios de la vivienda. Aun cuando el precio de la vivienda llegue al máximo, el conflicto interno continúa por la captura del excedente, su reflejo se observa de manera nítida en las restricciones de acabados y áreas de cesiones.

Tabla 10. Causalidad de precios de la vivienda de interés social y la construcción

Pairwise Granger Causality Tests	1	2	3
Lags			
PS_MED does not Granger Cause LIC_TOT	0.00714	0.14095	0.12294
LIC_TOT does not Granger Cause PS_MED	0.38161	0.41293	0.73426

La causalidad de los precios de la vivienda de interés social y la construcción en la ciudad, en la tabla 10 señala que los precios reaccionan rápidamente a la actividad constructora, los precios bajos sólo son flor de un día, por cuanto en el segundo período no se asocian con la actividad constructora. Lo interesante es responder ¿por qué no existe causalidad de la actividad constructora a los precios del suelo? Una explicación se encuentra en que la serie tomada por ser la de mayor longitud, corresponde a un sector de la ciudad de consolidación más o menos temprana de la ciudad. Desafortunadamente no se cuenta con información de precios de terrenos urbanizados no edificados para vivienda de Interés Social. Es decir, si los precios del suelo son bajos los constructores ofrecerán Vivienda de Interés Social VIS, pero esta señal les indica a los propietarios que deben subir los precios de forma que los constructores no ofrecen VIS porque no fabrican este producto inmobiliario. Los precios del suelo de los sectores populares generalmente tienen un nivel alto, pero cuando se presentan condiciones de precios bajos y se inicia la construcción, los precios suben; por tanto la oferta de vivienda de interés social es demasiado sensible a los precios del suelo.

El conflicto entre propietarios del suelo y constructores

En este apartado se estudian las relaciones de los agentes asociados a la oferta: constructores y propietarios del suelo. En este mercado se dan cita los hogares, los constructores, los propietarios del suelo, los distintos niveles del gobierno fijan el marco institucional. Las condiciones macroeconómicas y la distribución del ingreso, así como la gestión individual y los niveles de riqueza son afluentes del ingreso que les permiten a los demandantes comprometerse en la compra de espacio edificado residencial.

El precio de producción de espacio construido, Pec, es:

$$Pec = S + B + Ps$$

$$B = (1 + r) * \sum_{i=1}^n Ct \quad (1)$$

En donde, S es el salario, B la retribución por el capital y Ps el precio del suelo. El precio del espacio construido por supuesto no es el costo de producción por cuanto las situaciones particulares del mercado en el corto plazo lo pueden desviar. Los beneficios de estas desviaciones temporales son rivalizados por el constructor y el propietario del suelo. Esta ecuación pone en evidencia la contradicción de los hechos económicos. La economía clásica formuló la teoría de los precios de las mercancías sobre la base de los costos de producción. Para David Ricardo los precios de una mercancía hacían referencia al esfuerzo que le costaba a la humanidad producir dicha mercancía.

Por tanto, al hablar de los bienes, de su valor en cambio y de las leyes que rigen sus precios relativos, siempre hacemos alusión a aquellos bienes que pueden producirse en mayor cantidad, mediante ejercicio de la actividad humana, y en cuya producción opera la competencia sin restricción alguna. (Ricardo, 1817, 10, subrayado fuera de texto).

Las mercancías son producidas por individuos quienes exigen una retribución por la labor desarrollada sea esta en forma de salario por el

trabajo o de beneficio como retribución al propietario de los recursos de capital. En el precio del espacio construido se incluye la retribución de un factor sin costo de producción: el suelo. En consecuencia, la interpretación de los hechos debe ser revaluada para ser consistentes. Tenemos entonces la ecuación (1) donde se reescribe como la ecuación inferior:

$$pa_{i1}(h)(1+r) + wl_1(h) + t(h)\rho(h) = p_k$$

$$h = 1 \dots K$$

$$pa_{ij}(h)(1+r) + wl_j(h) = p_j \quad j = 2 \dots n$$

En donde $a_{ij}(h) = [a_{1j}(h), \dots, a_{m+1,j}(h)]$, p es un vector de precios de los insumos, w el salario, l la cantidad de trabajo incorporado, $t(h)$ la tierra incorporada a la producción de este bien y ρ la renta del suelo. La primera ecuación representa la producción de vivienda en donde existen h tipos diferentes de suelos. En la segunda ecuación se fijan los precios de producción sin renta del suelo.

La renta del suelo

El precio del espacio construido se deriva de los costos de producción, salario más beneficio, sin incluir el precio del suelo. El productor de vivienda debe localizarse en un lugar específico del territorio, de manera que, el derecho de propiedad del lugar le permite al propietario exigir para sí el diferencial entre el precio de la vivienda y el costo de construcción excedente que provee el mercado.

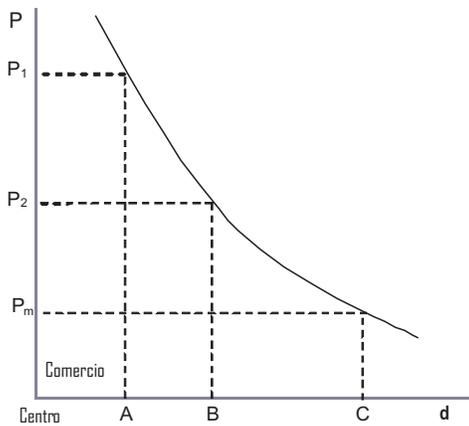


Figura 21. Precio Vs Distancia al centro.

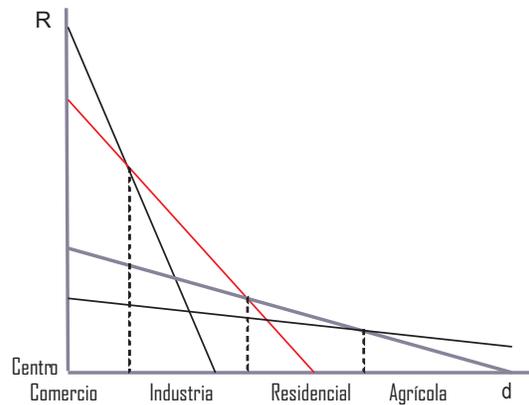


Figura 22. Precio Vs usos del suelo

En las figuras 21 y 22 se presenta la relación precio distancia al centro como territorio de uso comercial y se establecen localizaciones que implican ofertas de rentas diferentes para los propietarios del suelo. Las diversas localizaciones representan distintas *fertilidades*, Como en la versión agrícola de la teoría de la renta de Smith(1776), Ricardo (1817) y Marx (1810), de manera que los precios del suelo se fijan respecto del margen de la ciudad en donde el precio del suelo sería nulo para usos urbanos. En el punto C de la figura 21, los productores no ofrecen renta del suelo, esto se refleja en la segunda ecuación del número (2). Los predios a la izquierda de C ofrecen renta urbana adicionada a la rural; las diferenciaciones de localización al interior de los mismos usos en el agregado urbano sólo se aprecia un vector de rentas derivado de la relación precio distancia, pero no es más que la sumatoria de las rentas; es decir la envolvente de las rentas diferenciales, descrita por Alonso (1968).

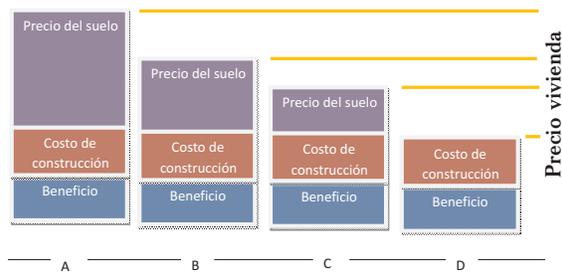


Figura 23. Ampliación precio vivienda Vs. distancia al centro

La figura 21 se amplía en la figura 23. En el eje vertical se tienen los precios de la vivienda,

en el horizontal la distancia al centro. Los precios se descomponen como lo señalan las ecuaciones (2). La segunda ecuación del sistema se expresa en el módulo D, en donde no se paga renta urbana. Esto no significa que el suelo es libre, su precio se deriva de las condiciones de producción agrícola; se recomienda revisar la renta absoluta de Marx, citado en Jaramillo, 1985; pero se introducen complejidades innecesarias. Al final la renta absoluta no es más que un imbricado de rentas diferenciales agrícolas y urbanas.

En los suelos tipo D, el precio de la vivienda es sólo la suma de las retribuciones de los factores capital y trabajo. En los suelos tipo C, B y A este precio se incrementa en la renta que están dispuestos a pagar los demandantes por estar *mejor localizados*. Esta situación es descrita por el primer sistema de ecuaciones (2); nótese que allí el precio de la vivienda si incluye el del suelo, pero este precio hace referencia a las condiciones distributivas y no productivas.

Cambios en los precios del suelo

El papel de la administración se muestra en las figuras 24 y 25. En la figura 24, la administración de la ciudad no interviene en la configuración urbana, el gradiente de rentas se desplaza hacia arriba. La concurrencia por los lugares accesibles y la escasez de espacio para nuevas actividades originan una tensión al alza de los precios del suelo de toda la ciudad, donde $P_i < P'_i$.

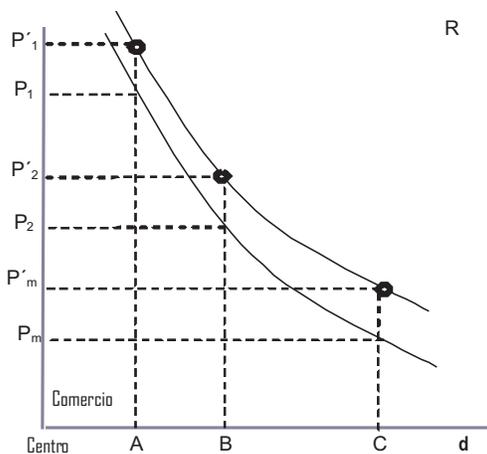


Figura 24. Precio Vs. distancia sin intervención.

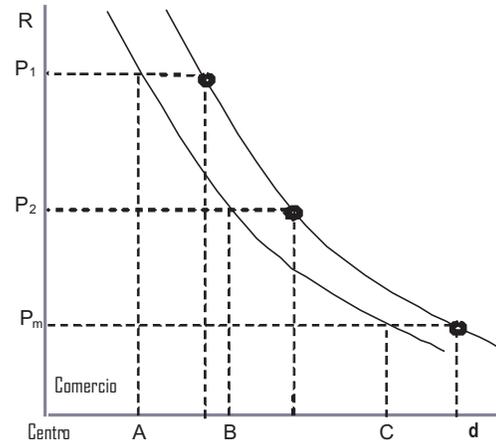


Figura 25. Precio Vs. Distancia con intervención.

La administración de la ciudad interviene reconfigurando el territorio urbano (figura 25), es decir, cambia de uso los distintos sectores de la ciudad e incorpora nuevo suelo urbano del suelo rural. La presión de precios se dispersa sobre otros suelos, el gradiente se desplaza hacia la derecha. Las figuras 24 y 25 muestran sólo dos fuentes de variación de precios, pero pueden presentarse más, por ejemplo, la combinación de las dos anteriores, un desplazamiento hacia la derecha y hacia arriba del gradiente de rentas originado en una intervención gradual de la administración de la ciudad o una situación similar originada en un cambio de la intensidad del aprovechamiento del uso del suelo (Jaramillo,1995).

Se requiere volver a analizar los precios de la vivienda y el comportamiento de los agentes involucrados. Inicialmente supongamos competencia perfecta de manera que los agentes no tienen poder de mercado para determinar el precio de la vivienda; éste se deriva de las fuentes de ingreso de los hogares, de su disponibilidad a pagar por vivienda.

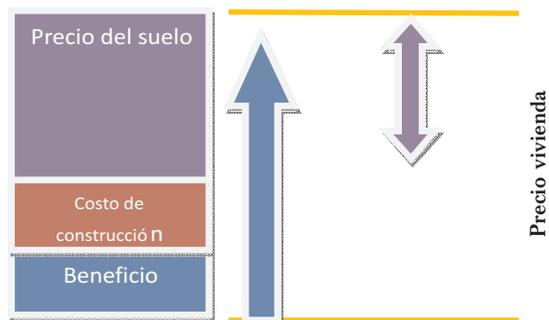


Figura 26. Estructura de precios de la vivienda en gráfico.

La figura 26 representa la estructura de precios de la vivienda, la búsqueda del máximo beneficio implica un conjunto de conflictos entre agentes, mostrados por las flechas. El promotor inmobiliario querrá capturar el mayor beneficio posible, esto se traduce en un precio máximo por el espacio construido hasta donde el mercado lo permita. Esta fuerza de la oferta es contrarrestada por la de la demanda que desea pagar el mínimo precio maximizador de la utilidad.

Los excedentes generados en el conflicto entre oferentes y demandantes son apropiados por el promotor inmobiliario en el corto plazo. Una vez en el mercado se conocen los beneficios, la concurrencia iguala la situación de todos los promotores, a la de todos los agentes de la economía. Los oferentes de insumos querrán parte de estos beneficios extraordinarios y presionarán por ellos, al igual que lo harán los propietarios del suelo con una ventaja derivada del poder de mercado que les provee la unicidad de la localización del terreno en donde se levanta la edificación.

El conflicto, de corto plazo, entre oferta y demanda se resuelve en un conflicto de largo plazo entre propietarios y promotores. Bajo una situación en donde existe claridad y separación de roles entre constructores y propietarios no existe campo para la convergencia de intereses rivales. Cuando uno de los dos agentes recaba por el otro, se configura una situación igual a la del doctor Jekyll y mister Hyde¹.

Dado que propietarios y constructores entran en un juego dinámico secuencial con información completa apropiado para ser analizado desde la teoría de juegos. Los jugadores toman decisiones sucesivas, las decisiones anteriores son conocidas antes de tomar la siguiente decisión y las ganancias de los jugadores son información de dominio público. El juego es de la siguiente clase:

1. El jugador 1 elige una acción a_1 del conjunto factible A_1
2. El jugador 2 observa a_1 y elige una acción a_2 del conjunto factible A_2
3. Las ganancias son $u_1(a_1, a_2)$ y $u_2(a_1, a_2)$.

El jugador 1 es el constructor, el jugador 2 el propietario del suelo. Los jugadores, negocian el reparto del beneficio extra. Hacen ofertas alternativas, el constructor ofrece un precio por el suelo que el propietario del suelo puede rechazar o aceptar y así sucesivamente. Si la oferta es rechazada, las siguientes etapas del juego son irrelevantes. Los jugadores son impacientes, descuentan las ganancias obtenidas en períodos posteriores de acuerdo con el factor δ del intervalo $0 < \delta < 1$. La secuencia del juego es:

1.1 Al principio del primer período el constructor propone quedarse con una fracción f_1 del beneficio extra R , y dejar la fracción $(1-f_1)$ para el propietario del suelo.

1.2 El propietario del suelo puede aceptar la oferta (el juego finaliza) y los jugadores reciben inmediatamente f_1 y $(1-f_1)$ del beneficio extra como ganancias, o rechazar la oferta y pasar al segundo período.

2.1 Al principio del segundo período el propietario del suelo propone que el constructor se quede con la fracción f_2 dejando para sí la restante $(1-f_2)$.

2.2 El constructor puede aceptar la oferta; de nuevo finaliza el juego y los jugadores reciben cada uno $f_2(R)$ y $(1-f_2)(R)$ de la ganancia, o rechazarla y pasar al tercer período.

3. Al comienzo del tercer período el constructor recibe la fracción f y el propietario del suelo $(1-f)$ del beneficio extra, en donde $0 < f < 1$, y el juego acaba.



Figura 27. Escenarios posibles de juego.

Si el juego llega a la tercera etapa, el mercado en la condición de equilibrio de largo plazo resuelve el conflicto de manera exógena. Si los jugadores alcanzan la tercera etapa lo máximo que recibirán será f y $1-f$ del beneficio extra. El juego puede acabar en la primera etapa con una oferta óptima si los jugadores son racionales,

como se mostró en la sección de la dinámica de los precios del suelo. Obsérvese el esquema presentado en la figura 27. Al comienzo del tercer período la máxima participación del beneficio que le corresponde al propietario es $(1-f)$ y al constructor le correspondería f . Como esta participación es obtenida al comienzo del segundo período, la oferta óptima del jugador 2 a comienzo del segundo período sería esa misma oferta disminuida en δ correspondiente a la ganancia máxima que obtendría el constructor de llegar al comienzo del tercer período, como se aprecia en la figura 28.

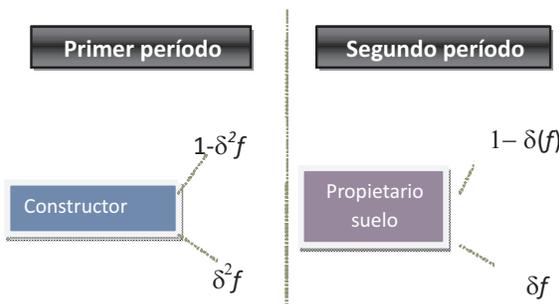


Figura 28. Escenas de juego para primer y segundo periodo constructor y propietario.

El constructor aceptaría esta oferta al comienzo del segundo período sí y solo sí:

$$f_2 \geq \delta f$$

De lo contrario la rechaza. Los jugadores aceptarán la oferta si son indiferentes entre aceptarla o rechazarla. Si el juego llega a esta instancia y el propietario del suelo ofrece $f^* = \delta f$ entonces, el juego acaba al comienzo del segundo período, porque el constructor acepta esta oferta. Como el constructor a su vez puede resolver el mismo problema del propietario del suelo de manera que sabe que lo máximo que recibirá el propietario del suelo al comienzo del segundo período será $(1 - f^*)$ si rechaza la oferta ofrecida por el constructor al comienzo del período 1; el constructor también sabe que su máxima oferta debe ser óptima en términos de igualar el valor descontado que recibiría el propietario del suelo. Es decir, el constructor sabe que el propietario del suelo aceptará su oferta sí y solo sí:

$$1 - f_1 \geq \delta(1 - f^*)$$

En otros términos:

$$f_1 \leq 1 - \delta(1 - f^*)$$

El problema de decisión del constructor al comienzo del juego se limita a elegir entre recibir

$$1 - \delta(1 - f^*)$$

al comienzo del juego, o recibir δf al inicio del segundo período, cuyo valor descontado será $\delta^2 f$. La oferta óptima del constructor al propietario del suelo será $\delta^2 f$ quien acepta. El juego puede definirse en un horizonte de tiempo superior a tres períodos, y quizás infinito. Si se siguen los planteamientos de Shaked y Sutton (1984), la oferta óptima del constructor en el primer período será:

$$f^* = \frac{1}{1 - \delta}$$

y la del propietario:

$$1 - f^* = 1 - \frac{1}{1 - \delta}$$

Para el propietario del suelo si acepta y el juego concluye. Esta oferta en el largo plazo es el precio de equilibrio.

La evidencia del proceso constructivo

La solución de este juego de dos agentes se realiza siguiendo un algoritmo de Glaeser y Gyourko (2003). Bajo condiciones de competencia perfecta en la producción de vivienda, el precio de venta es el precio de producción. Analizando, el diferencial de estos dos precios tendría un origen normativo, restricciones sobre el uso del suelo o de las pérdidas de calidad del producto. La información del mercado de la construcción en Bogotá proviene de la revista Metrocuadrado y Construdata, las tasas de interés del Banco de la República y los precios del suelo de la LPRB. En la tabla 11 se presentan dos medidas de tendencia central de los precios de venta, las áreas y el precio promedio derivado de estas dos variables.

Tabla 11. Medidas de tendencia central precio de venta, área y precio medio m²

Zona	Medida de tendencia central	Precio venta	Área	Precio medio m ²
Norte	Media	51.765	46	1.121
	Mediana	45.381	44	1.023
Nor Occidente	Media	54.705	49	1.113
	Mediana	58.000	46	1.261
Occidente	Media	50.267	47	1.065
	Mediana	49.113	45	1.090
Sur	Media	31.356	45	701
	Mediana	30.500	43	718

Miles de pesos de 2006. Área en metros cuadrados.

En los proyectos de construcción de la zona norte el precio promedio de venta se desvía de la mediana en cerca de 6 millones de pesos, en tanto que, las áreas se alejan dos metros cuadrados, el precio por metro cuadrado de venta se desvía cerca de 100 mil pesos. En el Occidente la desviación del precio de venta de la mediana es hacia la izquierda en cerca de 3,3 millones de pesos, las áreas se desvían hacia la derecha en tres metros cuadrados y el precio promedio se desvía hacia la izquierda en 148 mil pesos. Las dos medidas en el Occidente y el Sur son similares.

Los costos provienen de la revista Construdata, la tasa de interés corresponde a la DTF a 90 días, a la cual se agregaron unos puntos adicionales. Se estableció en 15%. Para el precio del suelo se tomó el precio de Bosa Residencia actualizado en la tasa de crecimiento de largo plazo al 3,9% anual. Para el caso de la zona SUR se tomó el de Sur Oriente – Ciudad Bolívar, actualizado por la misma tasa de crecimiento anual. Es decir, estos costos de producción serían los mayores de la ciudad.

Tabla 12. Medidas de tendencia central producción y diferencia

Zona	Medida de tendencia central	Precio medio m2	Precio Producción	Diferencial
Norte	Media	1.120.611	976.256	144.355
	Mediana	1.023.478	976.256	47.221
Nor Occidente	Media	1.113.069	976.256	136.813
	Mediana	1.260.870	976.256	284.613
Occidente	Media	1.065.183	976.256	88.927
	Mediana	1.090.068	976.256	113.811
Sur	Media	700.505	689.590	10.915
	Mediana	717.647	689.590	28.057

De acuerdo con la tabla 12, producir un metro cuadrado de construcción en el Norte, Nor Occidente y Occidente de la ciudad cuesta 976.256 pesos, y en el Sur 689,590 pesos. No obstante, las cifras a favor de la actividad constructora y los precios del suelo, queda una porción del precio diferencial por explicar. Al costo de producción se descuenta el precio del

suelo, luego este valor será el que disputan los propietarios y los constructores.

Se tiene la ecuación:

$$Pv - \sum_{j=1}^n P_i * I_i - B = Excedente$$

En donde P_v es el precio de venta del metro cuadrado de construcción, la sumatoria indica los costos de construcción, los insumos por su precio, incluido el salario y B el beneficio del constructor. Una vez realizado este cálculo el constructor inicia el juego con el propietario del suelo. Como el precio del suelo se determina en el mercado, la información de la LPRB permite calcular el f^* y el $(1-f^*)$ del juego. En la tabla 13 se muestran los resultados:

Tabla 13. Resultados precio del suelo por zonas

Zona	Excedente	Propietario suelo	Constructor
Norte	346.322	0,5832	0,4168
Nor Occidente	338.780	0,5962	0,4038
Occidente	290.893	0,6943	0,3057
Sur	139.949	0,9220	0,0780

En el norte, el constructor ofrece el 58,3% del excedente y conserva el 0,41% para él. En el Nor- Occidente cerca del 60%, en el Occidente el 70% y en el Sur el 92% del excedente. Es decir, a medida en que se avanza hacia el Sur casi todo el excedente lo captura el propietario del suelo, en todos los ejercicios el propietario del suelo toma el 18,2% del precio de venta.

Las distorsiones de precios

Si bien se ha dicho que el constructor se queda con una parte del excedente, o lo que es lo mismo el diferencial; es necesario indagar por el origen de este componente del precio de venta que no ha sido explicado. En primer lugar, deben ser revisadas las condiciones productivas del sector, indagar si existe competencia perfecta y las restricciones regulatorias de la norma. Si existe competencia perfecta no queda otro espacio que estas dos razones para explicar el diferencial de precio.

La organización industrial

Respecto del tipo de organización industrial se revisaron las constructoras de los proyectos de referencia. De las cincuenta y seis ofertas, once pertenecen a la Constructora Bolívar, las restantes pertenecen a diversas firmas constructoras. En la página web de la revista *La Guía* aparecen registradas en Bogotá 127 firmas

constructoras con distintos proyectos en la ciudad. Se tomó información de la Superintendencia de Sociedades en las que se incluye una cantidad igual de firmas, lo que indica que la construcción se organiza bajo competencia. La Secretaría de Planeación Distrital, DAPD (1998), contrató un estudio con la firma Económica Consultores en donde se encuentra un nivel de escala del 1,9%, es decir, existe evidencia de rendimientos constantes a escala; situación que no se presenta en los insumos en donde existe evidencia de economías de escala, por ejemplo en el Cemento.

La norma

El mercado de la construcción en Bogotá no es homogéneo. De hecho, las ofertas de vivienda en la ciudad son distintas dependiendo del estrato. En los estratos altos el constructor no puede reducir las condiciones básicas de la vivienda, léase áreas y cesiones, en consecuencia, debe aprovechar al máximo el uso del suelo. No es extraño entonces ver edificios que promedian los 15 pisos de altura en zonas de estratos altos. Si bien en la VIS las cesiones son obligatorias, allí la altura no importa, lo fundamental es la ocupación del suelo. Los costos de construcción en altura se vuelven prohibitivos.

La norma juega entonces un papel importante en la definición del precio. Dos componentes de la norma ocasionan un incremento en los precios del suelo. De un lado se tienen las restricciones normativas, ya sean de incorporación de suelos o de ocupación de la vivienda. En lo pertinente a la incorporación se discutió el efecto sobre los precios, en lo relativo al índice de ocupación, físicamente es imposible a menos que se eliminen las calles y los parques, porque la ocupación ya se encuentra en el límite. El otro elemento distorsionador de los precios sería el tributario, en particular la participación en plusvalías.

La función de producción de vivienda

El documento DAPD (1998) sirve de referencia para describir la forma y la racionalidad

implícita en la producción de vivienda. En primer lugar, se parte de las ecuaciones de un modelo de equilibrio general computable, en el cual la producción de vivienda es función de la construcción y del suelo. La tecnología es del tipo Cobb Douglas:

$$Q_{AV} = \alpha_0 * Acon^{\alpha_1} Alot^{\alpha_2} \quad (1)$$

En la cual el área vendible es Q_{av} , el área construida es $Acon$ y $Alot$ el área del lote. La estimación de la transformación lineal produce los siguientes resultados:

$$[Ln(Q)Av] = \beta + \alpha_1 Ln(Acon) + \alpha_2 Ln(Alot) \quad (2)$$

En donde $\alpha_1 = 0,86$ y $\alpha_2 = 0,15$.

Un test de Wald señala la presencia de economías de escala del 2% lo que en términos prácticos permite trabajar con el supuesto de rendimientos constantes a escala. Los resultados no son contra intuitivos, de hecho, incrementar el área construida tiene un mayor aporte al área vendible que incrementar el área del lote. Para obtener la demanda de factores se requiere plantear el problema de optimización al que se enfrenta el productor así:

$$Max[p \cdot Q(Acon, Alot) - rAcon - pAlot] \quad (3)$$

En donde p es el precio del producto inmobiliario, r el pago por el espacio construido y p el pago por el suelo o como se conocen, r y p son los costos de los factores. Si se reemplaza la función de producción, la expresión anterior se puede presentar como:

$$Max[p \cdot \alpha_0 * Acon^{\alpha_1} Alot^{\alpha_2} - rAcon - pAlot] \quad (4)$$

Las condiciones de primer orden CPO son:

$$p \frac{\partial Q(Acon, Alot)}{\partial (Acon)} - r = 0 \quad (5)$$

$$p \frac{\partial Q(Acon, Alot)}{\partial (Alot)} - p = 0 \quad (6)$$

Es decir, de acuerdo con la función de producción definida antes, las CPO son:

$$p\alpha_1\alpha_0 Acon^{\alpha_1-1} Alot^{\alpha_2} - r = 0 \quad (7)$$

$$p\alpha_2\alpha_0 Acon^{\alpha_1} Alot^{\alpha_2-1} - p = 0 \quad (8)$$

Si se multiplica la ecuación (7) por $Acon$ y la ecuación (8) por $Alot$ se obtiene:

$$p\alpha_1\alpha_0 Acon^{\alpha_1} Alot^{\alpha_2} - rAcon = 0 \quad (9)$$

$$p\alpha_2\alpha_0 Acon^{\alpha_1} Alot^{\alpha_2} - pAlot = 0 \quad (10)$$

Como se aprecia estas ecuaciones pueden ser reducidas a una expresión simple como:

$$p\alpha_1 Q - rAcon = 0 \quad (11)$$

$$p\alpha_2 Q - pAlot = 0 \quad (12)$$

Lo que permite obtener la demanda de factores, en función del nivel óptimo de producción si se despeja el área de la construcción y del lote respectivamente.

$$Acon^* = \frac{p\alpha_1 Q}{r} \quad (13)$$

$$Alot^* = \frac{p\alpha_2 Q}{p} \quad (14)$$

Del producto de los precios y las demandas de factores se define la función de costos y el nivel óptimo de producción. La expresión final del precio del metro cuadrado vendible es:

$$P = \frac{r^{\alpha_1} * P^{\alpha_2}}{\alpha_0 \alpha_1^{\alpha_1} \alpha_2^{\alpha_2}} \quad (15)$$

Para el caso de la VIS se usaron los referentes de costos de construcción y precios del suelo.

Tabla 14. Resultados función de producción de vivienda

Costo const	Precio modelo	P. mercado	Desviación	% Desviación
486.574	1.047.213	1.072.727	(25.514)	-0,02
609.820	1.271.629	1.150.000	121.629	0,11
811.812	1.626.367	1.512.855	113.512	0,08

En la tabla 14 se presentan los resultados que predice el modelo, en la segunda columna, se observa que se desvían de los precios medios de mercado en menos del 10%. La relación teórica de utilización de factores es 2.30, 1.84 y 1.38 respectivamente.

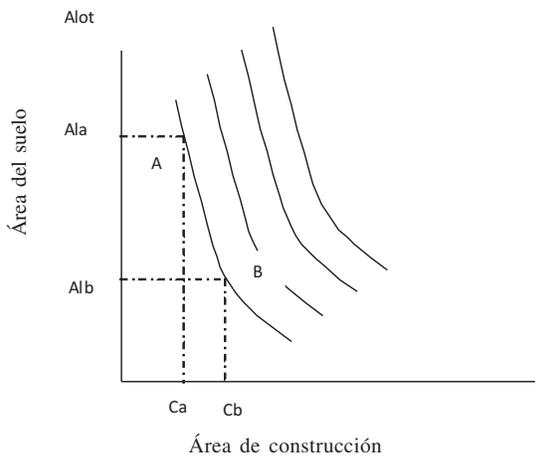


Figura 29. Área del suelo Vs. Área de construcción.

La relación marginal de sustitución estimada es de 2,98 lo que significa que requiere sacrificar un metro cuadrado de construcción en favor del consumo de tres metros cuadrados de suelo si se recompone la producción de vivienda. En la figura 29 se realiza una aproximación a este resultado. En el eje vertical se tiene el área del suelo, en el horizontal el de la construcción. Con la producción en el mismo nivel se aprecia que pasar de una combinación de factores como la del punto B a la del punto A, la reducción del área construida es muy inferior frente al área consumida de terreno.

Por su parte, la elasticidad de sustitución entre factores indica que si los precios se incrementan en 30% en todos los suelos de la ciudad se requiere incrementar la densificación urbana en esta proporción. Sobre esto último se debe

señalar dos cosas, la primera que aquí se señala una causalidad precio y densificación; causalidad que teóricamente no es muy clara. En segundo lugar, dada la tecnología productiva, existe una relación unitaria entre precios del suelo y edificabilidad, lo que se traduce en un hecho significativo. Los incrementos porcentuales de los índices implican un incremento porcentual de la misma magnitud en el índice de edificabilidad, hecho que hasta ahora muy pocos agentes reconocen.

Un hecho resulta contradictorio respecto de a las estimaciones desarrolladas en la sección anterior y las realizadas aquí. En la primera, con información del mercado se encuentra un componente no explicado o *diferencial* de los precios de venta y de producción. Aquí con los mismos costos de construcción y precios del suelo se presentan desviaciones pequeñas de los precios del metro cuadrado vendible, esto significaría que no existe un componente no explicado y que uno de los ejercicios se desvía de los hechos. En realidad no. Si se revisa la ecuación (1) la constante α hace referencia a un componente no explicado, el cual visto desde la perspectiva del crecimiento, hace referencia al crecimiento de la productividad total de los factores.

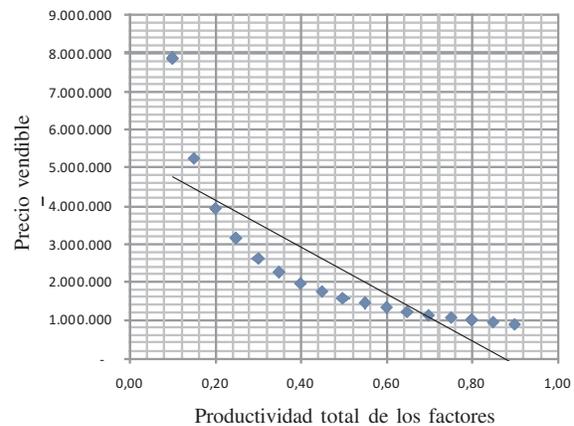


Figura 30. Precio vendible Vs. Productividad de los factores

Como se aprecia en la ecuación (15) este componente α es determinante del precio del metro cuadrado vendible. En las estimaciones esta constante es de 0,75 en promedio para la muestra utilizada. En la figura 30, se muestran

los resultados donde se realizó un ejercicio de modificación de esta constante para observar que ocurre con los precios, los resultados son interesantes y obvios desde la perspectiva teórica. La asociación entre el precio y la constante α es inversamente proporcional. Si la constante se incrementa, el precio del metro cuadrado vendible se reduce, si por el contrario esta constante se reduce, el precio se incrementa significativamente.

En consecuencia, el componente no explicado de los precios del espacio edificable persiste en ambos casos, en la estimación de la función de producción Cobb Douglas se encuentra en la constante. Si se supone que este componente se origina en el cambio técnico, aquellas empresas constructoras con bajo componente tecnológico determinan el precio de mercado y aquellas con alto componente tecnológico concretan este componente no explicado en una renta tecnológica.

Conclusiones

La configuración urbana de Bogotá expresa los desajustes sociales de nuestra nación cuya huella en el territorio evidencia un agudo desequilibrio urbano.

Los diferenciales de ingresos de los distintos sectores de la población y la escasez de suelo urbano para la edificación de vivienda marcan la coexistencia de un precario mercado formal del suelo y un mercado informal especulativo o quizás depredatorio de las clases menos favorecidas. En el mercado informal se concretan expectativas de futuras inversiones públicas de manera que los precios del suelo de los sectores populares entran al mercado formal en condiciones similares a las de los sectores ya transados en este mercado.

La política de expansión del perímetro urbano deja de tener sentido si se considera que en la ciudad la existencia de suelo no ha sido un determinante de la reducción de los precios del suelo. Todo lo contrario existe evidencia de

incrementos de la oferta de suelo acompañados de incrementos en los precios del suelo.

La oferta de suelo en el largo plazo tiene un impacto nulo sobre el precio del suelo; la oferta de corto plazo sí favorece la reducción de precios, aunque es la inercia de los precios o la tendencia de los propietarios a exigir un precio sobre la base del precio del período inmediatamente anterior.

Los eventos aleatorios sobre el mercado de la VIS tienen efectos transitorios, o no permanentes sobre los precios; los propietarios del suelo prefieren sostener las condiciones sobre las cuales forman el precio e incorporar estos eventos solo un período después de su ocurrencia.

La dinámica de la construcción por su parte indica cierta racionalidad rentista de los constructores. Los ciclos del precio del suelo y el de la construcción se desfazan por la propia actividad edificatoria y las previsiones de la actividad constructiva futura. Al requerirse suelo para desarrollar un proceso edificatorio, se separa suelo con anticipación, lo que puede traducirse en pérdidas para el constructor si sus expectativas son erróneas.

El despegue de la construcción se inicia con precios bajos del suelo, una vez fortalecida la actividad jalona los precios. La actividad edificatoria de la ciudad causa los precios solo en el tercer rezago, los precios si causan la construcción en los dos primeros rezagos. En el caso de la VIS los precios le dan un respiro a los constructores de solo un período, construcción y precios del suelo tienen su propia dinámica.

Los precios del suelo se definen en términos del máximo componente del excedente de los precios de producción de espacio construido. El juego entre propietarios del suelo y constructores indica que los constructores aun pagando el precio máximo del suelo se quedan con un porcentaje del precio. Este porcentaje del precio, aun cuando se supone una organización industrial competitiva, se deriva de una renta tecnológica.

Notas

¹ Robert Louis Stevenson, *The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde, 1886*. Editorial Longmans, Green & co. En <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/SteJekl.html>.

Referencias

- Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá. (1979). Decreto No 07 de 1979. En Registro Distrital.
- Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá. (2000). Decreto No 619 de 2000. En Registro Distrital.
- Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá. (2004). Decreto No 190 de 2004. En Registro Distrital.
- Alonso W. (1968): *Location and Land Use: Toward a General Theory of Land Rent*. Harvard University Press Cambridge, Massachusetts.
- Blandchard, O. & Fischer, S. (1990). *Lectures on macroeconomics*. MIT Press Cambridge, Massachusetts. England: London.
- Borrero O, & Durán, E. (1980). *El valor del suelo urbano y sus implicaciones en el desarrollo de la Ciudad*. Análisis del caso Bogotá: CENAC.
- CENAC. (1978). *El valor del suelo urbano y sus implicaciones en el desarrollo de la Ciudad*. Bogotá: CENAC.
- Cuevas, H. (1999). *Rentas monopolísticas en el sistema de precios*. Economía Institucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cuevas, H. (2001). *La Economía Clásica en Renovación*. Bogotá: UN. FCE.
- DAPD. (1998). *Precios del Suelo Urbano y Formación de la Renta en Santa Fe de Bogotá*. Bogotá: Económica Consultores.
- Del Castillo, J. (2001). Región metropolitana polinuclear, un futuro posible para Bogotá y la Sabana. (Pp 699). En *Espacio y Territorios. Razón, pasión e imaginarios*. Bobotá: UN-RET.
- Díaz, J; Gaitán, F; Piraquive, G; Ramírez, M. & Roda, P. (1993a). Dinámica de la construcción entre 1950 y 1991. *Planeación y Desarrollo*. Volumen 24. No 2. mayo-agosto (p. 263-314) Bogotá: DNP.
- Díaz, J; Gaitán, F; Piraquive, G; Ramírez, M. & Roda, P. (1993b). Elementos del mercado de suelo urbano. *Planeación y Desarrollo*. Volumen 24. No 2. mayo-agosto (p. 329-338) Bogotá: DNP.
- Dureau, F. & Delaunay, D. (2005). Poblamiento, acceso a la vivienda y trayectorias residenciales en Bogotá y Soacha (1973-1993): resultados preliminares. En Gouëset, V. et al. 2005. *Hacer metrópoli la región urbana de Bogotá de cara al siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Económica consultores. (1999). *Precios del Suelo Urbano y Formación de la Renta en Santa Fe de Bogotá*. Observatorio de Dinámica Urbana. (p.168). Bogotá: DNP.
- Enders, W. (2004). *Applied Econometric Time Series*. Jhon Wiley & Sons, Inc. Second edition.
- El Tiempo. (2008). *Metrocuadrado*. No 60. Marzo. Bogotá.
- Fedelonjas, Cámara de la propiedad Raíz, Colegio de Profesionales Inmobiliarios. (1988). *El valor del suelo urbano y sus implicaciones en el desarrollo de la Ciudad 1959- 1988*.
- Giraldo, F. (1999). *Ciudad y creación. En la ciudad: hábitat de diversidad y complejidad*. Bogotá: UN.
- Glaeser, E. Gyourko, J. & Saks, R. (2003). Why Is Manhattan So Expensive? Regulation And

- The Rise In House Prices. *Working Paper Series*. Cambridge: NBER.
- Jaramillo, S. (1995). *Hacia Una Teoría de la Renta del Suelo*. Bogotá: IGAC.
- Jaramillo, S; Parias, A. & Alfonso, O. (2000). *Observatorio del mercado del espacio construido en Bogotá*. Documento CEDE No. 7, Universidad de los Andes.
- Jaramillo, S. (2006). *La evolución de los precios del suelo urbano en Bogotá 1970-2004*. Bogotá: CEDE-UNIANDES.
- Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá. (1985). *El valor del Suelo Urbano*. Santa Fe de Bogotá.
- Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá. (1990). *El valor del Suelo Urbano*. Santa Fe de Bogotá.
- Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá. (1999). *El valor del Suelo Urbano*, Santa Fe de Bogotá.
- Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá. (2006). *El Valor del Suelo en Bogotá*. Bogotá
- Legis (2008). *Construdata*. No 146. Febrero. Bogotá.
- Lucas, R. (1988). On the mechanics of Economic Development. *Journal of Monetary Economics*. Volumen 22, Issue 1 july, 3-42.
- Maldonado, M; Pinilla, J; Rodríguez, J. & Valencia, N. (2006). *Planes parciales, Gestión asociada y mecanismos de distribución equitativas de cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano*. Bogotá: Lincoln Institute of Land Policy.
- Marx, C. (1973). *El Capital, Crítica de la Economía Política*. Fondo de Cultura Económica. México.
- Misión Siglo XXI para Bogotá. (1995). *Estudio prospectivo de las relaciones de Santa Fé de Bogotá con Cundinamarca*. Bogotá: ELC.
- Ricardo, D. (1973). *Principios de Economía Política y Tributación*. México: Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión.
- Robert, G. (1992). *Un primer curso de teoría de juegos*. Antoni Bosch (Ed.). Barcelona.
- Romer, P. (1986). Increasing Returns and Long-Run Growth, *Journal of Political Economy*. Volumen 94: 5, 102.
- Shaked, A. & Sutton, J. (1984). Involuntary Unemployment as a Perfect Equilibrium in a Bargaining Model. *Econometrica* 52:1351-64.
- SDP-SPS-UN. (2007). *Las Operaciones Estratégicas y las Centralidades Urbanas del POT*. Contrato Interadministrativo de cooperación. Bogotá. Universidad Nacional.
- Smith, A. (1776). *La Riqueza de la Naciones*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Stevenson, R. (1886). The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde. Editorial Longmans, Green & co. Extraído el 30 octubre de 2008 desde <http://etext.virginia.edu/toc/modeng/public/SteJekl.html>.
- UNDP, ONU, HABITAT, MAVDT, METRO-VIVIENDA, FEDEVIVIENDA & ESAP. (2006). *Formulación y aplicación de la Ley 388 de 1997 en Colombia - Una práctica colectiva hecha realidad*. Reseña: Universidad Piloto de Colombia.
- Varian, H. (1999). *Microeconomía intermedia*. Barcelona: Antoni Bosch (Ed.). Quinta edición.

Páginas electrónicas consultadas

<http://www.banco de la república.gov.co>

<http://www.dane.gov.co>

<http://www.fincaraiz.com.co/profesionales/guiapromo.aspx>

Santo Tomás y la ontología hilemórfica*

St. Thomas and the hilemorfic ontology

Recibido: 6 de octubre de 2008 - Revisado: 28 de octubre de 2008 - Aceptado: 2 de noviembre de 2008

Lawrence Dewan, O.P.**

Resumen

En este trabajo se pone de relieve la importancia de la ontología hilemórfica de Aristóteles. El mismo Aristóteles subrayó la relevancia y la extraordinaria complejidad del problema del estatus ontológico de la materia prima y ofreció su solución a través de la doctrina del hilemorfismo. Como advirtió Tomás de Aquino, se trata de un tema crucial para la filosofía, pues, el hilemorfismo, la lógica, la física, y la metafísica, todos ellos se sostienen o se caen según que tengan o no, una comprensión correcta de la ontología de la materia prima y del tipo de relación causal que existe entre ella y la forma sustancial en el seno de la sustancia generable y corruptible.

Palabras clave

Materia prima, forma sustancial, hilemorfismo, causalidad de la materia, Aristóteles, Tomás de Aquino.

Abstract

This article presents the relevancy of Aristotle's hylemorphic ontology. Aristotle himself highlighted the importance and astonishing complexity of the problem of prime matter's ontological status and he presenting the solution in his doctrine of hylemorphism. As Saint Thomas Aquinas noted, it is a crucial issue for philosophy because all four, hilemorfism, logic, physics and metaphysics, stand or fall depending on a correct understanding of the ontology of prime matter and of the kind of causal relationship which exist between prime matter and substantial form in generable and corruptible substance.

Key words

Prime matter, substantial form, hylemorphism, causality of matter, Aristotle, Saint Thomas Aquinas.

* Traducción del original: *St. Thomas and the Hilemorfic Ontology* (inédito). Traducción del texto: Phd. Liliana Beatriz Irizar, docente investigadora de la Escuela de Filosofía y Humanidades, Universidad Sergio Arboleda. El presente trabajo es un resultado parcial del proyecto de investigación "Proyecto Dewan en español".

Correo electrónico: liliana.irizar@usa.edu.co.

** Lawrence Dewan, O.P., filósofo y teólogo canadiense. Uno de los más prestigiosos representantes del tomismo actual. Se desempeña como profesor de Filosofía y Teología en el Colegio Universitario Dominicano, en Ottawa y profesor adjunto del Departamento de Filosofía de la Universidad de Ottawa y miembro de la Facultad de Estudios de Postgrado y Postdoctorales. Ha sido presidente de la American Catholic Philosophical Association y de la Canadian Maritain Association. Desde 1999 es miembro de la Academia Pontificia Santo Tomás de Aquino. En 1998 recibió de la Orden Dominicana el título honorario de Maestro en Sagrada Teología que es el más alto galardón en Teología conferido por dicha Orden. En 2003 ocupó la Cátedra Lokuang en Filosofía, en el Instituto de Filosofía Escolástica de la Universidad Católica Fu Jen en Taipei, República China. En 2006 recibió la *Medalla Maritain a la Excelencia Académica*.

La importancia y la dificultad del tema

Pasando revista al trabajo de sus predecesores, Aristóteles se dio cuenta de que era doctrina común de los primeros pensadores que nada llega a ser o deja de ser. El ser simplemente es. Todo cambio es cambio accidental. Todas las formas son formas accidentales. Vemos lo que esto implica para la concepción de las cosas en las enseñanzas, por ejemplo, de Empédocles de Acragas¹ que estableció cuatro “raíces” fundamentales: tierra, agua, aire, y fuego (Aristóteles las asimila al estatus de partículas pequeñísimas)². Empédocles dice:

...ningún ser mortal tiene nacimiento, ni existe el fin de la muerte detestable, sino sólo mezcla y el intercambio de lo que está mezclado. [Fragmento 8]³

Y:

...cuando ellas (sc. las raíces) se mezclan en la forma de un hombre y llegan al aire, o en la forma de la clase de las fieras, de las plantas o de los pájaros, entonces dicen que llegan a ser, pero cuando son separadas, lo llaman desgraciado destino; no los llaman como deben, mas yo mismo me atengo a la costumbre. [Fragmento 9]⁴

Estos primeros filósofos griegos desarrollaron una concepción materialista del ser humano y de todos los seres naturales. Sostuvieron que, aunque nosotros, la gente común, tomamos la muerte muy en serio y le damos un nombre especial, sin embargo ella es en realidad una *alteración* de lo que constituye la verdadera sustancia de las cosas. De hecho, Aristóteles presenta a Empédocles reduciendo los diferentes tipos de cosas naturales a una mutación azarosa, con la supervivencia de lo que es apto para sobrevivir.⁵

Vemos los inicios de un restablecimiento de este teorizar primitivo en uno de los más extraordinarios pasajes del *Fedón* de Platón. Allí, Sócrates, forzado por la discusión de la inmortalidad del alma a debatir las causas del llegar a ser y el dejar de ser⁶, ofrece un dato autobiográfico: explica por qué abandonó las

escuelas de aquellos que trataban de comprender la naturaleza. Él critica su método porque el acento se pone en la yuxtaposición de las cosas sensibles de las cuales resulta un ser, y en las fuerzas que congregan dichas cosas. Lo cual deja sin considerar la *unidad intrínseca propia de lo que es el resultado de un proceso natural*, que es precisamente lo que Sócrates quería explicar. La totalidad de su enfoque deja en la ignorancia acerca de lo que constituye la unidad de las unidades: lo que hace de una cosa lo “uno” que ella es. En este sentido, contamos con la formulación de una gran pregunta socrática: ¿qué hace a una cosa una?⁷

Mientras la respuesta platónica, de alguna manera, nos dirigió hacia la forma, la última explicación suya que vemos en el *Timeo* deja mucho que desear, precisamente debido a su concepción del sustrato del cambio natural. Él enseña que la cosa sensible en sí misma no es un “esto”, sino simplemente “un tal”. Tomando los elementos como ejemplo, y hablando del fuego, Platón presenta un cuadro viviente de tres elementos, la Idea de fuego, el fuego fenoménico, y el sujeto subyacente, los tres con tres modos distintos de ser. Ontológicamente, la Idea es primero, pero el sustrato es segundo, y el fenómeno sensible simplemente es tercero. *El sujeto de cambio es ontológicamente superior a la cosa que cambia.*⁸ Así, bajo este aspecto, estamos todavía en la misma posición que estaban los presocráticos.

Aristóteles en la *Física I*, con miras a mostrar la importancia y, de hecho, la *verdad* de su hilemorfismo, señala precisamente el problema de los físicos antiguos en lo que concierne al llegar a ser y al dejar de ser en sentido absoluto, y la solución Platónica al respecto. El mismo Platón no fue capaz de aislar el sujeto propio del cambio substancial, de la privación, proponiendo, así, un sujeto que ya incluía la actualidad.⁹

Aristóteles mismo subrayó la importancia y la dificultad del problema y su solución. De hecho,

la presentación en la *Física I* no es bastante completa (como precisa Santo Tomás), pero la explicación completamente satisfactoria, en términos de acto y potencia, se muestra en otra parte, como por ejemplo, al principio del libro *lambda* de la *Metafísica*.¹⁰ El punto crucial es el estatus ontológico del sujeto último del llegar a ser y del dejar de ser en sentido absoluto. Dicho sujeto es potencia pura con respecto a todas las formas substanciales y a sus privaciones. De modo que no puede existir separado de la forma.

Aristóteles se basa en la primacía que en nuestra experiencia poseen el perro, el gato y el ser humano. Son estas unidades las que constituyen seres primarios. Con relación a estos seres, observamos tres características más notables, a saber, que nacen y mueren, que se conservan por el alimento, y que se reproducen. Estas características aparecen combinadas, por ejemplo, en la producción de un nuevo león por parte de los padres del león. Este hecho implica que ellos maten y se coman. Así, el dejar de ser del antílope coincide con¹¹ el llegar a ser del león.¹² Es éste el dejar de ser y llegar a ser *en sentido absoluto*, porque “ser un león” y “ser un antílope” son ejemplos de “ser” sin más o en sentido absoluto. Es esta circunstancia la que revela la naturaleza tanto de la materia prima como de la forma substancial.

Comenzamos con la doctrina de la unidad substancial, según la cual “tú eres tú de pies a cabeza.” Aquí, sigo a Aristóteles en el uso que hace del “tú” como clave para la sustancia, en contraste con el accidente: porque para ti ser un músico no es para ti ser tú o para ti ser.¹³ Recordemos que todo cambio implica algo uno y lo mismo presente ahora de una manera distinta que antes.¹⁴ De modo que, asumimos que lo que era un antílope es ahora un león. Vemos que la naturaleza de la materia que subyace indeterminada, y llega a ser y deja de ser, de suyo, no debe tener ninguna actualidad o privación *substancial*. Intrínsecamente, no es ni esto ni no esto. Sino que es en potencia todas las naturalezas generables y corruptibles. Tal como señala Santo Tomás:

... es necesario que el sujeto del cambio y el movimiento sean dos cosas distintas, hablando en sentido estricto [*per se loquendo*], de los dos extremos del movimiento, como se ha probado en el Libro I de la *Física*. De ahí que, puesto que la materia es el primer sujeto que soporta no sólo los movimientos, que son según la cualidad, la cantidad y los otros accidentes, sino también los cambios que son según la sustancia, es necesario que la materia sea, en su esencia, una cosa distinta a todas las formas substanciales y de sus privaciones, que son el término de la generación y de la corrupción; y no algo distinto sólo de la cualidad, de la cantidad y de los otros accidentes.¹⁵

No es posible encontrar dicho sustrato solo, sino que posee un ser perfecto únicamente a través de alguna determinación substancial actual. En sí mismo sólo posee el ser imperfecto requerido para tal función.¹⁶

Conviene advertir cuán difícil de conocer es la materia.¹⁷ Ésta se conoce únicamente por analogía. Como señala Santo Tomás:

[Aristóteles] dice que la naturaleza que está primeramente sujeta a cambio, esto es, la materia prima, no puede ser conocida a partir de sí misma, *puesto que todo lo que se conoce se conoce a través de su forma*; pero la materia prima se considera como el sujeto de toda forma. Sin embargo, es conocida por analogía, es decir, mediante proporción... Por consiguiente, lo que de ese modo se sitúa con relación a las sustancias naturales, como el bronce respecto de la estatua, y la madera respecto de la cama, y cualquier elemento material informe dispuesto para la forma, de esto decimos que es materia prima.

Ella [la materia prima] es *uno* de los principios de la naturaleza; no es una como ‘esta cosa’ [*hoc aliquid*], es decir, como algo individuo y dado [*aliquid individuum demonstratum*], de tal manera que tenga forma y unidad en acto, sino que se llama ‘ente’ y ‘una’ en cuanto está *en potencia hacia la forma*...¹⁸

Presocratismo perenne

Que Aristóteles tenía razón de insistir en la dificultad ha sido confirmado con el correr de los

siglos. Santo Tomás de Aquino enseñó acertadamente que una sustancia puede tener solamente una forma substancial, y que la materia prima no puede existir separada de tal forma. De hecho, Dios no podría producir, *ni siquiera milagrosamente*, la materia primera sin forma substancial.¹⁹ Fueron especialmente estos dos puntos de doctrina, que son los pilares mismos del análisis ontológico de la sustancia generable y corruptible, los que hicieron de Santo Tomás el blanco indirecto de las condenaciones del obispo de París en 1277.²⁰

En el tiempo de Santo Tomás, la influencia del pensamiento de Salomón Ibn Gabirol [1021-1058] debe haber sido considerable, a juzgar por el cuidado y la minuciosidad con que Tomás de Aquino critica su pensamiento en *De substantiis separatis*.²¹ Tal como el Aquinate alegó, el concepto de materia defendido por Gabirol nos devolvía a la posición del presocráticos, al convertir todas las cosas en sustancias materiales (con la excepción de que los presocráticos sostuvieron que esta sustancia era solamente corpórea). Gabirol expresamente hace de todas las formas, accidentes. Al enumerar los errores de su posición respecto de la materia (en última instancia la hace el sujeto de toda predicación), Tomás de Aquino dice que Gabirol elimina la verdad referente a materia prima: y anula, así, los principios de la lógica (al hacer de todo predicado una predicación accidental); destruye los fundamentos de la filosofía natural (suprimiendo la verdadera generación y corrupción); y, en último término, acaba con los principios de la filosofía primera (al eliminar la unidad, y la verdadera entidad y diversidad de cosas). Y Tomás de Aquino remata esta parte de la crítica precisando que todos estos problemas asaltarán a los que postulen más de una forma substancial en un ser²². Obviamente, el hilemorfismo es una doctrina coherente que no resiste una deconstrucción gradual.

El propio maestro de Tomás de Aquino, San Alberto Magno, no poseyó el concepto de la materia como pura potencia. De manera que, distingue entre la sustancia de materia y la potencia de la materia. Por ejemplo, él afirma que:

Todo lo que es generado es educido de la potencia al acto, y **esta potencia** de la cual es educido, está dentro de la materia y, sin embargo, **no es nada de la sustancia de la materia**.²³

San Alberto deja bastante en claro que la materia, para ser un principio de la generación y del ser de la cosa, no puede ser simple, sino que debe ser un compuesto de sustancia y potencia, siendo la potencia un modo imperfecto de la forma que adviene:

... la materia de ninguna manera puede ser sujeto de la generación y principio del ser, salvo por analogía con la forma. Ahora bien, la materia no tiene analogía con la forma sino por el ser imperfecto, indeterminado y confuso de la forma tal como existe dentro de ella [sc. la materia]. Razón por la cual ésta no es una sustancia simple, y si fuera tomada como una sustancia simple no podría ser sujeto de cambio, desde que el cambio es continuamente forma hecha después de la forma; ni, si es tomada como simple, podría ser principio de un ser, desde que cada ser perfecto [*ens perfectum*] se origina [*principietur*] a partir de lo que es imperfecto respecto del mismo ser de la cosa perfecta [*secundum idem esse perfecti*], y lo imperfecto considerado con relación al mismo ser en tanto que perfecto **es la misma forma en tanto que perfecta**, difiriendo en el modo y el ser [*secundum modum et esse differens*]. De modo que, la materia es un principio y sujeto tanto de ser como de conocimiento. Pero, así entendida tiene la potencia para el acto de la forma y de las operaciones.²⁴

Contrastemos esto último con lo que dice Santo Tomás:

... tampoco es necesario que no sean diversas las sustancias que son solamente forma. Pues dijimos que por lo mismo que la materia según lo que es (según su propia definición o esencia) [*secundum id quod est*] es ente en potencia [*in potentia ens*], es necesario que de acuerdo a la diversidad de la potencia existan diversas materias. **Pues cuando decimos que la materia es sustancia, entendemos hablar de la misma potencia que está en el género de la sustancia**. Pues tanto el género de sustancia como los otros géneros de accidentes se dividen en potencia y acto: y según esta división, nada impide que algunas sustancias que

no son más que potencia, o que se hallan solamente en potencia, sean diversas, de acuerdo a los diversos géneros de actos a que están ordenadas o destinadas.²⁵

Tomás de Aquino también muestra esto con nitidez en su *Comentario a la Física* de Aristóteles,:

... la potencia propia de la materia no es alguna propiedad agregada a su esencia, sino que la materia según su sustancia [*secundum suam substantiam*] es potencia para el ser sustancial.²⁶

De hecho, al comienzo de su carrera, Santo Tomás menciona el tipo de concepción de la materia que encontramos en San Alberto y la rechaza expresamente:

... si por “potencia pasiva” se entiende la relación u orden de la materia a la forma, entonces, la materia no es su propia potencia, porque la esencia de la materia no es una relación. Pero si se entiende la potencia como un principio en el género de la sustancia, según que potencia y acto son principios en cualquier género, como se dice en *Metafísica* XII, así **yo digo que** la materia es su propia potencia. Y de esta manera, la materia primera, que es el primer recipiente, tiene respecto de la potencia pasiva el estatus que tiene Dios, que es el primer agente, respecto de la potencia activa. Y así, la materia es su propia potencia pasiva, tal como Dios es su propia potencia activa. Todo lo intermedio tiene la potencia respectiva por participación, y la potencia de la materia no es para alguna operación, sino solamente para la recepción.²⁷

Así, Santo Tomás al principio de su carrera utiliza el mismo argumento que usará mucho más tarde en *De substantiis separatis*, a saber, que el género de la sustancia, como tal, se divide por el acto y la potencia.²⁸ Capreolo, en el siglo XV vio necesario defender todavía a Tomás de Aquino contra los argumentos de pensadores tan sobresalientes del siglo XIV tales como Duns Scoto y Gregorio de Rímimi, respecto del problema de la ontología de la materia (dichos autores pensaban que la materia podía existir por sí misma).²⁹

Yo sugeriría que los presocráticos están siempre con nosotros. Siempre habrá alguien que considere la materia como algo que posee actualidad intrínseca, y las sustancias generables y corruptibles como hechas de sustancias. Es el caso, por ejemplo, de Andrew Reck, para quien: “Las sustancias naturales son complejas... por lo común están compuestas de otras sustancias.”³⁰ El descubrimiento de partículas cada vez más pequeñas en la física pareciera conducirnos en esa dirección (aunque no hay ninguna conexión real).³¹

Pero no solamente los *opositores* de una doctrina de la materia como pura potencia en el dominio de la sustancia generable y corruptible pueden errar a este respecto. Etienne Gilson, quien en su libro de “biofilosofía”, *D’Aristote à Darwin et retour*, insistió en el hilemorfismo como algo fundamental,³² sin embargo en un trabajo más temprano utiliza una fórmula que, en mi opinión, conduce al desastre. Así, leemos:

La potencia es acto incompleto considerada bajo su aptitud de alcanzar un estado de actualidad más completo.³³

Ahora bien, debemos insistir en que la materia primera es *pura* potencia,³⁴ y “la actualidad excluye la potencialidad.”³⁵

La causalidad y la ontología de la materia prima

El hilemorfismo, y según Tomás de Aquino, la lógica, la física, y la metafísica, todos ellos se sostienen o se caen según que tengan o no, una comprensión correcta de la ontología de la materia prima. Respecto de esta relación deseo considerar la *causalidad* atribuida a la materia. Puesto que las causas producen el ser,³⁶ parece que una causa, como tal, debe tener un ser considerable. ¿Es la pura potencia suficiente?

Al considerar la tendencia de atribuir un ser real a la materia en sí misma, me pregunto si la dificultad viene del lado de la forma, o del lado de la materia. Por “dificultad del lado de materia”

quiero decir los papeles aparentemente “activos” que deben serle atribuidos. Hay tal cosa como “la causalidad material”, y la causalidad, al ser una fuente del ser, requiere la posesión del ser, y, se podría pensar, algo más que “un ser en potencia.” Por “dificultad del lado de la forma” me refiero a una apreciación insuficiente de la sustancialidad de las sustancias que nos rodean, de modo que la dominación de la forma sustancial sobre la materia se devalúa.

La doctrina de la causalidad mutua, de materia y forma, según la cual la forma es “sostenida” por la materia y “depende” de la materia, ciertamente tienta a pensar que la materia posee actualidad e incluso que subsiste de suyo. Asimismo, el papel de la materia como “principio de individualización” nos tienta en esa dirección.

Vamos a considerar primero un texto sobre la causalidad recíproca entre materia y forma. Leemos:

... la forma y la materia son causas entre sí *en cuanto al ser*, pues la forma da a la materia *el ser en acto* y la materia se lo da a la forma en cuanto que la *sustenta*. Digo que ambas son causas entre sí del ser ya sea *simpliciter* o *secundum quid*, pues la forma sustancial *da el ser absoluto a la materia*, y la forma accidental da el ser relativo a la materia, en cuanto que también es una forma. También la materia en algunos casos no sustenta la forma según el ser absoluto, sino en cuanto que es una forma de algo que posee el ser en él, como es el caso del cuerpo humano con respecto al alma racional.³⁷

Aquí me parece que lo primordial es recordar en qué sentido se les puede atribuir ser tanto a la forma como a la materia. Dejando a un lado el caso del alma humana, ni la forma ni la materia de la sustancia generable “tienen” ser “propio”, ni subsisten. Ninguna tiene “ser” que se predique de ellas en sentido absoluto. Ni la materia ni la forma “es”. Es el compuesto el que “es”.³⁸

Y cuando Santo Tomás dice que la forma es *el principio del ser*, se refiere al “ser perfecto” poseído por el *compuesto* a través de la causa eficiente que emplea la forma como instrumento.

Así, incluso cuando habla de la creación, Tomás de Aquino enseña que:

... Dios causa en nosotros el *esse* natural por creación, sin la mediación de ninguna causa eficiente, pero no obstante a través de la mediación de una causa formal: porque la forma natural es el principio del *esse* natural...³⁹

Y de nuevo:

Como el ser [*esse*] es lo primero entre los efectos, por eso corresponde a la causa primera como efecto propio. *Pero el ser lo da la forma y no la materia*. Luego la primera causalidad de las formas se ha de atribuir principalmente a la causa primera.⁴⁰

Un texto temprano, y muy útil, sobre el *esse* de la materia nos dice que:

... puesto que la materia prima procede de Dios, es necesario que su idea esté, de alguna manera [*aliqua*], en Dios; y del modo como el *esse* se le atribuye, sólo de ese modo le corresponde una idea en Dios: porque todo *esse*, en la medida en que es perfecto, deriva ejemplarmente del *esse* divino. Pero el *esse* perfecto no pertenece a la materia en sí misma [*in se*], sino solamente en cuanto ella está en el compuesto; de suyo, la materia tiene un *esse* imperfecto, según el último grado de ser [*secundum ultimum gradum essendi*] que es el ser en potencia [*esse in potentia*]; y, así, sólo tiene la razón [*rationem*] de idea en cuanto está en el compuesto, porque así entendido, Dios le confiere al compuesto un *esse*; pero considerada en sí misma, la materia tiene en Dios la condición [*rationem*] imperfecta de una idea: esto es, que la la esencia divina es imitable por el compuesto según un *esse* perfecto, por la materia según un *esse* imperfecto, pero por la privación de ninguna manera...⁴¹

El papel de la forma obviamente es muy diferente, si bien ella no es subsistente en las cosas generables (salvo el alma humana). Esto se ve particularmente con relación al ser de la cosa subsistente. Tal como podemos leer:

El individuo compuesto de materia y forma debe a su materia el tener o sustentar accidentes, y por

eso dijo Boecio que *la forma simple no puede ser sujeto*; pero el subsistir por sí lo debe a la forma, porque *ésta no adviene a algo ya subsistente*, sino que es ella la que da el ser actual a la materia para que el individuo pueda subsistir. Sí, pues, Boecio atribuye la hipóstasis a la materia y *ousiosis* o subsistencia a la forma, es porque la materia es principio del “subestar”, y la forma, del subsistir.⁴²

Observemos esto. El sujeto propio del *esse*, es la cosa subsistente, pero es la forma sustancial la que hace del compuesto el sujeto propio del *esse*. La forma es, así, el principio de subsistencia.⁴³

Hay otros aspectos de la causalidad de la materia que podrían ser discutidos, pero los dejo aparte en aras de la brevedad, ya que ellos generalmente se refieren a la materia como causa del ser que “empieza a ser” y, así, no son tan tentadores como lo es la doctrina de causalidad recíproca.⁴⁴

Consideremos el papel de la materia como principio de individuación. El único requerimiento que éste indica es que la materia *sea de naturaleza tal que no esté en algo* (a la manera de algo inherente, tal como la figura, se dice ser “en” lo que tiene la figura).⁴⁵ La materia, como sujeto último del cambio, es más bien algo que puede ser informado. Así, es su mismo papel de ser en potencia en el género de sustancia lo que la hace apta para ser el principio de individuación en las cosas generables y corruptibles.

La *raison d'être* de la materia de las cosas generables es la existencia de tal ser [*ens*] que tiene su principio en la forma incompleta, forma que debe compartir la realidad con otros tipos de forma para ser en absoluto. Se trata de formas, podríamos decir, que son parte de un ecosistema. De modo que, la materia existe para el llegar a ser y el cesar de ser y el ser de tales sustancias. Su modo de ser debe ser el de la pura potencia en lo que concierne al tipo de ser actual proporcionado por tal forma.

Me he ocupado de lleno del problema de la conceptualización de la materia primera como pura potencia en el género de la sustancia. Esto es sólo

un punto, si bien crucial, en la filosofía del hilemorfismo. Al concluir deseo mencionar y alentar el trabajo sobre temas que, a mi parecer, han recibido demasiado poca atención. Tengo en mente no sólo la ontología de los elementos,⁴⁶ sino también la doctrina del orden natural en la secuencia de las formas sustanciales que se suceden en la materia.⁴⁷ Esta doctrina del orden incluye la concepción de las *disposiciones* apropiadas de las sustancias como presupuestos materiales para el advenimiento de la forma más alta.⁴⁸

Conclusión

La sustancia es objeto del intelecto y no de los sentidos, salvo *per accidens*.⁴⁹ Es el intelecto el que “lee el interior de las cosas.”⁵⁰ Implica una profunda penetración considerar adecuadamente los principios de las sustancias generables y corruptibles, esto es, la forma sustancial y la materia primera. Se trata de realidades que, tal como afirmaron Aristóteles y Santo Tomás, exigen “una difícil y elevada investigación.”⁵¹ Hay una presocrática acechanza en la imaginación de todos nosotros. Debemos estar en guardia.

Notas

¹ Probablemente *floruit ca* 480 d.C.: cf. Joseph Owens, *A History of Ancient Western Philosophy*, New York, 1959: Appleton-Century-Crofts, p. 103-106.

² Aristóteles, *De caelo* 3.6 (305a1-4), citado por Owens, *A History*, p. 105.

³ G.S. Kirk, J.E. Raven y M. Schofield, *Los filósofos presocráticos*; Madrid, Gredos, 1987², p. 414.

⁴ *Ibid.*, pp. 414-415.

⁵ Cf. Aristóteles, *Física*; trad. G. De Echandía, Madrid, Gredos, 1995, II.8 (198b17-33 and 199b1-7).- El aspecto práctico del conocimiento fue resaltado por Empédocles mucho antes que por Francis Bacon. Leemos:

De cuantos remedios hay para los males y resguardo para la vejez te informarás, porque para ti solo realizaré yo todo esto. Apaciguarás la furia de los infatigables vientos, que sobre la tierra se agitan y destruyen con sus soplos los campos cultivados. Y aún, si quieres, dirigirás sus soplos en sentido favorable...y retornarás del Hades el vigor de un hombre muerto. [Fr. 111, tr. G.S. Kirk, J.E. Raven y M. Schofield, *Los filósofos presocráticos*; citado por Owens, *History*, pp. 108-109.]

⁶ Platón, *Fedón*, trad. C. García Gual, M. Martínez Hernández, Madrid, Gredos, 2004, 96A-B.

⁷ Platón, *Fedón*, 97B:

“Ni siquiera sé por qué causa se produce lo uno, según me digo a mí mismo, ni de ninguna otra cosa, en resumen, por qué nace o perece o es, según ese modo de proceder...”

⁸ Platón, *Timeo*, 49A-52D. La Idea se equipara al padre, el receptáculo a la madre y el fenómeno al hijo: 50C-D.

⁹ Aristóteles, *Física* I.8 (para los presocráticos) y I.9 (con relación a Platón y los platónicos). Platón es criticado porque, al hacer del receptáculo la “madre”, pasa por alto su condición de privación y descuida, así, el establecer la distinción entre éste y la materia: 192a14-17.

¹⁰ Tengo presente a Aristóteles en *Metaf.* XII.2 (1069b15). De hecho, lo dicho allí coincide con lo que Santo Tomás menciona como de consulta necesaria en *CF* I.14 (126 [7] - 127[8]), comentando a Aristóteles en *Fís.* I.8 (191b27-29), aunque Tomás de Aquino, en ese texto, nos remite a *Metaf.* IX.

¹¹ Tomás de Aquino, *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*, II.34.2.ad 5 [ed. J. Cruz Cruz, Pamplona, EUNSA, 2008]:

La corrupción y la generación, aunque siempre van unidas, no son lo mismo de modo

esencial, sino de modo accidental; lo cual es claro por su términos, por los cuales se especifican los movimientos y los cambios. En efecto, el término de la generación es la forma, ya que es el cambio hacia el ser. Pero el término de la corrupción es la privación, ya que es el cambio hacia el no ser. Sin embargo, la forma de uno y la privación de otro, como la forma del fuego y la privación del aire, son lo mismo en el sujeto, pero difieren por la razón. Y por eso también aquello que corrompe y genera no tiene por la misma causa el generar y el corromper, sino que genera por el hecho de que induce su forma, y así genera en cuanto que es un ente; pero corrompe por el hecho de que su forma se une de modo necesario a la privación de otra forma, por lo cual es claro que corrompe algo según aquello que posee de privación o de ‘no ente’. Y por esto Dionisio dice que es propio del bien, hablando de modo esencial, generar y conservar, y del mal es propio corromper, por lo cual no se sigue que el mal en cuanto tal sea algo.

¹² Cf. Tomás de Aquino Comentario al libro VIII de la *Metafísica* de Aristóteles, trad. Jorge Morán, Pamplona, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, 1999, VIII.1: 1689, donde Santo Tomás dice, comentando a Aristóteles, *Metaf.* VIII.1 (1042a32-b3):

“En esta argumentación de Aristóteles parece que la generación y la corrupción substancial son el principio que nos lleva al conocimiento de la materia prima...”

(En adelante: *CM*).

¹³ Cf. Santo Tomás, *CM* VII.3 (1309) con relación a Aristóteles, *Metaf.* VII.4 (1029b13-15): ... “ser músico” no es “para ti ser”.

¹⁴ Tener en cuenta la doctrina de *Suma contra los gentiles* II.17.4 [Tomás de Aquino, *Suma contra los gentiles*; edición bilingüe dirigida por L. Robles Caicedo, O.P. y A. López Sierra, O.P., Madrid, BAC, 2007]:

In omni mutatione vel motu oportet esse aliquid aliter se habens nunc et prius: hoc enim ipsum nomen mutationis ostendit.[En toda mutación o movimiento es preciso que haya algo que se halle

en distinta situación antes y después, pues esto es lo que expresa el nombre mismo de ‘mutación’.]

Cf. también *ST* I.45.2. y 2; *DP* 3.2; *CT* 1.99.

– Con relación a la premisa según la cual un sujeto tiene que subyacer a toda producción natural, Tomás de Aquino observa en *CF* I.12 (ed. M. Maggiolo, 107 [10]) que Aristóteles en *Física* I emplea una simple inducción, para presentar distintos tipos de cambio. El Aquinate dice que esto obedece a que pertenece a la Metafísica proporcionar la causa, y nos remite a *Metafísica* VII sobre este motivo. El Padre Maggiolo, a su vez, nos remite a *CM* VII.6, donde efectivamente, en la ed. Cathala #1388, aparece un argumento relevante al respecto. Sin embargo, aquel argumento nos envía a un pasaje más temprano en el que ya se ha establecido que la materia está en potencia para las formas y para las privaciones, lo cual parece ser una referencia a *CM* VII.2 (1285-1290). Ahora bien, ¡allí Santo Tomás nos devuelve a la *Física*! Con todo, es posible que la referencia a la *Metafísica* contenida en el *CF* debiera ser respecto del libro XII en el pasaje citado en la nota al pie número 11.

Nota de la traductora: recordemos que en *CM* XII.2 (2432-33) Tomás de Aquino presenta el pasaje de *Metaf.* XII.2 (1069b15), donde Aristóteles ofrece el argumento del llegar a ser en sentido absoluto, en términos del ser en tanto que dividido por el acto y la potencia. Se trata de una explicación explícitamente metafísica del sujeto que subyace a la forma y a la privación. En efecto, dicha explicación corresponde a lo que Santo Tomás menciona en *CF* I.14 (126 [7]-127[8], comentando *Fis.* I.8 (191b27-29), si bien Santo Tomás comprensiblemente nos remite a *Metaf.* IX.

¹⁵ *CM* VII.2 (1286).

¹⁶ Más adelante, en el n° 39, cito algunos textos que se refieren a este ser imperfecto.

¹⁷ Cf. Santo Tomás, *CM* II.1 (280) comentando a Aristóteles, *Metaf.* II.1 (993b7-8): materia, movimiento y tiempo son difíciles de conocer debido a su intrínseco modo de ser, es decir, debido a su ser imperfecto.

¹⁸ Tomás de Aquino, *CF* I.13 (118 [9]), con relación a Aristóteles *Fis.* I.7 (191a8). – Aristóteles, más adelante en la *Física* subraya algo que es casi olvidado, a saber, que *tanto la materia como la forma son difíciles de conocer, correspondiendo al estudio más elevado*. Ambas se encuentran “... en el ápice del pensamiento especulativo”; “*altissimam habent speculationem*” en la traducción comentada por Santo Tomás; cf. Tomás de Aquino, *CF* IV.3 (293): ... tam materia quam forma habent *altissimam speculationem et difficilem*; et non est facile etiam cognoscere unum eorum sine altero.” [... tanto la materia como la forma requieren una altísima y difícil especulación, y tampoco es fácil conocer una de ellas sin la otra.]

¹⁹ Santo Tomás, *Quodlibet* 3.1.1.

²⁰ Cf. Jean-Pierre Torrell, O.P., *Saint Thomas Aquinas*, vol. 1: *The Person and His Work*, (transl. Robert Royal), Washington, D.C., 1996: Catholic University of America Press, pp 300-303. Cf. also E. Gilson, *History of Christian Philosophy in the Middle Ages*, New York, 1955: Random House, pp. 416-420.

²¹ Cf. *De substantiis separatis*, capítulos 5-8.

²² Aquí me he ocupado de la segunda línea argumentativa contra la posición de Gabirol ofrecida en *De substantiis separatis*, ch. 6 (en la edición de Spiazzi de *Opuscula Philosophica*, Roma/Turín, 1954: Marietti, #68-72).

²³ San Alberto Magno, *Metaphysica*, bk. 11, tr. 1, c. 8 (ed. Cologne, p. 470, lines 52-53):

... omne quod generatur, educitur de potentia ad actum, et haec potentia de qua educitur, est intra materiam, et tamen nihil est de substantia materiae.

²⁴ San Alberto Magno, *Metaphysics* bk. 3, tr. 3, ch. 8 (ed. Cologne, t. 16, p. 147, lines 19-35). [Las cursivas son mías].

²⁵ *Sobre las sustancias separadas*, en *Opúsculos filosóficos genuinos*, según la

traducción crítica del P. Mandonnet, O.P., trad. Pbro. Antonio Tomás y Ballús, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1947, c. 6. [Las cursivas son mías]:

Neque enim oportet quod ea quae sunt materiae tantum, sint absque diversitate; neque etiam hoc oportet de substantiis quae sunt formae tantum. Dictum est enim, quod quia materia secundum id quod est, est in potentia ens, necesse est ut secundum potentiae diversitatem sint diversae materiae. *Nec aliud dicimus materiae substantiam quam ipsam potentiam quae est in genere substantiae.* Nam genus substantiae, sicut et alia genera, dividitur per potentiam et actum: et secundum hoc nihil prohibet aliquas substantias quae sunt in potentia tantum, esse diversas, secundum quod ad diversa genera actu ordinantur. . .

²⁶ Tomás de Aquino, *Comentario a la Física de Aristóteles*; trad. Celina A. Lértora de Mendoza, Pamplona, EUNSA, 2001, I.15.85 (191 b 35). [En adelante: *CF*.]

²⁷ Thomas, *Sent.* 1.3.4.2.ad 4 (ed. Mandonnet, p. 117):

Ad quartum dicendum, quod si per potentiam passivam intelligatur relatio vel ordo materiae ad formam, tunc materia non est sua potentia, quia essentia materiae non est relatio. Si autem intelligatur potentia, secundum quod est principium in genere substantiae, secundum quod potentia et actus sunt principia in quolibet genere, ut dicitur, in 12 metaph., sic dico, quod materia est ipsa sua potentia. Et hoc modo se habet materia prima, quae est primum recipiens, ad potentiam passivam, sicut se habet deus, qui est primum agens, ad potentiam activam. Et ideo materia est sua potentia passiva, sicut et deus sua potentia activa. Omnia autem media habent utramque potentiam participative, et potentia materiae non est ad aliquam operationem, sed ad recipiendum tantum.

El contexto de este pasaje es la doctrina según la cual las potencias del alma no se identifican con la esencia del alma. El objetor pretendía argüir que si la materia puede ser su propia potencia, de la misma manera, la esencia del alma puede ser sus propias potencias.

²⁸La remisión que se hace a *Metafísica* XII puede ser respecto del c. 5 (1071a5); cf. *CM* 12.4 (2477-2488). Sin embargo, no se menciona allí ninguna otra categoría fuera de la sustancia. Se viene a la memoria *Física* III.1 (200b26-29), y por parte de Santo Tomás, *CF* III.1 (280 [6]), que es definitivamente relevante; Santo Tomás, en *Sent.* IV.49.2.6, utiliza *Física* III como referencia para la potencia y el acto dividiendo cada género. El Aquinate hace alusión a dicha doctrina con frecuencia. Así, en el prólogo del *CM*, Santo Tomás presenta la potencia y el acto entre los principios más universales. Principios que son necesarios para el estudio de cada género y, consiguientemente, necesarios para cada ciencia particular. Así, tratándose de la potencia y el acto, pertenecen a la ciencia más intelectual, la ciencia metafísica. – *De substantiis separatis* ha sido fechada en el período 1271-1273 por James Weisheipl, O.P., *Friar Thomas D’Aquino*, Garden City, N.Y., 1974: Doubleday, p. 388.

²⁹ Cf. Juan Capreolo, *Defensiones theologiae divi Thomae Aquinatis*, ed. C. Paban et T. Pègues, Turonibus, 1900: Alfred Cattier, vol. 4, p. 18 ff. (In 2 *Sent.*, d. 13, q. 1). La primera conclusión (pp. 18B-19A) afirma que Dios no puede crear la materia primera sin la forma. Esto se prueba a partir de los siguientes textos de Tomás de Aquino: *Quaestiones Quodlibetales* 3.1.1; *ST* 1.66.1 (no citado); *De Potentia* 4.1; and *Sent.* 2.12.1.4 (no citado). El artículo 2 de las *Defensiones* contiene objeciones a las conclusiones y al primero de los argumentos, con base en Duns Scoto y Gregorio de Rimini. Al comienzo de esta presentación Capreolo dice:

De hecho, muchos argumentan contra la primera (conclusión). Sin embargo, yo presentaré especialmente los argumentos de Scoto y de Gregorio; porque, aunque muchos argumentaron en su momento contra dicha conclusión, el *Corrector del Corruptor*, les respondió de manera adecuada. [p. 22A]

Acerca de los presuntos correctores de la doctrina de Santo Tomás y de los correctores de éstos, cf. Gilson, *History*, p. 411 y las notas (p. 730, n. 57-58.) El “corruptor” es Guillermo de

La Mare, y sus “correctores” son Richard Clapwell y Thomas of Sutton.

Considero que este “muchos” es significativo. La incapacidad de concebir la materia totalmente desprovista de ser actual es parte de lo que yo entiendo por “presocratismo perenne”.

Capreolo, basándose en Scoto, presenta dos grupos de argumentos, el primero tomado de *Sent.* 2.12.2, y el segundo de sus *Quaestiones super Metaphysicae*, lib. 7.

³⁰ Andrew J. Reck, *Review of Metaphysics* 31 (1978), “Being and Substance,” p. 548. Insisto en que Reck es un ejemplo de un filósofo “amigo de la substancia”, y no un presunto oponente de la sustancialidad. Cf. mi artículo: “Laurence Foss and the Existence of Substances,” *Laval théologique et philosophique* 44 (1988), pp. 77-84. - Steven Baldner, en su muy valiosa ponencia, “Matter, Prime Matter, Elements,” presentada en Notre Dame University Maritain Center Thomistic Institute, el 24 de julio de 1998 (disponible en la página web del Maritain Center), menciona entre los oponentes actuales de la doctrina de la materia prima considerada como pura potencia a Christopher Byrne, “Prime Matter and Actuality,” *Journal of the History of Philosophy* 33.2 (April 1995), pp. 197-224 y a Robert Sokolowski, “Matter, Elements and Substance in Aristotle,” *The Journal of the History of Philosophy* 8 (1970), pp. 263-288.

³¹ Cabe tener en cuenta el debate entre el actual filósofo evolucionista Michael Ruse y las diferentes críticas que ha recibido. Dicho debate aparece en la revista *Research News and Opportunities in Science and Theology*, en el vol. 2, no. 1, sept. 2001, p. 26. Ruse se presentó a sí mismo como un “reduccionista de línea dura,” respecto de la “reducción ontológica, en la cual se intenta mostrar que todas las cosas proceden (o están hechas de) una o sólo unas pocas sustancias básicas.” Ruse fue rebatido en aquel momento por el científico evolucionista, Lothar Schäfer, en el vol. 2, n. 4, dic. 2001 issue, p. 16. Schäfer acusó a Ruse de “reduccionismo a medias” en su biología, describiéndose a sí mismo como alguien

que ve todas las cosas emergiendo del “orden de la realidad cuantitativa.” Ruse, como respuesta, distingue “entre reducción ontológica, la creencia de que todas las cosas están constituidas a partir de unas pocas (o, tal vez, solo una) sustancia (s) básica (s); reducción metodológica, o la creencia de que la mejor estrategia científica consiste en buscar pequeñas entidades siempre disminución como vía de explicación; y reducción teórica, o la creencia de que todas las teorías se pueden deducir de teorías cada vez más poderosas. Como conclusión, tenemos solamente una teoría de las ciencias físicas.” Ruse, inmediatamente prosigue diciendo que: “En el nivel científico (no tomando en cuenta si hay o no hay una dimensión religiosa no natural), acepto una reducción ontológica y metodológica con entusiasmo. Pienso que existe un mundo material básico, y el modo de trabajar bien la ciencia consiste en buscar pequeñas entidades siempre en disminución – genes buenos, moléculas mejores.” Sin embargo, debo observar que con relación a la biología, él afirma: “Nunca he aceptado una reducción teórica sobredimensionada; incluso mis primeros escritos sostienen que la biología evolucionista es [*sic*] una dimensión teleológica que no se puede eliminar.”

³² Es verdad que dicha obra se centra fundamentalmente en la forma sustancial. Cf. Etienne Gilson, *De Aristoteles a Darwin (y vuelta) Ensayo sobre algunas constantes de la biofilosofía*; trad. Alberto Clavería, Pamplona, EUNSA, 1988³, pp. 51-52:

Aristóteles juzgó tan evidente la finalidad en la naturaleza que se preguntó cómo sus predecesores pudieron no haber visto esto, y lo que es peor aún, que hubieran negado su presencia. A los ojos de Aristóteles, su error se explica porque erraron en lo concerniente a las nociones de esencia y sustancia [*Partes de los Animales* 1.1]. La subsiguiente historia de la filosofía debería confirmar la exactitud de este diagnóstico porque mientras la noción aristotélica de sustancia como unidad de materia y forma subsistió, aquélla de la finalidad permaneció incuestionable, pero tan pronto como en el siglo XVII Bacon y Descartes negaron la noción de

forma sustancial (forma que constituye una sustancia, por su unión con la materia), la causa final se volvió inconcebible. Por cierto, la sustancia definida por su forma es el término de la generación. Lo que quedaba, una vez excluida la forma, era la materia extensa, o más bien la extensión misma, que es el objeto de la geometría y solamente es susceptible de meras modificaciones mecánicas. Descartes sometió a la mecánica la totalidad del dominio de los seres vivos, incluyendo el cuerpo humano. La célebre teoría cartesiana de las ‘máquinas animales’, que sin duda sorprendió a La Fontaine, ilustra perfectamente este punto.

Gilson se expresa en la misma dirección, y explícitamente con relación al “hilemorfismo”, considerándolo como evidentemente verdadero, en una carta del mismo período a Jacques Maritain. Cf. Étienne Gilson, Jacques Maritain, *Correspondance*, 1923-1971 (ed. Géry Prouvost), Paris, 1991: Vrin, p. 250 (carta de Gilson, Sept. 8, 1971) respondiendo a Maritain que lo felicitaba por el libro (carta a Maritain, Sept. 3, 1971) pp. 247-248.

³³ Gilson, Etienne, *Elements of Christian Philosophy*, Garden City, N.Y., 1960: Doubleday, p. 62.

³⁴ Cf. e.g. *ST* 1.115.1.ad 2:

. . . materia prima, quae est potentia pura, sicut deus est actus purus... [... la materia prima, que es pura potencia, como Dios que es acto puro...].

³⁵ *ST* 1.54.1:

... actualitas potentialitati repugnat.

Also *ST* 1.75.5:

. . . id autem quod est in potentia tantum, non potest esse pars actus, cum potentia repugnet actui, utpote contra actum divisa. [... lo que solamente es potencia no puede ser parte del acto, puesto que el concepto de potencia excluye el acto, siendo lo opuesto a él].

³⁶ Cf. *CF* II.10 (ed. Maggiolo, 240 [15]) :

... siendo la causa aquello de lo cual se sigue

el ser de otro... [Quia cum causa sit ad quam sequitur esse alterius...].

³⁷ *CM* 5.2 (775), refiriéndose a Aristóteles, *Met.*V.2 (1013b10):

Forma autem et materia sibiinvicem sunt causa *QUANTUM AD ESSE*. Forma quidem materiae inquantum *dat ei esse actu*; materia vero formae inquantum *sustentat ipsam*. Dico autem utrumque horum sibi invicem esse *causam essendi vel simpliciter vel secundum quid*. Nam forma substantialis dat esse materiae simpliciter. Forma autem accidentalis secundum quid, prout etiam forma est. Materia etiam *quandoque non sustentat formam secundum esse simpliciter*, sed secundum quod est forma huius, habens esse in hoc, sicut se habet corpus humanum ad animam rationalem.

Cabe advertir que Aristóteles habla solamente de la reciprocidad del motor y del fin. Es Santo Tomás quien inaugura una lección sobre la materia y la forma como recíprocamente causales.

³⁸ Cf. *ST* 1.45.4.in corp., y obj. 3 y ad 3. Observaría que el objector está tan impactado con el papel fundacional de la materia que él piensa que ésta es creada sola con toda propiedad. Ciertamente, el objector se sitúa en la vía hacia el presocratismo.

³⁹Santo Tomás, *De veritate* 27.1.ad 3 (ed. Leonine, t. 22\3, lines 182-186).

⁴⁰ *SCG* II.43:

Adhuc. Sicut esse est primum in effectibus, ita respondet primae causae ut proprius effectus. *Esse autem est per formam, et non per materiam*. Prima igitur causalitas formarum maxime est primae causae attribuenda.

Tal como enseña *SCG* III.66.4, toda causalidad del *esse*, toda generación, tiene a Dios como primer agente y a las criaturas como agente secundario.

⁴¹ Tomás de Aquino, *Scriptum* 1.36.2.3.ad 2 (Mandonnet 844-845):

Ad secundum dicendum, quod cum materia prima a deo sit, oportet ideam ejus aliquantulum in deo esse; et sicut attribuitur sibi esse, ita attribuitur sibi idea in deo: quia omne esse, in quantum perfectum est, exemplariter ductum est ab esse divino. Esse autem perfectum, materiae non convenit in se, sed solum secundum quod est in composito; in se vero habet esse imperfectum secundum ultimum gradum essendi, qui est esse in potentia; et ideo perfectam rationem ideae non habet nisi secundum quod est in composito, quia sic sibi a deo esse perfectum confertur; in se vero considerata, habet in deo imperfectam rationem ideae; hoc est dictum, quia essentia divina est imitabilis a composito secundum esse perfectum, a materia secundum esse imperfectum, sed a privatione nullo modo. Et ideo compositum, secundum rationem suae formae, habet perfecte ideam in deo, materia vero imperfecte, sed privatio nullo modo.

Tener en cuenta *ST* 1.14.11.ad 3 [el objetor alega que Dios no podría conocer los singulares porque el conocimiento requiere alguna semejanza, y Dios, al ser acto puro, difiere totalmente de la materia, que es potencia pura. La respuesta es:

Si bien la materia, debido a su potencialidad, se aleja de la semejanza con Dios, sin embargo, como aun así tiene ser [*esse*], logra alguna semejanza con el ser divino.

Otro texto sobre el *esse* y la materia es *SCG* II.16 (para. 12: “*Item. Materia...*”)

La materia prima tiene ser en cierto modo, puesto que es un ente en potencia. Pero Dios es causa de todo lo que tiene ser, como quedó anteriormente demostrado. Luego Dios es causa de la materia prima, que es la primera de todas. En consecuencia, la acción divina no requiere cosa preexistente.

También vid. *CF* VIII.2 (974 [4]), en donde Santo Tomás rechaza las críticas de Averroes a la doctrina de la creación:

Ni tampoco es ésta la intención de Aristóteles. Pues en el Libro II de la *Metafísica* prueba que lo más verdadero y lo que es ente por excelencia es la causa del ser de todas las cosas que existen. Por lo cual, ***este mismo ser en potencia que tiene la materia primera***, se deriva del primer principio de

ser que es máximamente ente... [Nec hoc etiam est secundum intentionem Aristotelis. Probat enim in II *Metaphys.*, quod id quod est maxime verum et maxime ens, est causa essendi omnibus existentibus: unde ***hoc ipsum esse in potentia, quod habet materia prima***, sequitur derivatum esse a primo essendi principio, quod est maxime ens...]

⁴² *ST* 1.29.2.ad 5 (*las cursivas son mías*).

⁴³ Cf., por ej., *SCG* II.54 {para. 5):

...en los compuestos de materia y forma, la forma es el principio de ser, porque es el complemento de la sustancia, cuyo acto es el ser; así la diafanidad es para el aire el principio de lucir, porque le hace sujeto propio de la luz.

Cf. also *ST* 3.17.2.ad 1.

⁴⁴ En *CF* 1.13 (ed. Maggiolo, 111 [2]) Santo Tomás subraya que Aristóteles presenta aquí los principios, no simplemente del devenir, sino del ser (que son la materia y la forma). No obstante, en *CF* II.10 (240 [15]), al hablar de la causalidad de las cuatro causas, el Aquinate afirma que:

... la forma es causa del ser en sentido absoluto y las otras tres son causas según que algo recibe el ser...

Esto se encuentra en plena sintonía con *DP* 5.1.ad 5. De acuerdo con este último texto, los agentes naturales son causas del ser (*essendi principia*), respecto al *comienzo* del ser (*quantum ad inchoationem ad esse*), y no en cuanto al ser mismo tomado de modo absoluto (*et non quantum ad ipsum esse absolute*).

⁴⁵ Cf. *ST* 3.77.2 y *Super Librum de causis expositio*, prop. 9 [ed. H.D.Saffrey, O.P., Fribourg/Louvain, 1954: Société philosophique \Nauwelaerts, p. 65, line 16 - p. 66, line 7 [Cf. St. Thomas Aquinas, *Commentary on the Book of Causes*, translated by Vincent A. Guagliardo, O.P., Charles R. Hess, O.P., and Richard C. Taylor, Washington, D.C., 1996, Catholic University of America Press, pp. 72-73.]

⁴⁶ Más arriba (n. 31) hice referencia al artículo de Stephen Baldner.

⁴⁷ Cf. *ST* 1.76.6 *in toto*. En el Cap. 7 de mi libro *Form and Being*, examino las opiniones de Charles De Koninck concernientes a qué especies pueden conocerse con certeza. [De Koninck, “Réflexions sur le problème de l’Indéterminisme”, *Revue Thomiste* t. 43 (1937), pp. 227-252 and 393-409.] En De Koninck’s p. 234, leemos:

Supongamos, para ilustrar esta idea, una inteligencia finita contemplando el mundo en el momento en que no había en él nada vivo. Esta inteligencia pudo prever infaliblemente la llegada del hombre a este mundo así como todo aquello que condiciona absolutamente la determinación de la materia en vistas del compuesto humano: dicha inteligencia prevé las plantas y los brutos, pero le es imposible prever todos los modos concretos bajo los cuales se realizarán las especies naturales.

⁴⁸ En este sentido, un texto de gran ayuda lo encontramos en *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*, II. 24.3.6.ad 5 [ed. J. Cruz Cruz, cit.]:

Se llama propiamente disposición aquello que se comporta como algo imperfecto en movimiento hacia lo perfecto, que es el término del movimiento, como quien aprende posee la disposición de la ciencia, por la que se perfecciona en su término el movimiento de la educación. Sucede, sin embargo, que el término del movimiento es doble, porque: o es del mismo género, o es de otro género. Por ejemplo, en la alteración, la cualidad es un término del mismo género; pero la forma sustancial es como de otro género. Luego si se compara la disposición con lo que es un término del movimiento de su mismo género, en tal caso es claro que la disposición puede hacerse aquello a lo que dispone, como el calor imperfecto se hace calor perfecto; pero esto nunca sucede cuando el término del movimiento es de otro género, como el calor imperfecto, por mucho que aumente, nunca se hace la forma sustancial del fuego. Entonces, digo que el pecado venial no es disposición al mortal como a un término del mismo género, sino de otro y, por tanto, el pecado venial nunca se hace mortal.

⁴⁹ Cf. Santo Tomás, *In De anima* 2.13 (ed. Leonine, lines 182-190).

⁵⁰ *ST* 2-2.8.1:

El nombre de entendimiento implica un *conocimiento íntimo*. Entender, en efecto, significa como ‘leer interiormente’. Esto se ve claro considerando la diferencia entre el *entendimiento* y los *sentidos*. El conocimiento sensitivo se ocupa de las cualidades sensibles externas, y el intelectual, en cambio, penetra hasta la *esencia* de las cosas, pues su objeto es *lo que es el ser...* Mas son muchos los géneros de cosas ocultas ‘en lo interior’ de la realidad, y a los que es preciso que ‘penetre’ el conocimiento del hombre. Así, ‘bajo’ los accidentes late *la naturaleza substancial de las cosas*, ‘bajo’ las palabras se oculta su significado, bajo las semejanzas y figuras se esconde la verdad representada; también las realidades inteligibles son en cierto modo interiores respecto de lo sensible que exteriormente palpamos, y en las causas *están latentes* los efectos, y viceversa. Por eso, respecto de todas estas cosas puede ocuparse el “entendimiento”.

Vid. también *ST* 2-2.180.5.ad 2:

La contemplación humana en esta vida no puede darse sin imágenes, ya que es natural al hombre ver las ideas en las imágenes, como dice el Filósofo (*De Anima* III.7, 431a16). Sin embargo, el conocimiento natural no termina en las imágenes, que son medio para llegar a la pureza de la verdad inteligible.

⁵¹ Aristóteles, *Fís.* IV.2 (209b18-21): la materia y la forma “... *tén akrotatén echei thean*,” esto es, ellas están “... en el ápice del pensamiento especulativo” [Philip Wicksteed tr.]; “*altissimam habent speculationem*” en la traducción comentada por Santo Tomás; cf. Tomás de Aquino, *CF* IV.3 (293):

“... tam materia quam forma habent *altissimam speculationem et difficilem*; et non est facile etiam cognoscere unum eorum sine altero.” [“... tanto la materia como la forma requieren una altísima y difícil especulación, y tampoco es fácil conocer una de ellas sin la otra.”]

La traducción de Wicksteed se encuentra en la Loeb Classical Library edition, Cambridge, Mass., 1929: Harvard U.P.

Crisis constitucional e identitaria de la Unión Europea*

Constitutional and identity crisis in the european union

Recibido: 6 de febrero de 2009 - Revisado: 10 de febrero de 2009 - Aceptado: 12 de abril de 2009

Pablo Sánchez Garrido**
Universidad San pablo CEU

Resumen

Este artículo parte de la hipótesis de que la actual crisis de la Unión Europea, principalmente en lo que se refiere a su proceso de integración constitucional, posee unas hondas raíces que trascienden lo jurídico y lo económico para situarse en el plano de la identidad cultural y axiológica, sin exceptuar en ello determinados aspectos religiosos. Asimismo, se analizan las principales corrientes que cuestionan la necesidad de partir de una identidad cultural europea, como es el planteamiento europeísta posmoderno y el habermasiano, para concluir con unas consideraciones acerca de lo que puede contribuir a diagnosticar mejor la etiología y terapia de la actual crisis identitario-constitucional europea.

Palabras clave

Unión Europea, identidad cultural, crisis constitucional, valores europeos, cristianismo, postmodernidad, Habermas.

Abstract

The starting point of this article is the hypothesis that the current crisis of the European Union, mainly regarding its constitutional integration process, has deep origins that surpasses the judicial and economic fields to establish itself in the cultural and axiological identity field, regardless of certain religious aspects. Furthermore, this article analysis the main streams that question the need to start from an European cultural identity, such as the Post Modern European and Habermas premises, in order to conclude with some considerations regarding what may contribute to better diagnose the etiology and therapy of the actual European constitutional identity crisis.

Key words

European Union, Cultural Identity, Constitutional Crisis, European Values, Christianity, Post modernity, Habermas.

* Artículo de Investigación de la facultad de ciencias políticas y sociología. Universidad complutense de madrid.

** Licenciado en Filosofía, Universidad de Navarra, España. Doctor por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es Profesor y Coordinador del área de Doctrina Social de la Iglesia, Universidad CEU San Pablo de Madrid. Ha impartido otras materias como ética o historia del pensamiento político. Es coeditor y coautor junto a Dalmacio Negro del libro: La identidad de Europa. Tradición clásica y Modernidad. Madrid 2008.
Correo electrónico: psanchez.ihum@ceu.es

Metodología

Este trabajo forma parte de una línea de investigación sobre aspectos filosófico-políticos de la identidad cultural europea, iniciada por el autor hace más de cinco años y vinculada a un proyecto de investigación de tres años aprobado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España con el título: *La identidad cultural de Europa ante el proceso de integración y globalización* (2004-2007).

Asimismo, este texto recoge y actualiza parte de las argumentaciones expuestas ante el Congreso Internacional *La ampliación y el futuro político y económico de la Unión Europea* (Madrid 2004), en un texto titulado: "La identidad cultural de los valores de la Unión Europea".

Identidad axiológica de la UE: del Proyecto de Constitución para Europa, al Tratado de Lisboa

Los principales países europeos se embarcaron hace ya medio siglo en el intento de crear una unión de dichos países que, por un lado asegurara una duradera, por no decir "perpetua", paz europea e internacional –tras la traumática experiencia de dos guerras mundiales de raíz europea–, y que por otro lado, propiciara prosperidad económica y social. Todo ello podría recuperar para una debilitada "Vieja Europa" la añorada hegemonía mundial.

Eran los primeros pasos de lo que hoy se quiere llamar la "Nueva Europa". Pese a los referidos enfrentamientos bélicos, los vínculos culturales e históricos, así como los intereses futuros, parecían augurar el buen éxito de la empresa. De modo que se dieron los primeros pasos en el ámbito económico, abriendo ciertas fronteras económicas y comerciales y dando lugar al primer hito político del proceso de integración: la *CECA* (Comunidad Europea para el Carbón y el Acero), aprobada en 1951. De este inicio germinal saldría la *Comunidad*

Económica Europea y posteriormente la *Unión Europea*. Sin embargo, cuando sólo restaba la ratificación del *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, con un amplio apoyo de los jefes de gobierno europeos que lo aprobaron en 2004, este fue rechazado en varios referendos populares: Francia y Holanda, o bien se aprobó con un apoyo minoritario en otros países como Luxemburgo. Especialmente duro fue el mazazo francés, al tratarse de uno de los principales motores del proceso europeo junto a Alemania, así como la inspiradora ideológica del previo Proyecto de Constitución –buena parte del mismo había sido diseñado por el francés Giscard D'Estaing, presidente de la Convención sobre el Futuro de Europa–. Esto motivó la elaboración de un tratado alternativo conocido como "Tratado de Lisboa", ya no con pretensiones de Constitución, sino de "Tratado de Reforma", en el cual se intentaron disolver varias cuestiones disputadas del anterior proyecto, incluida la polémica eliminación a las raíces cristianas de Europa en el preámbulo del anterior Tratado.

Este aspecto fue analizado, espléndidamente, por el constitucionalista judío J. Weiler en su obra *Una Europa cristiana*¹. Sin embargo, este Tratado alternativo del fracasado Tratado de Niza fue nuevamente rechazado en el referéndum ante el pueblo irlandés. Ante estos fracasos, cabe preguntarse: ¿por qué la población de países europeos da la espalda al proceso tan vivamente auspiciado por sus "representantes políticos"? Obviamente la respuesta no puede ser fácil, ni simple, sino que involucra diversos factores. Se ha aludido a aspectos económicos como, por ejemplo, los problemas generados en diversos sectores agrícolas, ganaderos y pesqueros por los sacrificios que exigían las directivas europeas, o la incertidumbre acerca de los gastos y beneficios que pudiera acarrear la ampliación europea a los países más empobrecidos del este. Por otro lado, también se ha aludido a motivos más bien sociológico-políticos, como la contrariedad y extrañeza que parece suscitar en parte de la ciudadanía europea la inclusión como

miembro de la Unión de Turquía –un país en principio laico, pero donde se ha reabierto el debate sobre su identidad islámica–. Sin embargo, la integración turca parece estar muy clara a ojos de los "representantes políticos europeos".

Otro aspecto importante y ampliamente extendido es la excesiva distancia que advierten los ciudadanos entre sus posibilidades de decisión y participación y las decisiones político-burocráticas que se toman desde Bruselas. Observe que todos estos problemas son anteriores a la crisis económica actual, que seguramente los habrá agudizado.

Pero además junto a todo ello sigue latiendo un problema de fondo y de mayor calado. Se trata de la cuestión relativa a la identidad cultural de la Unión y a sus valores morales y espirituales. Para muchos euro-políticos tecnocráticos esta es una cuestión menor u ornamental dentro del proceso europeo, mientras que para otros constituye una fuente de posibles conflictos que conviene evitar. Por no hablar de aquellos para quienes hablar de "identidad", "tradición europea", "valores religiosos", o "cristianismo", constituye en sí algo deplorable que conviene rechazar de raíz. Sin embargo, a nuestro juicio, buena parte de la actual crisis europea es una crisis de identidad, y concretamente de su identidad cultural y axiológica. No olvidemos la conocida frase que se le atribuye a Jean Monnet, uno de los padres fundadores de la integración europea: "Si tuviera que afrontar de nuevo el reto de integrar Europa, probablemente empezaría por la cultura". No estaría de más por tanto analizar el problema de la actual crisis europea desde la variable de la identidad cultural y axiológica de la llamada "Nueva Europa".

Pues bien, según el frustrado *Proyecto de Constitución para Europa*, la identidad cultural de la UE se encuentra estrechamente vinculada, en su crucial dimensión axiológica con una serie de principios y valores definitorios, cuyo elenco esencial es el siguiente: *dignidad humana, solidaridad, igualdad, libertad, humanismo,*

respeto a la razón, democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Este proyecto de Constitución enriquecía, en otro lugar, las alusiones a estos valores definitorios, al subrayar que "La Unión *se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto a los derechos humanos.* Estos valores *son comunes* a los Estados miembros [...]" (Artículo I-2) Más adelante, en lo concerniente a la acción exterior de la UE, el proyecto afirmaba que "La acción de la Unión en la escena internacional se basará *en los principios en los que se ha inspirado su creación, desarrollo y ampliación* y que pretende fomentar en el resto del mundo" (Artículo III-193). Todo ello aparece refrendado en el posterior "Tratado de Lisboa"².

Para arrojar algo de luz sobre lo que podríamos llamar "crisis constitucional europea", a nuestro juicio es fundamental enfocar la raíz axiológico-cultural que tienen estos *valores de la identidad.*

En dicho sentido, no cabe duda, además, de la actualidad de este aspecto dentro del presente estado de cosas, puesto que desde diversos frentes *ideológicos*, como ciertos nacionalismos y la posmoderna *ideología diferencia*, se está atacando la base axiológica de la identidad cultural europea -e incluso la noción misma de identidad cultural europea-, a los cuales habría que unir el "euroescepticismo" *político* y el problema *social* de la lejanía con la que muchas veces parece vivirse el proceso de integración europea desde la ciudadanía de los Estados miembros. Todo ello pone en peligro el crecimiento hacia una integración real y profunda de la UE, dejando lejos ya aquel ideal comunitario de que los distintos Estados miembros puedan hablar "con una sola voz", más allá del plano económico y del jurídico-institucional. Si la integración de Europa es difícil en estos planos, (que implicarían la unión *material* de la UE), el máximo desafío de la misma está sin duda en la integración *cultural*, (su unión *espiritual* (en el sentido hegeliano del término). Una diversidad de Estados que pueda

reconocerse en una cultura europea comunitaria es lo que, de un modo más decisivo y natural, puede unir a sus diversos ciudadanos y pueblos. El plano *material* de las estructuras e instituciones no puede sustituir ni obviar el plano *espiritual* de la cultura y los valores, si se quiere que la UE sea algo más que una superestructura federativa de Estados.

Por tanto, el ataque o los problemas que se encuentren en este nivel que hemos denominado "espiritual", afecta a los cimientos y a las raíces sobre las que se sustenta toda la construcción y crecimiento futuros de la UE. Nunca se insistirá demasiado al recordar que Europa no se encuentra tan solo con problemas materiales o técnicos para su consolidación y ampliación; también existen realidades que trascienden lo meramente jurídico y económico, e incluso lo político.

Existe toda una dimensión "pre-política" que es crucial en lo que a procesos colectivos se refiere, y en éste, de modo especial. Por consiguiente, las argumentaciones aquí presentadas apuntan a lo que podría denominarse, con cierto espíritu optimista y concesivo, la *ampliación intensiva de la Unión Europa* (referida a su dimensión cultural y *espiritual*), más que a su *ampliación extensiva*, (en cuanto a la extensión de su territorio y de sus estructuras e instituciones políticas, jurídicas y económicas, se refiere).

En este sentido de no subestimar el valor que tienen los valores y la cultura en el proceso de ampliación, es muy reveladora la frase atribuida a Monnet.

Problema *ad intra* de la ampliación intensiva de la UE

Los ataques a la identidad cultural de Europa en relación con sus valores, plantean dos clases de problemas a la ampliación intensiva y, eventualmente, extensiva de la UE: uno *ad intra* de la propia UE en su proceso integrador, y otro *ad extra*, referido a su política exterior. En este

escrito, sólo podemos abarcar el problema *ad intra*, dejando el *ad extra* de la política exterior europea y de la ampliación extensiva, pendiente como objeto de un estudio posterior.

La oposición *intelectual* a la identidad cultural europea, que afectaría a la ampliación intensiva *ad intra* de la UE, procede, principalmente (junto a ciertas posturas nacionalistas), de la posmoderna *ideología de la diferencia* y en un sentido más matizado de las argumentaciones neoilustradas de Jurgen Habermas. De la primera de ellas nos ocupamos en un artículo previo de esta revista, donde los remitimos, pero no sin antes plantear algunas consecuencias de la misma³. Después de ello, nos centraremos en la argumentación habermasiana sobre la identidad europea.

Ya decíamos en el artículo anterior a éste, que desde la denominada "ideología de la diferencia" tiende a negarse el concepto mismo de *identidad* en vista de una exaltación de la *diferencia*. Asimismo, en lo que respecta, concretamente, a la identidad cultural europea, ésta se presenta de un modo deformado y caricaturizado, al sugerir que la afirmación de una identidad cultural europea, sería, en su quintaesencia, contraria al pluralismo, la democracia, la tolerancia, el multiculturalismo, etc⁴. Pero conviene recordar que, por el contrario, el enaltecimiento de las diferencias culturales, sí que ha servido, en ocasiones, como justificación teórica para la imposición de dictaduras y la anulación de derechos humanos—como se expondrá posteriormente a través de las argumentaciones del Nobel Amartya Sen y de la filósofa política Martha Nussbaum—.

Por todo ello, se puede afirmar que, desde esta corriente ideológica de exacerbación de la diversidad, tan en boga dentro del pensamiento posmoderno, se haría muy difícil una integración y ampliación europea en el sentido pleno y crucial del término: el cultural. A lo sumo, podría apostarse por una UE entendida como una macroestructura institucional cuya función sería

la de albergar las diferencias, los particularismos, o los localismos, cuando no meramente a los individuos residentes en los Estados miembros del "contrato social" de la UE.

La unión que sostendría esta UE sería fundamentalmente de base contractual, lo cual produce un vínculo sumamente débil en cuanto a una unión de pueblos diversos se refiere.

Por otro lado, desde una visión muy próxima a la basada en la diferencia, aunque más matizada, se nos dice que una identidad cultural europea fundamentada *in re*, sobre algo previo, como unos valores culturales, éticos o religiosos encarnados en la cultura y las culturas europeas, además de suponer una uniformidad y un ataque a toda diferencia, impondrá indefectiblemente una identidad europea por contraposición, sobre la base de un "repliegue identitario".

En este sentido, afirma Elena Paciotti, quien fuera representante del Parlamento Europeo en los trabajos de la Convención para el Futuro de Europa, que: "El riesgo constante de la construcción de una identidad, es el de definirse por oposición a lo demás. En distintos momentos de su historia, Europa ha sido equiparada a civilizaciones: cristianismo, democracia, piel blanca, Occidente, por oposición a barbarie, paganismo, despotismo, piel de color, árabes y mundo islámico.

Es la antítesis de lo que es europeo, según una óptica de contraposición que genera guerras y conflictos y que tiende a reproducirlos en el tiempo en vez de trabajar para superarlos". Por ello, desde esta confusión de elementos dispares, la autora propone evitar todo principio de identidad fundado en elementos existentes y dados para proponer más bien una (pseudo) identidad *fundamentada* en unos valores sin fundamento y en un futuro que hay que construir. Afirma Paciotti: "La construcción de la comunidad política europea no puede, por tanto basarse ni en un sentimiento de pertenencia fundado, ni en la construcción de la identidad

nacional basada en la ideología de la integración o en la unidad de etnia, lengua o religión, sino solamente en la aceptación de principios y valores comunes. Puede parecer una idea ilustrada y de difícil realización, pero basta con tener la capacidad de mirar al futuro..."⁵.

Aparentemente, Paciotti coincide con lo que aquí se propone, al defender una identidad cultural basada, fundamentalmente, en unos principios y valores comunes. Pero esta postura, tan extendida, a la postre, termina por ser una negación de la identidad cultural europea, ya que se trata de una *identidad cultural desarraigada*. En el fondo, una identidad basada en un futuro, no es una identidad en un sentido auténtico, porque el futuro *no es*; en todo caso, puede constituir un *desideratum* identitario. Además, al decir que la identidad europea está en el futuro, o que es, esencialmente, un *proyecto de construcción*, ello también significa que es preciso (re)construir, artificial o ideológicamente, una identidad para Europa. Voluntarismo que entraña muchos peligros, pues todo hueco tiende a llenarse como el de la manipulación o interpretación sesgada por parte de los grupos de poder económico e ideológico.

Por tanto, lo que propone este segundo enfoque no es una identidad en acto o real, sino una identidad en potencia meramente nominal. Esta propuesta de identidad cultural al encontrarse basada en unos valores desarraigados y en una *tabula rasa* de la materialización cultural que han experimentado en Europa, significa apelar a una identidad vacía, desencarnada y formal, que abre el camino a un relleno ideológico por parte del pensamiento dominante de turno. Sin embargo, esto dista mucho, en realidad, de un reconocimiento de los elementos vivos y comunes del patrimonio cultural europeo, alrededor de los cuales se pueda *reconocer*, a su vez, una identidad común que pueda integrarnos y fundamentar nuestra ampliación. El problema es que esto significaría desenterrar las raíces de nuestros valores, y contra ello existen muchos intereses creados. Se prefiere deconstruir la identidad cultural europea

para, sobre su ruina, hacer una nueva y voluntarista reconstrucción ideológica posmoderna.

Por otro lado, un importante pensador contemporáneo como es J. Habermas plantea una serie de argumentaciones frente al "discurso identitario" que en el fondo parte de la confusión entre lo que sería una identidad axiológica y cultural –o la defensa de un *êthos* europeo– y lo que denomina identidad "etnonacionalista". Desde esta perspectiva, afirma Habermas:

El núcleo *común* de las formas de comunidad tanto étnicas como nacionales sería la "conciencia del nosotros" fundada en el imaginario parentesco de la sangre o de la identidad cultural de personas que comparten la creencia en un origen común, se identifican mutuamente como "miembros" de la misma comunidad y con ello se deslindan de su entorno⁶.

Frente a una concepción política basada en la identidad étnico-nacional (y religiosa⁷), Habermas defiende una concepción más artificial de integración social basada en las dinámicas de autocomprensión pública que derivan del proceso democrático, lo cual le sirve para retomar su propuesta de "patriotismo constitucional".

Frente a la identidad etno-nacionalista o a la religioso-comunitarista, y de cara a la construcción de la Unión Europea, Habermas propone una concepción posnacional que permita una integración europea sobre la base de una comunicación civil, mediática y política, por eso afirma que:

[...] el próximo impulso a la integración social posnacional no depende del substrato de un "pueblo europeo", sino de la red comunicativa de una esfera pública política de amplitud europea ínsita en una cultura política común, soporte de una sociedad civil con grupos de interés, organizaciones no estatales, iniciativas y movimientos ciudadanos, y asumida por foros en los que los partidos políticos pueden referirse [...]⁸

En el artículo-manifiesto "Europa: en defensa de una política exterior común" escrito en 2003 junto a Derrida; este artículo fue motivado por la

adhesión de España y otros países europeos a la Guerra de Irak y más concretamente por la visita de George Bush a Polonia. Es por tanto, una respuesta a la "Carta de los ocho" del 31 de enero del mismo año; es decir, a la declaración de apoyo de los ocho Estados europeos que se sumaron a la ofensiva estadounidense en el conflicto con Irak. Según afirman Habermas y Derrida, la reacción a la guerra y a la adhesión proestadounidense de países europeos como España podría entrar en los libros de Historia como "el nacimiento de una nueva opinión pública europea". El artículo, escrito principalmente por Habermas, fue publicado por los principales periódicos europeos progresistas de Alemania, Italia, Francia y España., Habermas también insiste en que la "identidad europea" es algo que "debe articularse en la cacofonía salvaje de una opinión pública polifónica", a lo que añade(n): "También el reconocimiento de las diferencias - el reconocimiento mutuo del otro dentro de su carácter diferente- puede convertirse en característica de una identidad común"⁹.

Respecto a las tradiciones que han pretendido tener un carácter natural en la configuración de la identidad europea, Habermas subraya su carácter inventado, y afirma: "Frente a ellas, una identidad europea nacida bajo la luz de su carácter público, sería algo que se construye desde el principio". En esa construcción es importante una autognosis que realice una cuidadosa hermenéutica para lograr una adecuada "diferenciación entre el legado que recibimos y el que queremos rechazar".

A continuación señala el carácter esencialmente laico de Europa contraponiéndolo al de EEUU, donde puede concebirse al Presidente del Gobierno comenzando un discurso con una oración pública. También en su obra *El Occidente escindido [Der gespaltene Westen]* sugiere la problematización y crisis de la idea misma de identidad europea:

Es verdad que en la actualidad hay que dar una respuesta negativa a la pregunta de si existe algo así como una identidad europea, pero también es cierto que la pregunta está mal planteada en estos

términos. Lo que importa son las condiciones para que los ciudadanos *puedan* ampliar su solidaridad ciudadana más allá de sus respectivas fronteras nacionales, con el objetivo de lograr una inclusión recíproca¹⁰.

Habermas advierte que el cambio sociológico-político que supone el paso de una identidad cívico-política basada en la *identificación* con el Estado a una conciencia posnacional basada en una "orientación por la Constitución" –vinculación cívico-solidaria entre ciudadanos libres e iguales en un contexto democrático-constitucional universalista–, arroja consecuencias teórico-políticas importantes. Una de ellas, es la *superación* de los contextos particulares en los cuales se inscribe la historia nacional de cada Estado. La historia nacional sólo parece adquirir relevancia como toma de conciencia del proceso que ha conducido, progresivamente, hacia el "logro" constitucional (pone el ejemplo de autocríticas colectivas como las de "políticas de la memoria" ante el Holocausto). Otra consecuencia es la superación de las fronteras nacionales hacia la construcción de organizaciones supranacionales, como es el caso de la Unión Europea. Por las razones antes expuestas, y por su mismo carácter supranacional, Habermas considera que, respecto a la UE ya no es posible el tipo de identificación cívica que antes brotaba de modo natural del propio *êthos* político y de la propia conciencia nacional:

Por eso la cuestión no es si existe una identidad europea, sino si los foros nacionales pueden abrirse unos a otros de tal modo que pueda desarrollarse la dinámica propia de una formación común de la opinión y la voluntad política entorno a temas europeos. Sólo en la estela de los procesos democráticos puede formarse hoy una autocomprensión política de los europeos, por supuesto sin que ello implique una segregación peyorativa de los ciudadanos de otros continentes¹¹.

La cohesión o solidaridad ciudadana necesaria para hacer viable este proceso "[...] no es sólo la *consecuencia* de la formación común de la opinión y la voluntad públicas, sino también su *condición*"¹². Pero si asumimos por un momento

la hipótesis del argumento habermasiano, la cuestión sería cómo hacer posible esta "opinión y voluntad públicas" para que el actual proceso de unificación europea se sustentara sobre una base socio-política y cultural auténticas. Habermas no es muy claro acerca del método conducente a esta "autocomprensión" cívica de los europeos. De hecho acusa a la élite política europea de un fracaso en este sentido, pero alberga esperanzas sobre la posibilidad de crear las *condiciones* para que surja esta identidad política europea desde diversos ámbitos públicos:

La identidad política de los ciudadanos, sin la que Europa no puede adquirir capacidad de acción, sólo se forma en una esfera pública transnacional. Esta formación de la conciencia se sustrae a la intervención de las élites situadas por encima de los ciudadanos, y a diferencia del tráfico de mercancías y capitales en el espacio común económico y monetario, no es posible "producirla" mediante decisiones administrativas¹³.

De cualquier modo, aunque esto implica un rechazo explícito –o al menos un escepticismo– respecto al elitismo político-burocrático, parece requerir de un elitismo político-intelectual que pueda canalizar el proceso público deliberativo en la dirección que necesita el proceso de unificación. De hecho, afirma que es necesario que exista una "cultura *política* común" que vaya diferenciándose de las diversas culturas o tradiciones *nacionales*, para que de esta interacción surja, a su vez un, "patriotismo constitucional europeo". De este modo, su propuesta de identidad cultural para la Nueva Europa, implica la sustitución de la tradición europea de raíz clásica y cristiano-medieval para ubicar en su lugar su noción de "patriotismo constitucional". Para lograr este objetivo, afirma explícitamente: "Las élites culturales y los medios de comunicación podrían tener un papel importante que jugar en este proceso"¹⁴. A lo cual añade algo más significativo aun:

En este contexto, nuestro objetivo es menos el asegurarnos a nosotros mismos en nuestros orígenes comunes en la Edad Media europea que

el desarrollar una nueva autoconciencia política adecuada al papel de Europa en el mundo del siglo veintiuno¹⁵.

Consideraciones finales

Tanto la argumentación habermasiana como la de corte posmoderno y derridiano constituyen una de las más influyentes dentro de lo que J. Pocock ha denominado "ideología de la europeidad"¹⁶.

Como se ha expuesto, ambas parten de la negación o de la actitud de sospecha frente a la idea misma de una identidad (cultural) europea.

Pues bien, en respuesta a ambas posturas tenemos que comenzar por reconocer que el listado de valores europeos, fuera de la tradición cultural europea (fuera de su historia, de sus raíces) no tienen por qué considerarse *européos*, pues también los defienden otros pueblos occidentales, e incluso muchos de estos valores pueden encontrarse en diversos pueblos orientales en plena coherencia con elementos tradicionales autóctonos como ha mostrado Amartya Sen¹⁷. Sería, por tanto, ilegítimo o infundado afirmar que la UE, para fundamentar su identidad, necesitará apropiarse en exclusiva de esos valores que pertenecen *de iure* al género humano, y *de facto* a numerosas culturas no europeas. Hay que tener en cuenta que los valores desnudos no constituyen *per se* la identidad europea. Europa quizá los haya *des-cubierto* y desarrollado conceptual y socialmente, gracias a la cultura greco-latina y al cristianismo, pero no los ha *inventado*¹⁸. Si esos valores *objetivos* son constitutivos de la identidad europea, es porque Europa se ha forjado y ha progresado, en su *subjetividad* o *éthos* cultural, al calor de ellos. Por tanto, la "europeidad" de esos valores no podemos buscarla en su base objetiva, sino en el desarrollo e incorporación subjetivos que se opera en la historia y el progreso de la tradición europea.

En virtud de esta condición de objetividad intrínseca de los valores, es posible *compartirlos* difusivamente con otros pueblos para que los

incorporen a la subjetividad de sus respectivas sociedades; otra cosa sería caer en un *eurocentrismo*. Por consiguiente, y dicho de otro modo, esos valores, ciertamente, nos identifican desde su desarrollo europeo específico, pero lógicamente no se puede identificar esos valores sin más, con "lo europeo".

Es muy importante, en este sentido, subrayar que un rasgo muy propio de la identidad europea ha sido el de la apertura a otras culturas, importando elementos de éstas junto con los pueblos, como demuestra el influjo egipcio sobre Grecia o el de la propia tradición judeo-cristiana, cuya génesis era extrínseca a la propia Europa. Así, uno de los factores de mayor relevancia identitaria para Europa, como fue y es el de la religión cristiana, tuvo un origen externo a la propia Europa.

Por otro lado, existe una poderosa tendencia en buena parte del discurso político dominante que quiere realizar una falsa identificación entre identidad y violencia, o entre identidad y negación de diferencias y libertades. Pero, a nuestro juicio, esta identificación es tan falaz como aquella que identifica religión y guerra, o patria y nacionalismo excluyente. El problema no es la afirmación de una identidad cultural, axiológica o política, el problema es su degeneración o corrupción. El propio Amartya Sen en su obra *Identidad y violencia* no rechaza frontalmente el concepto de identidad –ni siquiera suscribe la indiferencia utilitarista ante la identidad– sino más bien lo que rechaza es la interpretación "singularista" y antipluralista de la identidad¹⁹. Por supuesto, estamos de acuerdo con Sen en que la identidad heredada en las tradiciones culturales es algo que ha someterse a crítica racional y al refrendo de la dignidad y libertad propias de la condición humana.

Por todo lo anterior cabe subrayar que hablar de identidad cultural europea basándonos en sus raíces, no significa *de facto* o *de iure*, ni uniformidad, ni pensamiento violento y excluyente, o basado en un "repliegue identitario" o en una actitud "etnonacionalista".

El criterio que se ha consagrado en el ámbito comunitario, y que subrayamos aquí, es el de: "unidad en la diversidad". Este lema podría aplicarse igualmente a la cuestión que nos ocupa para hablar de una "*identidad en la diversidad*". La defensa de una identidad cultural europea desde sus raíces, entonces, no constituye ningún obstáculo para el pluralismo, la tolerancia, la democracia o la laicidad. Más bien al contrario, esos valores políticos, como se ha repetido anteriormente, proceden de las propias raíces de estos valores éticos que Europa y sus pueblos han ido *descubriendo*, aplicando y comunicando, progresivamente, en un mutuo y enriquecedor diálogo cultural que ha abrazado a Europa a lo largo del *espacio* (sus pueblos) y del *tiempo* (su Historia); haciéndola capaz de superar los momentos dramáticos de enfrentamiento dentro y fuera de sus fronteras²⁰. Por tanto, cuanto más fiel sea Europa a lo mejor de las raíces y a la *identidad propiamente europea* de esos valores, poniéndolos claramente como norte, más garantías existirán para que se mantengan vivos evolucionando desde su tradición cultural milenaria. Esto no significa asumir ciegamente todo lo recibido, es necesaria, como decíamos, una criba o una poda de lo caduco o de las "malas hierbas", pero cribar o podar no implica cortar o desarraigar. Por el contrario, a unos valores europeos *desarraigados*, lo más probable es que le ocurra lo mismo que a una planta desarraigada: puede aparentar lozanía durante cierto tiempo, pero sin raíces que la alimenten, acaba por marchitarse²¹.

En conclusión, a nuestro juicio la crisis constitucional de la actual Unión Europea no está basada en la actual coyuntura de crisis económica –de hecho es anterior a ella–, ni en la excesiva burocratización y alejamiento cívico de la gestión política europea, sino en una mucho más profunda aún: una crisis de valores y una de identidad.

Notas

¹ Weiler, Joseph H. *Una Europa cristiana*. Encuentro, Madrid 2003. En esta obra y en otras, Weiler realiza un análisis comparado de distintas

constituciones de países occidentales, muchas de ellas hispanoamericanas, para constatar en las mismas un reconocimiento casi generalizado de unas raíces religiosas y cristianas.

² La cursiva es del Autor. Esto último aparece igualmente recogido en el Tratado de Lisboa, en su artículo 10A del capítulo 1, referido a "Disposiciones generales relativas a la acción exterior".

³ Cfr. Pablo Sánchez Garrido. "Deconstrucción y Reconstrucción de la Identidad Cultural Europea. Ilustración, Romanticismo y Posmodernismo", *Civilizar*, 7:12, pp. 101-112.

⁴ Vgr. Javier de Lucas. *Europa: ¿convivir con la diferencia?* Tecnos, Madrid, 1992; "Identidad y Constitución Europea. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto?". También en este sentido: Diego Sánchez Meca. "El sueño de una Europa de los pueblos: el dilema entre identidad y diversidad". *En torno a Europa*. FAES, Madrid 2003. pp. 65-120.

⁵ Paciotti, E. "Obiettivo Costituzione" en *Nuntium*, noviembre 2002, n° 18, pp. 51-52.

⁶ *Ibid.* p. 108. También en *El Occidente escindido*, op. cit. pp. 79 y 80.

⁷ Habermas, J. Ratzinger, J. *Dialéctica de la secularización*. Op. cit. Para esta conjunción de identidad nacional y religiosa, Habermas cita a W. Böckenförde.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Habermas, J. Derrida, J. Art. cit.

¹⁰ Habermas, J. *El Occidente escindido*. Trotta, Madrid 2006. p. 79.

¹¹ Habermas, J. *El Occidente escindido*. Op.cit. p. 83.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibid.* p. 84.

¹⁴ Habermas, J. *Between Facts and Norms*. Polity Press, Cambridge 1996, p. 507. Para su análisis previo del papel de la esfera pública en el proceso democrático de decisión política, véase su obra de 1962: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*.

¹⁵ Ibid. p. 507.

¹⁶ Pocock, John. "Deconstructing Europe", *History of European Ideas*, 18, nº 3, p. 332.

¹⁷ Sen ha mostrado que muchos valores como la tolerancia, un sano racionalismo o el reconocimiento público de la libertad no son un monopolio occidental sino que pueden rastrearse en la India o en otros países orientales. Amartya Sen, "East and West: The Reach of Reason", *New York Review of Books*, Vol. 47, no. 12 (20 Julio 2000), pp. 33-38; *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona 2000. p. 282 ss.

¹⁸ En este punto, coincido con Michael Sandel cuando afirma que la identidad de una comunidad no es, para sus miembros, tanto una relación que se elija (como en una asociación voluntaria), cuanto un vínculo que se descubre. [Sin embargo, el que la identidad sea algo que se descubre no significa que todo lo que se descubra en esa identidad sea positivo ni merecedor de ser conservado dentro de la misma identidad, ya sea europea, india, o islámica. Las identidades culturales, por muy antiguas que sean, no son tribunales inapelables e infalibles.] Michael Sandel. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge University Press, 1998. p. 150.

¹⁹ Sen, Amartya. *Identidad y violencia*. Katz, Buenos Aires 2007, pp. 43 y ss.

²⁰ Nótese que el principio de tolerancia política o el de laicidad están ya presentes en la tradición católica patrística de un San Agustín y posteriormente de Santo Tomás, aunque la historiografía del pensamiento político los haya adjudicado erróneamente a los planteamientos ilustrados de Locke o Voltaire.

²¹ En otro lugar, hemos aludido a la raíz europea de estos valores constitutivos, asociándolos a la secuencia conceptual «logos-ius-caritas», y a su institucionalización cultural en las culturas griega, romana y cristiana, respectivamente. Cfr. Pablo Sánchez Garrido. "Logos, ius, caritas. En torno a las raíces de la identidad cultural europea", en *Europa, sé tu misma*. Vol. I. Fundación Universitaria San Pablo, Madrid 2005, pp. 153-162.

Referencias

Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Polity Press, Cambridge.

Habermas, J. (2006). *El Occidente escindido*. Trotta, Madrid. p. 79.

Habermas, J. & Ratzinger, J. (2006). *Dialéctica de la secularización*, Encuentro, Madrid.

Habermas, J. & Derrida, J. (2003). "Europa: en defensa de una política exterior común",

Lucas, Javier de. (1992). *Europa : ¿convivir con la diferencia?* Tecnos, Madrid. "Identidad y Constitución Europea. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto?"

Michael, S. (1998) *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge University Press.

Paciotti, E. (2002). "Obiettivo Costituzione" en *Nuntium*, noviembre, no. 18, pp. 51-52.

Pocock, J. (1991). "Deconstructing Europe", *History of European Ideas*, 18, Nº 3.

Sánchez Garrido, P. (2005). -"Logos, ius, caritas. En torno a las raíces de la identidad cultural europea", en *Europa, sé tu misma*. Vol. I. Fundación Universitaria San Pablo, Madrid, pp. 153-162.

Sánchez Garrido, P. (2007). *Deconstrucción y Reconstrucción de la Identidad Cultural*

- Europea. Ilustración, Romanticismo y Posmodernismo”, *Civilizar*, 7:12, pp. 101-112.
- Negro, P. & Sánchez Garrido, P. Ed. (2008). *La identidad de Europa. Tradición clásica y Modernidad* (coeditor). CEU Ediciones, Madrid.
- Sánchez Meca, D. (2003). “El sueño de una Europa de los pueblos: el dilema entre identidad y diversidad”. *En torno a Europa*. FAES, Madrid. pp. 65-120.
- Sen, A. (2007). *Identidad y violencia*. Katz, Buenos Aires.
- Sen, A. (2000). “East and West: The Reach of Reason”, *New York Review of Books*, Vol. 47, no. 12 (20 Julio 2000).
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Planeta, Barcelona.
- Weiler, J. (2003). *Una Europa cristiana*. Encuentro, Madrid

El ser y *su* ser en Tomás de Aquino*

The Being and his Being in Thomas Aquinas

Recibido: 19 de agosto de 2008 - Revisado: 2 de octubre de 2008 - Aceptado: 20 de enero de 2009

Liliana Beatriz Irizar**

Resumen

Dos prestigiosos filósofos, Enrico Berti y Anthony Kenny, sostienen que Tomás de Aquino manifiesta importantes inconsistencias doctrinales, especialmente en su doctrina sobre Dios entendido como *ipsum esse subsistens*.

En el contexto de esta discusión, el presente artículo tiene como objetivo principal retomar los textos más relevantes en los que el Aquinate aborda el tema del ser de Dios y lo llama *ipsum esse subsistens* así como los pasajes en que habla del ser de Dios como *su ser* (*suum esse*). Esto con el fin de establecer si efectivamente es justo identificar el *ipsum esse subsistens* con la idea de Dios considerado como el ser separado de inspiración platónica.

Este estudio permitirá, asimismo, precisar en qué medida es válido afirmar que la filosofía de Aquino es una filosofía negativa y su metafísica una metafísica mínima.

Palabras clave

Teología negativa, metafísica mínima, ser de Dios; *ipsum esse subsistens*, Tomás de Aquino.

Abstract

Two prestigious philosophers, Enrico Berti and Anthony Kenny, assert that Thomas Aquinas expresses relevant doctrinal incoherencies, especially in his *ipsum esse subsistens* doctrine.

In the context of this discussion, the current article intends to review the most outstanding texts where Aquinas considers the being of God issue, and calls Him *ipsum esse subsistens*, as well for the passages in which he talks about the being of God as his being (*suum esse*). The aforesaid, is aimed to establish if effectively is fair to identify the *ipsum esse subsistens* with the *idea* of God considered as the separated being from Platonic inspiration.

This analysis will allow us to precise to what extent is valid to affirm that the Aquinas' philosophy is a negative philosophy and his metaphysics is minimum metaphysics.

Key words

Negative Theology; minimum Metaphysics; being of God; *ipsum esse subsistens*; Thomas Aquinas.

* Artículo de investigación, resultado del proyecto Humanismo cívico. Segunda fase: *Fundamentos metafísicos, antropológicos y éticos del humanismo cívico*. El presente artículo expone algunas de las conclusiones referidas a los fundamentos metafísicos del humanismo cívico. El proyecto de investigación es financiado y avalado por la Universidad Sergio Arboleda.

Agradecimientos al profesor Alejandro Llano. Mi reconocimiento al profesor Stephen L. Brock, de quien he recibido iluminadoras orientaciones en el desarrollo del presente trabajo de Filosofía Medieval de la Universidad de la Santa Cruz, Roma.

** Docente investigadora de la Escuela de Filosofía y Humanidades de la Universidad Sergio Arboleda. Coordina el grupo *Lumen* -reconocido por Conciencias 2006, en el que dirige el proyecto *Humanismo cívico* (Filosofía Política).
Correo electrónico: liliana.irizar@usa.edu.co.

Problema de investigación y método

¿La doctrina de Tomás de Aquino, la cual considera a Dios como el *ipsum esse* subsistens, es equiparable a la sustancialización del ser y de lo uno tal como los concibió Platón? ¿Cómo es preciso entender dicha expresión del Aquinate? ¿El tomismo, en general, no ha dado lugar a que se interprete la fórmula *ipsum esse* como una sustancialización del ser? ¿Qué novedad aportan a la interpretación de dicha doctrina del Aquinate autores como Inciarte, Llano, Brock o Dewan?

Con miras a resolver dichos interrogantes se ha recurrido al método expositivo analítico. El desarrollo argumentativo se basa esencialmente en el pensamiento metafísico de Tomás de Aquino. Asimismo, han resultado un elemento clave para el análisis de los textos de Aquino, algunas obras de importantes tomistas que se han ocupado del tema, como Fernando Inciarte, Alejandro Llano, Stephen L. Brock y Lawrence Dewan.

A partir de la bibliografía apuntada, luego de una *lectura* atenta de las críticas dirigidas contra Tomás de Aquino en este punto, se ha procedido, en primer lugar, a analizar el planteamiento fundamental realizado por dicho filósofo. De modo paralelo se han leído los comentarios sobre su obra en este tema preciso por parte de los autores mencionados.

En un segundo lugar, se han *exuesto* de manera sistemática las principales críticas recientes realizadas contra la doctrina aquiniana del *ipsum esse*, y simultáneamente se han presentado lo que se considera una visión más ajustada y correcta del pensamiento de Tomás de Aquino. Para articular las críticas y su refutación se ha respetado el rigor científico propio de la argumentación filosófica.

Introducción

Doctrina del ipsum esse subsistens y el platonismo de Tomás de Aquino

En un artículo publicado en 2004, Stephen Brock (Brock, 2004) rehabilitaba un tema

recurrente tanto entre los más avezados seguidores de Tomás de Aquino, así como entre los mayores representantes del aristotelismo contemporáneo.

Nos referimos a la discusión, siempre vigente, entorno al presumible platonismo del Aquinate. Un debate que básicamente ha girado y gira alrededor de cuáles son los alcances de la influencia del platonismo y del neoplatonismo en la filosofía de Santo Tomás, de modo especial, en su metafísica.

En el ensayo citado, Brock rescata un aspecto puntual de esta discusión, en el que han coincidido Enrico Berti y Antony Kenny. La inquietud fundamental de ambos se relaciona con lo que podríamos denominar la inconsistencia conceptual de la metafísica de Tomás de Aquino. En efecto, si bien Tomás ha rechazado reiterada y explícitamente la teoría platónica de las Ideas en pleno acuerdo con la crítica aristotélica a la misma, por otro lado, se puede constatar que, no obstante, la adopta en puntos cruciales de su filosofía. De acuerdo con ambos filósofos, el Aquinate resultaría, por tanto, incoherente (Brock, 2004).

Por la vinculación que guarda con el objetivo de nuestro trabajo, nos limitaremos a resaltar aquí sólo un aspecto de la crítica mencionada: el relacionado con la doctrina del *ipsum esse subsistens*.

Según Berti, la conocida doctrina de Tomás de Aquino del *ipsum esse subsistens*, es decir, un *ens per essentiam*, cuya *substantia* es el mismo *esse*, restablecería la tesis platónica de la sustancialización del ser y de lo uno. Esto es, Santo Tomás, a la hora de fundamentar su doctrina del ser de Dios, se apartaría ostensiblemente de la metafísica de Aristóteles aproximándose, en cambio, a la posición platónica y neoplatónica, lo cual aparece manifiesto, observa Berti, si se tiene en cuenta que los instrumentos lógicos utilizados por la escolástica para esclarecer filosóficamente el concepto de creación no fueron precisamente aristotélicos, sino “el concepto platónico (y neoplatónico) de participación

que Aristóteles había rechazado explícitamente” (Berti, 1979, p. 118).

Pero su alejamiento radical de Aristóteles se observa, precisamente, en la tesis del *ipsum esse*. Si hay un ser cuya esencia está constituida por su mismo ser, entonces el ser mismo es una sola esencia. Se echa por tierra así la analogía del ente; la diversidad intrínseca de los entes defendida por Aristóteles desaparece. En efecto, si la naturaleza del ente deriva del ser y lo que el ser principalmente significa, es la esencia de una única cosa, entonces la naturaleza del ente será ajena, extrínseca a la esencia de las demás cosas. El significado intrínseco del ente no incluirá la diversidad de las cosas. En suma, aunque Tomás de Aquino habla de analogía, en realidad haría del ser algo uniforme y unívoco (Brock, 2004).

Por otra parte, como ha advertido también S. Brock (Brock, 2004) para Berti el *ipsum esse* no sólo es anti-aristotélico sino que además pone en juego la trascendencia divina. Si la esencia de Dios es *el ser mismo*, entonces no sería rigurosamente propia, no le pertenece a él de modo exclusivo. Al igual que la Idea platónica, el *ipsum esse* es la versión separada del ser, es decir, algo uniforme y unívoco común a todas las cosas que participan de él (Berti, 2001).

En opinión de Berti, los términos que usa Tomás para distinguir el ser de Dios del ser de las criaturas, parecen indicar sólo una diversidad de condiciones de esta esencia: “separada en lugar de inherente, subsistente en vez de participada, infinita en vez de finita. No indica una diversidad intrínseca, diversidad respecto de lo que es el ser mismo (*diversità in che cos’è l’essere stesso*)” (Brock, 2004, pp. 199-200). Dicho en pocas palabras, para Berti, Santo Tomás “... está convirtiendo el *esse* en una ‘esencia’ única que, a su vez, sería la esencia de Dios” (Brock, 2007a).

Las imputaciones de Kenny en *Aquinas on Being* se encaminan en la misma dirección y son, incluso, más contundentes. Cabe resaltar que tal como han advertido algunos críticos de *Aquinas*

on Being, gran parte de esta obra contiene un análisis crítico de la doctrina del *ipsum esse* sobre la base de categorías fregeanas a la luz de las cuales, Kenny juzga a Tomás falto de un reconocimiento suficiente de la distinción entre ser y existencia (Kenny, 2002).

En efecto, parece empeñado en interpretar a Tomás de Aquino como si éste fuera un “fregeano defectuoso” (Davies, 2005, p. 127). De hecho, su errónea comprensión, al menos en este punto, constituye precisamente la raíz de todas las equivocaciones cometidos en su análisis del Aquinate (Klima, 2004; McGinnis, 2005).

El núcleo de la crítica lanzada por Kenny contra la doctrina del *ipsum esse subsistens*, se condensa en la siguiente frase: “si *esse* aquí es existencia, ¿qué hacemos con la noción *esse* subsistente? Parece un absurdo decir de algo que su esencia es pura existencia” (Kenny, 2002, p. 41). Es importante tener presente que Kenny se está refiriendo aquí al pasaje de *Ente et essentia* donde Santo Tomás enseña que las formas simples, aunque sean forma sin materia, no son acto puro, pues son compuestas de acto (*esse*) y potencia (quiditas). Dios, en cambio, puesto que es *sólo ser*, de modo que su ser mismo es subsistente, no recibe adición de diferencia alguna (Tomás de Aquino, trad. 2001a, 4).

Es Lawrence Dewan quien magistralmente ha evidenciado las inconsistencias encerradas en las tesis de Kenny. Mediante un minucioso análisis de las mismas, el profesor Dewan (Dewan, 2005) ha demostrado rigurosamente que las descaminadas interpretaciones del autor entorno a los planteamientos del Aquinate, obedecen en último término al fracaso de Kenny en apreciar la distinción fundamental que Tomás establece entre el *esse* que designa el acto o perfección de la esencia y *esse* como predicado existencial. En efecto, Kenny no ha comprendido la doctrina del ser de Santo Tomás, menos aun podía asimilar de manera acertada su doctrina del ser de Dios (Dewan, 2005).

Para los fines de este trabajo, resulta particularmente significativa la interpretación que hace

Kenny de la tesis según la cual Dios, a diferencia de las criaturas, no está limitado por ninguna perfección determinada, sino que incluye todas las perfecciones (Tomás de Aquino, trad. 2001b, 29.3). A juicio del filósofo oxoniense, la idea subyacente en dicho texto no es tanto que el *esse* de las criaturas es limitado como que el *esse* es limitado al ser recibido por las criaturas. El ser aparece entonces como un enorme depósito de líquido que va tomando la forma de los recipientes en donde es vertido. Así, algún *esse* se manifiesta con la forma de elefante, otro con la de tábano. Y concluye que tal fantasía es ciertamente platónica, indigna de la posición anti-platónica que Tomás de Aquino defiende de manera oficial (Kenny, 2002).

Cabe advertir que esta última aseveración de Kenny no es más que una ironía, puesto que el autor está muy convencido de que esa es la tesis no sólo de Platón, sino del Aquinate. Así lo corrobora páginas más adelante en su comentario al pasaje *Q.D. De Potentia*, a.7, q. 5, donde Tomás de Aquino escribe que el nombre más propio de Dios es: *Qui est (El que es)* y añade, “porque [este nombre] no determina alguna forma para Dios, sino que significa *esse* indeterminadamente. Y esto es lo que dice San Juan Damasceno, que ‘El que es’ significa el océano infinito de la sustancia” (Tomás de Aquino, 2000-2009e, 7.5). Una metáfora que sugiere, según la interpretación de Kenny, que el ser es una enorme reserva de líquido que toma una forma particular cuando es recibida en varios recipientes. “Tú y yo, las hormigas y los planetas, son pequeños cubos de este fluido universal; Dios es el enorme, ilimitado océano sin límites” (Kenny, 2002, p. 123).

En el desarrollo de *Aquinas on Being* el autor reitera una y otra vez su convicción de que en Tomás de Aquino se encuentra con frecuencia una combinación de un explícito anti-platonismo mezclado con un clima de ideas propio, únicamente del platonismo (Kenny, 2002). Un enigma que, concluirá más adelante Kenny, se puede resolver sólo si asumimos que el Aquinate es aristotélico en la Tierra y platónico en el cielo.

Aunque el autor reconoce la existencia de contextos doctrinales donde el Aquinate explica mejor el significado de la expresión *Deus est ipsum esse subsistens* y, según esto podríamos explorar otras maneras de interpretar la fórmula: “God just plain is, period”. No obstante, para Kenny el problema central sigue en pie, ya que la cuestión fundamental es, según él, si esas ideas quedan bien expresadas diciendo que la esencia de Dios es su ser (Kenny, 2002).

Los términos del debate, presentado aquí en sus líneas generales, ofrecen el contexto apropiado para aproximarse al núcleo temático del presente ensayo. Tal como hemos indicado, la discusión entorno al platonismo de Santo Tomás, no es un asunto nuevo, pero tampoco es la intención de este escrito entrar en ella. Hemos querido traer estas dos críticas porque refuerzan lo que constituye una de los propósitos centrales de nuestra investigación. Nos proponemos indagar hasta qué punto algunas lecturas platonizantes del *ipsum esse* realizadas dentro del ámbito del tomismo, han conducido casi inevitablemente a este tipo de exégesis. Pensamos que, de hecho, existe la tendencia a explicar la doctrina de Santo Tomás respecto del ser de Dios acudiendo a una terminología que evoca el principio platónico de la perfección separada.

Asimismo, interesa resaltar un hecho que no deja de ser sorprendente. Asombra realmente el que las acusaciones levantadas tanto por Berti como por Kenny hayan despertado contadas reacciones entre los seguidores del Aquinate. Afortunadamente dos de los filósofos tomistas que han tomado parte en este debate –S.L. Brock y L. Dewan– lo han hecho a través de magníficos análisis que se seguirán muy de cerca en este trabajo.

En los apartados que siguen haremos referencia a algunas lecturas del *ipsum esse subsistens*, que de alguna manera han conducido a que se interprete dicha expresión en términos de *el ser separado de filiación platónica*. A continuación se presentan los análisis que

consideramos más en sintonía con el pensamiento de Tomás de Aquino. Por último, y a modo de conclusión, indicaremos el nexo que existe entre una explicación del *esse divinum* más en sintonía con su filosofía del ser y la metafísica del Aquinate entendida como metafísica mínima.

Ipsum esse subsistens: ¿el “ser separado”?

Las explicaciones tradicionales del *ipsum esse subsistens* no siempre han logrado expresar del modo más apropiado el significado contenido en dicha fórmula. Con seguridad, se trata más de una dificultad de expresión que de un problema de comprensión por parte de los grandes comentaristas del Aquinate. En efecto, constituye un punto decisivo de este debatido tema la mayor o menor precisión con que se exprese lo que entiende Santo Tomás al afirmar que Dios es el *ipsum esse subsistens*, o que es *su ser*, o bien, que es *esse purum*. Porque, tal como comenta el profesor Brock, el propio Kenny concede que si Tomás con esa expresión quiere significar que Dios es *un esse* mismo, no el *puro ser mismo*, sino su propio ser mismo, en ese caso, puede evitar el platonismo (Brock, 2006).

En orden a discernir los elementos de la metafísica del Aquinate que podrían asociarse con la filosofía de Platón, se retomará brevemente la noción platónica de perfección separada. De acuerdo con la versión que trae Aristóteles en la *Metafísica* (Aristóteles, trad. 1994, I, 987 a30 - 989 a15), para Platón el ser y lo uno son géneros comunes a todas las cosas y, como todo universal, tienen una existencia separada o hipostasiada, lo cual equivale a afirmar que son sustancias cuya esencia es exclusivamente el ser y lo uno. Pero en cuanto que son géneros, el ser y lo uno son principios y elementos de todas las cosas; más exactamente, son géneros supremos porque son predicables de todas las cosas (Berti, 1979).

Ahora bien, en Santo Tomás se encuentran al menos tres nociones que a simple vista podrían evocar los planteamientos platónicos aludidos: la admisión de sustancias simples o separadas, el

concepto de *esse commune*, y su doctrina de la participación en el ser –de reconocida filiación platónica (González Álvarez, 2001).

Con relación a la primera de esas nociones, basta con advertir que desde los comienzos de su carrera académica, el Aquinate asume con acento inequívoco la existencia de sustancias intelectuales o simples, esto es, no compuestas de materia y forma porque en ellas la forma no es recibida en materia alguna (*non recepta in aliqua materia*). No obstante, en dichas sustancias una cosa es el ser y otra la esencia (*in quibus est aliud esse quam essentia earum*) (Tomás de Aquino, trad. 2001a, 4). A diferencia de Dios cuya esencia se identifica con su ser, las formas subsistentes finitas participan en el *esse*. Esto último remite a las otras nociones enunciadas.

Como es ampliamente conocido, Tomás de Aquino utiliza de manera reiterada la expresión *esse commune* para referirse al *esse* creado que actualiza intrínsecamente a todos y cada uno de los entes finitos, y que, por tanto, existe de manera real sólo en ellos. Como *ser separado*, enfatizará el Aquinate, sólo puede existir en la mente, esto es, en tanto que pensado. Dicha idea queda expuesta con total claridad en *Contra Gentiles* (Tomás de Aquino, 2005, 1.26), donde declara que Dios no es el *esse* formal de todas las cosas, o el ser por el cual todas las cosas son. Porque, como razona en uno de sus argumentos, lo que es común a muchos (por ejemplo, animal) no existe como tal aparte de ellos (éste o aquel animal), excepto en el pensamiento, es decir, si se habla de un *esse* común es porque todas las cosas, en tanto que existen, tienen en *común* (coinciden en) poseer un principio intrínseco que les confiere la existencia, las hace ser. Fuera de las realidades que actualiza, el ser común no existe; sólo posee una existencia conceptual o lógica, por consiguiente, no es real (Pérez Guerrero, 1996). De modo que si Dios se identificara con el *esse commune*, entonces existiría sólo en el orden del pensamiento Tomás de Aquino, trad. 2005, 1. 26; 2000-2009e, 7. ad. 4; trad. 1954-1960, 1. 3. 4. ad.1; Wippel, 2000).

Ahora bien, es necesario apuntar que el Aquinate en un pasaje de su comentario al *De Divinis Nominibus* del Pseudo-Dionisio (Tomás de Aquino, 2000-2007h, 51.2), se refiere a una doble participación: en el *esse commune*, y en el *esse subsistens* (lo cual, si no se interpreta de manera correcta, podría estar dando la razón a la tesis de Berti y Kenny), pero tal como infieren J. Pérez Guerrero (Pérez Guerrero, 1996) y J. Wippel (Wippel, 2000), las ideas allí relacionadas por el Aquinate permiten concluir que la criatura es ente porque participa del ser común, aunque el ser común supone cierta participación en el *Esse subsistens*; esto es, tener ser (o ser un ente) implica participar por semejanza o asimilación en el *Primum et Purum Actum* (Tomás de Aquino, 2000-2009b, 1 y 2000-2009e, 12.4.1; Wippel, 2007). Santo Tomás armoniza así la participación en el *esse* y la participación en el *esse subsistens* al presentarlas como de suyo inseparables, salvaguardando, a su vez, la distancia ontológica infinita que existe entre el ser creado y el ser increado. Es lo que ha visto Javier Pérez Guerrero (1996) al afirmar que "... si no queremos otorgar al ser creado la categoría de tercera realidad mediadora entre Dios y las criaturas, y alejarnos con ello del pensamiento de Santo Tomás, debemos fundir las dos participaciones en una sola, pues sólo hay un sujeto participante que es la criatura. Así, el carácter medial del ser creado o ser común, debe entenderse como la articulación de los dos momentos que se nos ofrecen: el momento criatura-ser común y el momento ser común-ser divino; y, de este modo, se puede solucionar válidamente el problema planteado en relación a la incomunicabilidad del ser divino". (pp. 64-65).

Dicha incomunicabilidad se salva porque la participación del ser creado (*esse commune*) y, por tanto, del ente en el *esse subsistens* se da, tal como enseña el Aquinate, por vía de semejanza o asimilación. Es posible afirmar que es precisamente este modelo de participación el que mejor permite eludir el equívoco que supone entender el *ipsum esse* como *ser separado*.

Desde otro enfoque argumentativo, L. Dewan (Dewan, 2005) parece arribar a la misma

conclusión. Refutando la afirmación de Kenny según la cual el ser que se identifica con Dios es el *esse* común a todos los entes, el profesor Dewan (2005) escribe: "Obviamente eso *no* es lo que se dice allí (en *De Sub. Sep.*). En Dios el *esse* es universal, y en las criaturas es particular. Hay una unidad de *ratio* por analogía, como se enseña por ejemplo en S.Th. I, q.4, a.3" (p. 398). En el contexto explicativo de otros pasajes del Aquinate, más adelante concluye: "Esto es lo que Tomás está diciendo in *De substantiis separatis*, que Dios es ser mismo al modo de causa universal de la existencia. Esta es su doctrina desde el comienzo hasta el final de su carrera". (Dewan, 2005, p. 399).

El problema no radica, entonces en afirmar que para Tomás de Aquino existen perfecciones que subsisten de modo separado, ni siquiera en sostener que su doctrina de la participación reconoce evidentes raíces platónicas, como de hecho sucede. De lo que se trata es de dilucidar si es válido mantener que la fórmula *ipsum esse subsistens*, simplemente expresa que en Dios se da de modo separado en una perfección (el ser) que en las criaturas se da de modo compuesto, es decir, en composición con la esencia. El núcleo de la cuestión consiste sustancialmente en preguntarse si es correcto "considerar a la separación y a la composición como diferentes estados de una misma perfección" (Pérez Guerrero, 1996, p. 27), que es lo que sugiere la idea del ser separado, esto es, "supone la idea de una perfección común a Dios y a la criatura: de una perfección que en Dios se encuentra de modo separado y en la criatura de modo inherente" (Pérez Guerrero, 1996, p. 33).

Es justo resaltar de antemano la contundente negativa de un tomista de la talla de S. Brock a ese interrogante: "... el ser divino no se puede concebir como la mera versión 'separada' del mismo ser común. Es un ser que está 'más allá' del ser mismo" (Brock, 2005, p. 25; 2004, pp. 211-212).

Sin embargo, tal como ha sido tradicionalmente interpretada, en la participación por

composición la *misma* perfección (en este caso el ser) se presenta bajo un doble estado: como lo imparticipado e ilimitado (el *ipsum esse*) y como algo inmanente a los entes creados que reciben o participan de dicha perfección. Por tanto, estos poseen la misma perfección si bien no en toda en su plenitud, sino participada y limitadamente como resultado de una composición (con la esencia o capacidad del ente creado para recibir dicha perfección). Entre participante y participado (lo en sí) no habría más que una diferencia de grado: la misma perfección (el *esse*) que se da de modo pleno en el *ipsum esse*, se presenta degradada en las criaturas.

En efecto, eso es lo que entienden Berti y Kenny cuando asimilan el *ipsum esse subsistens* a la Idea platónica de ser: lo conciben como el ser separado. El ser que, en las criaturas existe limitado y determinado por su modo de ser específico, en Dios aparecería como el ser separado, esto es, *el ser mismo* sin cualificación. Se trataría, por tanto, de un ser *unívoco, uniforme*, que existiría bajo dos estados: en Dios de modo separado, por ende, absolutamente libre de composición. En los demás entes encontraríamos este mismo ser, pero no ya en *estado puro*, sino en composición con la esencia de cada ente particular.

Se puede afirmar que los textos del Aquinate leídos en el contexto de su filosofía del ser y de su metafísica de la creación no autorizan tal interpretación sino que, por el contrario, permiten colegir que “el ser no es, que algo así como el ser no existe y, en este sentido, tampoco lo hay. *Ipsum enim esse nondum es*” (Inciarte y Llano, 2007, p. 235). En efecto, Santo Tomás es muy claro en afirmar que el ser concebido de manera abstracta *no es*. Sólo *es* el existente individual, el que ha recibido o participa en el acto de ser (Tomás de Aquino, 2000-2009c, 16; Brock, 2005).

El ser y su ser

J. Pérez Guerrero en su examen lúcido de los textos de Santo Tomás alrededor de la creación

como asimilación a Dios, ofrece una explicación de la participación por semejanza que parece sumamente relevante en orden a esclarecer el tema que nos ocupa. Asimismo, cabe resaltar que la interpretación sugerente del autor difiere de manera sustancial de la clásica participación por semejanza de Geiger (Pérez Guerrero, 1996).

El núcleo de la tesis de Pérez Guerrero puede resumirse así: en la participación por similitud, según la cual la criatura se asimila a Dios por el ser (Tomás de Aquino, trad. 2005, II, 53), el ser de la criatura se identifica con la propia asimilación a Dios: “ser”, aquí significaría lo mismo que ‘asimilarse a Dios’” (Pérez Guerrero, 1996, p. 80). El participar (el *asimilarse a*) sólo puede tener un carácter activo: “La criatura no actúa como recipiente del acto creador: para la criatura, recibir de Dios no es ganar algo que le falte sino ganancia pura. El acto creado es intrínsecamente relativo al acto creador: tiene de acto lo que tiene de ‘deducido’ del acto divino. Por eso se interpreta como un acto de asimilación a Dios” (Pérez Guerrero, 1996, p. 77).

La distancia irreductible que separa el ser de la criatura del *ipsum esse* aparece expresada aquí en toda su radicalidad. Este análisis pone de relieve que en realidad no hay nada semejante entre criatura y Creador, tampoco el ser. Es lo que han percibido F. Inciarte y A. Llano al afirmar que “El mundo es semejanza de Dios sin que entre ambos se dé semejanza alguna, por lo menos mutua” (Inciarte y Llano, 2007, p. 360). Y esto es así porque ser creado es ser de la nada; “pero como la nada no existe, eso no significa sino que la creación no es nunca a partir de algo... Lo importante de verdad es ver que la nada sigue operando incluso cuando ‘ya’ hay algo; ver que ese algo caería ‘otra vez’ (un modo de decir) en la nada si todo quedara ahí, si sólo fuera eso lo que hay y si eso no siguiera siendo” (Inciarte y Llano, 1996, p. 351).

Entender de este modo la creación ayuda a despejar los equívocos que se han generado en torno a la doctrina del *ipsum esse* y sus relaciones

con el ser de la criatura. Ciertamente, bajo esta perspectiva resulta más difícil caer en la tentación de uniformar el ser. Sin duda, cuesta concebirlo como algo “compartido” de manera graduada por Dios y las criaturas cuando se comprende de verdad que “lo que el mundo posee de suyo, lo propio del mundo, es la nada. Lo que es, es sólo de Dios” (Inciarte y Llano, 2007, p. 358).

Pues bien, nos parece que el Aquinate al recurrir a expresiones como la que hemos venido analizando (*ipsum esse subsistens*) se enfrenta con la limitación del lenguaje humano para expresar la absoluta inconmensurabilidad que separa a Dios de los entes creados. De ahí que, seguramente movido por la preocupación de formular del modo más explícito posible ese abismo ontológico infinito, utilizará incluso con mayor frecuencia la expresión *Deus est suum esse* (Tomás de Aquino, 2000-2009g, 1.8.5.2; trad. 2005, 1.28, 1.47, 1.65; trad. 1954-1960, 1.10.2; 1.14.14.2; 1.18.3.2; trad. 2001b, 21.4.7).

Es más, en alguna ocasión vincula directamente ambas expresiones al hacer uso de la fórmula “*ipse Deus est suum esse subsistens*” (Tomás de Aquino, 2000-2009f, 1.8.3.3; trad. 2005, 1.52; trad. 2001b, 21.5; trad. 1954-1960, 1.12.4).

En nuestra opinión nombrar a Dios como *su ser* (*suum esse*), por un lado, permite evitar las ambigüedades que implica traducir *ipsum esse subsistens* como “*el ser mismo subsistente*”. Bajo este aspecto, conviene no perder de vista una simple cuestión gramatical que, sin embargo, puede revestir una importancia decisiva a la hora de entender el pensamiento del Aquinate. Tomás, señala Brock, escribía en latín que no utiliza artículos. Por tanto, cuando escribe *Deus est ipsum esse*, ¿debemos dar por descontado que Dios es *el ser mismo*? Tal traducción, afirma dicho autor, es ya una interpretación platonizante. Se debería traducir, Dios es *un ser mismo* o *un ser mismo* que subsiste *per se* (Brock, 2004). Esto sería más cercano al pensamiento de Tomás de Aquino.

Por otro lado, mantener que Dios *es su ser mismo* expresa con mayor nitidez la convicción de

Aquino acerca de que Dios no puede estar en un género, del cual los seres creados serían especies, partes específicamente determinadas del mismo ser (Brock 2004), puesto que su ser es propio de él (Tomás de Aquino, trad. 2001b, 21.4.7). Un *esse*, enseña S. Brock, “que es divino; y en esto es único, desde que ninguna otra sustancia tiene una esencia que es idéntica con su propio ser” (Brock, 2007b, p. 483). Porque aunque las demás cosas también tienen su ser, este ser no es el ser divino (Brock, 2005). El ser de las criaturas está determinado conforme a su propia *ratio*, es decir, de acuerdo con la *ratio* misma de ‘*esse*’” (Brock, 2007b, p. 482). Por el contrario, el ser de Dios que es idéntico con la plenitud de la perfección del ser (*ipsum esse subsistens*) (Tomás de Aquino, 2000-2009a, 1.215) no queda, en modo alguno, circunscrito o limitado por la *ratio* de *esse*. En efecto, “La naturaleza o esencia del *esse* divino está más ‘allá’ de la esencia del *esse* mismo” (Brock, 2007b, p. 483).

Sólo Dios es plenamente *su propio ser* (Tomás de Aquino, 2000-2009b, 1), esto equivale a afirmar que su esencia incluye todas las perfecciones que caen bajo la naturaleza del ser y, al mismo tiempo, las sobrepasa porque el ser divino contiene todas las perfecciones de las cosas y el *esse* no es la única perfección (Brock, 2007b). Sobre la base de este aserto, no es posible confundir el *ipsum esse subsistens* con una idea platónica de *esse*. La naturaleza propia y exclusiva de Dios es diversa de la naturaleza del *esse commune*, del ser mismo o la *ratio* de ser tal como se presenta en las criaturas (Brock, 2007b). Si ambas naturalezas se identificaran, observa S. Brock (Brock, 2007b), el ser de Dios “no sería *causa* del *esse* mismo, especialmente una causa que trasciende el efecto; porque el *esse* mismo sería sólo eso que es” (p. 483).

El principio de *no-plenitud* (Llano, 1994, p. 24) de los entes contingentes sirve igualmente para iluminar el alcance semántico de la fórmula *Deus est suum esse*. Y es que en la medida que se considera el carácter de no-ser relativo (Wippel, 2007) propio de la criatura, resalta con mayor nitidez la plenitud ontológica de *El que es* (Inciarte y Llano, 2007).

Así lo han advertido con notable penetración F. Inciarte y A. Llano. De Dios, “aquel ser que es plenamente él mismo” (Inciarte y Llano, 2007, p. 236), cabe afirmar “—con una expresión de Nicolás de Cusa— que es el *possest*, es decir, el que es todo su poder, toda su capacidad, todo su *posse*: “En él coinciden posibilidad y realidad” (Inciarte y Llano, 2007, p. 236). En la criatura, en cambio, *lo que es* (su esencia) se distingue realmente de su acto de ser. Esto significa que en el ente creado, todo lo que él es no se identifica con su acto de ser, por tanto, nunca llega a ser plenamente hoy todo lo que es. Las perfecciones intrínsecas a su esencia tienen la posibilidad real de realizarse de manera efectiva, pero también la de no actualizarse nunca: “... fuera del *Ens necessarium* nada es en rigor del todo necesario (ni del todo contingente). En diversas ‘proporciones’, todas las cosas tienen una dimensión de relativa *plenitud* —su esencia o modo necesario de ser—, que es paradójicamente compatible con su dimensión de *no-plenitud*: su no ser plenamente lo que son, su poder ser de otra manera” (Llano, 1997, p. 237). Los entes creados no son plenamente lo que son en efecto, porque no son *su ser*, sino algo (Inciarte y Llano, 2007).

Recordemos por último, otra de las objeciones aducidas por Berti y Kenny contra la fórmula *ipsum esse subsistens*. En opinión de ambos autores, con dicha expresión, Aquino está indicando que el ser de Dios es algo indeterminado, sin cualificación. Porque afirmar que la esencia de Dios es su *existencia* representa, sostiene Kenny, una fórmula deficiente, incompleta, carente de predicado (Kenny, 2002).

El contexto explicativo que hemos desarrollado hasta aquí permite extraer conclusiones que contradicen abiertamente ese planteamiento. Sin duda, Santo Tomás al enseñar que Dios es *su ser* es plenamente consciente de que la plenitud de perfección del ser divino resulta imposible de aferrar con los recursos finitos del entendimiento y del lenguaje humanos.

No obstante, intenta expresarlo con los términos que mejor puedan manifestar que él es

el ser superlativamente cualificado. De ahí que cuando Tomás afirma que *Dios es su ser* con esa expresión está remarcando su *diversidad* (Tomás de Aquino, 2000-2009g, 8.1.2.3) radical respecto de los demás entes. Porque el ser divino es el único ser individualizado por sí mismo (Gilson, trad. 1969), la individuación máxima es atributo exclusivo de él. Sólo aquel ente cuya esencia se identifica con su ser puede reunir todas las perfecciones de su ser (Tomás de Aquino, trad. 1954-1960, 1.4.3):

“... el único caso en que el ‘ser’ es absolutamente puro de toda adición o determinación es también el único caso en que el ser es absolutamente distinto de todo lo demás. Dios no debe su *esse* a su propia individualidad; sino que más bien, a Él pertenece necesariamente la individualidad suprema y única, y Él *es* Él, precisamente porque sólo Él es el ‘ser’ en su absoluta pureza: “*Unde per ipsam summa puritatem est esse distinctum ab omni esse (De ente et essentia., cap. VI, IV)*”. (Gilson, trad., 1996, p. 231).

Llegados a este punto de nuestro estudio, encontramos otro principio inspirador que parece dominar el espíritu y la filosofía del Aquinate. Aún pudiendo admitir la especificación absoluta y perfecta del ser de Dios, con todo, permanece desconocido para nosotros el contenido de esa individuación (Gilson, trad., 1996). La plenitud de ser y perfección de la esencia divina no puede quedar expresada de modo definitivamente comprensivo en ninguna palabra nuestra, tampoco la palabra *ser* (Brock, 2005).

Aunque Tomás de Aquino ha dedicado gran parte de su obra a indagar la naturaleza de Dios con una finura intelectual y un rigor argumentativo incomparables, no obstante nos enseña que es necesario permanecer profundamente conscientes de los riesgos que encierra pretender expresar lo inefable. Nos advierte, así, que “En último término, no hacemos más que proceder a la aclaración y enriquecimiento semántico de lo que significa ‘Dios’, sin llegar a alcanzar lo que realmente es en sí mismo: bajo este último respecto, hemos de conformarnos con la *philosophia negativa*” (Llano, 1997, p. 188, nota 131).

Su ser, filosofía negativa y metafísica mínima en Tomás de Aquino

La doctrina del *ipsum esse subsistens* nos ha llevado al tema conclusivo con el que pretendemos cerrar el presente ensayo; se trata de dejar simplemente sugerida una triple intuición. Nos parece que, por un lado, existen importantes aspectos de la metafísica de Tomás de Aquino que permiten describirla como una *filosofía negativa*. Por otro lado, pensamos que esta dimensión poco explorada de su pensamiento puede ofrecer una herramienta hermenéutica clave para penetrar “el espíritu” de su filosofía del ser. Por último, es posible que si logramos dar con el espíritu que palpita en su vasta obra, encontremos (por paradójico que esto resulte) que, en el fondo, el Aquinate sólo se propuso desarrollar una *metafísica mínima*. De ser así, esta metafísica mínima de Tomás de Aquino ofrecería el entramado conceptual adecuado para repensar elementos de su filosofía –tal como el *ipsum esse subsistens*– con frecuencia desgastados, tal vez, a fuerza de abordarlos bajo una clave de interpretación ajena al sobrio realismo del Aquinate.

Es ampliamente admitido un aspecto central de la teología de Santo Tomás conocido como *teología negativa*, expuesta de manera nítida por célebres pasajes en los cuales Aquino advierte que el supremo conocimiento humano de Dios consiste en saber que, en la medida en que conocemos, no alcanzamos a Dios; que Dios está más allá de todo lo que sabemos de él (Tomás de Aquino, 2000-2009e, 7.5. ad. 14). Se podría destacar como nota característica de este modo de concebir la teología, el hecho de que revela una actitud cautelosa y, a la vez, confiada frente al conocimiento de Dios.

Como ha observado Gilson (trad. 1969), “El propósito de la doctrina de Tomás de Aquino sobre este punto crucial es invitarnos a una especie de ascética intelectual calculada para librar nuestros intelectos del engaño de que sabemos *lo que es Dios*” (pp. 141-142). Pero

como él mismo señala, aunque “El resultado final necesariamente será, por consiguiente, imperfecto, pues no nos dirá lo que Dios es en sí mismo. Al mismo tiempo será un verdadero conocimiento de Dios, puesto que nos hará conocerlo ‘como distinto de todos los demás seres’” (Gilson, trad. 1969, p. 143).

Sin embargo, no es fácil calar en esta actitud intelectual de Tomás de Aquino. En términos generales, solemos oscilar entre la ilusoria pretensión racionalista de querer encerrar a Dios en un sistema y el escepticismo agnóstico que renuncia de antemano a todo conocimiento sobre Dios. Un claro ejemplo de que la suya no es una teología negativa radical lo constituye el siguiente pasaje de la Suma Teológica (Tomás de Aquino, trad. 1954-1960):

“... hay que decir que todos estos nombres expresan la sustancia divina y se predicán de Dios sustancialmente, si bien no la expresan totalmente. Esto es así por lo siguiente. Estos nombres expresan a Dios tal como nuestro entendimiento lo conoce. Y nuestro entendimiento, en la medida en que le conozca a partir de las criaturas, así le conoce, por cuanto las criaturas le representan. Se demostró (q.4 a.2) que Dios contiene todas las perfecciones de las criaturas, pues El es simple y absolutamente perfecto. De ahí que cualquier criatura le representa y le es semejante en la medida en que tiene alguna perfección. Sin embargo, no le representa como algo de su misma especie o género, sino como principio sublime, de cuya forma carecen los efectos, pero que, sin embargo, albergan alguna semejanza, como sucede con los cuerpos de aquí abajo que, de alguna manera, representan la fuerza solar. Esto ya se expuso anteriormente cuando se trató la perfección divina (q.4 a.3). Así, pues, los nombres señalados expresan la sustancia divina, si bien imperfectamente, por cuanto las criaturas la representan imperfectamente.” (I. 13. 1).

No en vano se ha señalado, por ejemplo que este aspecto del pensamiento del Aquinate –el de su teología negativa– es poco atendido precisamente por Kenny en *Aquinas on Being* (Davies, 2005).

J. Pieper es uno de los autores –junto con A. Llano– que no sólo ha hablado de una teología negativa en Tomás de Aquino, sino también de una filosofía negativa (“the negative element” in St. Thomas’s philosophy”) (Pieper, trad. 1999, p. 64) cuya esencial característica radica en que sus preguntas apuntan a respuestas que no pueden ser dadas adecuadamente (Pieper, trad. 2000). Al expresarse de este modo, Pieper se apoya en algunos pasajes en los que el Aquinate expone su filosofía mediante proposiciones negativas, tal como la conocida “*rerum essentiae sunt nobis ignotae* (Tomás de Aquino, trad. 2001b, 10.1).

Según Pieper (trad. 1999), es la noción de creación la que determina todo el entramado de la filosofía del ser del Aquinate y, particularmente este *elemento negativo* de la misma. “Las cosas son insondables porque son creadas” (Pieper, trad. 1999, p. 57), esto es, nunca podremos penetrar definitivamente la última realidad de las cosas porque nunca aprenderemos plenamente su semejanza con las Ideas divinas conforme a las cuales han sido creadas (Pieper, trad. 1999). Bajo esta perspectiva, la limitación no está en lo conocido sino que procede de la inteligencia finita, incapaz de abarcar *el misterio del ser*.

Fuera de que asumimos como nuestra la tesis penetrante de Pieper, quisiéramos añadir otra dimensión, quizá más profunda, según la cual las cosas también pueden considerarse *desconocidas porque son creadas*. En el análisis precedente hemos tenido oportunidad de contraponer la plenitud de *su ser* (exclusiva de Dios) al ser limitado de las criaturas que nunca son plenamente lo que son porque “están entrecruzadas de no ser, por tanto de indeterminación” (Llano, 2006). En efecto, esta deficiencia de lo finito con relación a sí mismo es lo que explica, en parte, el que las cosas nunca pueden ser plenamente conocidas por nosotros:

“Lo dicho significa que lo finito es deficiente respecto a sí mismo. No se trata solamente de que se diferencie de todo lo demás –de lo infinito, así como de todo lo finito, que no es plenamente lo

que es- sino que también se diferencia de sí mismo. De esta manera, la identidad de lo finito consigo mismo –y la identidad de cada cosa en el interior de sí misma respecto a sí misma- no se elimina, sino que se indica lo débil de esta identidad. Pues no sólo todo lo que es –la realidad- tiene grados, sino que también los tiene la identidad, la cual acontece sólo en grados; prescindiendo en este momento del grado más alto de identidad, que por lo demás trasciende toda gradualidad y está fuera de la escala, porque es la identidad misma.” (Inciarte y Llano, 2007, p. 245).

Sea por la *escasez* (la no-plenitud) o por la *abundancia* de su objeto, la metafísica está llamada a ser *mínima*, a ser “escueta” y hablar de muy pocas cosas (que son, sin embargo, las fundamentales –los primeros principios o conceptos-). Porque el mundo no es pleno, la metafísica no puede explicarlo todo. Pero mucho menos puede pretender ser exhaustiva cuando lo que estudia es el ser divino. Se comprende, así, que si se ha escrito tanto sobre metafísica en general y sobre Dios en particular es porque no acertamos a decirlo (Llano, 2006).

Con todo, el problema no radica en la mayor o menor extensión de nuestros escritos, sino en pretender encerrar la *totalidad* del ser en nuestras categorizaciones que son más propias de la lógica que de la filosofía y, por lo mismo, un rasgo distintivo de los sistemas filosóficos cerrados. Tomás de Aquino, que ha escrito mucho y *muy bien* sobre Dios, logró escapar a la tentación fáustica de un saber total. La suya es una teología natural mínima. Pensar otra cosa, demuestra que no se ha entendido al Aquinate. Por eso, de ningún modo es válido interpretar que pretenda *develarnos* la esencia de Dios a través de fórmulas como Dios es *ipsum esse subsistens*. Tomás es muy claro en enfatizar que no podemos comprender el ser de Dios como tampoco su esencia (Brock, 2007a). En este sentido L. Dewan (2005) ha resaltado con penetrante lucidez que: “Uno no supone que sea posible imaginar esto [un puro ser o *ipsum esse*] como tal; un puro ser no es objeto de la imaginación. En efecto, al igual que sucede con la esencia de Dios, la lección

constante es que un ser puro es humanamente inconcebible. Sabemos que hay tal cosa, pero no lo sabemos en el sentido de que conocemos ‘lo que esta cosa es’” (p. 380).

La filosofía del ser de Santo Tomás ofrece principios fundamentales (mínimos) y un *elemento negativo* que se avienen con esta metafísica “escasa de contenidos y abundosa de radicalidad” (Inciarte y Llano, 2007, p. 22). Precisamente, tal vez, sea este un ejercicio que deba ser tomado más en serio nosotros los seguidores del Aquinate. Se trata de la tarea de retomar y sopesar tesis fundamentales de su metafísica desprendiéndonos de clasificaciones y distinciones *a priori*. En este empeño nos estimula también la libertad y amplitud de su espíritu genuinamente filosófico, cuya preocupación fundamental nunca fue “lo que piensan los hombres, sino cuál es la verdad de las cosas” (Tomás de Aquino, 2000-2009d, 1.22.8).

Referencias

- Aquino, Tomás de (2005). *Suma contra los gentiles* (2 vol.). Ed. bilingüe dirigida por L. Robles Caicedo, O.P. y A. Robles Sierra, O.P. Madrid: B.A.C.
- Aquino, Tomás de (1950-1964). *Suma teológica* (16 vol.). Texto latino de la edición crítica Leonina. (Trad. y anotaciones por una comisión de los PP. Dominicos presidida por F. Barbado Viejo O.P.). Madrid: B.A.C.
- Aquino, Tomás de (2001a). El ente y la esencia. En *Opúsculos y obras selectas* (1 vol.). (Trad. y anotaciones por una comisión de los PP. Dominicos presidida por A. Osuna Fernández-Largo O.P.). Madrid: B.A.C.
- Aquino, Tomás de (2001b). De veritate. En *Opúsculos y obras selectas* (vol. 1). Madrid: B.A.C.
- Aquino, Tomás de (2000-2009a). Compendium Theologiae. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009b). De Spiritualis Criaturis. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009c). Expositio libri Boetii De ebdomadibus. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009d). In libros De caelo et mundo. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009e). Queationes Disputatae De Potentiae. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009e). Queationes de Quoadlibet. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009g). Scriptum Super Sententiis. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aquino, Tomás de (2000-2009h). Super De divinis nominibus. En *Corpus Thomisticum*. <http://www.corpusthomisticum.org/>
- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. (Trad. T. Calvo Martínez). Madrid: Gredos.
- Berti, E. (1984). L’analogia dell’essere nella tradizione aristotelico-tomistica, in *Metafore dell’invisibile: Recherche sull’analogia, Contributi al XXXVIII Convegno del Centro di Studi filosofici di Gallarate*. Morcelliana: Brescia, pp. 13-33.
- Berti, E. (1979). Le problème de la substantialité de l’être e de l’un dans la Métaphysique, in *Études sur la Métaphysique*, edition au soin de P. Aubenque, J. Paris : Vrin (versión francesa del original italiano: *Il problema della sostanzialità dell’essere e dell’uno nella Metafisica di Aristotele*, in E. Berti,

- Studi Aristotelici*, Japadre Editores, L'Aquila, 1975, pp. 181-208).
- Berti, E. (2001). Multiplicity and Unity of Being in Aristotle. *Proceedings of the Aristotelian Society*, pp. 185-207.
- Brock, S. (2004). L'ipsum esse é platonismo?, in *Tommaso D'Aquino e l'oggetto Della metafisica*. Roma: Armando Editore.
- Brock, S. (2005). La 'conciliazione' di Platone e Aristotele nel commento di Tommaso D'Aquino al De Hebdomadibus. *Acta Philosophica*, I.
- Brock, S. (2006). "On whether Aquinas's *Ipsum esse* is 'Platonism'". *The Review of Metaphysics* LX, pp. 269-303.
- Brock, S. (2007a). *Comunicación personal vía e-mail*, octubre 2007.
- Brock, S. (2007b). Harmonizing Plato and Aristotle on *Esse*: Thomas Aquinas and the De hebdomadibus. *Nova et Vetera*, 5/3.
- Davies, B. (2005). Kenny on Aquinas on Being. *The Modern Schoolman*, LXXXV.
- Dewan, L. (2005). Discussion On Anthony Kenny's *Aquinas on Being*. *Nova et Vetera* III-2(2005), pp. 335-400.
- Gilson, E. (1969). *Elementos de filosofía cristiana*. (Tr. A. García-Arias). Madrid: Rialp.
- Gilson, E. (1996³). *El ser y los filósofos*. (Tr. S. Fernández Burillo). Pamplona: EUNSA.
- González Álvarez, A. (2001³). *Ser y participación. Estudio sobre la cuarta vía de Tomás de Aquino*. Pamplona: EUNSA.
- Inciarte F. & Llano, A. (2007). *Metafísica tras el final de la metafísica*, Madrid: Ediciones Cristiandad.
- Kenny, A. (2002) *Aquinas on Being*. Oxford: Clarendon Press.
- Klima, G. (2004). On Kenny on Aquinas on Being: A critical Review of Aquinas on Being by Anthony Kenny. *International Philosophical Quarterly*, XLIV/4.
- Llano, A. (1994). Aquinas and the Best Possible World, in *The Aquinas and his Legacy*. D.M. Gallagher (Edit). *Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, Washington: The Catholic University of America Press, vol. 28.
- Llano, A. (1997). *Metafísica y lenguaje*. Pamplona: EUNSA.
- Llano, A. (2006). Apuntes no publicados del Seminario sobre *Metafísica tras el final de la metafísica*. Bogotá: Universidad de La Sabana, 4-15 de septiembre.
- McGinnis, J. (2005). The Avicennan Sources for Aquinas on Being: Supplemental Remarks to Brian Davies' "Kenny on Aquinas on Being". *The Modern Schoolman*, LXXXII.
- Pérez Guerrero, F.J. (1996). *La creación como asimilación a Dios. Un estudio desde Tomás de Aquino*. Pamplona: EUNSA.
- Pieper, J. (1999). *The silence of St. Thomas*. (Tr. By J. Murray and D. O'Connor). Indiana: St. Augustine's Press.
- Pieper, J. (2000). *El misterio y la filosofía*. En *Obras*, Vol. 3: *Escritos sobre el concepto de filosofía*. (Tr. J. Hernández-Pacheco). Madrid: Ediciones Encuentro.
- Wippel, J. (2000). *From Finite Being to Uncreated Being*. Washington D.C.: The Catholic University of America Press.
- Wippel, J. (2007). *Metaphysical Themes*. Washington D.C: The Catholic University of America Press.

Civilizar

Ciencias Sociales y Humanas

REVISTA CIVILIZAR
Ciencias Sociales y Humanas
ISSN No 1657-8953

Normas de publicación de artículos

- 1) La Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, órgano de divulgación científica de la Universidad Sergio Arboleda, tiene una periodicidad semestral (enero-junio y julio-diciembre) y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en las áreas de Derecho, Política, Economía y Filosofía. Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas a nivel nacional e internacional; así como Incentivar la visibilidad e impacto de la investigación desarrollada en Iberoamérica, manteniendo como propósito el mejoramiento de los procesos editoriales y la construcción de redes, fundamentales en la dinámica del proceso de comunicación de la ciencia.
- 2) Para efectos de indexación de la publicación, se reciben las siguientes clases de documento:
 - a) Artículo resultado avance parcial o final de proyecto de investigación;
 - b) Artículo de reflexión, se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico, y,
 - c) Estados del arte o artículos de revisión, definido por Colciencias como aquél escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- 3) Instrucciones a los autores:

Los autores deben tener en cuenta las siguientes observaciones al someter sus artículos científicos:

 - a) Todo artículo postulado para publicación debe ser original o inédito
 - b) El artículo sometido a la revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas No debe estar postulado para publicación simultáneamente en otras revistas.
 - c) Se entregará una carta de exigencia de originalidad la cual debe ser firmada por los autores (requisito no obligatorio).
- 4) Proceso de arbitraje:

La revista realizará un proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados para publicación teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

 - a) Todo original será sometido al proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.
 - b) El proceso de dictamen exige anonimato, al menos, por parte de los examinadores o evaluadores.
 - c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos consiste en una evaluación

preliminar por el comité editorial y científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación. Posterior a esto se enviará el artículo a dos pares ciegos. Una vez aprobado el documento se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso. El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de copiedición.

En caso de tener controversia entre los evaluadores, el artículo será enviado a un tercer evaluador y regresará al comité editorial y científico donde se tomará la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los asesores del comité editorial y científico propongan al autor y el concepto de los pares evaluadores externos. El Comité editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.

De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

- d) Se entregará a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo.
- 5) La recepción del artículo se efectuará en la oficina de CIVILIZAR (Calle 74 No 14 -14 Bloque D, piso 8 PBX: (571) 3257500 Bogotá, D.C – Colombia) impreso y además en CD (Word versión 6.0 en adelante) o enviado por correo electrónico a las direcciones: Ignacio.restrepo@usa.edu.co yadira.caballero@usa.edu.co revista.civilizar@ usa.edu.co
- 6) Una vez recibido, se acusará de inmediato y se informará al autor sobre el estado del mismo en un plazo máximo de seis meses.

El retiro de un artículo se solicitará por escrito con un documento impreso al editor con copia al director de la revista y se efectuará luego de la respuesta escrita del Editor.

- 7) Aspectos formales y estructura del artículo: Los artículos no pueden exceder de 35 páginas tamaño carta, doble espacio con margen de 3 cm, letra times 12 y ceñidos a las normas internacionales APA (American Psychological Association).

El documento deberá contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevo a cabo el trabajo.
- c) Se deberá indicar el nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract). Al final del resumen en castellano y al final del abstract en inglés deben ir las palabras clave que no superen el número diez y que, den una idea de los temas fundamentales que se encuentran en el artículo. Estas palabras deben ir ordenadas de mayor a menor generalidad.
- e) El cuerpo del artículo, deberá contener:
 - Introducción: visión general del tema tratado y de los resultados obtenidos.
 - Problema de investigación y método: Planteamiento del problema de investigación y síntesis del enfoque metodológico; clase o tipo de investigación; procesos; técnicas y estrategias utilizadas para la recolección y análisis de la información.
 - Contenido: Presentación resultados de investigación
 - Conclusiones
 - Referencias.
- f) Gráficos y tablas, éstos se insertan en el texto debidamente numerados, según orden de presentación y con su correspondiente título citando el origen del mismo, con ejes marcados para los gráficos.

- g) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los artículos de revisión o Estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deberán contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.
- 8) Referencias:
- a) Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, siguiendo normas internacionales (APA).
 - b) Citas de referencia en el texto, el método de citar por autor: (apellido, fecha de publicación) permite al lector encontrar las referencias en la lista al final del artículo. Cuando el apellido forma parte de la narrativa, se incluye solamente el año de publicación del artículo entre paréntesis. Cuando apellido y fecha forman parte de la narrativa se omiten los paréntesis.
 - c) En el caso de múltiples autores, se deben citar, la primera vez que ocurra. Con posterioridad sólo se citará el primero añadiendo et al y el año de la publicación. Si es sólo dos los autores se citarán ambos, cada vez que ocurra.
- Si el número de autores es mayor de cinco, se cita sólo el primero y se añade et al. y el año de publicación.
En el caso de citas múltiples se sigue la regla general pero separando las diversas citas con punto y coma.
- d) En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema APA. Consultar <http://www.apastyle.org>
- 9) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- 10) Una vez publicado, los derechos de impresión y reproducción son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

YADIRA CABALLERO QUINTERO
Editora revista civilizar
Ciencias Sociales y Humanas
yadira.caballero@usa.edu.co

IGNACIO RESTREPO
Director civilizar -
Director revista civilizar
Ciencias Sociales y Humanas
ignacio.restrepo@usa.edu.co



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Civilizar
Ciencias Sociales y Humanas

Formato de Suscripción

Datos Personales

Nombres:

Apellidos:

Dirección:

Ciudad:

Teléfono casa:

Teléfono oficina:

Fax: Apartado Aéreo:

Correo electrónico:

Ocupación:

Documento de identidad:

Firma:

Formato de Pago

Efectivo: _____

Cheque Banco: _____

Cheque No. _____

Consignación Cuenta de Ahorros

No. 041-15941-9

Banco de Bogotá

Valor: _____

Información de la Publicación

Publicación Semestral
de la Universidad Sergio Arboleda
Centro de Investigaciones Civilizar

Favor diligenciar este formato y hacerlo llegar con cheque o comprobante de consignación a nombre de la Universidad Sergio Arboleda a la calle 74 No. 14-14. Torre D Piso 8. Centro de Investigaciones Civilizar.

Teléfono: 3 25 75 00 Extensiones: 2242 y 2260. Correo electrónico: ignacio.restrepo@usa.edu.co yadira.caballero@usa.edu.co - revista.civilizar@usa.edu.co - <http://www.usa.edu.co/civilizar/>

La consignación debe hacerse en el Banco de Bogotá, cuenta de ahorros No. 041-15941-9

El valor de la suscripción anual (Dos números) (Colombia): \$40.000 (US \$ 20)

Valor un ejemplar: \$20.000 (US \$ 10)

