

vis iuris

Revista VIS IURIS | Vol. 1 No. 1 | Enero -Junio de 2014 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia



Vol. 1 No. 1 | Enero -Junio de 2014 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Universidad Sergio Arboleda
Escuela de Derecho - Seccional Santa Marta
Vis iuris es una publicación del Grupo de Investigación
Joaquín Aaron Manjarrés

ISSN 2389-8364



9 772389 836006

vis iuris



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Universidad Sergio Arboleda
Escuela de Derecho - Seccional Santa Marta
Vis iuris es una publicación del Grupo de Investigación
Joaquín Aaron Manjarrés

vis iuris



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

Universidad Sergio Arboleda

Seccional Santa Marta

Sede Centro

Escuela de Derecho

Calle 18 No. 14a-18

Teléfono: 434 6444 Ext. 122

www.usergioarboleda.edu.co

vis iuris

ISSN: 2389-8364

Publicación del Grupo de Investigación

Joaquín Aarón Manjarrés

Escuela de Derecho

Universidad Sergio Arboleda

Santa Marta

Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda

A esta revista se le aplicó

Patente de Invención No. 29069

Diseño e Impresión

CALIDAD GRÁFICA S. A.

www.calidadgrafica.com.co

Barranquilla, Colombia

vis iuris

**El derecho sin la fuerza es la impotencia.
La fuerza sin el derecho es la barbarie.**



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

RODRIGO NOGUERA CALDERÓN

RECTOR

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

ALFREDO MÉNDEZ ALZAMORA

RECTOR SECCIONAL

SANTA MARTA

CAMILO NOGUERA ABELLO

SECRETARIO GENERAL

SECCIONAL SANTA MARTA

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

DECANO ESCUELA DE DERECHO

SECCIONAL SANTA MARTA

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

DIRECTOR DE LA REVISTA

EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS

EDITOR DE LA REVISTA

La revista ***VIS IURIS***, es una publicación semestral del Grupo de Investigación Joaquín Aaron Manjarrés de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. En ella, el lector encontrará la actualidad del Derecho en el ámbito global, la convergencia interdisciplinaria, desde la filosofía, axiología, sociología y las tendencias y perspectivas de lo jurídico y lo socio-jurídico en los escenarios contemporáneos. Es objetivo de la revista divulgar artículos, textos, capítulos resumidos de libros, avances de investigaciones científicas y de resultados finales de investigaciones jurídicas y socio-jurídicas. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la Institución Universitaria.

COMITÉ EDITORIAL

MISAEI TIRADO ACERO
ÁLVARO LASTRA
JORGE JIMÉNEZ LEUBE
JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA
CARLOS JULIO AGUDELO GÓMEZ
JOSÉ ARIEL PARRA

COMITÉ CIENTÍFICO

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
JAIME RODRÍGUEZ ARANA
GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
NICOLÁS POLO
JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA
JORGE JIMÉNEZ LEUBE
MISAEI TIRADO ACERO

Contenido

Presentación.....	7
Editorial	9
PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO EN EL MUNDO GLOBAL	
“Buen gobierno” y emprendimiento empresarial en España: el problema de la “legislación motorizada”	
<i>Good government and business entrepreneurship in Spain: the problem of the motorized legislation.....</i>	13
Jorge Jiménez Leube	
Importancia del juicio monitorio laboral en Chile	
<i>The importance of labor trial of payment procedures in Chile</i>	23
René David Navarro Albiña	
El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado	
<i>Public International Law and Private International Law</i>	35
Aarón Oyarce-Yuzzelli	
PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO EN EL PANORAMA LOCAL	
Aproximación a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno	
<i>Approaches to the Guiding Principal of Internal Forced Displacement</i>	49
Jackeline Cecilia Saravia Caballero	
El último eslabón del régimen de transición pensional	
<i>The last link in the transitional pension regime.....</i>	69
Ángela Bibiana Gómez Contreras	
La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas	
<i>The obligation of the judicial procedent before the Colombian administrative authorities</i>	89
Carlos Manuel Echeverri Cuello	

<p>Implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en la ciudad de Santa Marta: un análisis socio-jurídico de sus aciertos y desventajas <i>Implementation and Responsibility of the Juvenile Justice System in the city of Santa Marta: A socio-legal analysis of its strenght and weakness.....</i></p>	117
Marlon Correa Fernández	
<p>Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales <i>Conceptual approximation to the principal of progressivity and nonregressivity of constitutional rights</i></p>	141
Néstor Javier Calvo	
<p>Centralización política vs autonomía educativa: Política educativa nacional adversus autonomías territorial, universitaria y escolar <i>Political centralization vs educational autonomy: National political education adversus and varsity.....</i></p>	163
Julián Osorio Valencia	
ARTÍCULOS DE OPINIÓN	
<p>El otro Jack y la parábola del americanismo <i>The other Jack and the parable of americanism</i></p>	187
Miguel Ángel Herrera Zgaib	
Reseña	
<p>El Derecho Romano en la era conceptual</p>	197
Edimer Latorre Iglesias	
Normas de Publicación.....	199

Presentación

Asistimos en la actualidad a una nueva forma de entender los procesos de construcción del conocimiento científico; estamos justo en el momento en que pasamos de una cosmovisión lineal a una cosmovisión propia de lo incierto y caótico, es decir, abandonamos el paradigma de la modernidad, cuya característica es lo predecible, para adentrarnos al paradigma de lo postmoderno, cuya esencia es lo impredecible. En esta ruptura o discontinuidad, nos adentramos en el fin de las certezas y necesitamos obligatoriamente refundar los criterios con los cuales se moldea la educación y la investigación en esta nueva era: la era conceptual.

El reconocido pensador Marcelo Manucci (2010, p. 11-12) lo expresa de la siguiente forma:

El final de las certezas al cual asistimos, en el inicio de una nueva década, no es más que el final de una cosmovisión imperante y hegemónica de ordenar e intervenir en la realidad. La pintura idílica de un mundo ordenado y previsible se ha transformado en una dinámica desbocada de consecuencias inciertas. ¿Qué está sucediendo a nuestro alrededor? ¿Cómo llegamos a esta instancia? ¿El mundo ha estallado en múltiples procesos o el reloj que lo ordenaba dejó de funcionar? Probablemente estamos viviendo la misma incertidumbre de aquel hombre medieval que miraba absorto su mundo cotidiano, que había dejado de ser una prolija trama de explicaciones aristotélicas y religiosas, para transformarse en un conjunto de incógnitas filosóficas, desafíos tecnológicos y amenazas espirituales. Aquellos hombres, en el límite del Medioevo, se enfrentaron a las paradojas de su momento histórico y fueron desarrollando explicaciones, teorías y métodos que dieron lugar a un nuevo ciclo de conocimiento y desarrollo. En este cambio de década, estamos recolectando las contradicciones y las paradojas que hemos construido con nuestras ideologías, metodologías y tecnologías que, en muchos aspectos, son extrapolaciones renovadas de aquella visión del mundo, construida para reemplazar las explicaciones aristotélicas y religiosas de la realidad.

De ahí que en un mundo hiperconectado como el nuestro, las instituciones de educación superior no puedan permanecer al margen de los avances del saber en otras latitudes, ni rezagarse frente a los logros académicos alcanzados por otros establecimientos similares, sea dentro de su propio país, o de otras naciones. La dinámica de la globalización presente en el mundo ha presionado a las universidades a una carrera competitiva, que hace imperativa la necesidad de poder cotejar el propio nivel de excelencia; esto solo se logra a través de procesos serios de producción y reproducción del conocimiento científico.

En este orden de ideas y teniendo la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta, la misión de formar profesionales integrales, basados en los principios del humanismo de la filosofía cristiana, se hace imperativo, ahondar en todas las dimensio-

nes del ser humano y explorar con rigurosidad científica, las diversas interrelaciones que se dan en las fronteras de los distintos campos del conocimiento.

La revista *Vis Iuris* que usted tienen en sus manos, es una expresión de este sistemático y coherente esfuerzo: el Derecho como un campo de conocimiento que se nutre efectivamente de otros campos, para producir una comprensión holística, que trascienda las barreras escindidas del saber centralizado y se proyecte de forma teórico-práctica con su entorno.

Es fundamental agradecer a las personas que están detrás de este esfuerzo intelectual. Inicialmente a los articulistas internacionales, quienes ofrecieron amablemente los resultados de sus investigaciones y creyeron en una revista que le apuesta a la mirada global sin perder de vista las implicaciones locales. A ellos nuestra infinita gratitud, a los articulistas nacionales, el reconocimiento a sus calidades y sobre todo, el resaltar que los resultados de investigación que evidencian, son equiparables a los presentados con estándares internacionales. A todos los articulistas de esta revista, gracias, mil gracias. Instamos a los investigadores de todas las latitudes a que nos sigan enviando sus productos; esta revista siempre estará abierta para pensadores que creen en la rigurosidad científica y en la transformación de las realidades a partir de la generación de nuevo conocimiento.

De igual forma, se hace pertinente agradecer al comité científico, al comité editorial y por supuesto, al editor, por este inmenso trabajo. He sufrido y sentido esta revista desde sus inicios, su publicación y edición, durante todo este proceso la decanatura ha estado atenta y comprometida con su publicación; solo espero que el esfuerzo esté a la altura y cumpla con las expectativas de la comunidad académica, quienes tienen la última palabra.

Finalmente, a la comunidad académica sergista en la celebración de sus veinte años de existencia en la ciudad de Santa Marta, especialmente a los estudiantes y profesores que creen que es posible una universidad que maneje una educación pertinente, conectada con su entorno, que es la razón de ser, pero sobre todo, a los que creen que es posible una educación enmarcada en los principios de la filosofía cristiana humanista dedicamos esta primera edición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Manucci, Marcelo (2010). *Contingencias: 5 desafíos de cambio para una nueva década*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Director

Decano Escuela de Derecho

Universidad Sergio Arboleda, Seccional Santa Marta

Editorial

La investigación científica y sus realidades

En menos de una década, se ha dado un salto cualitativo y, prácticamente de forma unilateral se obliga a las universidades colombianas a ingresar a los paradigmas de la investigación científica y de la formación para la investigación. Durante mucho tiempo se hablaba de investigación, pero se hacía muy poco de ella. En la práctica real, el saldo eran unos procesos educativos desconectados de su entorno y sin capacidad para dar respuesta a los problemas que los diferentes contextos sociales producían. De ahí que los diversos procesos de acreditación, tanto nacional como internacional, conlleven el ingreso de las universidades a esta nueva forma de concebir el accionar educativo: pensar científicamente en correspondencia con el contexto social.

Lastimosamente, lo viejo se preserva en lo nuevo. Es constante la lucha para que el ejercicio de la docencia entienda que la investigación científica, rigurosa, disciplinada y pertinente es una vía para el cambio social y la transformación de realidades. A pesar de ello, todavía se levantan voces amparadas en miradas pseudocientíficas que cuestionan la investigación. Todavía resuenan las palabras de algunos docentes que señalan que la investigación no aporta a los procesos, o que, sencillamente, como me lo manifestó un docente: “Yo no creo en el estado del arte ni en la investigación, eso no produce nada”.

Estas acusaciones son en particular, de aquellos que aún no hacen investigación, se denota en sus posturas los vacíos del que cuestiona algo, sin conocerlo, y desde la ausencia de vivenciar y sentir lo que es una verdadera práctica investigativa, que implique una inserción en las problemáticas sociales y particulares que padecen las comunidades en Colombia.

El primer número de la revista *Vis Iuris*, es una apuesta de investigadores de la vida real, que con fuerza y tesón, logran derivar el discurso de la investigación de lo metafórico e ideal, a lo real y transformacional. Los productos que estamos entregando a la comunidad académica, están insertos en lo que se considera investigación en el sentido estricto, fueron recibidos por el comité científico y editorial de la revista, sometidos a pares académicos reconocidos por Colciencias, quienes señalaron las pautas de mejoramiento que estos productos debían evidenciar.

Por lo tanto, se está frente a una serie de artículos que resumen investigaciones finaliza-

das, investigaciones en curso o reflexiones críticas, que de una forma u otra nos muestran aproximaciones al mundo de las tendencias globales y locales que imprimen los procesos globalizantes a la ciencia del Derecho; de igual forma, estos artículos están implícitamente interrelacionados, puesto que lo apreciado en el orden global, asume implicaciones en los contextos locales. De ahí la propuesta organizativa de la revista: tendencias globales del Derecho, tendencias locales del Derecho y finalmente, un artículo de opinión.

Finalmente, el editor de la revista quiere agradecer al doctor Juan Alberto Polo Figueroa su apoyo y dirección para que se lograra culminar esta primera edición, sin su guía y conducción, así como sin su indeclinable esfuerzo para materializar la revista *Vis Iuris*, no tendríamos en nuestras manos la fuerza del Derecho.

EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS

Editor



Problemáticas del Derecho
en el mundo global

“Buen gobierno” y emprendimiento empresarial en España: el problema de la “legislación motorizada”

Good government and business entrepreneurship in Spain: the problem of the motorized legislation

RESUMEN

Este artículo expone cómo en España los poderes públicos tienen obligación legal de respetar el ejercicio de libertad que supone el inicio de una nueva actividad empresarial. Para que el derecho a la libre empresa resulte efectivo, es necesario que el marco legislativo tenga una cierta estabilidad. El derecho a la seguridad jurídica está garantizado por la Constitución de España, y vincula a todos los gobiernos y administraciones españolas. El artículo hace distinción entre el concepto de buena administración, buen gobierno y buena legislación.

PALABRAS CLAVE

Legislación motorizada, Seguridad jurídica, Legislación inteligente, Emprendimiento.

ABSTRACT

This article shows how in Spain the public authorities have the legal obligation to respect the exercise of freedom that entails the start of a new business activity. For the rights to free enterprise to be effective, it is necessary that the legislative framework have certain stability. The right to judicial security is guaranteed by the Spanish Constitution and links all the Spanish government and administration. This article does a distinction between the concepts of good administration, good government and good legislation.

KEYWORDS

Motorized legislation, Judicial security, Intelligent legislation, Entrepreneurship.

JORGE JIMÉNEZ LEUBE

Licenciado y Doctor en Derecho (1994) por la Universidad Complutense de Madrid. Ha desempeñado distintos cargos en empresas de consultoría. Desde 1992 es profesor de diversas universidades privadas de Madrid. En 1998 se incorporó como profesor a la Universidad Alfonso X “El Sabio” de Madrid, donde coordina el área de Derecho Administrativo y actualmente imparte docencia en Derecho Administrativo, Filosofía del Derecho y Arquitectura Legal. Es profesor del programa internacional de Doctorado en Derecho “Cuestiones actuales del Derecho español e internacional”, en el que dirige trabajos de doctorado. Colabora con la universidad brasileña UNOESC y con las universidades colombianas Sergio Arboleda (Seccional de Bogotá) y Santo Tomás de Tunja (Boyacá). Es socio fundador y Director Académico del European Institute for Entrepreneurship (EIE) y como asesor y consultor colabora con despachos de abogados de Madrid con dedicación al Derecho Administrativo y al Urbanismo. jimelue@msn.com

Recibido: Diciembre 15 de 2013 • Aceptado: Marzo 25 de 2014

INTRODUCCIÓN

"Les formalités de la justice font nécessaires á la liberté".

Montesquieu

En la actual situación española de crisis, algunas de las pocas políticas públicas que pueden crear empleo de forma efectiva, son el fomento del emprendimiento empresarial, y la creación de nuevas pequeñas y medianas empresas. El Gobierno de la nación y los distintos gobiernos autonómicos se están volcando a dictar nuevas leyes orientadas a promover esta actividad (las cuales se pueden consultar en la bibliografía final).

Sin embargo, para que la sociedad civil española pueda emprender la creación de nuevas empresas, no es suficiente con estas políticas activas de fomento, ya que uno de los mayores impedimentos de la actividad empresarial, lo constituye la propia actividad de gobierno y la administración de las múltiples autoridades públicas.

La mejora de las deficientes técnicas legislativas actuales, es condición necesaria, y es presupuesto del nacimiento en España de una auténtica cultura del emprendimiento. Los poderes públicos deben cuidar la buena administración pública, fomentar la buena gobernanza y aumentar el grado de respeto al principio de seguridad jurídica. El artículo 9.3 de la Constitución española estableció el principio de seguridad jurídica; es decir, que como se desprende del mero sentido común,

el ordenamiento jurídico siempre debe ser cierto y previsible.

La actual doctrina del Tribunal Constitucional español, establece que cuando una norma jurídica produce en sus destinatarios confusión, o dudas que generarían una incertidumbre razonablemente insuperable, acerca de la conducta exigible para su cumplimiento —o sobre la previsibilidad de sus efectos— podría hacernos concluir que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8). Esta doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, establece que la seguridad jurídica se compone de dos conceptos:

- a) Certeza: El Derecho debe resultar cierto para sus destinatarios. Toda ley, reglamento o acto, debe resultar claro, objetivamente claro. El Derecho no puede crear dudas acerca de cuál es la conducta exigible para su cumplimiento. Es el denominado "elemento objetivo" del principio de seguridad jurídica.
- b) Previsibilidad: Es el denominado "elemento subjetivo" del principio de seguridad jurídica. Además de la exigencia de un Derecho claro, los sujetos destinatarios de las normas, deben poder prever los efectos de estas que les resultan aplicables. Los ciudadanos tienen derecho a crearse una expectativa "razonablemente fundada", sobre la cual ha de soportarse la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

Como consecuencia de esto, el Tribunal

Constitucional entiende que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando el contenido o las omisiones de una norma (lo que la norma dice, o lo que la norma calla) producen en sus destinatarios una “incertidumbre razonablemente insuperable” (Díaz González, 2013).

En contra de lo que puede parecer, y de lo que hoy habitualmente se interpreta, el principio de seguridad jurídica (la “prohibición de la incertidumbre”), no tiene como único objetivo, –ni siquiera como objetivo principal– que los ciudadanos cumplan con mayor facilidad con las obligaciones y deberes establecidos por las normas jurídicas. Para cumplir ese objetivo existe ya el cada vez más abundante Derecho sancionador. La seguridad jurídica busca la libertad de los ciudadanos:

(STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10) «... en especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad».

La posibilidad de que los ciudadanos tengan algún grado de certeza sobre las conductas que les son exigibles y las consecuencias que

se derivarán de sus acciones, es presupuesto del ejercicio de su libertad.

La actividad humana, libre y responsable, debe respetar el marco normativo existente. Sin embargo, y por suerte, las cosas que libre y legítimamente se pueden hacer, no son únicamente las que las leyes y los reglamentos establecen. El emprendedor tiene la obligación y el derecho de someterse, cumplir y ampararse en el ordenamiento jurídico vigente en cada tiempo, pero también tiene la necesidad, la libertad y la posibilidad de iniciar –bajo su personal riesgo– cosas nuevas y distintas.

Antes de ejercitar su libertad iniciando nuevos proyectos, el emprendedor tiene el derecho –amparado por la vigente Constitución– de conocer, de forma cierta y previsible, el alcance de las obligaciones y cargas que gravarán su actividad. Como todos los derechos, este derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, implica una serie de obligaciones correlativas, en este caso oponibles frente al poder público. Las leyes, órdenes y regulaciones, deben generar certeza y previsibilidad, tienen que ser públicas y de acceso posible y mantener un orden jerárquico. Las disposiciones no favorables no pueden ser retroactivas, y ninguna orden o mandato puede ser arbitraria. Ni la actividad de los poderes públicos ni las disposiciones de los gobiernos o administraciones, pueden crearles a los ciudadanos “incertidumbre razonablemente insuperable”. Todo esto es especialmente necesario respecto al emprendimiento de nuevas actividades o negocios.

El derecho a una buena administración y a una buena "gobernanza"

En primer lugar, quiero hacer una breve puntualización conceptual. No es lo mismo buen gobierno, que buena administración. Empezaremos por este último concepto: en el ámbito europeo, el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, reconocida por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, establece el derecho a una buena administración. Este derecho es definido como el que toda persona tiene respecto del hecho de que las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, traten sus asuntos de manera imparcial y equitativa y en un plazo razonable.

La legislación básica estatal española (de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y administraciones españolas), establece en el artículo 3 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, una serie de principios orientados a lograr una buena administración pública: los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, y los de cooperación y colaboración.

Igualmente, solo unos pocos años más tarde, el artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, estableció –aumentando considerablemente dicha lista–, dos bloques de principios:

A) Bloque de principios de organización de

la administración: principios de jerarquía, descentralización funcional, desconcentración funcional y territorial, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a las finalidades institucionales, simplicidad, claridad, proximidad a la ciudadanía y coordinación.

B) Bloque de principios de funcionamiento de la administración: eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados, responsabilidad por la gestión pública, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, servicio efectivo a la ciudadanía, objetividad y transparencia de las actuaciones administrativas y cooperación y coordinación con el resto de administraciones públicas.

Como vemos, desde antiguo, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido principios orientados a conseguir una buena administración. Este legítimo afán se ha completado más recientemente con la búsqueda del denominado buen gobierno, o más técnicamente "gobernanza". Podemos entender rápidamente este segundo concepto, y deslindarlo del primero, consultando el artículo 15 del título II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada una vez introducidas las modificaciones del Tratado de Lisboa).

Este artículo establece que, con el fin de fo-

mentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión tienen que actuar con el máximo respeto posible al principio de apertura, especialmente, en este caso, de los datos y de la información pública relevante para la sociedad.

En resumen, se puede decir que la “Buena Administración” persigue los objetivos de una buena organización y un buen funcionamiento, mientras que la “gobernanza” persigue el objetivo general de facilitar a los ciudadanos el conocimiento de cuáles son los fines de los distintos organismos públicos y cómo han gestionado los medios que se han encargado a cada uno de ellos, así como la forma en que se responsabilizan sus gestores por el cumplimiento de los objetivos que previamente han sido fijados de forma concreta y evaluable. Fijado esto, solo falta ya tratar el concepto de la “buena legislación”, que en mi opinión no debe confundirse con ninguno de los dos anteriores.

El derecho a una buena legislación: la denominada “legislación de coyuntura”

En primer lugar, y para mantener la sistemática anterior, debo referirme nuevamente a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La STTC 136/2011, de 11 de octubre de 2011, entendió del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 50/1998, mediante la cual, por un único acto legislativo, se modi-

ficaron 76 leyes, siete decretos legislativos y seis decretos leyes. A esta técnica legislativa, que hoy ya resulta habitual en el panorama español, cultamente se le denomina “legislación de coyuntura”; pero más popularmente se designa como legislación motorizada.

En el FJ 3 de esta sentencia se recogen las siguientes consideraciones:

“Las leyes tienen que tender a la generalidad, tanto formal como materialmente, siendo la excepción las «leyes singulares» o «leyes de caso único», esto es «aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro» (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10; y 48/2003, de 12 de marzo, FJ 14; en el mismo sentido, ATC 291/1997, de 22 de julio). Esto supone que «el dogma de la generalidad de la ley no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos», aunque, eso sí, esas leyes singulares no vienen a constituir el ejercicio normal de la potestad legislativa, «sino que se configuran como ejercicio excepcional de esta potestad» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10). En efecto, «en la Constitución Española no existe precepto, expreso o implícito, que

imponga una determinada estructura formal a las Leyes, impeditiva de que estas tengan un carácter singular, si bien consagra principios, que obligan a concebir dichas Leyes con la naturaleza excepcional» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11)".

Como cualquier jurista sabe, esta técnica legislativa deficiente, que tuvo carácter excepcional, hoy se ha convertido en usual. Un ejemplo de esto es el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita que incluye en distintas partes de su texto modificaciones de al menos otras cinco leyes que no guardan relación alguna con su enunciado.

Realmente el cambio legislativo es tan frecuente, asistemático y variado, que incluso a los juristas especialistas de cada materia les resulta prácticamente imposible conocer o mantener actualizado su marco legal de referencia. La legislación motorizada es la expresión de un fenómeno patológico del ordenamiento jurídico. Tengo la esperanza, y la certeza, de que en un próximo futuro la Historia del Derecho describirá nuestro tiempo como aquel en que los legisladores abandonaron la prudencia que debe caracterizarles, y olvidando cualquier dictado técnico, comenzaron a dictar normas sin criterio ni objetivo.

Nuestro Tribunal Constitucional, aun reconociendo expresamente la deficiencia técnica

de este tipo de preceptos, considera que no infringen la Constitución:

"Como hemos dicho, «el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa» (SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3 c); y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4), razón por la cual, no «corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes» (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4), habida cuenta de que «el control jurisdiccional de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica» (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 3), ni puede aceptarse que la Constitución imponga soluciones únicas y exclusivas «suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador» (STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4; y en el mismo sentido, STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)".

Eso sí, con la honrosa salvedad del voto particular formulado por el magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien considera esta técnica como fraude y burla al ordenamiento jurídico.

"Resultaría indefendible sostener que cada año el Gobierno pueda llevar a cabo una especie de revisión general o *aggiornamento* de casi todo el ordenamiento jurídico (o de numerosos sectores del mismo) a través de instrumentos normativos que, en expresio-

nes sumamente gráficas que han hecho fortuna incluso entre la doctrina científica, son conocidos como «leyes escoba», «leyes ómnibus», o «leyes paraguas». Ni las razones de urgencia que pueden sobrevenir en determinadas circunstancias ni las necesidades coyunturales de la acción política, pueden ser admitidas como argumento para cometer un fraude al procedimiento legislativo parlamentario y, por tanto, una burla a la Constitución”.

La calidad técnica de las leyes y su permanencia en el tiempo son atributos tan importantes como su certeza o publicidad. La legislación motorizada impide *de facto* el conocimiento del ordenamiento, y por tanto la previsibilidad de la conducta debida. El constante cambio del marco legal imposibilita la función empresarial, ya que al riesgo propio del negocio, se suma el del incumplimiento de los preceptos, aun de los no dictados.

La “legislación inteligente”: relevancia de los problemas de sobreregulación y de legislación motorizada

El tema de la necesidad de una correcta técnica legislativa, desde luego que no ha pasado inadvertido. En España siempre han existido directrices y normas dirigidas precisamente a esto (v.gr. Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Capítulo I. Mejora de la calidad de la regulación.

Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears); pero es en la Unión Europea donde parece que esta cuestión está comenzando a considerarse realmente en serio.

Ya, a finales del siglo pasado, se habían aprobado directrices relativas a la Calidad de la Redacción de la Legislación Comunitaria (por Resolución del Consejo, de 8 de junio de 1993, se aprobaron directrices relativas a la Calidad de la Redacción de la Legislación Comunitaria, modificadas posteriormente, por el Acuerdo Interinstitucional de 22 de diciembre de 1998, relativo a las Directrices comunes sobre Calidad de la Redacción de la Legislación Comunitaria, DOCE C/73, de 17 de marzo de 1999). En 2001, se produjo una Guía práctica común, dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en el seno de las instituciones comunitarias, y en 2010 se redactan comunicaciones que establecen definitivamente la necesidad del impulso de la denominada “Legislación Inteligente” (COM, 2010).

En mi opinión, el enfoque correcto del problema, y la percepción de su gravedad, se establece por el denominado Grupo de Alto Nivel sobre Cargas Administrativas.

En su primer mandato la tarea principal de este Grupo, dependiente de la Secretaría General de la Comisión, ha sido proporcionar asesoramiento sobre las medidas de reducción de cargas administrativas, propuestas en el contexto del Programa de Acción para

la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea. En un segundo mandato, la labor del Grupo se prolongó hasta el 31 de diciembre de 2012, e informaron sobre varias interesantes "mejores prácticas" observadas en algunos de los Estados miembros, para aplicar la legislación de la UE en la forma menos gravosa.

Con el tercer mandato, adoptado por la Comisión el 15 de diciembre de 2011, el Grupo continuará su trabajo con la Comisión actual hasta octubre de 2014. Los trabajos se centrarán en las Pymes y las microempresas, así como la forma de hacer las administraciones públicas de los Estados miembros más eficaces y sensibles a las necesidades de las partes interesadas en la aplicación de la legislación comunitaria.

Este grupo ha distinguido entre la denominada "sobrerregulación activa", que se da cuando un legislador estatal añade nuevos requisitos a las disposiciones europeas, y la denominada "sobrerregulación pasiva" en la cual el legislador nacional omite la derogación de la totalidad o parte de la anterior legislación nacional sobre la cuestión.

CONCLUSIONES

En el actual entorno económico español, parece unánime la opinión de que uno de los factores que puede contribuir, quizá de forma decisiva, a la superación de la crisis, es el fomento del espíritu emprendedor y el apoyo a nuevos proyectos empresariales.

Estas nuevas políticas de "fomento del emprendimiento" compiten y rivalizan con las antiguas políticas de formación para el empleo, que bajo gestión sindical, ya emplearon en el pasado –y todavía emplean– ingentes cantidades de recursos financieros públicos; que en buena parte se dan por hoy perdidos, en un proceso de desinversión de activos públicos que quizá también mereciera revisión y comentario.

En mi opinión, el emprendimiento empresarial no es ni mucho menos una cuestión de voluntad o de entusiasmo personal. Quiero recordar la insistencia con la que hace poco tiempo las entidades bancarias ofrecían créditos a los ciudadanos para que adquirieran viviendas que claramente no podían pagar. Con el irresponsable fomento del "espíritu de emprendimiento" puede llegar a repetirse la misma historia.

Fundar un nuevo negocio en España no es ni mucho menos una cuestión sencilla, carecemos de un marco legal cierto y previsible. La legislación de coyuntura, la legislación motorizada, y la sobrerregulación activa y pasiva a nivel europeo, estatal, autonómico y municipal es una constante que se ha convertido en hábito. La mejor política de fomento del emprendimiento es la recuperación de la prudencia y racionalidad en la labor legislativa y regulatoria. Igual que otros colectivos en el pasado reivindicaron determinados derechos, hoy los nuevos emprendedores y todos los empresarios, deben tomar conciencia de su derecho constitucional a la seguridad ju-

rídica. En la actual situación la toma de conciencia de estos problemas en España es una cuestión de Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuerdo de 24/11/2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Medidas de Apoyo a Emprendedores, racionalización administrativa e implementación de la administración electrónica para el horizonte temporal 2011-2014; Comunidad Autónoma Andaluza: Decreto-Ley (8/2013, de 28 de mayo), de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento. Publicado en BOJA nº 105 de 31 de mayo de 2013.

Andalucía. Decreto 219/2011, de 28 de junio, por el que se aprueba el Plan para el Fomento de la Cultura Emprendedora en el Sistema Educativo Público de Andalucía (BOJA nº 137, 14-Jul-2011).

Andalucía. Resolución de 11 de enero de 2010, de la Dirección General de Economía Social y Emprendedores, por la que se aprueban y se da publicidad a los nuevos modelos normalizados de información de Sociedades Cooperativas Andaluzas (BOJA nº 32, 17-Feb-2010) CASTILLA-LA MANCHA.

Castilla-La Mancha. Ley 15/2011, de 15 de diciembre de 2011, de Emprendedores, Autónomos y Pymes (BOE nº 74, 27-Mar-2012) (DOCM nº 250, 26-Dic-2011) Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del

Crecimiento y de la Creación de Empleo (BOE nº 47, 23-Feb-2013) Decreto-Ley 8/2013, de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento (31-May-2013) COMUNIDAD VALENCIANA.

COM (2010) 543 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Normativa inteligente en la Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre «Legislar mejor» (P7_TA (2010)0311). En: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/smart_regulation/consultation_en.htm

Comunidad Foral de Navarra. Ley Foral 12/2013, de 12 de marzo, de Apoyo a los Emprendedores y al Trabajo Autónomo en Navarra (BOE nº 83, 6-Abr-2013) (BON nº 53, 18-Mar-2013).

Comunidad Valenciana. Ley 2/2012, de 14 de junio, de la Generalitat, de Medidas Urgentes de Apoyo a la Iniciativa Empresarial y los Emprendedores, Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas de la Comunitat Valenciana (BOE nº 161, 6-Jul-2012) (DOCV nº 6800, 20-Jun-2012).

Decreto-Ley 2/2012, de 13 de enero, del Consell, de Medidas Urgentes de Apoyo a la Iniciativa Empresarial y a los Emprendedores, Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) de la Comunitat Valenciana (DOCV nº 6692, 16-Ene-2012).

Díaz González, G.M. (2013). Las oscilaciones del Tribunal Constitucional en su doctrina sobre el principio de seguridad jurídica. Reflexiones a propósito de la STC 37/2012. *Revista General de Derecho Administrativo*, 32, 2013. Vid. Tb. STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4 (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 5).

Illes Balears. Ley 2/2012, de 4 de abril, de Apoyo a los Emprendedores y las Emprendedoras y a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (BOE nº 105, 2-May-2012) (BOIB nº 53, 14-Abr-2012).

País Vasco. Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco (BOE nº 172, 19-Jul-2012) (BOPV nº 132, 6-Jul-2012).

Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y de la Creación de Empleo (BOE nº 47, 23-Feb-2013).

Importancia del juicio monitorio laboral en Chile

The importance of labor trial of payment procedures in Chile

RESUMEN

El presente artículo, resume la importancia del juicio monitorio laboral en Chile. La experiencia chilena, ha sido útil para el Derecho mexicano en aspectos de fondo. Sin embargo, es relevante tomar en cuenta no solo los aspectos sustantivos, sino también los procesales. Contiene una reseña introductoria a este tipo de procedimientos, cómo lo han enfrentado las Oficinas de Defensa Laboral chilenas, y además su relevancia para los actores jurídicos involucrados: empleadores, trabajadores, y abogados.

PALABRAS CLAVE

Derecho Procesal, Derecho Laboral, Derecho Procesal Laboral, Procedimiento Monitorio Laboral chileno.

ABSTRACT

The present article summarizes the importance of labor trial of payment procedures in Chile. The Chilean experience has been very helpful for the Mexican Law in background aspects. However its important to take into consideration not only the substantive aspects, but also the procedure aspects. They contain an introductory review of the procedures which the Chilean labor officers have faced and also the important relevant for the judicial actors involved, employees, workers and attorneys.

KEYWORDS

Procedural Law, Labor Law, Procedural Labor Law, Chilean Labor Payment Procedures.

RENÉ DAVID NAVARRO ALBIÑA

Abogado Defensor Laboral Corporación de Asistencia Judicial CAJVAL. Copiapó, Chile. Secretario General Haimaitier Institute Chile. Vocal Internacional Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas". r.navarro@hii.cl

Recibido: Diciembre 15 de 2013 • Aceptado: Marzo 25 de 2014

INTRODUCCIÓN

El nuevo sistema procesal laboral chileno recoge la vasta experiencia del Derecho Comparado*, en donde (utilizando simplificadas fórmulas) se acorta el camino a la sentencia definitiva, generando *juicio contradictorio*, en la medida que surja oposición (reclamo) del afectado. Este nuevo *instituto*, es teleológicamente tributario del principio de *celeridad procesal*, para que (en breve tiempo) con una mínima intervención del órgano jurisdiccional, y como ya lo expresamos, admite fase litigiosa en la medida que exista reclamación (arts. 496 y ss. Código del Trabajo). Su consagración legislativa, no estuvo exenta de dificultades ni de discusión, y su primer diseño (Ley N° 20.087) fue sustituido por la Ley N° 20.260 (Tapia Guerrero, 2008, pp. 121 y ss.).

En términos generales (Rodríguez, 1958, p. 99), el procedimiento monitorio puede definirse como un *juicio especial*, que se abre con una orden o mandato de pago que expide el órgano jurisdiccional, a *solicitud fundada del actor* y sin audiencia del demandado, emplazando a este último para que, dentro de un plazo fatal, haga pago de lo reclamado o *se oponga*. La *no oposición*, transforma el mandato jurisdiccional en sentencia firme, la oposición abre un breve litigio. La voz monitorio procede del latín *monitorius*, y el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, define la palabra monitorio como

* Haciendo breve referencia de la legislación comparada, conviene tener presente en este sentido los siguientes ordenamientos jurídicos: el austro-germánico, el italiano, el suizo, el español, y el uruguayo. Cf. Rodríguez, F. E. "E, procedimiento monitorio", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo VIII, N° 30, UNAM, abril-junio, Ciudad de México, 1958, pp. 97 y ss. También aplicable en Brasil, Japón, y otros países de la U.E. Vide. Correa Delcaso, J. P. (2000). *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley*. Barcelona: Editorial Bosch.

aquello que sirve para avisar o amonestar. En términos jurídicos, monitorio deriva de la noción del *mandato de monición* con el que se inicia el proceso (Calamandrei, 1953, p. 19). Para Fausto Rodríguez (salvo una referencia histórica que atribuye a James Goldschmidt, y que hace ubicar este procedimiento en papirus de la Grecia clásica) su origen, aceptado en términos unánimes por los *ius proceduralistas**, viene constituido por algunas prácticas procedimentales medievales tardías (s. XIV-XVI) del período franco-germánico, y por el proceso ítalo-canónico contemporáneo al anterior (Rodríguez, 1958, p. 101).

El procedimiento monitorio en la experiencia comparada, ha facilitado con celeridad el resguardo efectivo de derechos, y simultáneamente brinda una alternativa válida para la justicia mediante un tratamiento especial de la rebeldía, que ocasiona elevados costos en tiempo, esfuerzo y recursos económicos (Pérez, 2006, pp. 205-235).

Importancia del procedimiento monitorio para las Oficinas de Defensa Laboral en Chile (ODL)*

Uno de los principales criterios de focaliza-

- Giuseppe Chioevenda (1872-1937), y también Goldschmidt (1874-1940).
- ♣ ODL. Las Oficinas de Defensa Laboral, dependen de la Subsecretaría de Justicia, a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial existentes en el país, y que son las Corporaciones de las regiones de Tarapacá y Antofagasta (que cubre las regiones XV, I, y II: www.cajta.cl); región de Valparaíso (que cubre las regiones III, IV y V: www.cajval.cl); Metropolitana (que cubre las regiones XIII, VI, VI y XII: www.cajmetro.cl) y de la Región del Bío Bío (que cubre las regiones VIII, IX, XIV, X, y XI: www.cajbiobio.cl). Las Oficinas de Defensa Laboral, tienen por misión otorgar a todos los trabajadores que no tengan recursos económicos y que focalicen de acuerdo a los criterios de selección, defensa jurídica profesional y especializada, velando por la igualdad ante la ley, el debido proceso y el equilibrio necesario que debe existir ante la sede judicial que corresponda. Cuenta para ello con equipos altamente capacitados, quienes han sido preparados para defender a los trabajadores en los diferentes procedimientos que contempla el nuevo sistema procesal laboral (Cfr. cajval.cl).

ción de las ODL, se basa en que la cuantía o monto a demandar sea igual o menor a \$2.692.800 pesos chilenos (US\$ 5.601), sin contar los aumentos y recargos legales. Esta base, que refiere un factor de atención de estas *oficinas de abogados especializados en defensa laboral*, por regla general coincide con los montos exigidos por la Ley para ventilar el pleito a través de un juicio monitorio. En efecto, el artículo 496 del Código del Trabajo (CT), señala que se aplica el procedimiento monitorio, respecto de las contendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, sin considerar, en su caso, los aumentos a que hubiere lugar como producto de las indemnizaciones por años de servicios, conforme los incisos quinto y séptimo del artículo 162 del mismo cuerpo legal. Súmese a lo anterior, el otro criterio de focalización que han estandarizado las llamadas ODL: solo se atienden trabajadores cuya última remuneración mensual líquida, sea igual o inferior a \$388.800 pesos chilenos (US\$ 808). De esta suerte, un número importante de las causas patrocinadas por las ODL del país, son juicios monitorios*.

Importancia de los juicios monitorios para las empresas y especialmente para las Pymes

Obviamente, las grandes empresas cuentan con poderosos *staffs* o *burós* de abogados que atienden sus asuntos y juicios, incluidos los laborales. Generalmente, desde la capital nacional, estos *staffs* monitorean (a través de *abogados* de las distintas comunas) sus juicios laborales. Los costos de traslado del (o de los) abogado(s) de la capital, a las distintas localidades y comunas donde se ventilen estos procedimientos, son a veces más onerosos que los demandados en juicios monitorios. De esta suerte, en algunos casos, es (tal vez) mucho más pragmático y utilitario para la empresa, dar instrucciones de pago a través de sus agentes locales, en vez de —como señalamos— gastar recursos en traslado del profesional que se desplace desde la capital nacional hacia las diversas comunas del país, máxime en juicios en donde hay poco que discutir (v.gr. demanda de despido carente de causa legal), sabiendo la empresa que no se remitió carta de despido, y cuya circunstancia figura en el acta frente a la Inspección del Trabajo.

Por otro lado, para las PYMES* locales (si-

* El 59,3 % de las causas atendidas por las Oficinas de Defensa Laboral de la región de Atacama, son juicios monitorios, cifra medida entre abril de 2008 a la misma fecha de 2010; el 21,2 corresponde a juicios de aplicación general, el 19,1 a juicios ejecutivos, y solo el 0,4 % a procedimientos de tutela laboral. Cfr. Cuenta Pública a propósito del 2° Aniversario de la Reforma Procesal Laboral, en abril 2010 ODL Atacama. En la implementación de la Reforma Procesal Laboral, fue experiencia piloto a nivel nacional su inicio en la región de Atacama el 31 de marzo de 2008, junto a la región de Magallanes en la misma fecha. El proceso de instalación e implementación, culminó el 31 de agosto de 2009, con la entrada en vigencia de este sistema en la región Metropolitana, última región del país en adoptarlo. Este dato es relevante, toda vez que la primigenia (aunque leve) experiencia de Atacama y Magallanes, son insustituibles a la hora de los balances y análisis, los cuales no pueden ser solo elaborados con base en la mera tecnocracia exenta de praxis.

• Pequeñas y medianas empresas. Incluimos aquí (para efectos del presente trabajo), todas aquellas empresas y personas naturales que (por regla general) no cuentan con un abogado en forma permanente. Según clasificaciones del Ministerio de Economía, una empresa pequeña es la que al año vende productos o servicios por valores entre 2.400 y 25 mil UF, y una empresa mediana vende entre 25 mil UF y 100 mil UF. Cfr. www.economia.cl. Véanse también las siguientes normas (Ley N° 19.857, Ley N° 19.749, Decreto-Ley N° 2.974, Ley N°s 20.179, 20.416, Decreto-Ley N° 3.472, Ley N° 18.989, en su título II (art. 7 al 16), y la Ley N° 20.170.), y el enlace: http://sdi.bcn.cl/boletin/pags/conozca?id_boletin=23#305

guiendo el mismo argumento anterior) en un análisis *costo-beneficio*, es mucho más atractivo, desde el punto de vista económico, pagar la suma demandada en juicio monitorio, que además, incrementar los costos de abogado litigante.

Lo anterior, hace razonar en el sentido que las empresas (cualquiera sean estas) debieran mantener permanentemente un asesor *abogado*, especialista o experto* en temas laborales, y no solo en temas laborales de fondo o sustanciales, sino sobre todo (hoy más que ayer) debieran mantener abogados asesores en *Derecho Procesal Laboral* (además de la no menos importante asesoría en *Derecho Administrativo o fiscalizador del trabajo*, y todo el amplio abanico jurídico que involucra a la Dirección del Trabajo).

La dinámica impuesta por el nuevo sistema de *juicios laborales orales*, hace que, en algunas ocasiones, el criterio *costo v/s beneficio*, se analice no solo desde la óptica del Derecho sustantivo o de fondo, sino que también, desde el punto de vista procesal y sus consecuencias.

Todo lo dicho precedentemente no vulnera —como tendremos ocasión de analizar más adelante— ni altera de forma alguna, el principio de *bilateralidad de la audiencia*, ni el de

* Experto, es aquel que tiene trayectoria práctica en alguna actividad científica o técnica. Especialistas, son aquellos que pueden acreditar, a través de estudios de pre y postgrado (post-títulos, magísters, doctorados, postdoctorados) o docencia, conocimientos determinados o capacidad investigativa en alguna ciencia o arte.

igualdad de armas, ni mucho menos el principio constitucional del *due process of law*.

Importancia de los juicios monitorios para los abogados del foro

No únicamente solo el juicio monitorio, sino también los procesos orales en general, privilegian el resurgimiento, o mejor dicho, el nacimiento de una verdadera *cultura jurídica del abogado litigante*. Desde el punto de vista eminentemente utilitario, el juicio monitorio trae aparejada una resolución rápida y eficaz al conflicto laboral, lo que permite serias y reales ventajas al abogado en cuanto al cobro de sus honorarios. Siguiendo este razonamiento, los pactos de *cuota litis*, tanto en su versión positiva, esto es, porcentaje *a resultas*, cuanto en su versión negativa, vale decir, porcentaje del *menor valor condenado*, son mucho más efectivos y empíricamente contrastables y medibles. Los clientes (o patrocinados), no solo leen lo que produce su abogado, sino que —además— ven y oyen (perciben *in situ*) a su abogado desenvolviéndose en la audiencia oral. Permite también, la fracción del servicio profesional, valga decir, el cobro solo por audiencia (particularmente útil para los *burós* que contratan abogados locales), o el cobro por reclamación, etc. La práctica hará que estas variantes sean mucho más provechosas para todos los operadores jurídicos: jueces, abogados, clientes, empresas, trabajadores, etc.

En general, con los procesos orales renuevan su *utilidad* la retórica y la lógica, entre otras ciencias y disciplinas auxiliares de la práctica

forense. La retórica, no tomada aquí en su acepción peyorativa predominante en nuestro tiempo*, esto es, como un ardid o un mero recurso estilístico y hasta pedante, sino que, la retórica entendida como disciplina científica. Las *ars* o *techne* de la litigación, no son más que combinaciones de lógica, retórica y lingüística, las cuales –por cierto– deberían ser cultivadas por los abogados del foro, e incluidas, sería, científica y profesionalmente, en los programas de pre y post grado de las escuelas de Derecho del país*.

Siguiendo en este punto a Serrano, las primeras investigaciones sobre el lenguaje (y el Derecho, no cabe duda, es un lenguaje), las llevaron a cabo los retóricos. La *palabra*, era un *arma destinada a influir delante de un tribunal, una asamblea*, etc. Un arma decisiva para obtener la victoria en las luchas donde el *discurso* era decisivo. Gorgias (c. 485 a.C.) señala: *quien posee la palabra, posee la espada*. La misión del retórico, era forjar maestros en el *arte de persuadir*. Dicho de

otra manera, la retórica es la técnica (arte) que conseguía hacer el discurso *consciente de sí mismo*, y hacía de la *persuasión* un fin a alcanzar por medio de una *estrategia específica**.

Desde el punto de vista normativo (*nomos*), el artículo 430 del Código del Trabajo, inaugura (en términos explícitos) el *principio de buena fe procesal a nivel legal*. Señala tal norma que los actos procesales *deberán ejecutarse de buena fe*, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir *el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias*. El juez podrá rechazar de plano aquellas *actuaciones que considere dilatorias*. Se entenderá por actuaciones dilatorias, todas aquellas que *con el solo objeto de demorar la prosecución del juicio sean realizadas o intentadas por alguna de las partes*. De la resolución que declare como tal alguna actuación, la parte afectada podrá reponer para que sea resuelta en la misma audiencia.

Ahora bien, desde el punto de vista *práctico*, en los juicios orales (y el monitorio es una sub-tipología), es más difícil dar pie a *leguleyadas* y ganancias fáciles: la dinámica y

* Sabemos que Sócrates luchó contra los llamados sofistas, padres de la retórica clásica (Gorgias y Cía.). De allí, viene su desprestigio, el que (creemos) es infundado. El mismo Sócrates, no hubiera podido ser conocido por nosotros, sino gracias a la brillante retórica que Platón plasmó en sus *Diálogos*, particularmente en la *Apología* de su maestro.

• La retórica como disciplina susceptible de ser enseñada como un arte, se desarrolla en Grecia a partir de las exigencias dialógicas reclamadas por la instauración del sistema democrático. Vide: Covarrubias C., A. (2003). *Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. El profesor Covarrubias en el prólogo de su texto expresa: “puesto que en los últimos años ha surgido un creciente interés por los estudios sobre la persuasión, no solamente en filosofía y lingüística sino que también en otras disciplinas como el Derecho –aspecto (...) de principal importancia en Chile con motivo de la (...) modificación del procedimiento penal, que sustituye el sistema escrito por el oral– he estimado oportuno ofrecer este libro (...)”.

♣ Señala Serrano, que la técnica fundamentada sobre el conocimiento de las causas que generan los efectos de la persuasión, concede un poder indudable a quien la posee: el poder de disponer de las palabras sin necesidad de las cosas, y de disponer de las personas, al disponer de las palabras ... qué rigurosa actualidad tienen estas consideraciones: quien dispone hoy de los medios de comunicación, en definitiva dispone de las personas.

• Para el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (hoy: www.rae.es), leguleyo, es la persona que aplica el Derecho sin rigor, desenfadadamente, que hace gestiones ilícitas en los juzgados.

rapidez de la litigación las mitigan v.gr. ¿Podemos *preparar* a un testigo falso?, en vivo y en directo es mucho más difícil mentir, y en los juicios orales se nota, los jueces lo notan, nuestros nuevos jueces lo saben ¿podemos elucubrar traslados de más de 30 páginas sentados en nuestro escritorio? No, por regla general, los traslados se evacúan en el acto y algunos recursos siguen la misma suerte.

Quizá, la visión pesimista del ejercicio de la profesión, de Jeremías Bentham (1748-1832) se morigere en Chile, en este novel siglo XXI, con los procedimientos de que ya disponemos (penal, familia, laboral, y civil, pronto a ver la luz). Según el maestro inglés, la jerga jurídica tenía como objetivo generalmente defender los intereses siniestros de los juristas, cuyo lenguaje y ritos esotéricos constituían una red para atrapar a los comunes mortales (...) en materia de legislación (decía): “*las opiniones de los hombres de leyes tienen una propensión peculiar a teñirse de falsedad por obra del interés siniestro*”. Y así, mientras al interés de los ciudadanos conviene una justicia rápida, al interés siniestro (*siniester interests*) del abogado, le conviene una administración de justicia lenta; si al interés del ciudadano le convienen unas leyes claras y breves, al hombre de leyes le interesan prolijas y oscuras (Zapatero, 2004, p. LXI).

Podemos decirle hoy a don Jeremías, que los juicios laborales (y en particular los monitorios), y la legislación que los soporta y sustenta, tanto en la *nomos* como en la *praxis*, son rápidos y efectivos. Los jueces especializados en materia laboral, proveen las demandas

monitorias, de un día para otro, las demandas se pueden remitir por correo electrónico, las resoluciones se pueden notificar por correo electrónico, los exhortos se tramitan electrónicamente, el público en general (y el público jurídico), puede consultar todas las causas y resoluciones a través de la web del poder judicial (www.poderjudicial.cl) y, en el caso de llegar a audiencia de juicio, esta *deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación* (art. 500 CT)*. En el evento de llegar a una sentencia, esta se dicta al momento de finalizar la audiencia.

Importancia del procedimiento monitorio para los trabajadores y el ordenamiento jurídico

Se ha señalado (infundadamente, creo) que la reforma laboral *privilegia en exceso a los trabajadores*, que se rompe en algunos casos la bilateralidad de la audiencia a su favor, que los demandados (empleadores) no tienen suficiente tiempo para defenderse, *et ceterae res*. Todas esas afirmaciones, no cumplen ningún soporte ni empírico, ni técnico, ni dogmático*. Señalar como fundamento, que más del 90 % de los juicios son *ganados* por los trabajadores, no es analizar la cifra en

* No con afán de exagerar, señalemos que en la etapa pre-reforma procesal laboral oral del 2008, podía extenderse un juicio por más de dos y hasta tres años; aunque la *nomos* hubiere dicho otra cosa. Agreguemos a ello, que las causas eran asistidas –a favor de un importantísimo número de trabajadores– por los postulantes en práctica (egresados de las carreras de Derecho del país) de las Corporaciones de Asistencia Judicial, no por letrados titulados.

• Vide a modo meramente ejemplar, la editorial del Diario *El Mercurio* de Santiago, de fecha 03 de agosto de 2009, disponible en la web (www.elmercurio.com).

profundidad. La pregunta y el foco de atención, no solo debe ponerse en el resultado, sino que también en las causas (orígenes), vale preguntarse ¿por qué más del 90 % de los juicios son *ganados* por los trabajadores? Fuera de contexto, sin duda la cifra alarma, sin embargo, tal cifra es menester situarla en el procedimiento laboral en su conjunto, y no solo en el resultado. Tampoco corresponde acusar a nuestros jueces de *parcialidad (falta de imparcialidad)*: ¿Qué puede hacer un juez frente a un despido sin carta de aviso, y sin pago de las cotizaciones previsionales? ¿Qué debe hacer el juez si el requerido (debidamente emplazado) no concurrió frente a la instancia administrativa, y luego este mismo, no concurrió a la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, debidamente emplazado, o bien, no reclamó de la sentencia que acogió las pretensiones en un juicio monitorio? ¿Se puede acusar a ese juez o jueza de *falta de imparcialidad*, al recoger –en los casos recién propuestos– esas demandas y condenar a esos empleadores?

Agreguemos en este punto (cuestión que precisaremos más adelante), que no es técnicamente correcto hablar de *reforma laboral*. A partir de 2008 y de 2009 en todo el país, corresponde hablar y referirnos a la *reforma procesal en materia laboral*. La legislación laboral de fondo (de inspiración y matriz primordialmente *ius neoliberal*), no ha cambiado mayormente. Estamos en presencia de una reforma *adjetiva* (no menos trascendente), pero meramente procesal. El derecho de fondo (las obligaciones, derechos y deberes recíprocos entre empleadores y trabajadores) es el mismo. No hay

grandes modificaciones como para hablar correctamente de una reforma con el calificativo de *laboral*. El cambio de paradigma (a la manera de Kuhn) (Kuhn, 2000) se produce en el sistema legal vinculado al *procedimiento laboral*. Al momento de entrar en vigencia el nuevo modelo*, sin duda se produce un quiebre ostensible con el anterior, desde cualquier punto de vista, como podría ser el criterio cronológico, el criterio técnico (especialización), el criterio de certeza vinculado a la intermediación, etc. El refrán popular (no alcanza para brocardo o aforismo jurídico) “*la justicia tarda, pero llega*”, no es aplicable a materias en donde se reclaman prestaciones de *naturaleza alimenticia*, como son las remuneraciones de los trabajadores. La justicia que tarda, no es justicia, es una justicia que no resuelve el conflicto de sujetos de carne y hueso.

Respecto a la bilateralidad de la audiencia, del *due process of law* (ya dijimos) y respecto a los diversos términos de emplazamiento legal, nos referiremos más adelante. Sin embargo, resulta relevante hacer hincapié, en relación a ciertos plazos, que *son muy cortos*, y que la legislación *pre-reforma procesal laboral* ya tenía. Me refiero al plazo de caducidad de las acciones derivadas del despido, que es de 60 días hábiles, y el de prescripción de las prestaciones laborales, que es de solo seis meses. Parafraseando a las autoridades del Ejecutivo de la época, al momento de entrada en vigencia del nuevo modelo *procesal laboral*: “los empleadores que

* Que obviamente solo causó impacto mediático cuando comenzó a regir en Santiago, la capital de Chile.

respetan la ley, no tienen nada que temer, la ley laboral es la misma, solo modificamos la *forma de reclamar en juicio*". Piénsese solo en las posibilidades de acceso a la cultura, y por consiguiente, el acceso al *conocimiento efectivo de la ley*, realizando un *versus* entre empresas y trabajadores. Obviamente hay *de todo en la viña del Señor*: empleadores que son celosos y escrupulosos vigilantes de la ley, y aquellos que la violan permanente y flagrantemente*. Valga el siguiente ejemplo

* Diario *Atacama* (filial regional de *El Mercurio*), 29 de enero de 2010: «"A la deriva, sin poder alimentarse en más de una semana; durmiendo a la intemperie y sumado a los malos tratos por parte de su empleador". Ese es el relato crudo de 23 temporeros que en condición de ilegalidad llegaron a Copiapó por una mejor calidad de vida. Con estas palabras los inmigrantes aseveran el mal paso que se han llevado por la capital regional de Atacama. La semana pasada, en conjunto con la Dirección del Trabajo, personal de extranjería de la PDI concurrió a las cercanías del fundo [...] de Copiapó, en donde no constataron ningún hecho irregular. Pasaron los días y las declaraciones anónimas sumaban y seguían. Fue el martes 26 de enero cuando funcionarios de la Brigada de Homicidios de la PDI realizaba una búsqueda de personas con requerimiento de los tribunales de justicia cuando constataron la presencia de unos 150 extranjeros apostados en las afueras del fundo, al notar la presencia policial estos se dieron a la fuga. Lograron retener a 23 inmigrantes, a quienes se les solicitó su cédula de identidad y pasaporte, posterior a eso fueron citados al departamento de extranjería de la PDI para regularizar su situación y explicar el hecho. Los 23 inmigrantes de nacionalidad peruana y boliviana relataron que fueron abandonados a su suerte por su empleador. Según el subcomisario, quien tomó declaración a los extranjeros ilegales, estos "habrían sido sacados en dos buses en dirección a Caldera. El contratista los dejó prácticamente botados y asimismo no les pagó". Elsa Machaca, temporera ilegal proveniente de Bolivia corrobora esta aseveración: "Nos sacaron del campamento a las doce y media de la noche con el pretexto de llevarnos a Tierra Amarilla diciéndonos que venía Investigaciones y por eso nos debían esconder. Pero no sabíamos que nos llevaban a Caldera, nos engañaron y nos dejaron botados ahí. Nosotros no tenemos dinero y hace una semana que no comemos", declaró la temporera. De los 23 extranjeros, solamente uno tenía visa de trabajo (...). "Ellos en ningún caso están detenidos, sino que cometieron una infracción al reglamento de extranjería, por tanto cumplimos en tomar los antecedentes y enviarlos a la gobernación provincial y la intendencia que determinará el grado de sanciones que se deben aplicar", sentenció el subcomisario» (sic). Cfr. http://www.diarioatacama.cl/prontus4_notas/site/artic/20100129/pags/20100129034529.html

que no es de ciencia ficción: –"¿Jefe, cuándo van a pagar mi finiquito en la carta esa que me mandaron a la casa hace como un mes? –Mañana llega la respuesta del encargado de Santiago, ven la próxima semana; (próxima semana): –Jefe ¿supo algo de Santiago? –Estamos en eso, no te preocupes, tú sabes que los papeleos demoran; (dos meses después): –¡Oiga, voy a tener que ir a la Inspección para arreglar el problema! –Anda no más (le responde una secretaria), porque tus papeles ya los tiene el abogado de la empresa en Santiago... –¿Y cuándo cree Ud., Rosita que me van a pagar?" ... El final de la historia el lector lo puede intuir. Se insiste, en que la mayoría de los empleadores *cumple la ley*, y *por esa razón no son demandados*, solo son demandados aquellos que la vulneran, y por ello, aumentan las cifras de juicios ganados a favor de los trabajadores.

Es muy fácil, ser acusado del pecado capital del *sesgo ideológico*, no es nuestro afán revitalizar viejas rencillas occisas desde que el muro de Berlín cayó (o eso esperamos en el siglo de las TIC). El procedimiento monitorio es, un procedimiento *racional y justo* para trabajadores y empleadores: tiempo es dinero. Mientras más rápido, más eficaz para todos los operadores, no solo aquellos operadores del sistema jurídico, sino también los del *sistema macro y micro económico* en su conjunto.

Sin entrar en polémicas *ideológicas* de veterana data, no es fácil soslayar (seriamente) el *carácter alimentario de la prestación laboral*. El fundamento de la existencia de un sistema

legal, y por cierto procesal, de protección a las remuneraciones, se basa, principalmente, en la naturaleza predominantemente *alimentaria* que esta tiene. El legislador (de cualquier color político en naciones civilizadas) entiende que para el trabajador la remuneración constituye *su medio de subsistencia*, por lo que se hace necesario introducir normas (y por cierto efectivas garantías *jurisdiccionales*) que permitan que el trabajador perciba la contraprestación debida. Estas normas deben propender a que el dependiente obtenga garantías de pago íntegro y oportuno de la remuneración a que tiene derecho en virtud del contrato de trabajo, y en tanto *contrato*, no solo obliga a lo que en él se expresa, sino que por la *costumbre* o la *ley*, pertenecen a la *naturaleza de la obligación*; haciéndonos aquí eco, no de un principio *post moderno y social de protección laboral*, sino que nos remonta al decimonónico, –y de clara y absoluta matriz liberal revolucionaria-francesa del año 1789– *principio de ejecución de buena fe de los contratos* (Código Civil de Andrés Bello, 1855, artículo 1546)*.

En el *Manual de Juicio del Trabajo*, de que dispone la Academia Judicial de Chile (de libre acceso en su web www.academiajudicial.cl), se expresa que previo a la entrada en vigencia de la reforma procesal laboral: *“existía la convicción, ampliamente compartida por la comunidad ius laboralista, de que el funcionamiento de los mecanismos jurisdiccionales no se ajustaba a los requerimientos de acceso*

a la justicia laboral, toda vez que el procedimiento en juicio del trabajo adolecía de una serie de inconvenientes que llevaban a largos procesos, sin que los trabajadores accedieran a una tutela efectiva de sus derechos (...) de nada hubiera servido la modificación del derecho sustantivo si, además, no se introducían profundas modificaciones en las normas del juicio del trabajo” (Tapia Guerrero, 2008, p. 9); se agrega en dicho texto, que luego de un amplio y fructífero debate, en donde participaron académicos, magistrados, abogados litigantes privados, de servicios públicos, etc., se formó el Foro de la Reforma Procesal Laboral y Previsional (FRPLP), cuyas propuestas constituyeron parte importante de los proyectos de ley respectivos y, por cierto, de las diversas etapas de su amplia y transversal discusión parlamentaria.

Sabemos que la norma general y abstracta, y los derechos subjetivos que sustente, son (o podrían ser) meras declaraciones programáticas o *catálogos de buenas intenciones*, si no van acompañados de efectivas vías *jurisdiccionales*, de materialización práctica de las mismas. Como señala Antonio M. Lorca (Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2003, pp. 31-557), el *proceso* como *sistema de garantías* supone otorgar al ámbito hetero-compositivo de la función jurisdiccional, una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de *“aquí y ahora”* respecto de este (y no de otro) concreto momento, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común *“procedimentalismo”* de las antiguas leyes de enjuiciamiento. La inter-

* E incluso un principio más antiguo de la cultura jurídica occidental: *pacta sunt servanda*.

pretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la *tutela judicial efectiva*, obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio *pro actione* y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la *finalidad de garantía*, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, entonces es claro que *el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado*.

La reforma procesal laboral, trata de poner al día las exigencias de materialización de una *efectiva tutela jurisdiccional* de prestaciones que (ya señalamos) tiene carácter alimentario, de sustento vital, máxime en el juicio monitorio donde, por ley, solo se ventilan causas cuya cuantía no supere (a la fecha de hoy) \$1.930.000 pesos chilenos (US\$ 4.014), sin contar los aumentos y recargos legales.

Los trabajadores *no especulan* en sus demandas laborales. Entre perder tiempo en juicios y buscar trabajo, la gran mayoría elige la segunda opción, renunciando incluso a su legítimo interés: el cobro judicial de lo que es *suyo*. Lo anterior es bastante trascendente a la hora de explicar, más adelante, el eficaz y poderoso mecanismo *auto-compositivo* que promueve la reforma procesal laboral. La autocomposición no se basa en la teoría “*yo gano, tú pierdes*” (Neumann & Morgenstern, 1944), más bien al contrario, se basa en las

concesiones recíprocas. En las *salidas alternativas a la sentencia laboral*, ninguna de las dos partes gana ni pierde, gana la sociedad: se evita un conflicto jurisdiccional.

Finalmente en este punto –y en muy próxima conexión con lo que acabamos de señalar– diremos que el jurista trasandino, Carlos Santiago Nino (Nino, 2003), haciendo referencia a Hobbes, expresa que es ineludible un contrato social al que los hombres deben suscribir para satisfacer su propio *auto-interés*. La vida en el estado de naturaleza es “*cruel, brutal y corta*”, pero los hombres no pueden salir de ella *simplemente por acuerdos mutuos* (mera autonomía de la voluntad), ya que ellos plantean problemas de acción colectiva –del tipo del que luego fuera llamado el “*dilema de los prisioneros*”–*, ya que *cada uno desconfía en que el otro saque ventaja de la violación del acuerdo*. De modo que los hombres deben primero acordar el establecimiento de un poder (el del Estado) que luego *los fuerce a cumplir con los otros*. En otros términos: “*cumpla lo que usted mismo se obligó por su propia palabra, y cumpla*

* “La policía arresta a dos sospechosos. No hay pruebas suficientes para condenarlos y, tras haberlos separado, los visita a cada uno y les ofrece el mismo trato. Si uno confiesa y su cómplice no, el cómplice será condenado a la pena total, diez años, y el primero será liberado. Si uno calla y el cómplice confiesa, el primero recibirá esa pena y será el cómplice quien salga libre. Si ambos confiesan, ambos serán condenados a seis años. Si ambos lo niegan, todo lo que podrán hacer será encerrarlos durante seis meses por un cargo menor”. Vide: Hoester, N. (1975). *Problemas de ética normativa*. Buenos Aires: Editorial Alfa y Patzig, G. (1976). *Ética sin metafísica*. Buenos Aires: Editorial Alfa, traducidos por el filósofo del Derecho argentino Ernesto Garzón Valdés (1927), y citado por Carlos Santiago Nino (1943-1993), en *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 63 y ss.

también aquello que la Ley –que todos acordamos, incluido usted– ordena” (Navarro, 2011).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Academia Judicial de Chile, *Manual de Juicio del Trabajo*, redactado por el profesor Francisco Tapia Guerrero, los magistrados Marcia Undurraga Jensen, Álvaro Flores Monardes, y los académicos María Eugenia Montt Retamales y Rodolfo Caballero Muñoz, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2008.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, 31-557.

Calamandrei, P. (1953). *El procedimiento monitorio*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Correa Delcaso, J. P. (2000). *El proceso monitorio de la Nueva Ley*. Barcelona: Editorial Bosch.

Covarrubias C., A. (2003). *Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Hoester, N. (1975). *Problemas de ética normativa*. Buenos Aires: Editorial Alfa.

Kuhn, T. (2000). *La estructura de las revoluciones científicas*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.

Navarro A., R. D. (2011). *El juicio monitorio en el Derecho Procesal chileno. Dogmática y praxis*. Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Neumann, J. y Morgenstern, O. (1944). *Theory of Games and Economic Behavior*. New Jersey: Princeton University Press.

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Nino, C. S. (2003). “Justicia”. En: *Revista de Filosofía del Derecho DOXA*, N° 14, Alicante.

Patzig, G. (1976). *Ética sin metafísica*. Buenos Aires: Editorial Alfa.

Pérez R., Á. (2006). “En torno al procedimiento monitorio desde el Derecho Procesal comparado europeo: caracterización elementos esenciales y accidentales”. *Revista de Derecho de Valdivia*, XIX(1), 205-235.

Rodríguez, F. E. (1958). “El procedimiento monitorio”. *Revista de la Facultad de Derecho de UNAM de México*, Tomo VIII, N° 30, 97 y ss.

Serrano, S. (1999). *La lingüística. Su historia y su desarrollo*. Barcelona: Editorial Montecosinos.

Zapatero, V. (2004). “El arte ilustrado de legislar”, en “Nomografía o El arte de redactar leyes” de Jeremy Bentham, *Boletín Oficial del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado

*Public International Law and
Private International Law*

RESUMEN

Debido a la globalización existente en el mundo, los derechos supranacionales cobran mayor relevancia en la actualidad, especialmente dos derechos internacionales, el Derecho Internacional Público y el Internacional Privado. Estudiaremos las características básicas de estos derechos, desde su origen histórico, su adecuación a la legislación nacional, las instituciones básicas, así como también desde las nuevas tendencias del Derecho Internacional.

PALABRAS CLAVE

Derecho supranacional, Globalización del Derecho, Derecho público, Derecho privado, Tendencias del Derecho Internacional.

ABSTRACT

Due to existing globalization in the world, supranational rights become increasingly important today, especially two international laws, the Public International Law and the Private International Law. We study the basic characteristics of these rights from their historic origin, as well as from the new trends in International Law.

KEYWORDS

Supranational Law, Globalization Law, Public Law, Private Law, Tendencies of the International Law.

AARÓN OYARCE-YUZZELLI

Ricamatore del Consiglio Nazionale delle Ricerche d'Italia (CNR), en el Instituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) (Roma - 2008), Scientiae Juridicae Doctor (c) por la Wake Forest University School of Law; International Legal Researcher de la Wake Forest University School of Law, Winston Salem NC-USA (2007), Doctor en Derecho (SJD), Lima-Perú, Master en Diritto Privato Europeo de la Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Master en Derecho Americano (LL.M.) de la Wake Forest University School of Law, Winston Salem-USA, Corso di alta formazione in Diritto Romano de la Università di Roma "La Sapienza", Abogado de la Universidad San Martín de Porres, Lima-Perú. Profesor de pre y post grado en Derecho romano, comparado e internacional en la USMP, UNFV, URP, UNP, UPT, Director del Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la URP. Decano de la Universidad Las Américas, Lima Perú. aoyarcey@hotmail.com

Recibido: Diciembre 15 de 2013 • Aceptado: Abril 10 de 2014

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Público* aunque resulte obvio, estudia las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional Público, que en sus orígenes eran el Estado aunque luego surgirían nuevos y más sujetos, debido al avance del mismo Derecho*.

El origen del Derecho Internacional Público sería el *ius gentium*, aplicable a todos los ex-

tranjeros en Roma y común inclusive a los animales, y también el *ius fetiale**, quienes

* Sobre el Derecho Internacional Público ver: Cassese, A. (2003). *Diritto Internazionale*. Bologna: Il Mulino. Costa Ruda, Podestá (1985). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tea; donde el autor señala que el Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de estos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional. Además, el Derecho Internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí. Ver también: Planas Suárez, S. (1916). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Hijos de Reus, Vol., I, pp. 1-51.

- El Derecho Internacional Público es la rama del Derecho que se encarga de las relaciones entre sujetos de Derecho Internacional Público, entre ellos podemos mencionar: a) los Estados, los cuales desde su origen fueron los sujetos fundamentales del DIP, pero gracias al desarrollo del Derecho Internacional, surgieron nuevos sujetos, producto de la integración interestatal o creación de personas jurídicas nuevas; b) organizaciones internacionales, producto de las necesidades internacionales, y que los Estados no podían hacer frente, entre ellas podemos señalar: las Naciones Unidas, la OEA, etc.; c) empresas multinacionales, muy criticadas como sujetos del DIP pero debido a su importancia económica y laboral son consideradas como sujetos; d) organizaciones no gubernamentales internacionales; e) alzados en armas, quienes por pelear la guerra siguiendo las normas del derecho de guerra, adquieren este estatus internacional, no teniendo este reconocimiento los terroristas; f) la Iglesia, no únicamente la católica, sino toda denominación inscrita en las Naciones Unidas; g) los Estados no autónomos, un ejemplo clásico es el caso de Puerto Rico; h) los individuos como entes receptores de normas del Derecho Internacional. Cabe mencionar además, que el Derecho Internacional no solo regula las relaciones de paz, regidas por el Convenio de Viena de 1980 sobre derecho de los Tratados, curso que regularmente es enseñado en Perú, sino también el derecho de guerra, todo el procedimiento de declaración formal, combate, límites, treguas, fin, etc., como se hace en las facultades europeas.

- ♣ Los feciales eran sacerdotes; y como todo *elius sacrum*, también el *ius fetiale* estaba constituido por fórmulas, por ritos, por solemnidades, de ceremonias que el pueblo romano, regidos por rígidos preceptos religiosos sostenedores, que debían de observar para declarar la guerra o para establecer la paz. Y como en las Doce Tablas no estaba escrito el Derecho pontificio o el Derecho augural, pero ambos estaban consagrados en libros secretos, así podemos afirmar con seguridad que todas las fórmulas y ritos que constituían el Derecho fecial, estaban recogidas en libros religiosos especiales (libros y comentarios), confiados al cuidado del colegio de los feciales, el cual probablemente tenía el encargo de llevar nota de todos los tratados que Roma contraía con otros Estados (Fusinato, *op. cit.*, p. 34; extraño ver que los feciales no vienen mencionados por Ogilvie, R. (1969). *Ancient Culture and Society, The Romans and Their Gods*. London: Chatto & Windus). Eran nombrados de por vida por *cooptatio*. Que es la elección de una persona para un cargo en una institución hecha por el predecesor, y elegidos entre las mejores familias patricias y luego de la ley Ogulnia también se le dio oportunidad a los plebeyos de acceder a este cargo (Mommsen, *Rom. Forschungen*, I, p. 115). Lo contrario es sostenido por Weiss en Dar-emberg-Saglio, 2,2, (Fetiales), insistiendo en el carácter típicamente patricio de esta magistratura (Ferrari, *op. cit.*, V, p. 255). Los feciales, como los otros sacerdotes romanos, eran honorados y poseían santidad e inviolabilidad, también fuera del territorio patrio (Fusinato, *op. cit.*, p. 37: *Sacrum etiam inter exterarum gentes legatorum ius*. Tacito, *Ann.*, III, 80).

Los feciales estaban presididos por un *pater patratus* (en esta institución de los feciales se haría referencia de *pater patratus* como líder de una institución, como el *pater familias* en la familia romana, como el pontífice máximo en el colegio de pontífices o la virgo vestales máxima entre las vestales), de carácter duradero y perpetuo, como el del *pontifex maximus* en el colegio de los pontífices, como el magíster de los Salii (quienes eran sacerdotes romanos antiguos, divididos en dos colegios: uno del Palatino y el otro del Quirinale. El sodalicio de los Salii fue instituido por Numa para honrar y custodiar un escudo caído milagrosamente del cielo, como signo de la futura potencia militar de Roma. Sus miembros eran elegidos de entre los patricios, y eran consagrados a Marte y a Quirino, que celebraban con danzas guerreras. El 1 de marzo los Salii paseaban en procesión al escudo (ancilia), chocando las lanzas y cantando un antiguo Carmen saliare. La fiesta terminaba el 19 de marzo, primer día de las Quinquatris. En octubre se celebraban ceremonias similares hasta el armilustro, 19 de octubre, cuando las armas sagradas eran repuestas) y de los Hermanos Arvales (quienes eran doce miembros del colegio sacerdotal romano, instituido según la leyenda por Rómulo, que celebraban en mayo de cada año, sacrificios y ceremonias de purificación de las divinidades agrestes. Se dedicaban además al culto de la diosa Dya, una divinidad arcaica romana, luego se identificaron con Cerere, que protegía la tierra. *The Arval Brethren were a body of priest in ancient Rome who offered annual sacrifices to lares*

se encargaban de las relaciones internacionales públicas romanas, tanto de las relaciones de paz, como de las relaciones de guerra; celebrando tratados internacionales, que creaban alianzas o iniciaban conflictos internacionales. Además el origen del Derecho Internacional Público en el Derecho romano se le otorga al *ius gentium*, el cual utilizaban los extranjeros y quienes estaban excluidos

de emplear el *ius civilis*, que era exclusivo y excluyente para los romanos.

Actualmente los principios del Derecho Internacional Público son los siguientes: a) la igualdad soberana de los Estados (en 1945 la Carta de las Naciones Unidas ha incluido en el Art. 2.1 este principio); b) no intervención en los asuntos internos y externos entre los Estados –se prohíbe a los Estados realizar actividades específicas o constreñir a un Estado extranjero a realizar determinado comportamiento– por ejemplo, la no intervención de las naciones extranjeras en las guerras civiles; c) la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza –Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas– esto porque desde 1945 la paz se ha convertido en el fin supremo de la comunidad internacional, y por ello existe la necesidad de evitar el desarrollo de conflictos armados, capaces de provocar el peligro de la humanidad; d) solución pacífica de las controversias –Art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas– que obliga a las naciones a resolver sus controversias de manera pacífica, para prevenir cualquier amenaza a la paz, a la seguridad y a la justicia; e) respeto de los derechos humanos –la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos– y se establece que ningún Estado puede negar que los derechos humanos deben de ser respetados en el mundo; f) la autodeterminación de los pueblos –propuesto por la Revolución Francesa– todos los pueblos y las naciones pueden definir sus instituciones y políticas nacionales; g) soberanía, comprende los siguientes poderes y derechos: el poder de

and gods to guarantee good harvest. The term can be translated as Brothers of the fields), como el de la virgo vestalis máxima entre las vestales, ver: Fusinato, *op. cit.*, p. 39. Él era el encargado de la consagración del *foedus* y de la declaración de guerra, también le eran reservadas atribuciones especiales, entre las cuales la representación del pueblo romano (aquí podemos apreciar que los feciales utilizaban sus funciones diplomáticas, como lo hacen los funcionarios de cancillería en la actualidad.). Respecto a su etimología algunos la explican como el *pater* familias representaba a sus hijos, así el *pater patratus* al pueblo de Roma: *patratus* estaría a indicar la consagración de esta paternidad artificial (Baviera, *op. cit.*, p. 13, citando a Lange, 13, 265). Otros señalan que *patrare* proviene de sancir, que indica la misión de los feciales de consagrar o de un *nuntium*, en relación a la misión asignada (Livius, 38.3.8).

Las funciones principales eran: a) ser jueces y mensajeros de los acuerdos (*foedera*) de paz y de guerra; b) ser *publici legati* y *nuntii* (los nuncios actualmente son los representantes de la Santa Sede en el extranjero, son diplomáticos que poseen inmunidades que el Derecho Internacional les concede. Son los embajadores de la guerra y de la paz de los romanos, quienes poseen legitimidad divina en sus decisiones), (representantes del *populus romanus*), en las relaciones externas de Roma con otros pueblos; c) tomar determinaciones en relación a la guerra; d) llevar a cabo el rito de celebración del acuerdo (*foedus*), la *rerum repetitio* (pedido de reparación que precedía la declaración de guerra) y declarar el *bellum iustum piumque* (declaración de guerra). Ver: Méndez, C. (2000). *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*. Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario. México: Universidad de Veracruz, p. 13. Los tratados de paz podrían asimilarse actualmente como los tratados de comercio, tratados de integración. Los cuales otorgan libertades como principios básicos. Véase el caso de la Unión Europea que posee como principales principios: a) libertad de circulación, de bienes, servicios, capitales, personas; b) libertad de establecimiento; c) igualdad; d) no discriminación. Sería este el origen del derecho de integración, comercio internacional, el federalismo, etc. Como en el Derecho romano, en el Derecho actual también se presentan problemas similares con los derechos de los extranjeros en los territorios nacionales. Realizando el Estado una clasificación de los extranjeros.

imperio sobre todos los individuos que viven sobre el territorio del Estado; el poder de utilizar y disponer libremente del territorio sujeto a la jurisdicción del Estado, cumpliendo todas las actividades consideradas necesarias o útiles para la población; el derecho a excluir a los Estados del ejercicio de la soberanía en el territorio, el derecho de pretender la inmunidad para sus propios órganos que han actuado como oficiales, el derecho a exigir a los otros Estados la inmunidad de jurisdicción sobre los actos cumplidos como ente soberano (Cassese, 2003, pp. 61-84).

El Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado* es el dere-

* Sobre el concepto del Derecho Internacional Privado ver: Oyarce-Yuzzelli, A. (2005). *Derecho Internacional Privado*. Lima: UIGV, pp. 21-26. El Derecho Internacional Privado es aquel derecho que se encarga de regular las relaciones jurídicas entre personas de Derecho privado, donde exista un elemento extranjero. El Derecho Internacional Privado también es llamado Derecho conflictual, porque al existir elemento extranjero no se sabrá qué ley aplicar, la ley del nacional o la ley del extranjero. Además no se sabrá quién será el juez competente. El autor nos señala que el objeto del Derecho Internacional Privado es denominar el juez competente y la ley aplicable, siguiendo la teoría bipartita o anglosajona, distinta a la tripartita o latina que agrega la nacionalidad y el trato al extranjero. Ver también Rapalini, L. (2002). *Temática de Derecho Internacional Privado*. La Plata: Lex, pp. 14-15. Además Mosconi, F. (2001). *Diritto Internazionale Privato e Processuale*. 2da. ed., Torino: Utet, pp. 7-9. El cual nos habla sobre los *risvolti pratici delle problematiche internazionale privatistiche del forum shopping*, que es el fenómeno de la búsqueda del tribunal potencialmente más favorable, es decir el juez ante quién es conveniente iniciar el proceso. Keller de Orchansky, B. (1990). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Plus Ultra, p. 15; quien nos señala además de la existencia del elemento extranjero que necesariamente debe existir en una relación jurídica de Derecho Internacional Privado, sino se aplicará el Derecho nacional regular. El Derecho Internacional Privado permite a la persona elegir la legislación más favorable a nivel mundial y poderse acoger a ella si no vulnera a terceros civil ni penalmente. Debemos señalar que existe un gran problema en cuanto a la denominación del Derecho Internacional Privado. El término privado implica para algunos juristas, el

cho que regula las relaciones entre personas naturales o jurídicas de Derecho privado, pero donde existe un elemento extranjero presente, sin importar la relevancia de este. Por el simple hecho de existir un elemento extranjero, será de aplicación el Derecho Internacional Privado, porque si no se crea un conflicto de aplicación de normas.

El Derecho Internacional Privado, por su nomenclatura se presta a errores, pues no únicamente estudia temas de Derecho privado, sino todos los temas con conflicto normativo, sean estos de Derecho público o privado.

Existen dos teorías en cuanto a su origen, la unitaria y la de la autonomía.

- a) unitaria, la cual señala que el Derecho Internacional Privado nace dentro del Derecho Internacional Público y recién alcanza su independencia con la escuela histórica del Derecho, donde Savigny lo convierte en una cátedra independiente del Derecho Internacional Público en la universidad en 1850;
- b) autonomía, la cual indica que el Derecho Internacional Público nace en Roma con dos instituciones; el pretor peregrino, que se encargaba de resolver las relaciones jurídicas cuando existía en ellas un elemento extranjero, sea la relación jurí-

tratamiento únicamente de materias de Derecho Civil y Derecho Comercial, excluyendo a las otras, como el Derecho Penal, o Procesal, etc. Más aún si esta materia se encuentra codificada dentro del Código Civil. Es por ello que el Derecho Internacional Privado se adapta mejor al término: derecho conflictual. Se aplicará el Derecho Conflictual (*conflicts of laws*), siempre que exista conflicto en cuanto a la aplicación de la norma nacional o extranjera.

dica misma o los sujetos extranjeros; y la institución de los recuperadores*.

El Derecho Internacional Privado llega al Perú gracias al Tratado de Montevideo de 1892 y luego gracias al Código de Bustamante, que plasma los resultados de la conferencia realizada en La Habana, Cuba en 1928. Este código fue incluido dentro del Código Civil de 1984 en el Libro X, pero solamente los artículos con contenido civil; provocando esto un gran problema en cuanto a su estructura. Además debemos mencionar que no ha sido actualizado desde 1928, ni para la promulgación del Código Civil de Fernández Sessarego.

Dentro de sus principales principios encontramos:

a) la extraterritorialidad de la norma, que nos indica que la norma nacional se aplica en territorio extranjero y que la norma extranjera es de aplicación en territorio nacional, deshaciendo la teoría de la territorialidad de la norma, implica no solo la aplicación de derecho supranacional en territorio nacional, sino normas de países extranjeros, cuando el Derecho Internacional privado lo señale*.

Los principios correspondientes son: I) principio real o protección de intereses, donde se aplica la ley nacional a toda conducta que afecte los intereses o bienes jurídicos del propio Estado o de sus ciudadanos sin considerar la nacionalidad del agente; II) principio de personalidad o de nacionalidad, la ley peruana se aplica a ciudadanos nacionales en el lugar donde se encuentren.

b) trato al extranjero, principio que equipara las condiciones entre el nacional y el extranjero, estableciendo un principio actual, el principio de igualdad, el extranjero debe regirse por la misma regulación que los nacionales, no puede ser discriminado por razón de nacionalidad o etnia. Inicialmente el extranjero era considerado como peregrino u *hostis*, un enemigo para los romanos, esto es a consecuencia de la teoría de la hostilidad natural y posterior nacimiento del Estado bajo el contrato social, donde el gobernante debió de crear un enemigo foráneo, para poder unificar a la población y redirigir la violencia fuera del Estado romano. Por ello actualmente se desvanece la teoría de la hostilidad natural y del trato al extranjero como enemigo*.

* Sobre la institución de los recuperadores ver: Novissimo Digesto Italiano, pp. 1076-1081. Erano giudici, i quali pronunciavano riuniti in collegio e costituivano, accanto al iudex unus e l'arbitro, uno degli organi iudicanti. L'origine dei recuperatores é probabilmente da vedere in procedimenti di tipo internazionale istituiti per il recupero dei beni, che si assumevano occupati o sottratti da comunità o da singoli individui stranieri. Il termine recuperator sembra appunto derivare dall'originaria funzione di questi giudici, che servivano a recuperare beni caduti in mano enemica o straniera.

• Sobre la extraterritorialidad de la norma en el Derecho Penal peruano ver: Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley, pp. 188-192. "La aplicación de la ley penal puede darse a hechos delictivos ejecutados fuera del territorio nacional (Derecho Penal Internacional)".

♣ Sobre el trato al extranjero en el Derecho romano ver: Oyarce-Yuzzeili, A. *El status civitatis*, en *Derecho Romano, Instituciones*, en progreso: La nacionalidad fue un derecho máximo en Roma, como lo es actualmente, aquellos que eran *cives* poseían derechos que no poseían los extranjeros. En el *status civitatis* las personas podían ser o *cives* romanos o peregrino u *hostis*, los enemigos de Roma, cada uno de ellos con derechos diversos y muy diferenciados. En la utilización de la normatividad romana, el *ius civiles*, era utilizado de manera exclusiva y excluyente por los *cives*, dejando de lado al peregrino, quien utilizaba el *ius gentium*. Según este *status* el *cives* contaba con todos sus derechos pero respetando los otros *status* como el *familiae* o el social. Nacionalidad o ciuda-

- c) la reciprocidad, que se aplica a falta de tratado entre las partes y consiste en la obligación de dos naciones por la existencia de un precedente vinculante;
- d) reciprocidad futura, es la creación del precedente que servirá como elemento vinculante para ambas naciones. Es un

_____ danía poseen dos conceptos, uno anglosajón que señala que la nacionalidad es un contrato entre un Estado y un individuo, generando derechos (a la seguridad interna e internacional, seguridad social, trabajo, educación, vida digna, sufragio, etc.) y obligaciones (sufragio, servir a la patria, tributar). Esta teoría del contrato es derivada de la teoría del contrato social sobre la creación del Estado, ver: Rousseau, Kant, Locke, Hobbes, Mommsen. El segundo concepto es romanista, donde se señala que la nacionalidad es un vínculo de la persona con factores en común, como con el pueblo, la tradición, religión, costumbres, etc. La nacionalidad genera entre el ciudadano y la nación derechos y obligaciones de obligatorio cumplimiento, tanto para el Estado, como para el ciudadano. Ejemplo de los deberes del ciudadano podemos indicar los siguientes: a) servir a la patria; b) sufragar; c) tributar. Así también el ciudadano por su condición tendrá derecho a exigir todos los derechos enunciados en la Constitución y en las normas inferiores, como: a) educación; b) salud; c) seguridad social; d) vivienda, etc. Sobre el *status civitatis* ver: Arangio Ruiz, V. (1973). *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: De Palma, pp. 59-65. Los *cives* son ciudadanos de pleno derecho, derechos que podían acceder gracias a la celebración de foderas. Ver también: Mommsen, T. (1942). *Compendio del Derecho Público romano*. Buenos Aires, pp. 37-43. Las causas que dan ingreso en la ciudadanía son las siguientes: a) el nacimiento dentro del matrimonio legítimo, según las reglas vigentes así para el patriciado, como también en lo esencial para la dependencia; b) el nacimiento fuera del matrimonio legítimo, según las normas de la dependencia; c) la adopción como hijo de un hijo de familia de derecho latino; d) la traslación de un latino a Roma bajo la égida de su derecho nacional; e) la liberación de un latino a Roma bajo la égida de su derecho nacional; f) la liberación, no solamente de la esclavitud, sino también de la situación de aquellos hombres libres que se hallaban en lugar de esclavos; g) la concesión del derecho de ciudadano en la forma antigua de recepción de una familia en el gremio de los patricios. La nacionalidad se pierde, aparte del caso de muerte, o por entrar en la esclavitud el individuo que hasta ahora disfrutaba de tal derecho, o por la agregación jurídicamente válida a otro Estado con el cual Roma tuviere celebrado un convenio, y esto, por la ley de incompatibilidad de varias nacionalidades. Guzmán Brito, A. (1993). *Derecho Privado Romano*. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 327-333. Los ciudadanos miembros plenos del *populus Romanus* y participan íntegramente del Derecho romano público y privado (civil pretorio y extraordinario). Por lo que al primero respecta, tienen derecho a votar en las asambleas ciudadanas (*suffragium*), de ser elegidos para las magistraturas y los sacerdocios (honorarios) y de servir en el ejército.

principio político y dependerá de la nación que cree el precedente. Claro ejemplo de reciprocidad futura en Perú fue el caso Fujimori Perú-Japón, donde no existía tratado ni extradición anterior que sirviera de precedente, únicamente existió una expulsión de una ciudadana japonesa del ejército rojo, pero las expulsiones no son consideradas precedente.

En cuanto a las excepciones a la aplicación de la norma extranjera en territorio nacional, podemos mencionar las siguientes:

- a) violación al orden público, entendido este como el conjunto de principios y normas fundamentales de la nación, en Derecho Internacional Público es llamado cláusula de reserva, donde, si una cláusula de un tratado vulnera la normatividad nacional, esta quedará sin entrar en vigencia hasta que las partes lo acuerden*.
- b) violación a las buenas costumbres, en el caso chileno también se menciona la moral. En el Perú tenemos un gran problema, porque las costumbres son distin-

* El principal ejemplo de violación al orden público es la adhesión a la Convención del Mar, lo cual significa para el Perú la reducción de 188 millas marítimas de nuestro mar territorial, por ello, me parece extraña la adhesión del Perú a la Convención del Mar para poder resolver el conflicto de delimitación marítima con Chile. Entre otros ejemplos podemos mencionar la homologación de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero, ello no será posible en el Perú por afectar al orden público, o principio o norma fundamental del Estado peruano. Otro ejemplo es el caso de derecho de sucesiones, donde se pretende dividir los bienes según las legislaciones foráneas, estas hacen distinción entre los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales o en el caso de los árabes, los hijos matrimoniales pero dependiendo de cuál esposa en tiempo, poseerá mayor derecho sobre la herencia.

tas de localidad en localidad, e inclusive poseemos diversas comunidades nativas y campesinas con costumbres permitidas en algunas y prohibidas en otras*.

- c) retorsión, es la prohibición expresa de la aplicación de la norma extranjera en territorio nacional o del reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. El caso de los países socialistas que prohíben el uso de norma imperialista.
- d) falta de adecuación, no poseer los procedimientos ni instituciones para implementar o cumplir sentencia extranjera, ya no es una excepción en el DIP, el Estado está obligado a implementar y aplicar la normatividad internacional*.
- e) la no reciprocidad, el Perú no reconocerá sentencia extranjera, si el país extranjero no reconoce nuestras sentencias. La no reciprocidad significaría además la existencia de un precedente negativo, en cuanto al reconocimiento de sentencias peruanas en el extranjero o aplicación de normatividad peruana. Estudiaremos las principales categorías del Derecho Internacional Privado, como el elemento extranjero, el fraude a la ley y el reenvío, entre otras.

* El ejemplo actual de violación a las buenas costumbres es el caso Badani, quien fue expulsado de Chile por haber atentado contra las buenas costumbres al haber contraído nupcias bajo el rito religioso musulmán con tres mujeres. Caso más actual aún, es el de las colombianas A1, quienes están siendo expulsadas del país por atentar contra las buenas costumbres.

- El caso más reciente en el Perú es el caso Bagua, donde el gobierno peruano obvió aplicar el derecho de consulta que poseen las comunidades nativas y campesinas por reconocimiento internacional, ejemplo la Convención 169 de la OIT, por no poseer la reglamentación para aplicarla.

El elemento extranjero

Una categoría jurídica pertenece al Derecho Internacional Privado, si posee dentro de sí un elemento extranjero. Si la relación jurídica no posee elemento extranjero, la legislación aplicable será la nacional, si posee, la legislación aplicable será la de Derecho Internacional Privado. Un claro ejemplo es el matrimonio de peruana con peruano celebrado en Perú, que sería regulado por el Derecho peruano, Código Civil. En cambio el matrimonio de peruano con extranjera, celebrado en Perú, sería de competencia exclusiva del Derecho Internacional Privado, a causa del elemento extranjero, en este ejemplo la esposa. El elemento extranjero puede ser:

- a) el sujeto, fácil de reconocer, mediante su documento de identidad, pasaporte o carnet de extranjería;
- b) el objeto, por ejemplo, en el caso del comercio internacional, los bienes en la transacción son el elemento extranjero;
- c) la relación jurídica; algunas categorías jurídicas son de Derecho Internacional, sin importar los sujetos o el objeto, es el caso por ejemplo de los delitos internacionales, los cuales serán de Derecho Internacional porque así lo designaron los tratados. También debemos de señalar que algunas relaciones jurídicas son de Derecho nacional, pero se convierten en relaciones de Derecho Internacional. Por ejemplo: el matrimonio entre peruanos, que es nacional, se convierte en relación de Derecho Internacional si algunos de los cónyuges establece su domicilio en el extranjero, o si ambos cónyuges variasen su domicilio.

El fraude a la ley

Una institución básica del DIP es el fraude a la ley, *fraudem legis*, que es la búsqueda de la ley más favorable a nivel internacional. En términos técnicos, es la variación real del elemento de conexión para favorecerse de una ley más benigna, siempre y cuando no vulnere civil ni penalmente a terceros. Ejemplos de fraude a la ley en el Derecho actual son los casos de matrimonios entre homosexuales en países donde lo permite su normatividad; y los casos de divorcio en países donde es más breve en sus procedimientos. Un ejemplo de la señalación de la ley aplicable utilizando el elemento de conexión voluntad es el Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 19 de junio de 1980. Dicho Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en situación que impliquen un conflicto de leyes, incluso si la ley designada es la de un Estado no contratante, excepto en los casos: a) cuestiones relativas al estado civil o capacidad de las personas físicas; b) obligaciones contractuales relativas a los testamentos, los regímenes matrimoniales y otras relaciones familiares; c) obligaciones derivadas de instrumentos negociables; d) convenios de arbitraje y de elección de foro; e) cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, etc. Como ejemplo actual, en el fraude a la ley, podemos mencionar el caso de los futbolistas y artistas italianos, quienes para evadir el sistema de imposición fiscal italiano, establecieron sus residencias en Luxemburgo, donde el sistema impositi-

vo es menor. La Corte *dei conti* inició procedimiento de cobranza coactiva, con posible inicio de juicio penal por haberse realizado conductas para no tributar. Finalmente los inculpados tuvieron que llegar a una transacción con el fisco italiano, dado que no era un fraude a la ley del Derecho Internacional Privado, porque la variación del elemento de conexión fue simulado, y además esta variación no debe causar daños a terceros civil ni penalmente. Es también el caso de Claudio Pizarro y el fisco alemán y peruano.

El reenvío

Otra institución básica del DIP es el reenvío (segundo envío realizado por la legislación enviada), debido a las diferencias de las normas de Derecho Internacional Privado que poseen los países en el mundo. El reenvío puede ser de primer, segundo, tercer grado, y reenvío circular. El caso más reciente sobre el reenvío en el Perú es el de los agentes de seguridad contratados por los Estados Unidos para prestar servicios en Iraq y Afganistán. El contrato señalaba que la ley aplicable sería la ley de Virginia (USA) basándose en el elemento de conexión voluntad de las partes, pero la ley de Virginia indicaba que todos los contratos celebrados en el extranjero se rigen por la ley del lugar de ejecución, (Afganistán). La ley afgana nos señalaba que los contratos celebrados en el extranjero se rigen por el lugar de celebración. Provocando ello que la norma aplicable sea la peruana, aquella que cuestionaba el desempeño de las actividades de los agentes de seguridad.

La calificación de la categoría jurídica

Otra figura del Derecho Internacional Privado es la calificación de la categoría jurídica, que denota, qué legislación va a calificar la categoría jurídica, si será la legislación del lugar de celebración del acto jurídico, del accidente, del lugar de comisión del delito, e irá con calificación previa a la legislación enviada, o si será la legislación enviada la que calificará la categoría jurídica. Por ello aparecen dos teorías:

- a) *lex fori*, que señala que quien calificará la categoría jurídica es la ley del lugar de origen del acto jurídico, y por ende llegará calificada;
- b) *lex causa*, esta teoría no señala que quien calificará la categoría jurídica es la ley del envío, por lo tanto la categoría jurídica llegará sin calificación previa. Un ejemplo de esta discusión doctrinaria sobre el tipo de calificación, lo vemos en los casos de responsabilidad extracontractual, donde Estados Unidos busca que las categorías jurídicas vengán calificadas desde el país de origen (*lex fori*), de este modo la reparación civil sería mucho menor, casos de *class action*, temas de seguros, derecho aeronáutico, etc. Casos emblemáticos en Perú son: el caso Yanacocha y el camión de mercurio. Donde se discutía la aplicación de la *lex fori* o *lex causa*, si se aplicaría el concepto de reparación civil peruano o los *torts* de USA. Y los casos *Faucett* y *Aeroperú*.

Clases de normas

Existen dos clases de normas, las directas y las indirectas.

- a) las directas, son regularmente los tratados relativos a instituciones específicas, como la compra venta internacional, adopción internacional, etc. Estos tratados contendrán la ley aplicable, el juez competente, obligaciones y derechos, etc.;
- b) Indirectas, son aquellas, remisivas, remitentes o conflictuales, aquellas que señalan la ley aplicable; a esta ley nos debemos de remitir para encontrar la ley aplicable. En el caso peruano, las normas conflictuales se encuentran en el título III del Libro X del Código Civil, Ley Aplicable. Se componen de categoría jurídica y elementos de conexión: ley del domicilio, ley de la voluntad, *lex rei sitae*, *lex delicti commissi*, etc.

Competencia

En cuanto a la señalación del juez competente, este se lo designa gracias a la competencia exclusiva de los jueces nacionales que cada país designa. En el caso peruano es de competencia exclusiva del juez nacional: a) estado y capacidad de la persona; b) bienes inmuebles situados en el Perú, salvo que se trate de sucesión internacional; c) quiebra de empresas; d) prórroga de la competencia, cuando las partes se someten al juez nacional y; e) cuando se trate de obligaciones que se cumplan en Perú.

Aplicación

Para la aplicación del Derecho Internacional Privado, se debe seguir el siguiente procedimiento:

- a) verificar si en la relación jurídica existe un elemento extranjero;
- b) recurrir a un tratado bilateral o multilateral que regule la relación jurídica;
- c) si no existe tratado vigente se debe recurrir al Libro X del Código Civil Peruano, a la par al Código de Bustamante, porque la promulgación del Libro X no deroga al Código de Bustamante, más bien toma parte de su articulado; si no existe solución jurídica, recurrir a;
- d) los principios doctrinales del Derecho Internacional Privado.

Nuevas tendencias en el Derecho Internacional

Actualmente el Derecho Internacional cobra mayor relevancia a nivel mundial debido a los procesos de integración a nivel continental*, como es el caso de la Unión Europea, el

* Derecho regional entendido como derecho de integración: ver: Tesauro, G. (2003). *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam; refiriéndonos a la Unión Europea, como modelo de integración para la CAN, Mercosur y otros. Ver también: Alpa, Guido e Capilli, G. (2007). *Lezioni di Diritto Privato Europeo*. Padova, Cedam. El Derecho de integración es la ciencia que estudia los procesos asociativos entre dos o más Estados, ya sea que la vinculación se limite a la formación de zonas de libre comercio, unión económica o la integración total. Es un conjunto de normas, conductas y valores que rigen los procesos de integración, involucrando en ellos a las instituciones que hacen posible su desarrollo, es decir, la ciencia que estudia los procesos asociativos entre dos o más Estados, ya sea que la vinculación se limite a la formación de zonas de libre comercio, unión económica o la integración total. Responde a la voluntad soberana de los gobernantes y redundando no solo en lo económico sino también en lo político, lo jurídico, lo cultural y a él le sucede el Derecho comunitario, esto es el sostén jurídico llamado a regir las relaciones comunitarias en sus diversas especies, el debido respeto al extranjero ha de ser el elemento ideológico que permita la concreción y consecución del bloque. El tratado o acuerdo macro es aquel que da origen al bloque de integración y constituye, sin duda, la carta constitucional básica. Su virtualidad radicará en el encuadre de dicho tratado dentro de los prin-

cipios contenidos en las Constituciones de cada Estado miembro. Los principios en el Derecho de integración son progresivos según avance el sistema de integración, siendo estos: a) libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas; b) libertad de establecimiento; c) igualdad; d) no discriminación. Estos principios no operan en su totalidad, serán progresivos, de acuerdo al grado de integración existente. Por ejemplo: en el Nafta solamente operan los principios de libertad de circulación de bienes, servicios y capitales, no opera la libre circulación de personas. En el caso del Can sí opera la libertad de circulación de personas, pero en calidad de turistas, los cuales pueden permanecer sin visa un máximo de 90 días. En el caso de la Unión Europea sí operan todos los principios, para los ciudadanos de los países miembros.

Las formas de integración son las siguientes: a) zona de libre tránsito o de libre comercio; regularmente entre países colindantes, con la finalidad de promover el tráfico comercial, para lo cual las transacciones comerciales no son gravadas y los productos ingresan al país bajo el procedimiento de las franquicias tributarias; tratados de libre comercio, que tendrían la misma finalidad de las zonas de libre tránsito y libre comercio, eliminándose el arancel. Se trata entonces de un proceso jurídico comercial transitorio por el cual los Estados parte regulan sus intercambios comerciales concediéndose exenciones progresivas aduaneras, de gravámenes y restricciones; b) unión tarifaria, donde dos o más países acuerdan el intercambio de productos con arancel entre ellos y con arancel externo común respecto al intercambio con otros países; c) arancel común, se aplica el arancel externo común para las importaciones desde países terceros; d) mercado común, son intercambios que se realizan libremente entre los países miembros de un sistema de integración, se retiran todas las restricciones a la inmigración e inversión entre fronteras; e) comunidad económica, se da como ejemplo el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, donde se promueve un desarrollo armonioso de las actividades económicas, en el conjunto de la comunidad, y una expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente, y elevación del nivel de vida; f) unión monetaria; g) unión total, es el caso de la Unión Europea, donde operan todos los principios enunciados en una unión. Donde los países miembros han transferido a la UE sus competencias legislativas en determinados asuntos, como la agricultura y la pesca. Además existen competencias que se comparten entre la UE y las administraciones nacionales. Todas las constituciones nacionales deben adecuarse al tratado de Lisboa, no pueden existir contradicciones a la norma supranacional. Ver también: Tesauro, G. (2001). *Diritto Comunitario*. 2da. ed. Padova, Cedam, p. 3 y ss. La Unión Europea moderna tiene como inicio el discurso de Churchill en la Universidad de Zurich en septiembre de 1946 "...Noi dobbiamo costruire gli Stati Uniti d'Europa... Il primo passo nella ricostruzione della famiglia europea deve essere una partnership tra Francia e Germania". El Tratado CECA (European Coal and Steel Community) de París el 18 de abril de 1951, firmado por Francia, Alemania, Italia, los tres países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), luego el CED (Comunidad Europea para

Mercosur, la Comunidad Andina y futuros proyectos como el Alca. Esto provoca la aparición de principios como: a) libertad de circulación de bienes, capitales, servicios y de personas; b) la libertad de establecimiento; c) la igualdad; d) la no discriminación. Además provoca, con el Derecho local, conflictos de jerarquía, –Derecho nacional vs Derecho supranacional–, que para nosotros posee solución, por ser el derecho supranacional de mucha mayor jerarquía que el derecho nacional.

la Defensa) de 1952 que no entró en vigencia, dopo il EURATOM del 25 de marzo de 1957. En 1957 se firma en Roma el Tratado que establece la European Economic Community (EEC), de 1957, llamado también el Tratado de Roma. El Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993, con este documento los miembros ven un modelo federal. Tratado de Ámsterdam, del 2 de octubre de 1997, entrado en vigor el 1 de mayo de 1999. El 1 de enero de 2002 entra en vigencia el Euro. El 1 de mayo siete países de la Europa central y oriental (Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría) entran a la Unión (conformada por Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, UK, España y Suecia). El 1 de enero de 2007, Bulgaria y Rumania entran a la Unión, actualmente son 27 países miembros. Y permanecen como candidatos: Croacia, Macedonia y Turquía. En diciembre del 2007 se firma el Tratado de Lisboa que modifica el texto de los tratados precedentes. Ver también: Moussis, N. (1997). *Access to European Union*, Euroconfidential, Genial. Zanghi, C. (1995). *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*. Torino: Giappichelli. Ver también: Triggiani, E. (2008). *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*. Bari: Levante Editori. Actualmente el Derecho de integración y su modelo máximo, el de la Unión Europea, enfrenta una gran crisis, por la crisis económica de Grecia, que pone en tela de juicio la expansión de la Unión. Ampliar el ingreso a Turquía significará un gran reto porque será el primer país islámico en integrar la Unión. Actualmente, algunos economistas e internacionalistas señalan que esta unión ha creado patologías, las económicas actuales debido a la crisis económica griega, la discriminación contra los países más pobres como Rumanía y sus etnias de Roms y Sintis, etnia errantes de gitanos. El origen del Derecho de integración también es romano y no actual como mencionan algunos integracionistas y economistas. Como veremos a lo largo del desarrollo del libro y en especial en el capítulo dedicado a los feaciales, Roma establecía alianzas con las naciones extranjeras, para entablar relaciones económicas y de defensa, para ello celebraban *foedus*, de donde proviene la palabra federado. Siendo los feaciales el origen del Derecho de integración.

CONCLUSIONES

Tanto el Derecho Internacional Público como el Derecho Internacional Privado son derechos supranacionales que poseen gran relevancia en la actualidad, dada la globalización del Derecho y los sistemas de integración que generan nuevas categorías jurídicas supranacionales y nuevas jerarquías que modifican las jerarquías tradicionales.

En el caso peruano la codificación es deficiente ya que se encuentra en el Libro X del Código Civil, el cual es un recorte del Código de Bustamante, que no ha sido actualizado desde 1929. El Perú a mi criterio no debe de actualizar el Libro X del Código Civil, sino más bien descodificar el Derecho Internacional Privado, como es el caso chileno. Para conocer los derechos supranacionales debemos regresar al Derecho romano y su aplicación, tanto a nacionales como a extranjeros, además reconocer la gran influencia del derecho natural sobre estos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, G. e Capilli, G. (2007). *Lezioni di Diritto Privato Europeo*. Padova: Cedam.
- Arangio Ruiz, V. (1973). *Instituciones de Derecho romano*. Buenos Aires: De Palma.
- Cassese, A. (2003). *Diritto internazionale*. Bologna: Il Mulino.
- Costa Ruda, P. (1985). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tea.

- Guzmán Brito, A. (1993). *Derecho Privado Romano*, T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Keller de Orchansky, B. (1990). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Méndez, C. (2000). *El Ius Fetiale como Derecho Supranacional Vigente para Roma y los demás Pueblos*. Seminario de Derecho Romano XXVI Aniversario. México: Universidad de Veracruz.
- Mommsen, T. (1942). *Compendio del Derecho Público romano*. Buenos Aires.
- Mosconi, F. (2001). *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. ed., Utet, Torino.
- Moussis, N. (1997). *Access to European Union*, Euroconfidentiel, Genial.
- Ogilvie, R. (1969). *Ancient Culture and Society, The Romans and Their Gods*. London: Chatto & Windus.
- Oyarce-Yuzzelli, A. (2005). *Derecho Internacional Privado*. Lima: UIGV.
- Planas Suárez, S. (1916). *Derecho Internacional Público*, Hijos de Reus, I, Madrid.
- Rapalini, L. (2002). *Temática de Derecho Internacional Privado*. La Plata: Lex.
- Tesauro, G. (2001). *Diritto Comunitario*, 2da. ed. Cedam, Padova.
- Triggiani, E. (2008). *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*. Bari: Levante Editori.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley.
- Zanghi, C. (1995). *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*. Torino: Giappichelli.



Problemáticas del Derecho
en el panorama local

Aproximación a los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno

Approaches to the guiding principal of internal forced displacement

RESUMEN

A través de los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, se reconocieron derechos y necesidades específicas de los desplazados forzados internos. A pesar de no ser una fuente vinculante de Derecho, este documento ha gozado de gran aceptación por parte de la comunidad internacional. Así mismo, ha servido como una herramienta fundamental de empoderamiento para las víctimas de este fenómeno. Los Principios, basados en el concepto de soberanía como responsabilidad, regulan situaciones generales de prevención, atención y asistencia de las autoridades nacionales a las víctimas, así como su derecho a recibirla. De la misma forma, contienen el derecho a no ser desplazados y fijan las condiciones para el retorno y/o reasentamiento.

PALABRAS CLAVE

Desplazamiento interno, Principios rectores, Derecho a no ser desplazado, Asistencia, Retorno y/o reasentamiento.

ABSTRACT

Through the Guiding Principles of Internal Forced Displacement, rights were recognized and also the specific rights of the forced internal displaced.

Despite not being a binding source of law, this document has enjoyed wide acceptance by the international community. Likewise, it has served as a fundamental tool of empowerment for the victims of this phenomenon. The Principles based in this concept of sovereignty as well as responsibility, regulate general prevention situations, care and the national authority assistance to the victims, as well as the right to receive them. In the same way, also the right to not be displaced and to set conditions for returning or resettling.

KEYWORDS

Internal displacement, Guiding principles, The Right to not be Displaced, Assistance, Return and resettlement.

JACKELINE CECILIA SARAVIA CABALLERO

Docente investigadora del Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrés de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. Licenciada en Derecho (Universidad del País Vasco UPV/EHU) con Estudios Avanzados en Derecho Constitucional (UPV/EHU). Estudiante de Doctorado de la misma universidad. jackeline.saravia@usa.edu.co

Recibido: Noviembre 31 de 2013 • Aceptado: Marzo 30 de 2014

INTRODUCCIÓN

Aunque, no ha sido reconocido y regulado hasta hace pocos años, el desplazamiento forzado interno de personas, no es un fenómeno nuevo, sino que es una categoría de víctimas que ha existido desde hace muchos años; sin embargo, actualmente ha adquirido relevancia, debido como bien lo afirma Vidal López, a la necesidad de reducir las migraciones internacionales forzadas, que suponen situaciones complejas para los países de recibo.

Es menester recordar, que el desplazado, se encuentra dentro de las fronteras de su país, hecho que reviste crucial importancia, debido a que aun cuando puede ser desplazado por causa atribuible al mismo Estado, sigue bajo su mandamiento soberano sin que pueda inmiscuirse un tercer Estado, sin autorización previa.

Es en este punto, donde los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado, se tornan de vital importancia, ya que, surgen como un punto de inflexión en la prevención, protección y asistencia de los derechos de los afectados, así como, en el logro del empoderamiento de esta población en su búsqueda por lograr nuevamente una estabilización socioeconómica y familiar.

A través de este artículo, se busca realizar una aproximación al surgimiento de los Principios Rectores, el proceso de creación y compilación de las normas que contiene, así como, del alcance que han adquirido en el

tiempo que llevan vigentes. De igual forma, se abordará su relevancia y obligatoriedad en algunos países que cuentan con desplazados internos forzados. Para ello se pretende efectuar un recorrido por las secciones de los Principios, poniendo de relieve su interés por encontrar soluciones duraderas que hagan mella en el escenario político internacional y local, con el fin de establecer un espacio transformador que desemboque en el goce efectivo de los derechos por parte de la población desplazada forzada internamente.

1. Surgimiento de los Principios Rectores

En 1998, la Organización de Naciones Unidas, ONU, a través de los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, acuñó una definición para los *desplazados internos* como:

“aquellas personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su propio hogar o de su lugar de residencia habitual, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano”.

Exigiendo, como elemento esencial, una particularidad y es que “no hayan cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” (Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998).

Las cifras muestran que a finales del año 2012, se reportaron 28,8 millones de personas como desplazadas internas forzadas en razón de un conflicto armado o una persecución en al menos 52 países (IDMC, Internal Displacement Monitoring Centre, 2013).

Aunque, jurídicamente es un fenómeno de reciente preocupación y regulación, se puede afirmar que no es del todo nuevo para la Organización de Naciones Unidas, ya que, la Asamblea General desde 1970, venía usando la denominación “desplazados bajo el cuidado del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)”, para referirse a “poblaciones que hacían parte del mismo flujo migratorio que los refugiados y que requerían de la misma atención, especialmente en procesos de retorno, pero que no habían cruzado una frontera” (Vidal López, 2007, p. 53).

Los desplazados internos forzados no tienen para sí, a diferencia de las personas refugiadas, un convenio internacional vigente que regule sus derechos, necesidades y atención debida por parte del Estado al que pertenecen. En este punto, es menester recordar que las víctimas del desplazamiento como personas que son, se encuentran amparadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la anterior afirmación merece precisar que, el núcleo duro de los Derechos Humanos nunca puede ser limitado, muchos de los derechos que se le violan a este grupo poblacional admiten ser suspendidos o derogados en situación de conflicto, que además, no siempre alcanzan el umbral para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario,

que es el escenario en el cual se producen más desplazamientos internos en la actualidad.

Así, en aras de la protección de esta población, se comenzó por identificar las lagunas jurídicas y las zonas grises en la protección de sus derechos (Cohen, 1998). Al referirse a lagunas jurídicas los expertos hacían referencia a 17 áreas en las cuales los derechos no eran protegidos en su totalidad, dado que, no se regulaba por completo, por ejemplo, el derecho a la restitución de la propiedad abandonada o el retorno aunado a la existencia de minas antipersonales.

En cuanto a las zonas grises, se referían a que a pesar de la existencia de la norma era necesario adecuarla a la situación de los desplazados internos, ya que, no existía un consenso sobre cómo aplicar la norma general a la situación específica, por lo tanto, los Principios infirieron derechos de normas que no los hacían explícitos.

2. Soberanía como responsabilidad: base de los Principios Rectores

El representante para el desplazamiento forzado*, hizo especial énfasis en que el fe-

* En 1992, el secretario general de las Naciones Unidas –Boutros Boutros Ghali– presentó el informe acerca de los desplazados internos, a raíz de ese informe, la Comisión de Derechos Humanos instó al secretario para la designación de un representante del secretario general para el desplazamiento forzado interno. El escogido fue Francis M. Deng, exdiplomático de Sudán e investigador principal del programa de estudios de Política Exterior de Brooking Institutions, quien fue invitado a ejercer como representante de forma voluntaria y a tiempo parcial, y de forma autónoma, solicitó cooperación a expertos y a instituciones de investigación independientes.

nómeno ante el cual se encontraba, era una cuestión que pertenecía a la soberanía estatal, pero la comunidad internacional podía intervenir siempre y cuando el Estado no manifestara voluntad de asistencia con las víctimas o se mostraba incapaz para atenderlas.

Instaurando así, desde el enfoque de protección, un concepto de soberanía funcional como forma de responsabilidad. Partiendo de la soberanía, se establecía la responsabilidad primaria del Estado de asegurar a sus ciudadanos la protección y el goce efectivo de sus derechos, pero a su vez, se constituía la obligación de la comunidad internacional de brindar ayuda humanitaria a las víctimas, si el Gobierno por falta de voluntad o capacidad, no les proporcionaba las medidas adecuadas para preservar la dignidad humana.

La protección como responsabilidad es una de las tres dimensiones del concepto de protección basado en derechos, es decir, la protección concebida como “todas las actividades dirigidas a la realización efectiva de los derechos de las personas”, que enfatiza su desarrollo en el apoyo a las iniciativas de las personas y no en nombre de las personas.

Las otras dos dimensiones que se le atribuyen a la protección son como objetivo y como actividad. En cuanto a la primera, hace referencia a la exigencia del respeto de los derechos, no solo de la vida, sino de los derechos civiles y políticos, así como, los derechos económicos, sociales y culturales. En cuanto a la protección como actividad, su-

pone que se lleven a cabo medidas que busquen garantizar el disfrute de los derechos, para ello se identifican tres tipos de actividades que se pueden realizar simultáneamente, las acciones de respuesta que conllevan la prevención o detención de los efectos de los abusos; las acciones coercitivas que buscan principalmente remediar las violaciones que se cometieron y por último, las de construcción del entorno que suponen la consolidación de las normas políticas, sociales, culturales e institucionales (Churruca Muguruza, 2011, pp. 19-20).

El poder de esta aproximación reside en subrayar las responsabilidades de un Estado y la rendición de cuentas a los grupos nacionales e internacionales. En consecuencia, el Estado no puede reclamar las prerrogativas de la soberanía a menos que cumpla con los compromisos acordados internacionalmente, que incluyen el respeto de los derechos humanos (Weiss, Forsythe & Coate, 2001).

Los Principios Rectores, se erigen como una compilación de normas existentes, adecuadas para la protección de los derechos de los desplazados internos y que han tenido gran acogida por las agencias de la ONU, los gobiernos, las Organizaciones no Gubernamentales y los desplazados, que los han usado como herramienta de empoderamiento. La clave del éxito de los Principios ha sido la labor de difusión realizada por el Representante y su equipo de trabajo, que incluye la traducción a cinco idiomas oficiales de la ONU, además de otros 28 idiomas y algunas lenguas étnicas (Weiss, 2003).

La presentación de los Principios constituyó un punto de inflexión en la protección de los derechos de los desplazados, ya que, se reconoció explícitamente los derechos y necesidades de los desplazados internos. Sin embargo, su elaboración impuso retos, debido a que por primera vez un grupo de expertos ajenos a un proceso intergubernamental tradicional fue partícipe por completo en la elaboración, revisión y redacción de un documento jurídico internacional.

La naturaleza jurídica de los Principios, no es vinculante, no otorga ningún *status* jurídico a los desplazados internos, pero el documento constituye *soft law* o derecho blando diferente*, debido a dos motivos principalmente, el primero que las normas que recoge son vinculantes y el segundo al proceso de elaboración *sui generis* (Kälin & Schrepfer, 2012, p. 71).

Esa misma naturaleza jurídica es la que ha permitido al representante negociar con mayor facilidad la aplicación de estos a nivel interno, ya que, al no ser un instrumento jurí-

dico vinculante los gobiernos se encuentran más abiertos al diálogo y menos renuentes a considerar que la labor del Representante es inmiscuirse en asuntos internos de los países.

Sin embargo, hay que destacar que los Principios han tenido significación jurídica y han gozado de amplia aceptación a nivel internacional. Su reconocimiento mediante resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos reafirman su autoridad moral, además de, constituir directrices para las organizaciones de ayuda humanitaria que trabajan con los desplazados sobre el terreno y las Organizaciones no Gubernamentales. Así mismo, y no menos importante, muchos países los han adoptado como base de su legislación interna.

Colombia, por medio de la Sentencia SU-1150/2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, de 30 de agosto, incorporó los Principios Rectores a la Constitución Nacional, para ello, se toma la figura de bloque de constitucionalidad, en un comienzo, para los principios que contenían normas que se encontraban en tratados referentes a Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, que había aprobado el Estado con anterioridad. En el caso de que existieran principios que no reiteraban normas de un tratado anterior, estos servirían como parámetros interpretativos de las normas referentes al tema.

Más adelante, la Corte, en la Sentencia T-098 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra,

* El *soft law* o derecho blando es una fuente de derecho que aunque no crea una obligación legal, establece algo más que una obligación política o moral, es decir, aunque no es jurídicamente obligatoria como la ley, tiene alguna relevancia jurídica. Se distinguen tres tipos de *soft law*; el primero, aquel que exige a los Estados trabajar para conseguir un objetivo futuro, es decir, se limitan a esbozar un proyecto común; la segunda clase es aquel que se erige como precursor para la elaboración de un Tratado, por ejemplo la "Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer" de 1967 que se convirtió en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979. Por último, está el *soft law* interpretativo, es decir, aquel que reformula obligaciones existentes y realza derechos inherentes en las normas generales, dentro de esta categoría se encuentran los Principios Rectores.

de 14 de febrero, declaró que los Principios Rectores eran parte del bloque de constitucionalidad, sin hacer distinción alguna entre ellos.

3. Contenido de los Principios Rectores

El contenido de los Principios, se caracteriza por la fusión de tres regímenes normativos que, aunque, se encuentren encaminados a proteger la dignidad humana, poseen bases conceptuales diferentes.

Los Derechos Humanos, en general, protegen a las personas de las arbitrariedades de los Estados. En el caso de los desplazados forzados, los Principios reafirman la protección de los Derechos Humanos a los desplazados, al establecer explícitamente las obligaciones positivas y negativas de los Estados para los que se ven obligados a huir.

El Derecho Internacional Humanitario, por su parte, juega un papel importante si la causa del desplazamiento es un conflicto armado, ya que, protegen a los desplazados como a cualquier otro civil en tiempos de guerra, además que no solo aplica para los Estados sino para los actores armados, sin embargo, como se había mencionado antes, la mayoría de desplazamientos surgen por disturbios o situaciones de conflictos prolongados.

En cuanto al Derecho Internacional de los Refugiados es una fuente de comparación, ya que la mayoría de las necesidades de los desplazados son similares a la de los refugiados (Phuong, 2010).

Los Principios están compuestos por 30 artículos que desarrollan los derechos y necesidades de las personas en condición de desplazamiento forzoso y las obligaciones de los gobiernos de los países con desplazamiento interno; así como, de los grupos insurgentes y de todas las organizaciones relacionadas con la cuestión de los desplazados internos. Como se ha dicho, el documento ha logrado crear conciencia sobre la situación de los desplazados y sus necesidades, que son diferentes a las del resto de los ciudadanos, dado los efectos perversos de la tragedia que transforman de manera devastadora la vida de las personas que padecen esta situación.

No obstante, aún falta mucha difusión del tema en el contexto general, de hecho la prensa y las personas en la calle se refieren a los desplazados internos como refugiados*, creen que son similares; sin embargo, los desplazados internos, a pesar de, constituir un grupo más grande recibe menos atención y puede ser aún más vulnerable al encontrarse dentro de sus fronteras, ya que, muchas veces es el mismo régimen el que los obligó a desplazarse.

La primera sección de los Principios contiene normas generales que prohíben la discriminación, así como, también reconoce la especial vulnerabilidad de ciertos grupos dentro

* Un ejemplo reciente es una noticia del periódico español *El País* titulaba "Más de 200.000 personas huyen de sus casas por los combates en Mali" a lo que le sigue la mitad de los refugiados se encuentran aún en el interior del país. Véase en <http://internacional.elpais.com/internacional/2012/04/03/actualidad/1333453652_384653.html> [con acceso el 3 de noviembre de 2013].

de los mismos desplazados forzados con referencia específica a los niños y las mujeres que a lo largo de los Principios se irán desarrollando.

Es importante destacar de esta sección el énfasis que realiza en el deber primario de brindar protección y asistencia por parte de las autoridades nacionales y el derecho de los desplazados a solicitar y recibir asistencia de las autoridades; basándose en la soberanía como responsabilidad, este principio se erige en norma importante en el momento en que las autoridades no tienen capacidad o no pueden asegurar el cumplimiento de los derechos de los desplazados, así como, la creación de medidas adicionales para asistir de forma eficaz a las víctimas.

Así mismo, consagra el derecho a la igualdad y a la no discriminación por el mero hecho de ser desplazados y también protege las discriminación entre los mismos desplazados, por razones de raza, religión, etc. Acá se reafirma un principio importante, ya que, los desplazados en la mayoría de los casos son estigmatizados porque se relacionan con la violencia y muchos ciudadanos creen que pertenecen a algún bando de los que se encuentran en disputa.

En Colombia, la Corte Constitucional tuvo que apelar al principio de solidaridad para recordar que los desplazados son ciudadanos que han huido de la barbarie dejando abandonados todos sus bienes, rompiendo muchas veces sus lazos familiares y disgregando su cultura y no se les puede señalar

como delincuentes por el hecho de ser desplazados, más bien, recordó la Corte hay que tener presente que se está ante un problema nacional y se debe ayudar a encontrar soluciones duraderas para ellos.

La igualdad establecida en los principios hace alusión a la aplicación de la igualdad real, ya que, permite la aplicación de medidas especiales a los grupos más vulnerables dentro de los desplazados. Adicionalmente, este principio hace referencia a que los desplazados no pueden hacer uso de su situación ni de los Principios Rectores para evitar ser castigados, si cometieron un crimen por el hecho de ser desplazados no dejarán de ser castigados y viceversa por el hecho de delinquir no perderán su condición de desplazados, ya que, esta es una situación de hecho y no un reconocimiento legal (Kälin, 2000).

Adicionalmente consagra la observancia de los Principios por todas las autoridades o grupos, independientemente, de su condición jurídica, remarcando que son imparciales y a su vez constituyen un estándar mínimo de protección, con lo cual no se puede menoscabar normativas que consagren derechos más amplios, ni socavar el derecho de solicitar asilo; de esta manera busca aplacar las críticas sobre la restricción al derecho de asilo por el hecho de prestar ayuda humanitaria *in situ*.

Por su parte, la sección segunda, relativa a la prevención de los desplazamientos internos y a la mitigación de los efectos adversos, si estos llegasen a ocurrir; a su vez, se refiere a

situaciones donde el desplazamiento forzado es inadmisibles, así como, a la obligación de respeto de las normas internacionales con el objetivo de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocarlo, ya que, este hecho reduciría notablemente los desplazamientos a nivel mundial; así mismo solicita que se atiendan las garantías procesales con que cuentan los desplazados, haciendo énfasis en aquellos que tienen especial apego a la tierra.

En esta sección, el principio 6, consagra expresamente el derecho de todo ser humano “a la protección contra desplazamientos arbitrarios”. El Representante, justifica que este derecho existe implícitamente de antaño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y explícitamente en el Derecho Internacional Humanitario y en otras normas de Derecho Internacional, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989”.

La consagración de este derecho en los Principios Rectores no ha sido pacífica, dado que se considera que la base legal que se le atribuye es débil, ya que la aplicación que han tenido esas normas no lleva a la conclusión de la existencia de un derecho subjetivo de permanencia y además no existe en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos una prohibición absoluta a los éxodos, sino que se utiliza como mera herramienta para el desarrollo de políticas u obtención de objetivos (Sánchez Mojica, 2007). Dicha situación, por tanto lleva a entender que el principio 6

no interpretó derechos existentes sino que creó un derecho (Stavropoulou, 1993,1994).

El Representante y su equipo de trabajo, basándose en la interpretación del artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los artículos 12.1 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se refieren a la libertad de circulación y elección de residencia, y a la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, el domicilio y la familia, dedujeron el derecho a no ser desplazado (Peral Fernández, 2001).

En cuanto al Derecho Internacional Humanitario se apoyaron en los artículos 49 del IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra 1949 (en adelante IV Convenio), los artículos 4.3.e y 17 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante Protocolo II) que se refieren a la prohibición de traslados forzosos de población por razones relacionadas con el conflicto, a menos que, la seguridad de la población se encuentre en juego o existan razones militares imperiosas.

También consideraron como fundamento legal el artículo 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. Ellos consagran la prohibición explícita de realizar traslados de las

poblaciones indígenas y tribales de la tierra que ocupan; así mismo regulan el traslado y reubicación por razones excepcionales, que exige el consentimiento libre y pleno de los afectados, así como, su retorno en el menor tiempo posible, siempre que ello sea viable y de no serlo exige reubicación en tierras de igual calidad más la indemnización que tenga lugar.

Las críticas a la existencia del derecho a no ser desplazado y a la supuesta debilidad de los argumentos se establecen desde varias dimensiones, la primera, la interpretación que se le ha dado a las normas no va en la misma dirección que propone el Representante. Para apoyar este argumento se hace referencia al fallo del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia *Prosecutor vs Naletilic and Martinovic* de 2003, en el que se castigaron acciones militares que obligaron a huir a los bosnios, por el temor causado con ellas, debido a que perseguían completar una limpieza étnica de los bosnios musulmanes replegándolos a la región oriental de la ciudad; no se hizo alusión a su derecho a permanecer en su hogar o sitio de residencia.

La segunda, hace referencia a que las normas en que se apoya establecen una prohibición de éxodos forzados sin formular derecho subjetivo alguno. Se afirma que el objetivo del Derecho Internacional Humanitario al regularlo es evitar la violación masiva de los derechos que se da como causa del desplazamiento y exigir el respeto del principio de proporcionalidad en el caso necesario en

que se presente. Añadiendo, que el desplazamiento en el Derecho Internacional Humanitario se utiliza de forma instrumental como un método de combate o de protección de la población civil que debe respetar el artículo 3 común de los convenios. Se asegura que es prohibido si como método de guerra es desproporcionado o innecesario pero preceptivo si se demanda para garantizar los derechos del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra: el derecho a la vida, la integridad corporal, la toma de rehenes, el derecho a la dignidad personal y el debido proceso (Sánchez Mojica, 2007).

Por último, respecto a las normas de Derechos Humanos, el derecho a la libertad de movimiento, no discriminación y no injerencia en el domicilio ni en la vivienda, consideran que tampoco es una base sólida debido a que los derechos en que se basan para deducir el derecho a no ser desplazado, no constituyen prohibiciones absolutas y admiten suspensión o derogación, incluso por temas de desarrollo de infraestructura, siempre y cuando sea involucrado el bienestar general.

Los argumentos contrarios a la anterior posición, sostienen que el desplazamiento forzado interno siempre viene precedido de una violación masiva y múltiple de derechos humanos, debido a la presión directa e indirecta que produce sobre las personas que emprenden la huida.

En la tercera sección se exploran las normas que protegen a los desplazados internos, afirmando normas generales para ir especifi-

cándolas de acuerdo a las necesidades de los que han huido. Esta sección establece los derechos de los desplazados adecuados a sus necesidades, creando un estándar mínimo de tratamiento hacia ellos, que responde a la preservación de la integridad física, seguridad y vida familiar, así como al goce de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos.

Comienza con la protección al derecho a la vida, reflejando el Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos de carácter internacional y no internacional, así como el Derecho Internacional Consuetudinario, al consagrar el principio de distinción, la prohibición de civiles como escudos humanos y el uso de minas antipersonales para los civiles. La no destrucción de estas minas al final de los conflictos, dificulta el reasentamiento y la búsqueda de soluciones duraderas para los desplazados, ya que, existe temor a reasentarse en tierras minadas.

Así mismo, los Principios hacen referencia a la protección de la integridad física y mental. Es importante tener en cuenta que los hechos que producen un desplazamiento, además de conllevar la violación de múltiples derechos, vienen precedidos de circunstancias enmarcadas en acciones de terror que afectan a numerosas familias, que además de ver morir a familiares o amigos, en muchos casos, se ven obligadas a separarse sin volver a tener noticias de ellos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Cyprus vs Turkey* afirma que los

griegos chipriotas que tuvieron que huir dejando a sus familiares, han sido sometidos a un trato inhumano por parte de las autoridades, debido a que no se ha llevado a cabo ninguna investigación sobre las circunstancias de desaparecimiento y de destino actual, que puede arrojar datos sobre los familiares desaparecidos en la incursión militar de julio y agosto de 1974, por lo tanto el silencio de las autoridades los ha obligado a vivir en un estado prolongado de ansiedad aguda.

Además, el hecho de retomar su vida en un sitio diferente para el cual no se encuentran preparados, en la mayoría de los casos, afecta el rol que el género masculino tenía en su hogar, ya que, no puede cumplir los mismos oficios que realizaba en el campo, por lo cual comienza a ser la mujer la proveedora del dinero en el hogar, ya que muchas veces, ellas en la ciudad pueden trabajar de empleadas domésticas o en el cuidado de niños y ancianos. Estos hechos complejos y radicales afectan la integridad mental de la población.

Respecto al derecho a la libertad de movimiento, se realiza una ampliación, haciendo mención expresa a la prohibición de detención o prisión arbitraria y confinamiento en campamentos cerrados, el derecho a escoger domicilio en el país y a buscar seguridad en cualquier parte de este, así como, el derecho a abandonarlo, solicitar asilo y recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en un sitio donde su vida y seguridad puedan verse en peligro.

Este último derecho, proviene de una aplica-

ción analógica del *Non-refoulement* del Derecho Internacional de los Refugiados, que en los Principios se observa como el deber que tienen los Estados de garantizar que los desplazados internos no se vean obligados a volver o a reasentarse en zonas de peligro. Este derecho también es una aplicación del derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles, debido a que la exposición de los desplazados si retornan a los lugares que fueron desplazados puede derivar en asesinatos o vejámenes en su contra. El Consejo de Europa en el párrafo 5 de la Recomendación Rec (2006) 6 adopta expresamente la obligación de los Estados miembros que tengan desplazados internos a no obligar a sus desplazados a devolverse a áreas donde sus vidas corran peligro o exista riesgo de tortura.

Los Principios, también se refieren a la prohibición de participación directa de niños en los combates y en actividades relacionadas con ello, aunque no hacen referencia a una edad específica, se entiende que el reclutamiento está prohibido en niños menores de 15 años (Kälin, 2000).

Igualmente se protege a la familia, en sentido amplio, y a la vida familiar de los desplazados y a un nivel de vida adecuado que cumpla con el mínimo del derecho de subsistencia. Del mismo modo se hace énfasis en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la obligación de las autoridades de expedir los documentos necesarios para el goce de los derechos. Al hacerse explícito en los Principios la necesidad de reposición de

los documentos perdidos durante la huida se busca garantizar que los desplazados puedan ejercer sus derechos libremente, llenando el vacío que existía en las normas vigentes y dificultaba en extremo la situación de los desplazados, sobre todo de las mujeres y niñas que en muchas ocasiones se les niega un documento a su nombre propio. Este principio es un ejemplo de la proyección de cubrimiento de las necesidades específicas que proporcionan los Principios a los desplazados internos (Mooney, 2005).

Así mismo, en esta sección es importante resaltar que se consagra el derecho a la educación, gratuita y obligatoria a nivel primario para los niños desplazados, en condiciones igualitarias y de respeto cultural y religioso.

En general, esta sección protege los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, así como protege a los desplazados contra la tortura y el trato cruel, la violencia sexual, que aunque afectan principalmente a mujeres y niñas, protege a los dos sexos, así como, también contra la violencia de género, la esclavitud, todos ellos presentes en múltiples instrumentos universales y regionales. De igual modo, se hace referencia expresa a la protección de la propiedad y las posesiones.

La sección cuarta, es innovadora, ya que, insta a las organizaciones humanitarias a adecuar las medidas de la asistencia humanitaria a las necesidades de los desplazados, haciendo énfasis en la seguridad y protección real e integral. A su vez, reafirma lo dicho en

la sección primera sobre la responsabilidad primaria del Estado en la asistencia y el derecho de las organizaciones a brindarle protección, así como también regula la protección de quienes trabajan en esas agencias.

Las organizaciones humanitarias internacionales y otras partícipes tienen derecho a ofrecer servicios de apoyo humanitario, respetando el principio de no discriminación e imparcialidad con el fin de prevenir y aliviar el sufrimiento y proteger la vida y la salud de los afectados. Este ofrecimiento no se debe considerar un acto inamistoso y su aceptación no podrá ser sometida al arbitrio; siempre que la supervivencia de la población se encuentre amenazada y, las organizaciones respeten los principios mencionados anteriormente, su ayuda debe ser aceptada (Abril Stoffels, 2004).

Así lo ha entendido el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas, que ha emitido múltiples resoluciones en las que se ha reafirmando la soberanía, la integridad territorial y la independencia política que han instado a los Estados al respeto al paso rápido, libre y sin trabas de la ayuda y la asistencia humanitaria.

Por su parte en la Cumbre Mundial de 2005, además de reconocer los Principios Rectores como marco internacional de importancia para la protección de los desplazados, se resaltó la necesidad de garantizar el acceso seguro y sin obstáculos de los actores humanitarios (Kälin, 2000). De igual forma la Recomendación Rec (2006) 6 del Consejo

de Europa en el párrafo 4 establece que una de las obligaciones del Estado dentro de su responsabilidad de proteger es no negarse arbitrariamente a recibir asistencia y ayuda humanitaria.

Por último, en la sección quinta se regula el derecho de retorno o reasentamiento y reinsertión de los desplazados, en condiciones de dignidad y seguridad. Igualmente, se enfatiza en la necesidad de participación de los desplazados en las actividades relacionadas con su futuro, ya que, el retorno o reasentamiento informado tiene altas probabilidades de ser sostenible. Adicionalmente, esta sección consagra el derecho en cabeza de los desplazados de asistencia para la recuperación de las propiedades o posesiones abandonadas en el momento de la huida. Si esa recuperación no es posible, se les debe indemnizar o reparar.

El principio 28 hace explícita la obligación y responsabilidad primaria de las autoridades competentes para proveer las condiciones de regreso, reintegración o reasentamiento voluntario de los afectados. Los desplazados deben escoger, con conocimiento de causa, cuál de las tres opciones eligen para rehacer su vida, ya que, el objetivo primordial es la búsqueda de soluciones duraderas a los problemas de los desplazados internos. El retorno, la reintegración o el reasentamiento debe darse en condiciones de seguridad (legal, física y material); dignidad y por último de forma voluntaria (Cirera Fortea, 2006).

El derecho de retorno de los desplazados

internos, no tiene par en el Derecho Internacional; los creadores de los Principios lo dedujeron del derecho a la libertad de movimiento y de escoger domicilio que se encuentra presente en los Instrumentos de Derechos Humanos universales y regionales.

En el Derecho Internacional Humanitario, en la regulación sobre conflictos armados de carácter no internacional no se determina el derecho de los desplazados a regresar a su hogar o domicilio, sin embargo, este derecho, se ha adoptado por el Derecho Internacional Consuetudinario, aplicable tanto a los conflictos con carácter internacional como a los que no lo tienen, así mismo, varios acuerdos de paz contemporáneos lo establecen –Dayton, Abjasia, Erdut, Darfur y Nepal– (Doswald-Beck & Henckaerts, 2007, p. 516). De igual modo, el Consejo de Seguridad ha realizado llamamientos a los gobiernos y a la comunidad internacional con el fin de que se facilite el retorno de desplazados, así como en ocasiones ha reconocido el derecho de los desplazados a retornar (Kälin, 2000). Por su parte la Recomendación Rec (2006) 6 del Consejo de Europa en los párrafos 11 y 12 también consagra este principio.

A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido expresamente a este principio. El Tribunal Europeo, en el caso *Doğan and others vs Turkey*, citando los Principios Rectores 18 y 28, estableció que para el Tribunal las autoridades tienen la responsabilidad y el deber primario de establecer las condiciones y proporcionar los me-

dios para que los desplazados retornen voluntariamente, en condiciones de seguridad y dignidad, a sus hogares o lugares habituales de residencia o se reasenten en otro lugar del país. La Corte Interamericana en el caso Comunidad *Moiwana vs Suriname*, se refirió al principio 28.1 para “iluminar el contenido y el alcance del artículo 22 de la Convención en el contexto del desplazamiento interno”.

Por su parte, el principio 29, se refiere al apoyo y soporte, una vez ha ocurrido el retorno o reasentamiento, enfatizando en la prohibición de discriminación y la protección de los derechos de participación e igualdad. Así como, en la obligación de prestar asistencia, por parte de las autoridades, para lograr recuperar las propiedades que se dejaron abandonadas, y si ello es imposible, se establece el derecho a una indemnización.

Los desplazados forzados, al tener que realizar una huida repentina dejan a la deriva sus bienes muebles e inmuebles, que en la mayoría de ocasiones, son tomados u ocupados por otras personas, destruidos o confiscados, lo que se torna en un gran obstáculo para el retorno. Esta situación resulta agravada por la falta de los documentos acreditativos de la propiedad de los desplazados, bien sea por su pérdida en la huida o porque nunca los han tenido, situación muy común en los habitantes rurales de Colombia.

El principio 29, basado en los derechos de propiedad y vivienda adecuada, así como en la prohibición de injerencia en el domicilio, supone un gran avance en la búsqueda de

soluciones duraderas para el drama de los desplazados internos.

El Consejo de Seguridad y el secretario general de la ONU, Ban ki-moon, han afirmado este principio al referirse a la importancia fundamental de la recuperación de bienes por aquellos que se han visto obligados a huir (Kälin, 2000; Consejo de Seguridad / RES/178/2007, párr. 15 y S/200/643, párr. 59). El primero, lo hizo en el caso de Georgia, al reafirmar la importancia del derecho a retornar de los desplazados internos y los refugiados a Abjasia, al igual que la recuperación de sus bienes y propiedades, así como sus derechos de residencia e identidad como propietarios. Por su parte, el secretario general coincidió en que incluir el derecho al retorno y restitución de bienes y propiedades de los desplazados internos, o en su caso la indemnización, en los acuerdos de paz constituía un enfoque coherente y sistemático en la protección de los civiles en caso de conflictos armados que se reflejaría en un mantenimiento de la paz y otras misiones.

El acuerdo de paz de Mozambique, de 1992, ya incluía la restitución y devolución de tierras para los desplazados y refugiados. De igual forma, el acuerdo de paz de Dayton, fue un precedente real del derecho de restitución a gran escala, luego del conflicto se restituyeron más de 200.000 viviendas y retornaron cerca de 1.000.000 de personas (Williams, 2008); el acuerdo creó una obligación de restitución de tierras y para lograrlo estableció la creación de una comisión de reclamación que decidiría de forma vinculan-

te los casos de bienes inmuebles vendidos o transferidos involuntariamente durante el tiempo que tuvo lugar el desplazamiento o el refugio (Kälin, 2000). Más recientemente, el acuerdo de paz de Darfur también incluyó la restitución de tierras a los desplazados internos, al igual que el de Nepal.

Algunos países como Afganistán, Burundi, Croacia, Rwanda, Colombia y Turquía han introducido normas para la recuperación de la propiedad, o si ello es imposible, una compensación. En Turquía, la Ley 5233 de julio de 2004, relativa a la compensación de daños ocurridos debido al terror y la lucha contra el terrorismo, prevé en el artículo 7, la compensación por la destrucción o la negación al acceso a la propiedad de los desplazados internos, durante el tiempo que duraron las operaciones militares contra los insurgentes (Brookings, Turkey Laws and Policies).

En Afganistán, por ejemplo, el Decreto 2001 recoge el principio 29 al establecer el retorno en condiciones de dignidad; para llevarlo a cabo, se constituyó el "Tribunal Especial de Resolución de Conflictos de la Propiedad" con el mandato de resolver las disputas sobre la recuperación de los bienes abandonados, sin embargo, aún existen, miles de demandas irresueltas, y no se ha logrado una adecuada aplicación de las sentencias, esto sumado a la situación de corrupción (Bradley, 2008). Esta situación deja entrever, los retos que se plantean a este principio, debido a que la recuperación de la tierra es un tema álgido, más aún, cuando la apropiación

de esa misma tierra ha podido ser la causa del desplazamiento.

En Colombia, la Ley 387 de 1998, en los artículos 19 y 27 ya establecía que en el caso de las personas desplazadas no se interrumpiría el término de posesión para la prescripción a su favor, en las tierras que tuvo que abandonar.

La Ley 1448 de 2011, sobre “atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”, calificada como “un paso histórico” por medios de comunicación y representantes de diversos sectores, reglamenta un procedimiento especial para que los desplazados internos puedan solicitar la restitución jurídica y material de las tierras que se vieron obligados a abandonar o de las que fueron despojados; de no poderse llevar a cabo esa restitución, ya sea por imposibilidad material (el bien se encuentra en una zona de alto riesgo de desastre natural, ya se restituyó a alguna víctima que fue despojada anteriormente, o por destrucción parcial o total) o porque el retorno supone un riesgo a la vida del afectado, se prevé que se acudirá, a la restitución de un bien equivalente, previa consulta con el desplazado. Si ninguna de estas dos posibilidades puede llevarse a cabo se le hará entrega de una compensación.

Para llevar a cabo dicho proceso, la ley crea un marco de justicia transicional civil para la restitución de bienes inmuebles rurales, que se rige por unos principios generales consecuentes con el principio rector 29 y los Princi-

pios Pinheiro, tales como los principios de independencia, estabilización y participación. Además se ordena la creación del Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

De igual modo, es importante destacar que se facilita el retorno colectivo de la población desplazada al permitirse diligenciar un solo proceso sobre pretensiones de restitución que versen sobre bienes ubicados en una misma vecindad; así como, la posibilidad de la presentación de la demanda de forma escrita u oral (CODHES, 2011).

Así, para iniciar el proceso el afectado debe acudir al registro para inscribirse como víctima de despojo o abandono forzado de tierras, especificando el predio en cuestión y su relación de pertenencia con este (Unidad Administrativa de Gestión de Restitución de Tierras, Territorial Magdalena, 2012). Dicho trámite administrativo constituye condición previa para iniciar la acción de restitución y la Unidad de Restitución de Tierras Despojadas será el organismo encargado de decidir, previo aviso al propietario; poseedor u ocupante actual, la inclusión del predio en el registro.

La misma ley se encarga de dejar establecidas ciertas prerrogativas para las víctimas, tales como la inversión de la carga de la prueba y presunciones de derecho y legales que suponen la ausencia de consentimiento o de causa lícita en los contratos que transfieren o

prometan transferir un derecho real, la posesión u ocupación de un inmueble objeto de restitución. Estas suponen su inexistencia y la nulidad absoluta de los contratos posteriores que recaigan sobre el bien. Sin embargo, respecto a despojos por actos administrativos, la presunción opera a favor de la “parte opositora” del proceso. La sentencia, que pone fin al proceso, constituye título de propiedad suficiente (CODHES, 2011).

Sin embargo, la nueva regulación no se percibe como una legislación garantista para la población desplazada, ya que deja muchos aspectos a discreción de las autoridades administrativas con competencia en el tema, aspecto que ha mostrado el proceso del Estado de Cosas Inconstitucional que no es eficiente en Colombia.

CONCLUSIONES

En 1998, surgieron los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado, que engloban tres regímenes normativos y se basan en la soberanía como responsabilidad. Estos, incluyen regulación sobre asistencia y atención adecuada a las necesidades específicas de las víctimas, como deber de las autoridades y derecho de los desplazados en todas las fases del desplazamiento forzado interno.

Aunque no constituyen un convenio internacional vigente que proteja la integridad de las víctimas del desplazamiento interno, sí representan un punto de inflexión en la protección de los desplazados, ya que, se reconocen explícitamente los derechos y ne-

cesidades de los desplazados internos que han logrado que se creen normas capaces de brindar una protección real y operativa a su situación.

La naturaleza jurídica y la labor de difusión que se ha realizado de su contenido, ha sido fundamental para la aplicación exitosa, tal como lo demuestra que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan referido expresamente a principios concretos en sus fallos. Así mismo, su apropiación por parte de las víctimas, como herramienta de empoderamiento es otro claro ejemplo del éxito de los principios.

Es un gran avance que se consagre el derecho a no ser desplazado y los de reinserción, restitución o reparación de tierras, en condiciones de dignidad y seguridad, ya que, como se mencionó, a pesar de ser *soft law*, han sido adoptados por múltiples países en sus legislaciones internas, que para llevarlos a la realidad han instaurado instituciones específicamente dedicadas a ello.

Los Principios han adquirido una peculiar relevancia, entre otras razones, porque han sido esenciales en la puesta en escena de la situación marginada y olvidada de este grupo poblacional, además de ser determinantes en la búsqueda de soluciones duraderas para aminorar los efectos adversos del drama del desplazamiento interno.

Por último, es menester mencionar que su enfoque ha sido capaz de enlazar las políti-

cas locales sin mermar la soberanía de los Estados, y se han erigido en parámetros de calidad de las políticas de protección basada en derechos con énfasis en la restitución y restauración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abril Stoffels, R. (2004, septiembre). Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 86(855), 515-546.
- Bradley, M. (2008, diciembre). Los obstáculos en la aplicación del Principio Rector 29 en Afganistán. *Revista Migraciones Forzadas*, Diez años de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, 24-26.
- Brookings (2010). National and Regional Laws and Policies on Internal Displacement TURKEY. Recuperado el día 5 de noviembre de 2013, del sitio web de Brookings Institutions: <<https://www.brookings.edu/projects/idp/Laws-and-Policies/turkey.aspx>>
- Churruca Muguruza, C. (2011). La protección y búsqueda de soluciones duraderas para las personas desplazadas internamente. *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, 15-28.
- Cirera Fortea, M. (2006). *Los desplazados internos: un problema internacional*. Barcelona: Edit. Asociación para las Naciones Unidas en España.
- Cohen, R. (1998, agosto). Los Principios Rectores de los desplazamientos internos: un nuevo instrumento para las organizaciones internacionales y las ONG. *Revista Migraciones Forzadas*, 2, 31-33.
- Consejo de Europa en la Recomendación Rec (2006) 6 del Comité de Ministros para los Estados Miembros con personas desplazadas internamente. Adoptada el 5 de abril de 2006.
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES (2011, junio). Balance aproximativo de la Ley de Víctimas aprobada por el Congreso de la República. Recuperado el día 1 de noviembre de 2013, del sitio web de la Institución: <http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=52>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la *Comunidad Moiwana vs Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 111.
- Doğan and others vs Turkey*, Applications nº 8803-8811/02, 8813/02 y 8815-8819/02, Judgment, 29 de junio de 2004, párr. 154. Traducción Libre.
- Doswald-Beck, L. & Henckaerts, J. M. (2007). *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado el día 2 de noviembre de 2013, del sitio web de la Cruz Roja Internacional: <www.icrc.org>

El País, “Más de 200.000 personas huyen de sus casas por los combates en Malí”. Recuperado el día 3 de noviembre de 2013, del sitio web del periódico *El País*: <http://internacional.elpais.com/internacional/2012/04/03/actualidad/1333453652_384653.html>

Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC) (2013). *Global Overview 2012. People internally displaced by conflict and violence*. Recuperado el día 31 de octubre de 2013, del sitio web de IDMC: <[http://www.internaldisplacement.org/8025708F004BE3B1/%28htmlInfoFiles%29/DB8A259305B071A8C1257B5C00268DDC/\\$file/global-overview-2012.pdf](http://www.internaldisplacement.org/8025708F004BE3B1/%28htmlInfoFiles%29/DB8A259305B071A8C1257B5C00268DDC/$file/global-overview-2012.pdf)>

Kälin, W. (2000). *Los Principios Rectores de los desplazamientos internos: Anotaciones*. Recuperado el día 1 de noviembre de 2013, del sitio web de la Universidad de Georgetown: <www.law.georgetown.edu/idp>

Kälin, W. y Schrepfer, N. (2012). *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*. ACNUR y University of Bern, Suiza.

Mooney, E. (2005). The concept of internal displacement and the case for internally displaced persons as a category of concern. *Refugee Surver Quarterly*, 3(24), 9-26. Recuperado el día 31 de octubre de 2013, en el sitio web de Brookings Institutions: <http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/articles/2005/fall_humanrights_mooney/9.pdf>

Organización de Naciones Unidas (1998). Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas.

Peral Fernández, L. (2001). *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*. Madrid: Edit. Trotta.

Phuong, C. (2010). *The International protection of internally displaced persons*. Cambridge: Cambridge University Press.

República de Colombia, Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-1150 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, de 30 de agosto.

República de Colombia, Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-098 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, de 14 de febrero.

Sánchez Mojica, B. (2007). *El Estatuto Constitucional del Desplazado Interno en Colombia*. Getafe: Instituto Bartolomé de las Casas.

Stavropoulou, M. (1993-1994). The right not to be displaced. *American University Journal of International Law*, 3(9), 689-749.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cyprus vs Turkey*, Application nº 25781/94 Judgment, 10 may 2001, párr. 157. Traducción Libre.

Unidad Administrativa de Gestión de Restitución de Tierras, Territorial Magdalena (2012). Informe de Rendición de Cuentas.

Vidal López, R. (2007). *Derecho global y desplazamiento interno*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia.

Weiss, T. (2003). *International efforts for IDP after a decade: what next?* Estados Unidos: Brookings-SAIS Project on Internal Displacement.

Weiss, T., Forsythe, D. y Coate, R. (2001). *The United Nations and changing Worlds Politics*. (3ra. edición). Estados Unidos: Westview Press.

Williams, R. C. (2008, diciembre). El Principio Rector 29 y el derecho a la restitución. *Revista Migraciones Forzadas*, Diez años de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, 23-24.

El último eslabón del régimen de transición pensional

The last link in the transitional pension regime

RESUMEN

El presente artículo propende por caracterizar –con el apoyo de la hermenéutica jurídica aplicada a la jurisprudencia– las generalidades del régimen de transición pensional, para luego profundizar su recuperación para los beneficiarios del régimen de transición pensional por tiempo de servicios cotizados y finalmente, la condición de equivalencia, la cual se analiza en el contexto jurídico que la fundamenta.

PALABRAS CLAVE

Régimen de transición pensional, Pérdida de la pensión, Recuperación del régimen de transición pensional, Beneficiarios del régimen de transición, Condición de equivalencia del ahorro.

ABSTRACT

This article aims to characterize with the support of legal interpretation applied in this case, the generalities of the regime in transitional pension, to then deepen in the benefits of the transition pension regimen for the time of services quoted and finally the condition of equivalence, which is analyzed in a judicial content which fundamentes it.

KEYWORDS

Transitional pension regime, Loss of the pension, Recovery of the regime of transitional pension, Benefits of the transitional regime, Conditions of equivalence saving.

ÁNGELA BIBIANA GÓMEZ CONTRERAS

Abogada egresada de la Universidad Javeriana. Maestría en Gestión de Fondos de la Universidad de Alcalá de Henares. Especialización Comercial y Sociedades Universidad Javeriana y Financiero Universidad de los Andes. Experiencia como responsable del área legal de varios fondos de pensiones por aproximadamente 15 años. angela.gomez@usa.edu.co

Recibido: Diciembre 15 de 2013 • Aceptado: Abril 9 de 2014

INTRODUCCIÓN

En el ámbito constitucional el objeto y alcance del régimen de transición ha suscitado diversos debates académicos, poniendo de presente la estrecha relación entre la aplicación de esta figura y varios postulados constitucionales, entre otros: a) el principio de progresividad y condición más beneficiosa (Uprimny & Guarnizo, 2008), b) el principio de sostenibilidad fiscal y el Estado Social de Derecho (Vinueza, 2012), c) el control constitucional y modelo económico (Uprimny & Rodríguez, 2005) y d) los derechos adquiridos, las meras expectativas y las expectativas legítimas (Sentencias: C-613 de 1996; C-596 de 1997; C-789 de 2002; C-1024 de 2004; C-754 de 2004; T-818 de 2007; T-180 de 2008; T-398 de 2008; T-583 de 2010; SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013).

Dentro de este contexto, el presente artículo pretende lograr una aproximación constitucional, legal y reglamentaria en el tema de la recuperación del régimen de transición pensional para la categoría de beneficiarios por tiempo de servicios cotizados, que se vincularon o trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, para quienes se exige, no solo permanecer en el régimen de prima media con prestación definida (Sentencia T-566 de 2009) y trasladar todo el ahorro realizado, sino además, el cumplimiento de una condición de equivalencia del ahorro.

Esta condición fue creada jurisprudencialmente en el año 2002 (Sentencia C-789 de 2002), pero en el año 2003 con ocasión de la

expedición de la Ley 797 de 2003 se desequilibró por afectación de los factores de comparación que la fundamentaban (Ley 797 de 2003), los cuales, aunque se corrigieron legislativamente en el año 2008 (Decreto 3995 de 2008) solamente en año 2010 (Sentencia SU-062 de 2010, expediente T-2021850; CE-006 de 2010) lograron alguna efectividad, mediante la definición de una fórmula de equivalencia clara y precisa y la creación de la opción para el afiliado, de aportar voluntariamente cualquier diferencia que arrojaré su aplicación.

Para desentrañar la condición de equivalencia del ahorro se acudió como fuente primaria a la interpretación jurisprudencial que la Corte Constitucional ha venido realizando para el régimen de transición pensional en general, por la vía del control abstracto y por la vía del control concreto, mediante revisión excepcional de sentencias de tutela.

De ahí que frente a la condición de equivalencia, sea factible plantear las siguientes preguntas: ¿Cuál es su génesis?, ¿qué filosofía la inspiró?, ¿en qué consiste y quiénes pueden acogerse a ella?, ¿cómo se aplica a casos concretos? y algunas reflexiones finales a partir de las cifras actuales en materia de traslados suministradas por Asofondos*

* Asociación Colombiana de Administradores de Fondos de Pensiones y Cesantías, 2013, Información suministrada por Asofondos al grupo CREAR de la Universidad Sergio Arboleda para fines académicos. En total hasta el año 2012, el administrador del régimen de prima media con prestación definida radicó a las administradoras del régimen privado 102.663 solicitudes de traslado, de las cuales fueron efectivas solamente 100.751 que están a menos de 10 años de pensión y de estas, para el año 2012, 1.056 personas corresponden a la aplicación de los criterios de la Sentencia SU-062 de 2010.

debidamente discriminadas de febrero de 2003 a 31 de julio de 2012.

Generalidades del régimen de transición

Buscando corregir la situación pensional de Colombia común en cierta forma a América Latina, en 1993 se adoptó una reforma estructural al sistema pensional, inspirada en el modelo chileno (Lora & Pagés, 2000), dentro de la cual, el régimen de transición se erige como un aspecto central, por cuanto a más de constituir el mecanismo de protección por excelencia frente al cambio regulatorio, al permitir el reconocimiento de determinadas condiciones preferenciales de los regímenes pensionales anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, en favor de determinados grupos calificados por edad o servicios cotizados (Ley 100 de 1993).

El efecto económico de la aplicación del régimen de transición en el rubro del pasivo pensional público en términos porcentuales del PIB, se ha incrementado considerablemente, de forma que estudios económicos como el de ANIF (Clavijo & Vera, 2010) presentan cifras alarmantes proyectando aumento del costo fiscal por pensiones en un 4,5 % del PIB para el período 2010-2014, que de materializarse el traslado masivo de afiliados de los fondos privados al público, podrían incrementar el pasivo pensional neto del 120 % del PIB al 140 del PIB.

La Ley 100 de 1993 introdujo en Colombia un modelo paralelo (Ley 100 de 1993), que permitió la coexistencia del sistema público, de-

bidamente modificado, junto con uno nuevo de carácter privado, basado el primero en la contribución a un fondo común y la relación intergeneracional de sus cotizantes y beneficiarios y; el segundo, en el ahorro y capitalización individuales con el apoyo de seguros previsionales y garantías estatales, teniendo en mente el generoso plazo de 30 años para la transición, como lo evidencia la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993 (Holzmann, Palmer & Uthoff, 2008, p. 530).

La experiencia en América Latina en materia de traslado entre regímenes de beneficio definido a contribución definida, esto es, entre prima media al ahorro individual, permite a algunos estudiosos afirmar que el déficit previsional no solo depende de la magnitud de la deuda pensional en sí, sino también de la dinámica de entrada y salida de beneficiarios a los regímenes, factor este último que corresponde, en algunos casos a la reconversión de una deuda de un sistema a otro (Mesa-Lago, 2004).

En Colombia la Corte Constitucional legitimó la existencia del régimen de transición en varios argumentos básicamente, la igualdad, proporcionalidad y protección frente al cambio normativo (Sentencias de tutela: T-572 de 2011, expedientes T-2.953.968, T-2.997.472, T-2.997.197 y T-2.952.152; Sentencia T-335 de 2011; Sentencia T-351 de 2010, expediente T-2.509.461; Sentencia T-618 de 2010, expediente T-2538309; Sentencia T-1014 de 2004, expediente T-936697; Sentencia T-235 de 2002, expediente T-471948).

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo ha desarrollado la jurisprudencia (Sentencia C-789 de 2002, expediente D-3958; Sentencia T-1014 de 2004, expediente T-936697), el legislador estableció el régimen de transición en favor de dos categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha Ley, esto es el 1° de abril de 1994, cumplieran con determinados requisitos, estas categorías son: en primer lugar, los hombres que tuvieran más de 40 años; en segundo lugar, las mujeres mayores de 35 años y; en tercer lugar, los hombres y las mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran 15 o más años de servicios cotizados.

Las categorías genéricamente pueden clasificarse en dos, la primera, los beneficiarios del régimen de transición por edad, y, la segunda, beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados. En cuanto a los beneficios derivados de la aplicación del régimen de transición, señala literalmente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que son la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, temas que jurisprudencialmente también han suscitado controversia.

Precisiones

- (i) El señalamiento de edades diferentes según el sexo como requisito para ser beneficiario del régimen de transición, en el caso concreto, mujeres con 35 o más años y hombres con 40 o más años, a la fecha de vigencia del sistema general de pensiones, no viola el principio constitucional de igualdad (Sentencia C-410 de 1994, expediente D-517).
- (ii) El aumento de las edades para acceder a la pensión de vejez a partir del año 2014, dentro del régimen de prima media con prestación definida, de 57 para mujeres y 62 para hombres no es caprichoso ni irrazonable sino que a juicio de la Corte Constitucional encuentra soporte en el crecimiento de la expectativa de vida de los colombianos (Sentencias C-126 de 1995, D-616, D-617 y D-625).
- (iii) Conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional, el régimen de transición es un instituto jurídico propio de la prestación denominada pensión de vejez, que opera dentro del régimen de prima media con prestación definida del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (Sentencia C-596 de 1997, expediente D-1679; Sentencia C-623 de 2004, expediente D-493).
- (iv) Conforme la metodología dispuesta por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, las semanas se componen de siete (7) días por lo cual, quince (15) años de servicios equivalen a 750 semanas cotizadas.
- (v) La vigencia del Sistema General de Pensiones conforme lo señala el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, es 1° de abril de 1994 para nivel nacional y a más tardar 30 de junio de 1995 para el nivel territorial.

Situación especial de los afiliados beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados

El traslado voluntario al régimen de ahorro individual con solidaridad no conlleva pérdida absoluta del régimen de transición

Desde un comienzo la Ley 100 de 1993 reguló en el artículo 36 literales 4 y 5 la posibilidad de traslado entre regímenes para los beneficiarios del régimen de transición tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, bajo la consideración en ambos casos, que para la aplicación del régimen de transición era necesario no renunciar voluntariamente al régimen de prima media con prestación definida y que este último acto traía consecuencias diferentes en uno y otro caso, justificadas jurisprudencialmente a partir de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Para el caso de los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados, la Corte precisó que ni el inciso 4°, ni el inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se referían a la tercera categoría de trabajadores, es decir, a quienes contaban a 1º de abril de 1994 con 15 años de servicios cotizados.

En tal sentido aclaró que los beneficiarios de transición por tiempo de servicios cotizados, no quedaban expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y tampoco quedaban excluidos quienes se cambia-

ron al régimen de prima media y luego regresaron al de ahorro individual.

Lo anterior conforme al principio de proporcionalidad, pues resultaría violatorio del reconocimiento constitucional al trabajo que quienes hubieren cumplido con el 75 % o más del tiempo de labores necesario para acceder a la pensión, a la entrada en vigencia del sistema, terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

Por lo anterior al declarar la exequibilidad del artículo 36, la Corte precisó que los incisos 4 y 5, lo eran bajo el entendido que no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados al momento de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones.

No obstante los anteriores lineamientos constitucionales, como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional (Acción de tutela, Sentencia T-232 de 2011) ha sido a partir de situaciones concretas resueltas mediante tutela que se ha desarrollado el tema del traslado entre regímenes para beneficiarios del régimen de transición, llegando incluso a igualar su efecto para todos los beneficiarios tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, por la vía de considerar el derecho al régimen de transición *per se* como un derecho adquirido para quienes cumplieran cualquiera de las condiciones para hacer parte de él (Sentencia T-818 de 2007, expediente T-1635513; Sentencia T-064 de 2011, expediente T-2.798.192).

La posición anterior ha coexistido entonces, con aquella que sostiene que en los términos del artículo 36 incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993, la protección que se otorga a los beneficiarios de transición por edad, *se extingue* cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual y no se recupera por el cambio posterior que se haga al régimen de prima media con prestación definida (Acción de tutela, Sentencia T-168 de 2009), no obstante, con ocasión de la reciente Sentencia de Unificación SU-0013 de 2013 se ha erigido como única.

Respecto a los beneficiarios de transición por tiempo de servicios cotizados, es decir, hombres o mujeres, que a la vigencia del sistema general de pensiones, tenían 15 o más años de servicios cotizados, la jurisprudencia ha sido uniforme y reiterativa en justificar su posición especial frente a la aplicación del régimen de transición, incluso para el caso de regímenes especiales (Acción de constitucionalidad, Sentencia C-794 de 2009).

La afirmación en el sentido que los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente le son aplicables a las mujeres y a los hombres que, al entrar en vigencia el estatuto de seguridad social, tenían como mínimo 35 y 40 años de edad respectivamente, quienes el acogerse o trasladarse al régimen de ahorro individual, pierden los beneficios que consagra el régimen de transición, contenidos en algunas sentencias (Acción de tutela, Sentencia T-317 de 2011) resulta hoy la única posición válida.

Téngase en cuenta que ya en Sentencia Unificadora la Corte Constitucional del año 2010 (Acción de unificación, Sentencia SU-062 de 2010), había aclarado que el traslado entre regímenes deja de ser una simple cuestión legal y adquiere relevancia constitucional por estar en juego un derecho fundamental, dada la repercusión que tiene en el goce efectivo de la pensión de vejez.

No hay lugar a la aplicación del plazo de permanencia mínimo ni del plazo de carencia previstos en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003

El artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, mediante la creación de un período de gracia para el traslado entre regímenes hasta el 29 de enero de 2004, vencido el cual estableció una prohibición nueva en materia de traslados entre regímenes pensionales, creando un período de carencia, en virtud de la cual, los afiliados no podrían trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Adicionalmente la norma amplió el plazo mínimo de permanencia para traslado entre regímenes, de tres (3) a cinco (5) años.

Si bien la norma demandada no aplica exclusivamente la situación de los beneficiarios de transición por tiempo de servicios cotizados, indirectamente los afectaba, porque, ni ellos ni los demás afiliados podrían trasladarse de régimen cuando les falten 10 años o menos

para cumplir la edad que requieren para adquirir la pensión de vejez, por lo cual el cambio normativo implicaría para ellos el no poder hacer uso de los beneficios previstos en la Sentencia C-789 de 2002.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, se pronunció a favor de la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, apoyada en la consideración que constituye una medida adecuada, proporcionada y necesaria que busca un fin constitucionalmente legítimo, como es el de impedir la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que implicaba que personas que no contribuyeron y que por tanto no fueron tenidas en cuenta para los cálculos actuariales se beneficiaran de este, cuando estén próximas a edad de pensión y ello resulta contrario al principio constitucional de la equidad y eficiencia, planteamiento este que también se predica respecto de las utilidades del régimen de ahorro individual con solidaridad.

No obstante aclaró la Corte en la sentencia en cita, que este artículo no era aplicable a los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados, es decir, hombres o mujeres que a 1° de abril de 1994 o fecha de vigencia del Sistema General de Pensiones tuvieran cotizados 15 o más años de servicios. De igual forma al precisar que el traslado en estas condiciones podía realizarse en cualquier tiempo eliminó la barrera del plazo mínimo de permanencia.

Traslado al régimen de prima media con prestación definida para recuperar el régimen de transición procede en cualquier tiempo

Consecuencia directa del tratamiento especial de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, es la posibilidad de regresar o trasladarse al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para recuperar el régimen de transición.

La Corte al declarar exequible el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en lo relativo al año de gracia y período de carencia para quienes les faltaren 10 o menos años para cumplir edad de pensión de vejez, lo hizo bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a este último –en cualquier tiempo–, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002 y sin consideración a la fecha en que entró a regir el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 (Acción de constitucionalidad, Sentencia C-1024 de 2004).

Esta posibilidad de traslado en cualquier tiempo no es posible hoy para los beneficiarios del régimen de transición por edad como lo refiere la Sentencia de Unificación SU-130 de 2013, para quienes se aplica tanto el período mínimo de permanencia como el

plazo de carencia de los 10 años anteriores a la edad de pensión.

Acreditado el cumplimiento de los supuestos de hecho y de derecho para la transición por tiempo de servicios cotizado, el beneficiario tiene derecho al traslado sin que le sean oponibles condiciones administrativas de otra índole

La condición de beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicios debidamente acreditada habilita sin más condicionamientos su traslado al régimen de ahorro individual en cualquier momento y su recuperación dependerá del cumplimiento de la condición de equivalencia del ahorro. La única limitante que sería el hecho de que ya se le hubiera reconocido la pensión de vejez u otro beneficio pensional subsidiario por parte de alguna de las entidades de previsión social, como lo ha sostenido la jurisprudencia en la ya citada Sentencia T-317 de 2011.

No constituye limitante legítima tampoco, el trámite interno de la historia laboral ni situaciones como la múltiple vinculación sin definir (Sentencia T-317 de 2011, expediente T-2898627; Sentencia T-618 de 2010, expediente T-2538309).

Génesis de la condición de equivalencia de aportes

La Corte Constitucional sustentó la exequibidad de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en diferentes argumentos (Acción de constitucionalidad, Sentencia

C-789 de 2002), entre ellos: (i) todo tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, (ii) la actividad del Estado está sujeta a principios de razonabilidad y proporcionalidad, (iii) para que se consolide un derecho es necesario que antes que se produzca el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo, con lo cual acogió la posición sobre derechos adquiridos asumida por la Corte en las Sentencias C-147 de 1997 y C-596 de 1997, y (iv) en materia de expectativas o expectativas legítimas, prevalece la facultad configurativa del legislador aunque limitada dada la condición de irrenunciabilidad del derecho de la seguridad social.

En términos de la sentencia en cita, a quienes habían cotizado por un período de 15 años o más al tiempo de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social de Pensiones y se hubieren cambiado al régimen de ahorro individual, regresando con posterioridad al de prima media con prestación definida, se les aplicarán las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) “Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”.

Vía jurisprudencial la sentencia en cita intro-

dujo el concepto de equivalencia del ahorro a partir de las siguientes premisas: (i) obtener el equilibrio o igualdad entre los recursos que tuvieren los beneficiarios del régimen de transición por servicios cotizados obtenidos en el régimen de ahorro individual con solidaridad y los que hubiere alcanzado en el régimen de prima media con prestación definida si nunca se hubieren trasladado de este último, (ii) evitar la descapitalización del régimen de prima media con prestación definida.

En cuanto a parámetros de aplicación la sentencia definió para el régimen de ahorro individual con solidaridad, los ahorros acumulados en la cuenta de ahorro individual del afiliado y, para el régimen de prima media con prestación definida, el aporte legal correspondiente.

Si bien la expresión “el ahorro efectuado” tiene claro contenido en la propia Ley 100 de 1993, en el sentido que corresponde a la parte del aporte que se destina exclusivamente a la cuenta de ahorro individual descontado el concepto de primas y seguros (Ley 1328 de 2009) y respecto de la cual el afiliado devenga los rendimientos del fondo; la expresión “aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media con prestación definida” es indeterminada pues no tiene un contenido expreso en la propia ley, ni la Corte se lo atribuye en la misma sentencia.

La equivalencia del ahorro así prevista tenía aplicabilidad en los términos del original ar-

tículo 20 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la distribución porcentual para el riesgo de vejez era similar en ambos regímenes.

Sin embargo, en el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 estableció una diferencia al crear exclusivamente para el régimen de ahorro individual con solidaridad un aporte especial destinado a un fondo de garantía de pensión mínima del 1,5 %, sin correlación alguna en el régimen de prima media con prestación definida, con lo cual el aporte para vejez en este último siempre resultaría mayor.

En un intento por reglamentar el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, se expidió el Decreto 3800 de 2003, el mismo 29 de enero de 2003 (Decreto 3800 de 2003) estableciendo la aplicación del régimen de transición para los beneficiarios por servicios cotizados, quienes podrían pensionarse con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando cumplieran dos condiciones: a) que al cambiarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, se traslade a este el saldo de la cuenta de ahorro individual del régimen de ahorro individual con solidaridad, y b) dicho saldo no resultare inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último. Esta disposición modificó los factores a considerar en la condición de equivalencia por la vía de incorporar la rentabilidad, pero no resolvió el problema, sino que lo agravó de forma

que llevó a la jurisprudencia a incorporar en casos concretos, el análisis sobre la afectación de la equivalencia del ahorro frente a la estabilidad financiera del sistema, la descapitalización del fondo común y el beneficio obtenido a partir de aportes de otros (Acción de tutela, Sentencia T-347 de 2008).

Legislativamente se buscó corregir la anterior situación con la expedición del Decreto 3995 de 2008 que de forma expresa incorporó al cálculo el concepto de garantía de pensión mínima.

En presencia de varias situaciones particulares de desequilibrio vía revisión de tutela la Corte varió considerablemente su posición original, y mediante sentencia (Acción de tutela, Sentencia T-818 de 2007) llegó a considerar que la condición de equivalencia del ahorro prevista en la Sentencia C-789 de 2002 devino en imposible por razón del cambio legislativo del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual y dada la condición “disyuntiva” que define los beneficiarios del régimen de transición, tanto aquellos que lo son por edad, como aquellos que lo son por tiempo de servicios cotizados, podrían recuperarlo. Para lo cual bastaría el traslado al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo y el traslado de los ahorros realizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin sujeción a ninguna condición en materia de equivalencia del ahorro.

Recientemente vía tutela, la Corte Constitucional reiteró la anterior posición, pero le in-

trodujo una modificación (Acción de tutela, Sentencia T-449 de 2009) al considerar que solo los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados podían recuperar el régimen de transición, nuevamente sin sujeción a condición de equivalencia del ahorro. En línea se ubican algunas Sentencias, entre ellas T-320 de 2010 y T-232 de 2011.

Respecto al valor de las sentencias en sede de revisión la Corte Constitucional mediante sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 (Acción de constitucionalidad, Sentencia C-018 de 1993) precisó que la jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente para realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual situaciones similares deben recibir igual tratamiento y también por razones de certeza en el tráfico jurídico. Estos atributos requieren de la existencia de un mecanismo de unificación.

Señala la Corte en la sentencia en cita que:

“(..) Mal haría la Corte en contribuir a la didáctica constitucional mediante sentencias contradictorias, que antes que educar desorientan y crean confusión. Para ello entonces se creó el mecanismo unificador regulado en la norma acusada”.

Y en otro aparte dispuso:

“Las decisiones de tutela de la Corte Constitucional no se limitan a resolver

el conflicto particular sino que tienen un efecto pedagógico que afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social y la regulación de la vida en comunidad. La jurisprudencia constitucional de derechos fundamentales cumple así una triple función legitimadora: es marco de referencia para las autoridades y los particulares, asegura la efectividad de los derechos, principios y deberes consagrados en la Constitución y genera el consenso social indispensable para la convivencia pacífica”.

El cumplimiento de la condición de equivalencia del ahorro fue estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-062 de 2010, mediante la cual consideró que con la expedición del Decreto Reglamentario 3995 de 2008, que estableció que el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida debía surtirse con inclusión del porcentaje correspondiente al aporte al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, hizo posible su cumplimiento.

La Corte reiteró así la jurisprudencia establecida en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, señalando que solo algunas personas amparadas por el régimen de transición podrían regresar en cualquier tiempo, con el fin de pensionarse bajo las normas anteriores a esta, previo cumplimiento de la condición de equivalencia del ahorro.

Con la sentencia unificadora en cita, la Corte

declaró adicionalmente, la nulidad de la Sentencia T-168 de 2009 y ajustó la jurisprudencia constitucional en materia de régimen de transición y condición de equivalencia, siendo su gran aporte la inclusión de un mecanismo para superar cualquier diferencia derivada del cálculo de la equivalencia del ahorro por factores de cualquier orden incluso diferentes a los contemplados en la fórmula jurisprudencial.

Fue así como creó la posibilidad de aportar voluntariamente cualquier diferencia que arrojaré al cálculo de la condición de equivalencia por parte del beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados para hacer efectivo su derecho a recuperar el régimen de transición.

En el año 2011, el Consejo de Estado (Decreto 3800 de 2003-Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, CP Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia 6 de abril de 2011, radicación 1101-03-25-00, 2007-00054-00 1995-2) Sentencia C-086 de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 59 (parcial) 60 (parcial) 62, 63, 66, 68 (parcial), Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, febrero 13 de 2002) a propósito de la demanda formulada contra el Decreto 3800 de 2003, se pronunció decretando la nulidad de las expresiones “cumplan con los siguientes requisitos: (...) y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último”, así

como del inciso final que dispone que “Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional” contenidas en el citado artículo del Decreto 3800 de 2003 que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó su decisión el Consejo de Estado en la consideración, que el Gobierno Nacional excedió su potestad de reglamentación para la cumplida ejecución de las leyes con la expedición del Decreto 3800 de 2003, en la medida que al incluir dentro de los factores de equivalencia la inclusión del rendimiento que hubiere obtenido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, colocó a quienes pretenden recuperar la transición en una condición casi imposible de cumplir, toda vez que el rendimiento en el fondo común siempre será mayor al rendimiento de las cuentas de ahorro individual.

Al reglamentar la forma de aplicación de régimen de transición, estableció condiciones adicionales a las previstas en la Ley 100 de 1993 para estos efectos.

De igual forma precisó el Consejo de Estado que las decisiones de la Corte Constitucional en materia de constitucionalidad no son susceptibles de reglamentación, por cuanto las primeras tienen efectos *erga omnes* al igual que las leyes y adicionalmente no tienen un carácter abstracto sino que pueden conllevar la modulación de los efectos mediante sentencias integradoras que responden a la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico

para que en cada caso resulte acorde con la Constitución Política.

En cuanto a la legitimidad de los fallos integradores de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado precisó (Radicado 1101-03-25-00, 2007-00054-00 1995-2) que en determinados casos la simple exequibilidad de una norma resulta insuficiente, dada su imprecisión o la existencia de vacíos en esta, que generan como única alternativa para que la Corte cumpla su función constitucional, la expedición de una sentencia integradora del ordenamiento legal para lograr su eficacia.

Recientemente la Corte Constitucional mediante Sentencia Unificadora SU-130 de 2013 unificó la posición en torno al traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media de los beneficiarios del régimen de transición, reiterando los criterios jurisprudenciales de las Sentencias C-789 de 2012 y C-1024 de 2004 en el sentido que solo los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida para recuperar el régimen de transición, previo cumplimiento de la condición de equivalencia del ahorro en los términos de la Sentencia de Unificación SU-062 de 2010.

Filosofía que inspira la condición de equivalencia de aportes

Como lo evidencia la argumentación expuesta en la Sentencia de Unificación SU-062 de 2010, que corresponde a la interpretación

actual en materia de régimen de transición y condición de equivalencia del ahorro, la opción de pagar la diferencia entre el saldo del ahorro de la cuenta de cada afiliado y el monto del aporte legal en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, surge del tratamiento legal frente al conflicto por desequilibrio entre los aportes del régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, para el caso de las pensiones de vejez por alto riesgo para salud.

En efecto, la Corte Constitucional en materia de pensión por actividades de alto riesgo para la salud privilegió la efectividad de pensionarse bajo regímenes especiales (Acción de constitucionalidad, Sentencia C-030 de 2009), citando tangencialmente la situación de los afiliados beneficiarios del régimen de transición que quisieran obtener su efectividad, respecto de quienes señaló que por tratarse de insalvable la imposibilidad de realizar un aporte voluntario de recursos adicionales necesarios para evitar que el monto del ahorro acumulado en sus cuentas no coincida con el aporte legal que hubiera correspondido en caso que permanecieran en el régimen de prima media con prestación definida.

La efectividad del derecho a cambiar de régimen pensional dentro del marco constitucional y legal vigente depende de que este pueda ser ejercido sin trabas insalvables. Uno de estos obstáculos es precisamente impedir que el interesado aporte voluntariamente

los recursos adicionales en el evento de que su ahorro en el régimen de ahorro individual sea inferior al monto del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. Esta barrera es salvable si el interesado aporta los recursos necesarios para evitar que el monto de su ahorro, al ser inferior en razón a rendimientos diferentes o a otras causas, sea inferior al exigido. Esto no solo es necesario dentro del régimen general, sino también en los regímenes especiales con el fin de conciliar el ejercicio del derecho del interesado en acceder a la pensión y el objetivo constitucional de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional.

En el caso de las pensiones especiales de vejez en prima media por actividad de alto riesgo para la salud, corresponde por disposición legal el pago de cotización especial que es la prevista en la Ley 100 de 1993, más de 10 puntos a cargo del empleador y tal consideración sin ninguna otra adicional motiva el desequilibrio de los aportes entre prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Del aparte transcrito se infiere que es justamente la efectividad encaminada a obtener la aplicación efectiva del régimen de transición la que inspira y justifica la aplicación de la condición de equivalencia de aportes.

En concordancia con lo expuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone que en ningún caso a partir de la vigencia de dicha ley, podrán sustituirse semanas de cotización

o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a la cotización efectivamente realizada o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión.

Como lo evidencia la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, el tiempo de servicio y las semanas de cotización exigidas para tener derecho a la pensión corresponderán al tiempo efectivamente prestado o cotizado, sin ninguna excepción, con miras a asegurar su financiación, por la vía de eliminar privilegios injustificados.

En qué consiste y quiénes pueden acogerse a la condición de equivalencia del ahorro

Según los lineamientos generales de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-062 de 2010, recogiendo criterios de las Sentencias C-789 de 2002 y 1024 de 2004, los beneficiarios y las condiciones de aplicación son las siguientes:

- (i) Para hacer efectiva la recuperación del régimen de transición respecto de los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados deben cumplirse los siguientes requisitos: a) tener a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados, b) trasladar al régimen de prima media con prestación definida todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, c) que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual con solidaridad no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en

caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

- (ii) Si al efectuar el traslado no se obtiene el cumplimiento de la condición de equivalencia de ahorros entre el régimen de ahorro individual con solidaridad y el de prima media con prestación definida en los términos de la Sentencia SU-062 de 2010, deberá ofrecerse la posibilidad al afiliado de aportar voluntariamente, en un plazo razonable, la diferencia entre el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual y el aporte legal correspondiente como si no se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida.

- (iii) Reconoce la sentencia que es posible que la equivalencia del ahorro no provenga actualmente de las reglas de distribución del aporte contenidas en la Ley 797 de 2003 sino que se derive de la diferencia de rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados u otros factores propios del mercado de valores y al hecho de que en el régimen de prima media con prestación definida se estructura a partir de un fondo común al paso que en el régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de un patrimonio autónomo conformado por cuentas individuales propiedad de cada afiliado.

La aplicación de la condición de equivalencia del ahorro debe sujetarse a los señalamientos jurisprudenciales dados por la Sentencia de Unificación SU-062 de 2010 en concordancia con la Circular Externa 006 de 2011

de la Superintendencia Financiera que desarrolló concretamente su fórmula de cálculo y, también dentro del marco general dado por la Sentencia SU-130 de 2013, que de forma particular abordó el interrogante de definir en qué casos es posible el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida para los beneficiarios del régimen de transición y; en qué casos dicho traslado se cumple conservando los beneficios del régimen de transición. A continuación un esquema del contenido de la Circular Externa 006 de 2011:

La fórmula prevista en la circular en referencia (Circular Externa de la Superintendencia Financiera de Colombia 006 de 2011) supone tomar la historia laboral del afiliado beneficiario de transición por servicios cotizados y aplicarle la rentabilidad de las reservas del ISS, que actualmente certifica la Superintendencia Financiera mes a mes de forma teórica, no obstante el agotamiento de reservas del ISS para vejez en el año 2004. Lo anterior supone implícitamente valorar la situación del afiliado como si hubiese estado en el ISS todo el tiempo y hubiera recibido los rendimientos de dicha entidad.

- 1 Corresponde al afiliado pedir la aplicación de la Sentencia SU-062 de 2010, **diligenciar y entregar** el formulario de traslado al ISS, acompañado de una comunicación en la que exprese su decisión y fotocopia de su cédula de ciudadanía.
- 2 Corresponde al ISS o la entidad que haga sus veces, **radicar** ante las respectivas AFPs, los formularios de traslado de afiliados que hubiere recibido, informando por cada afiliado, el número de semanas que hubiere cotizado el afiliado a 31 de marzo de 1994 o fecha de vigencia territorial del sistema.
- 3 Corresponde a la AFP **verificar** el cumplimiento de las exigencias contenidas en la Sentencia SU-062 de 2010 e informar al ISS, si el afiliado cumple o no los requisitos, teniendo en cuenta todo el tiempo cotizado al ISS y el tiempo de servicio prestado en entidades que no cotizaban. En caso que se cumplan los requisitos, corresponde a la AFP efectuar el cálculo de equivalencia del ahorro entre el régimen de prima media y el de ahorro individual, definiendo si la suma acumulada en la cuenta de ahorro individual es suficiente o equivalente a la que habría alcanzado el afiliado de haber continuado en prima media.
- 4 La AFP **informará** el resultado del proceso de validación al ISS, indicándole expresamente: (i) las solicitudes que fueron rechazadas por no cumplimiento de requisitos legales, (ii) las solicitudes que fueron aprobadas por cumplimiento de requisitos legales o por cumplimiento del cálculo de equivalencia, (iii) las solicitudes que cumpliendo el requisito de Ley, no cumplen con el requisito de traslado, en este caso señalando el valor de la diferencia que debería ser consignada por el afiliado.
- 5 Aquellas solicitudes que no cumplan el requisito de equivalencia deberán **notificarse** al afiliado mediante comunicación escrita que indicará: (i) el plazo de dos (2) meses de que dispone el afiliado para consignar a favor del ISS el valor de la diferencia a partir de la fecha de la comunicación respectiva, (ii) la indicación de la entidad bancaria, el número de la cuenta, los medios de pago aceptados y el procedimiento para efectuar la consignación, (iii) si la administradora de fondos de pensiones tiene establecido un plazo diferente de forma general que haya informado y justificado ante la Superintendencia Financiera de Colombia previamente.

REFLEXIONES FINALES

- La condición de equivalencia del ahorro, se calificó para efectos de este artículo como “el último eslabón del régimen de transición”, porque a pesar de estructurarse a partir de la aplicación de una fórmula de equivalencia y una opción de aporte voluntario por parte de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, es realmente una condición que de no cumplirse impide el reconocimiento y aplicación efectivos del régimen de transición.
- Pese a la uniformidad jurisprudencial en materia de recuperación de régimen de transición para los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, existe incertidumbre jurídica real, derivada de la aplicación de la condición de equivalencia del ahorro para el lapso comprendido entre la Sentencia C-789 de 2002 y la Sentencia Unificadora SU-062 de 2010 desarrollada por la Circular 006 de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Según las cifras suministradas por Asofondos, 1.056 afiliados, independientemente de su fecha de traslado al régimen de prima media con prestación definida, de la normativa vigente en esa época o de la posición de la Corte Constitucional vía sentencias de constitucionalidad, de revisión, de unificación o de tutela, hoy están sujetos indefectiblemente a los términos y condiciones de las Sentencias Unificadoras SU-062 de 2010, dentro del marco de la Sentencia SU-130 de 2013.
- Las mismas cifras de Asofondos, dan cuenta que de febrero de 2003 a 31 de julio de 2012 solo se aprobaron 42.181 traslados con fundamento en la Sentencia SU-065 de 2010, cifra que pone en evidencia la magnitud del trabajo por realizar antes de la expiración del régimen de transición, que según las voces del Acto Legislativo 001 de 2005, se extenderá en forma extraordinaria hasta el año 2014.
- Los criterios definidos en la Sentencia de Unificación SU-062 de 2010, desarrollados en la Circular 006 de 2011 de la Superintendencia Financiera, deberán aplicarse hoy, a traslados realizados con anterioridad a la citada Sentencia Unificadora del año 2010 por los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados.
- Bajo los postulados de la seguridad jurídica, respecto al acto propio y confianza legítima desarrollados jurisprudencialmente para recuperación del régimen de transición, entre otras, por la Sentencia T-165 de 2010, deberán valorarse de forma individualizada las situaciones que, bajo criterios diferentes de la Corte Constitucional, impidieron la recuperación del régimen de transición por no cumplimiento de la condición de equivalencia o, lo permitieron sin su aplicación o con una interpretación diferente de la actual, afectando en el tiempo el goce efectivo del régimen de transición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acción de Constitucionalidad

Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 1993, noviembre 25 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994, septiembre 15 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1995, marzo 22 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-613 de 1996, noviembre 13 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell, marzo 19 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-596 de 1997. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, noviembre 20 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil, septiembre 24 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004, junio 29 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-754 de 2004, agosto 10 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-1024 de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil, octubre 20 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2009, enero 28 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-794 de 2009, noviembre 4 de 2009.

Acción de Tutela

Corte Constitucional. Sentencia T-235 de 2002, abril 4 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia T-1014 de 2004, octubre 15 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia T-818 de 2007, octubre 4 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 2008, febrero 22 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-347 de 2008, abril 17 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-398 de 2008, abril 24 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra, marzo 18 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-449 de 2009, julio 9 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2009, agosto 6 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia T-165 de 2010, marzo 8 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-320 de 2010. M. P. Nilson Pinilla Pinilla, mayo 6 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-351 de 2010, mayo 11 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-583 de 2010, julio 22 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-618 de 2010, agosto 5 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia T-064 de 2011, febrero 4 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-232 de 2011. M. P. Nilson Pinilla Pinilla, marzo 31 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, mayo 4 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-335 de 2011, mayo 4 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 2011, julio 21 de 2011.

Acción de Unificación

Corte Constitucional. Sentencia SU-062 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra, febrero 3 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia SU-065 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, febrero 4 de 2010.

Corte Constitucional. Acción de unificación SU-062 de 2010, febrero 3 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia SU-130 de 2013, marzo 13 de 2013.

Acción Pública de Inconstitucionalidad

Acosta, O. L. & Ayala, U. (2001). *Reformas pensionales y costos fiscales en Colombia*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Clavijo, S. & Vera, A. (2010). *Los desafíos fiscales de Colombia 2010-2014*. Recuperado de <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Anif-Fiscal0610.pdf>

Congreso de la República. Ley 100 de 1993, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 797 de 2003, Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

Congreso de la República. Ley 1328 de 2009, Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Fallo (2011, abril de 2011). Sentencia 6 de abril de 2011, radicación 1101-03-25-00, 2007-00054-00 1995-2.

Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2002, febrero 13 de 2002.

Decreto 3800 de 2003, Por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Presidente de la República (2003).

Decreto 3995 de 2008, Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993. Presidente de la República (2008).

Holzmann, R., Palmer, E. & Uthoff, A. (2008). *Fortalecer los sistemas pensionales latinoamericanos, cuentas individuales por reparto* (1ª ed.). Bogotá: Banco Mundial; Cepal Mayol Ediciones.

Lora, E. & Pagés, C. (2000). Hacia un envejecimiento responsable: Las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina. *Cuadernos económicos de ICE*, 65, 283-324.

Mesa-Lago, C. (2004). Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina. *Revista de la Cepal*, 84, pp. 59-82.

Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Externa 006 de 2011, Traslado de régimen pensional en los términos de la Sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional.

Uprimny, R. & Guarnizo, D. (2008). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. Recuperado de http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=180

Uprimny, R. & Rodríguez, C. A. (2005). *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre la economía y el Derecho*. Recuperado de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=178

Vinueza, Á. P. G. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Criterio Jurídico*, 12(1), 79-126.

La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas*

The obligation of the judicial precedent before the Colombian administrative authorities

RESUMEN

Con el presente artículo en profundidad, se pretende analizar la fuerza vinculante del precedente judicial para las autoridades administrativas colombianas, en la adopción y ejecución de sus decisiones y actuaciones. Con metodología de análisis hermenéutico de lo jurídico se examinarán sus aspectos sustanciales, tales como el fundamento de dicho deber jurídico y la aplicación o inaplicación del principio de autonomía o independencia de las mencionadas autoridades, para apartarse del precedente judicial; así como su margen de libertad interpretativa, al momento de aplicar una norma a un caso en particular. Igualmente, se analizará si el desconocimiento del precedente judicial en situaciones análogas o similares, por parte de las autoridades en mención, puede acarrear responsabilidad administrativa, disciplinaria o incluso penal del funcionario público.

PALABRAS CLAVE

Precedente judicial, Responsabilidad del funcionario público, Obligatoriedad del precedente.

ABSTRACT

Going in-depth in this article, we pretend to analyze the binding force of the judicial precedent for the administrative Colombian authorities, in these adaptation and execution of their decisions and actions. With hermeneutical methodology and legal analysis we will examine, the substantial aspects like the fundament of legal duty and this application and non-application of its principal of authority or independence of the mentioned authorities, to step aside from the judicial precedent: as well as its margin of interpretative freedom, at the moment of norm applying in a particular case. Likewise we will analyze if the ignorance of the judicial precedent is similar or analogous situations on behalf of the mentioned authorities, can cause administrative responsibilities, disciplinary or even criminal of a public official.

KEYWORDS

Judicial precedent, Responsibility of a public official, Mandatory precedent.

CARLOS MANUEL ECHEVERRI CUELLO

Abogado, Estados Unidos, Especialización en Derecho Público Económico, Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda. Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Valledupar. ehecue@yahoo.com

* Este artículo en profundidad es un resumen de la tesis presentada para optar el título de Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, la cual fue aprobada con calificación meritoria.

Recibido: Junio 20 de 2013 • Aceptado: Septiembre 13 de 2013

INTRODUCCIÓN

El tema cuyo análisis se pretende realizar, comprende la obligatoriedad de la jurisprudencia de las Altas Cortes frente al accionar de las autoridades administrativas colombianas. Asunto que ha venido siendo tratado por la Corte Constitucional, respecto de sus decisiones, reiterando que su vinculatoriedad de la *ratio decidendi*, constituye una norma cuya aplicación se impone a todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, la cual debe ser acatada por las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente y las reglas judiciales lo son (Sentencia T-569/01).

A lo anterior se suman los deberes a cargo de las autoridades, establecidos en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en virtud de los cuales, respectivamente, aquellas están obligadas a dar aplicación uniforme a las normas y a la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, al igual que extender los efectos de las sentencias de unificación de las corporaciones mencionadas, en las que se hayan reconocido derechos.

El punto de partida del problema, es la necesidad de establecer el fundamento del deber jurídico que estructura la obligatoriedad para que los servidores públicos se vean compelidos a acoger los precedentes judiciales frente a los casos particulares que son sometidos a su conocimiento. En este orden de ideas, es del caso precisar, que las autoridades ad-

ministrativas se encuentran limitadas en su actuar por lo que dispone la ley; es decir, que esta es una actividad reglada, carente de toda discrecionalidad.

En principio, podemos afirmar que su actuar está encaminado a cumplir y a hacer cumplir la ley. Desde la Constitución Política misma se establece un marco de competencias reglado para el actuar de quienes fungen como servidores públicos, quienes están sujetos a la ley, entendida esta en sentido material, es decir, al conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico y dado que las decisiones judiciales forman parte de este, también están en la obligación de cumplirlas.

Pero el problema se puede enmarcar de una parte desde el factor temporal, es decir, el relativo a desde cuándo se debe aplicar el precedente y el factor cualitativo, referente a cuáles son los criterios que deben reunir las decisiones judiciales para que la administración deba entrar a resolver las situaciones particulares fundándose en el precedente jurisprudencial.

Así mismo, es necesario establecer cuál es el alcance del concepto *decisiones judiciales*, dado que es entendido como los fallos dictados por jueces o tribunales para resolver un conflicto de carácter particular y concreto, pero también, se puede inferir que el precedente judicial surge cuando se adoptan decisiones reiteradas en un mismo sentido. Los resultados de estas reflexiones judiciales, se asimilan como jurisprudencia, la cual posee un carácter vinculante frente a terceros.

Es así que la Corte Constitucional ha venido estructurando los elementos que se deben tener como vinculantes, referido específicamente en los procesos contenciosos y los fallos de tutela a la parte motiva del fallo, esto es la denominada *ratio decidendi*, a través de la cual se sientan los criterios formales vinculantes, que el juzgador considera deben ser empleados en casos similares posteriores.

Pero surge la pregunta en cuanto a la facultad que tiene la administración para apartarse de la aplicación del precedente judicial, para cuyo efecto se debe revisar el desarrollo legal y jurisprudencial de esta materia, pero que de antemano en líneas gruesas debemos decir que es inexistente, dadas las características del servicio descritas con anterioridad, enmarcadas dentro de un ámbito eminentemente reglado.

Adicionalmente, el tema obliga a determinar el margen de libertad interpretativa que tienen los servidores para llegar a adoptar una decisión particular y concreta, teniendo en cuenta decisiones en sentido similar adoptadas por las autoridades judiciales. Es decir, que al establecer la actividad de la administración como reglada de forma inmediata limita la facultad interpretativa, puesto que el nivel de discrecionalidad prácticamente queda proscrito. Por otra parte, una vez se logre dilucidar los temas antes planteados se debe entrar a precisar los diferentes tipos de responsabilidad que necesariamente acompañan o determinan el servicio público. De ahí, que la pregunta problema que guió la actividad reflexiva de este trabajo se formule

como: ¿Están obligadas las autoridades administrativas a observar los precedentes judiciales, al adoptar las decisiones de su competencia?

La obligatoriedad del precedente judicial para las autoridades administrativas, es un tema que ya ha sido abordado por nuestra jurisprudencia constitucional, tal como fue tratado en las Sentencias T-566/1998 y T-569/01, entre otras. No obstante, el tema recobra vigencia con la promulgación de Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, y los pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional sobre los artículos 10 y 102 de la citada norma, realizados a través de las Sentencias C-634/11 y C-816/11, reiterando lo establecido y decidido en la Sentencia C-539/11; en las que se arriba a la conclusión de que las autoridades administrativas deberán tener en cuenta el precedente judicial, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, al adoptar las decisiones de su competencia y extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial de dichas Cortes, en las que se hayan reconocido derechos, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

La Corte Constitucional, en reiterados fallos, ha decantado su doctrina, en torno a la obligación de las autoridades públicas de observar las decisiones judiciales previamente adoptadas, en la solución de casos análogos. Así, se destacan las Sentencias SU-047/99, T-1625/00, C-836/01, Sentencia SU-1300/01 y T-057/06.

En Sentencia T-566/98, la Corte Constitucional analizó el carácter vinculante de la doctrina constitucional en tutela para las autoridades administrativas, quienes no cuentan con la autonomía funcional de los jueces para apartarse de las decisiones judiciales previas. Igualmente, en Sentencia T-569/01, la mencionada Corporación hizo precisiones sobre la obligatoriedad de su jurisprudencia, frente a las autoridades administrativas, quienes están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas a apartarse de las normas, frente a disposiciones claras y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). También, mediante la Sentencia T-116/04, el Alto Tribunal señaló que la Administración debe sujetarse a los parámetros definidos por la Corte Constitucional. De manera reciente, en las Sentencias C-634/11 y C-816/11, en las que se reitera la doctrina sentada en la Sentencia C-539/11, la Corte determinó que:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional”.

Por su parte, doctrinantes colombianos también han abordado el asunto, analizándolo desde la perspectiva del Derecho Compa-

rado y su tratamiento en el sistema jurídico nacional. Es así como el análisis de la función judicial ha cobrado relevancia en el ámbito de la ciencia jurídica y de la investigación del Derecho Comparado, gracias al prominente trabajo del jurista Diego Eduardo López Medina (2007).

El precedente judicial y su fuerza vinculante son entendidos desde la obra de este reconocido autor, como algo producto de la funcionalidad del cargo del juez, puesto que son los jueces quienes de primera mano se ven abocados a la interpretación del texto jurídico para precisar lo que dice o lo que no dice. Su obra, ofrece en detalle, cómo la Corte Constitucional ha entendido y ha usado la doctrina del precedente desde la instauración de un derecho producto en sus orígenes de copias de otros órdenes de carácter greco-romano. Al respecto nos dice Rubén Sánchez Gil (2009, p. 401):

“El juez tiene un papel muy importante como creador jurídico, al pronunciar el derecho que dirime una determinada controversia, y más aún si los criterios que utiliza al desempeñar su función tienen valor vinculante para instancias de inferior jerarquía, por lo cual debe tenerse muy clara la naturaleza de estos criterios y las reglas que en virtud de ella deben seguirse para su utilización práctica”.

Es de anotar que López Medina (2007) entiende lo jurídico como un campo de tensiones entre las decisiones de los jueces y

el ordenamiento político coyuntural, lo que hace que exista una pugna entre dos grandes apuestas teóricas, que el autor denomina como la teoría tradicionalista y la teoría nueva. La primera le da muchísima fuerza al rol del legislador como primera y única fuente y la segunda le da un papel protagónico a la figura del juez como, intérprete y creador dinámico de lo jurídico. Otra de las obras de López (2002), en la que también aborda el tema de la fuerza vinculante del precedente judicial, es *Interpretación constitucional* con la cual, entre otras cosas, busca dar herramientas concretas de interpretación constitucional e investigación jurisprudencial para analizar, en espacios de tiempo y en coyunturas específicas, la forma cómo evolucionan las decisiones de los jueces.

Sobre los problemas que enfrenta la teoría del precedente en el contexto colombiano, la jurista colombiana María Buitrago Guzmán (2011), en su trabajo de tesis de Maestría, realiza un excelente mapa cognitivo de los problemas fundamentales del precedente judicial. Ella señala seis grandes problemas: 1. El precedente debe enfrentar el problema de la cultura legalista en la formación de los abogados en Colombia, esta cultura niega que el derecho es esencialmente un producto humano y que por lo tanto carga las emociones, los sentimientos y las pasiones de un determinado contexto político y social. 2. La existencia de múltiples ideologías y valores en el marco normativo de la Constitución de 1991, hace bastante dispendioso encontrar una línea que agrupe todos estos “techos ideológicos”. 3. La abultada y gigante pro-

ducción normativa en Colombia, producto de la reformatis, la “convulsión legislativa” y el síndrome normativo (Botero Bernal, 2003) hace que agrupar en líneas jurisprudenciales los precedentes sea una tarea titánica. 4. El desconocimiento del precedente por los organismos de cierre fiscal. 5. El cambio permanente de magistrados y de las Cortes, afecta de una forma directa la jurisprudencia. 6. La ausencia de consensos en los organismos de cierre que implica toma de decisiones basadas en la mayoría.

De igual forma, es destacable el trabajo de Carlos Bernal Pulido (2008), donde se aborda el problema de si las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente en el sistema jurídico colombiano, y si es así, cuál es el fundamento, cuáles las características y cuál el alcance de este carácter. En el marco de los diferentes análisis de la fuerza vinculante del precedente judicial es pertinente señalar el trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de Eduardo Pilonieta Pinilla (2007).

No menos importante es el trabajo de Julio Alberto Tarazona Navas (2007), en el que trata temas relacionados con la vinculatoriedad de las decisiones judiciales, tales como la “Supremacía o Imperio del Precedente Constitucional” y la “Teoría sobre la Obligatoriedad del Precedente Constitucional”, entre otros. Asimismo, se destaca el trabajo realizado por Gómez y Robles (2011) en el que se propone un análisis crítico sobre la certeza de la transformación y crisis de las fuentes

del Derecho en el contexto nacional. Al respecto las mencionadas autoras precisan que:

“La jurisprudencia constitucional proferida por la Corte Constitucional en Colombia, se ha desarrollado en un momento álgido de la historia nacional y, aunque este no ha sido un aspecto sustantivo del presente discurso, sí lo ha sido enunciar la lucha por el derecho de la colectividad, como legitimante del actuar del operador jurídico. En otras palabras, el juez asume un papel de garante del querer social y la jurisprudencia constitucional, le brinda las herramientas necesarias para lograr este altísimo cometido” (Gómez y Robles, 2011, p. 466).

A pesar de esta amplia y variada gama de análisis, el precedente judicial y su accionar se ha enmarcado en el campo del debate constitucional, donde sin lugar a dudas, ha sido estudiado con suficiente amplitud, siendo valioso el hecho de que aún no exista ningún tipo de acuerdo definitivo sobre las posturas a asumir. En el caso de la administración, de los operadores jurídicos y de los funcionarios públicos, es notoria la ausencia de trabajos encaminados al análisis del precedente, dado que esta figura es bastante novedosa y solo aparece actualmente con la reforma al Código de Procedimiento Administrativo.

Este trabajo se encamina en esa dirección. Por ende, se pretende profundizar en la fuerza vinculante del precedente judicial en

las actividades y funciones propias de los servidores públicos. Para alcanzar esta finalidad se emplearon metodologías propias de la hermenéutica jurídica bajo la égida de la investigación descriptiva, que según Hernández, Fernández y Baptista (2010, p. 80): “... busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice”.

Para ello, se inicia con el ejercicio de caracterizar globalmente el precedente judicial en la perspectiva del Derecho Comparado de forma aproximativa y general, se continúa con un acercamiento que pretende precisar el precedente judicial en Colombia y se finaliza el trabajo con el aparte que persigue caracterizar la fuerza vinculante del precedente judicial en el marco normativo de la Ley 1437 de 2011 para el caso de los funcionarios públicos.

1. El precedente jurisprudencial en el Derecho Comparado

1.1. La tradición anglosajona

Iniciamos nuestro recorrido por una de las tradiciones más antiguas en cuanto a fuerza institucional vinculante: el ordenamiento jurídico inglés. El precedente jurisprudencial constituye una de las columnas cardinales del Derecho inglés. En dicho sistema jurídico, la actividad inductiva del juez es fundamental, tanto en la interpretación de las leyes expedidas por el Parlamento, como en la creación del derecho. Esta doctrina del precedente judicial, denominada el “Derecho de los Casos” (*case law*), ha permitido que,

a partir de las decisiones de casos anteriormente resueltos, los jueces ingleses creen reglas, principios y criterios jurídicos, vinculantes en la solución de casos análogos.

En el *common law*, el basamento de la fuerza vinculante del precedente judicial, que es fuente del ordenamiento jurídico, lo constituye el principio *stare decisis*, es decir, estar-se a lo resuelto en los casos anteriores. Esto obliga a los tribunales a respetar las sentencias proferidas con anterioridad por ellos mismos o por los tribunales jerárquicamente superiores, al decidir sobre casos análogos por sus hechos. De allí que, el sustento de los recursos de apelación radique en la incorrecta aplicación del precedente judicial (*appeals by way of case stated*). En relación con la obligatoriedad de los fallos con valor de precedente judicial y su carácter de fuente del Derecho inglés, Marta Mirneau (2004, pp. 23 y 24) expresa lo siguiente:

“Esta regla implica que cuando un juez conoce de un asunto, o sea, de un caso antes de emitir un fallo deber considerar las decisiones de otros jueces, en casos anteriores, que se relacionen con los mismos hechos, dentro de una particular rama del Derecho. Esas decisiones, en lo que toca a los puntos de derecho invocado, constituirán los precedentes judiciales. El hecho de recurrir a ellos, tiene por objeto reafirmar los principios jurídicos aplicables al asunto de que se trate, logrando además, consistencia en los fallos. Se considera que los precedentes de los

tribunales superiores son obligatorios y vinculatorios para ellos mismos, así como para los tribunales jerárquicamente inferiores, y que son los jueces de estos últimos los que al invocar el fallo anterior, le confieren la calidad de precedente judicial”.

En el ordenamiento jurídico estadounidense, el precedente obligatorio, fundado en la regla del *stare decisis*, constituye el soporte histórico de las sentencias de la Corte Suprema, las cuales deben ser acatadas, tanto por la misma Corporación, como por los diferentes tribunales de los Estados de la Unión. En palabras de María Ángeles Ahumada Ruiz (2003, p. 356):

“La dinámica que impone el *stare decisis* es fácil de describir. En virtud de este principio los jueces han de decidir los casos del presente atendiendo a cómo se decidieron casos iguales o semejantes en el pasado. En sentido horizontal, el *stare decisis* fuerza la vinculación del juez a sus decisiones anteriores. En sentido vertical, a las de los tribunales superiores que ejercen sobre ellos jurisdicción en apelación. En principio, los jueces no están obligados por precedentes establecidos por tribunales de su mismo rango, ni por los de tribunales de apelación sin jurisdicción sobre ellos. Por ello se suele distinguir entre precedentes vinculantes y precedentes persuasivos dependiendo de la relación que liga a unos tribunales con otros (un prece-

dente obligatorio para unos tribunales será persuasivo para otros). Los únicos precedentes con fuerza obligatoria para todos los jueces son los que proceden del Tribunal Supremo (en el caso de los Estados Unidos, en materias de derecho federal)”.

Hechas las anteriores precisiones, es necesario anotar que si bien el sistema jurídico norteamericano tuvo sus orígenes en un Derecho eminentemente jurisprudencial importado desde Inglaterra, Estados Unidos adoptó un sistema de *Common law* con características propias. En efecto, en lo referente al *stare decisis*, el *Common law* estadounidense presenta una cierta autonomía, frente al *Common law* inglés, en tanto que este otorga al precedente una verdadera firmeza, haciendo excepcional para el juez la posibilidad de apartarse de él. Mientras que en Estados Unidos la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, no tiene el mismo rigor en su aplicación, lo que facilita que un tribunal norteamericano pueda desconocer sus propios precedentes. Esta situación encuentra explicación, según Nuria González Martín (2011, p. 392), en el hecho de que:

“(…) los Estados de la Unión son soberanos en relación con su régimen interno y por ello cuentan con su propia organización judicial. Es así, entonces, que en el país existen tribunales federales y tribunales locales y, como las cortes superiores de los Estados pueden establecer precedentes, esta circunstancia provocaría diferencias

irreductibles entre los derechos de los Estados, si la regla del *stare decisis* no se aplicara de una manera flexible”.

En el mismo sentido, al comparar el sistema jurídico inglés y el sistema jurídico estadounidense, García Martínez y Torres Zárate (2008, p. 98) concluyen que:

“(…) aunque el derecho americano descienda del inglés, existen marcadas diferencias entre ambos sistemas, que obedecen principalmente a razones históricas y políticas. Entre las primeras hay que señalar que en la formación del derecho de Estados Unidos permearon influencias diversas, tales como las costumbres de los pueblos indios originarios de ese país, así como el derecho de otros países de Europa como: Holanda, Francia y España, que también fueron parte de su colonización. Sin dejar de considerar que quien sentó las bases del derecho norteamericano fue en definitiva Inglaterra. Por otro lado, consideramos que las diferencias más importantes en este sistema surgen por la estructura política que adoptó después de su independencia, toda vez que esta fue constituida como República Federal, lo que implicó 50 sistemas jurídicos locales perviviendo al lado de un federal”.

1.2. El enfoque latinoamericano

En el sistema jurídico argentino, tradicionalmente, el precedente jurisprudencial no tuvo el carácter vinculante, tal como ocurre

en el sistema del *common law* con la doctrina del *staredecisis*. Por eso, los tribunales no estaban obligados a respetar y acatar las reglas preexistentes, sentadas en sus propios fallos o en las decisiones anteriores, adoptadas por los tribunales de jerarquía superior. Esta situación produjo una jurisprudencia diversa carente de unidad. No obstante, en el siglo XX, se introdujeron transformaciones en el ordenamiento jurídico argentino, a través de leyes de índole procesal que permitieron a los tribunales sentar doctrina obligatoria para sí mismos y para los tribunales jerárquicamente inferiores. Incluso, a nivel provincial, sin mediar norma habilitante, reglas locales han atribuido obligatoriedad a la doctrina sentada por la Corte Suprema y por los tribunales superiores.

Específicamente, en el caso “Cerámica San Lorenzo”, fallado el 4 de julio de 1985, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, impuso a los tribunales el deber de acatar sus fallos, al considerar que:

“(…) no obstante que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de

la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” (Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo 1985/07/04. Cerámica San Lorenzo, S. A. Buenos Aires, julio 4 de 1985).

Al respecto, Néstor Pedro Sangüés (2006, pp. 27 y 28) manifiesta que:

“Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean: a) valederos; y b) diferentes a los ya examinados por la Corte. De hecho, esta regla importa una interpretación mutativa por adición al texto constitucional, que suma a las competencias de la Corte Suprema enunciadas inicialmente en la Constitución (...) cuya legitimidad, hoy día, se funda en razones parecidas al *stare decisis* estadounidense (...): igualdad, previsibilidad y economía. Son estos valores muy prácticos que la sociedad contemporánea cotiza significativamente, y que consolidan al peculiar *stare decisis* argentino, que como su par norteamericano, aunque no de modo idéntico, recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver”.

Siguiendo con este recorrido de Derecho Comparado, el precedente vinculante en el ordenamiento jurídico peruano, es una ins-

titución relativamente nueva, que ha tenido su principal desarrollo en el ámbito constitucional. Efectivamente, la obligatoriedad del precedente constitucional cuenta con respaldo normativo, tal como lo establece el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 28237 de 2004, cuyo tenor es el siguiente:

“Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el TC resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente... ..el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efecto similar al de una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos. En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia

de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia” (Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 0024-2003-AI/TC. Lima, Municipalidad Distrital de Lurín. 10 días del mes de octubre de 2005).

Con respecto a la aplicación del precedente constitucional en la jurisprudencia peruana, Ricardo Guillermo Vinatea Medina (2010, pp. 4 y 5) ha señalado que:

“(…) que cuando en el ámbito público o privado, el magistrado se encuentre ante una sentencia que está constituida como precedente vinculante, con unos fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, se obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. Este precedente que esté configurado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como a los propios magistrados del Tribunal Constitucional en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate del apartamiento de su línea jurisprudencial. El precedente vinculante se da en el marco de los procesos constitucionales que conoce el Tribunal Constitucional, esto incluye los procesos competenciales,

que el Tribunal decide en instancia única; y los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y acción de cumplimiento, que el Tribunal decide en última instancia. En los procesos mencionados las sentencias del supremo intérprete de la Constitución que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando lo señale la propia sentencia, indicando qué extremo de su decisión tendrá efecto normativo, en su parte resolutive. La particularidad de las sentencias que formarán al precedente vinculante es que el Tribunal Constitucional debe resolver una controversia definida por concretas circunstancias; ya que estamos hablando de procesos en los que el órgano constitucional debe decidir –afectando solo a las partes en el proceso–, y declarando fundada o infundada la demanda, si una determinada actuación pública o privada ha vulnerado el contenido de un derecho fundamental que se encuentra protegido por la Constitución. Es en este marco particular en el que el Tribunal Constitucional puede dar valor general, con efectos *erga omnes* a determinados fundamentos de la sentencia que reúnan los requisitos para constituirse como precedentes vinculantes y que el Tribunal exprese su decisión formulándolos como tales”.

Después de este breve recorrido, podemos apreciar que el debate en Colombia sigue los mismos derroteros trazados por las realida-

des del Derecho Internacional. Veamos de manera general la forma cómo se ha construido el debate sobre el precedente judicial en Colombia.

2. El precedente jurisprudencial en Colombia

2.1. *Las tensiones de los dos enfoques en el marco jurídico colombiano*

En el ordenamiento jurídico colombiano, dentro de las fuentes formales del Derecho encontramos la jurisprudencia, distinguida de una parte como las decisiones adoptadas por los jueces, para dirimir los conflictos o diferencias entre dos partes, en cuyo caso se constituyen en normas de carácter particular y, de la otra, como las decisiones generales que sobre un objeto similar pueda tomarse como orientadora para exigir de los jueces su aplicación en el mismo sentido, convirtiéndose en normas de carácter general.

En ese sentido, al precedente judicial se le reconoce la misma fuerza vinculante de una norma jurídica, que si bien no es expedida por el Congreso de la República (Rama Legislativa) o por el Ejecutivo, su fuente reiterada o unificada sobre el análisis de una temática, en ausencia de disposiciones o a falta de su claridad, permite a los coasociados contar con un referente de interpretación. Ello desde luego, en la práctica genera estabilidad y limita el ámbito de discrecionalidad del fallador cuando se presenten casos similares, con relación a la decisión que debe adoptar o la necesidad de sustentar su variación, fundado en elementos objetivos.

En diferentes fuentes encontramos referencia a dos sistemas en los cuales ha evolucionado la figura del precedente judicial, como son propiamente el precedente en el sistema anglosajón o *Common law* y la forma que adquiere a partir de la jurisprudencia en los países de influencia en el Derecho romano referidos a los países de la Europa Continental.

El sistema anglosajón aplicado en el Reino Unido y sus antiguas colonias, parte de un Derecho consuetudinario de naturaleza oral que propone un esquema mediante el cual las decisiones de los jueces, a falta de un desarrollo legal al ser sistemas de Constituciones no escritas o con desarrollos legales limitados, tienen un carácter obligatorio, a diferencia del surgido de los países con influencia romana en los cuales existe una marcada tendencia a la rigidez legal; es decir, que son las normas escritas las que regulan las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, en el cual las decisiones de los jueces se limitan a ser interpretativas de las normas y no sus creadoras.

Como se expresó en otro aparte, en el *Common law*, las decisiones de los tribunales tienen un carácter de precedente, que no pueden ser modificadas a menos que cambien los presupuestos que dieron lugar a ello y los cuales deberán ser sustentados por las mismas instancias o superiores a estas. En este orden de ideas, se puede afirmar que en sentido estricto la jurisprudencia en el sistema romano-germánico no era tenida como verdadera fuente del Derecho, sino como un criterio auxiliar del juez.

Es decir, que la jurisprudencia como fuente de Derecho, en los países que conservan dicho sistema o son influenciados por este, al no tener mayor fuerza vinculante, pasa a ser como en el caso de la doctrina, un elemento de juicio sustitutivo para el juez y las partes. Ello se conservó en el Sistema Jurídico Colombiano hasta el surgimiento de la Constitución de 1991, con el advenimiento del Tribunal Constitucional llamado Corte Constitucional, que está llamada a servir de guardiana de la Constitución.

Dicho sea de paso, la creación de un sistema jerarquizado y que cuenta con un tribunal de esta naturaleza, dedicado a defender los principios básicos de la Constitución Política, tiende a desconocer la tradición y desarrollo jurisprudencial, al igual que el derecho natural como fuente de derecho anterior y superior a la Constitución misma, lo cual, es a todas luces, inconveniente para la seguridad jurídica del país.

En presencia de la Constitución de 1886 se observó un relativo desarrollo para lograr que las decisiones de los jueces al ser reiteradas tuviesen una fuerza vinculante como es el caso de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 53 de 1887 o por el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, subrogado por la Ley 169 de 1896, esta última en el sentido de que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación constituyen doctrina probable y que los jueces podían aplicarlas en casos análogos. Sin embargo, obsérvese que la norma establecía una facultad discrecional para el juez al emplear ese criterio auxiliar.

Esto se contrapone a la figura contemplada en el sistema anglosajón según la cual la *ratio decidendi* de una sentencia de un tribunal, obliga a este y a sus inferiores funcionales a fallar en el mismo sentido. Se considera que el sistema romano-germánico tiene grandes debilidades en esta materia, puesto que permite que en casos similares, los jueces interpreten de forma diferente los vacíos normativos o la ausencia de normas en un caso particular, máxime entendiendo que es necesario en muchos casos acudir a este “criterio auxiliar” para no denegar justicia.

Por el contrario, la consistencia normativa derivada del análisis realizado por el juez con la inmediatez de las pruebas y contando con los argumentos de las partes, que se traduce en una sentencia, al ser conocida y tomada como precedente permite tener una mayor consistencia y estabilidad jurídica. En nuestro medio, el paso de la decisión potestativa al afianzamiento del precedente judicial como lo contempla el sistema anglosajón, pasa por las decisiones de la Corte Constitucional pero de forma inicial únicamente referida a derechos fundamentales.

Es allí que surge el precedente judicial como un avance en nuestro ordenamiento jurídico en la medida en que los jueces dejan de ser meros intérpretes de la norma jurídica y pasan a llenar efectivamente los vacíos por la falta de desarrollo normativo o ausencia de claridad de los mismos.

La Ley 1437 de 2011, constitutiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, que entró en vigor a mediados del año 2012, hace referencia directa a la “Extensión de la jurisprudencia”, en el entendido de que a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. De igual forma, establece el procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros (artículos 102 y 269 Ley 1437 de 2011). También se establece que todo cambio de jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma deber ser motivado.

Para plantear el análisis del precedente jurisprudencial, debemos hacer mención al lugar que la jurisprudencia tiene en el sistema de fuentes del Derecho, buscando establecer si esta se constituye en fuente formal principal del Derecho o es un mero criterio auxiliar para los jueces y la administración pública. En ese sentido debemos distinguir el sistema de *Common law* o Derecho común inglés, surgido en la Inglaterra medieval, del sistema de Derecho continental europeo, con profundas raíces romanas, cuya estructura se vio reforzada por el surgimiento de la Revolución Francesa que trajo consigo criterios como la necesidad de que exista tridivisión de poderes públicos, con miras a garantizar un sistema de pesos y contrapesos del poder. Sin embargo, es del caso precisar que la tradición jurídica inglesa se asemeja al modo en que operaban los jurisconsultos o juristas romanos, quienes debido a la gran dispersión de normas debieron simplificar el ordena-

miento legal, creando de esa forma doctrina judicial que fue utilizada en casos similares posteriores.

Así mismo, la Revolución Francesa trajo consigo la aplicación de conceptos como el relativo a que la función del juez es la de ser la boca de la ley; es decir, que viene a reforzar la noción romano-germánica en cuanto a que la fuente del Derecho por excelencia es la ley, con un corte eminentemente positivista. Es así que en el *Common law* los tribunales y jueces deben destrabar los conflictos o fallar, teniendo en cuenta las decisiones que con anterioridad han adoptado los tribunales o jueces, lo cual no quiere decir que no puedan apartarse de estas, pero siempre han de partir del precedente judicial y tenerlo como referente directo.

Por su parte, en el Derecho continental europeo, los jueces deben adoptar sus decisiones con fundamento en la ley exclusivamente, dejando de lado cualquier tipo de obligatoriedad en lo que a decisiones anteriores los tribunales hayan resuelto sobre debates con los mismos fundamentos jurídicos, pese a que como en el caso del Consejo de Estado Francés, el desarrollo jurisprudencial haya tenido especial importancia.

Si bien Colombia posee una clara influencia del Derecho continental europeo, desde tiempo atrás se viene presentando un debate nacional en torno al sistema de fuentes del Derecho con miras a categorizar la jurisprudencia como su fuente formal principal y no de acuerdo con la concepción tradicional

que la consideraba un mero criterio auxiliar. Para la definición del desarrollo conceptual en nuestro medio debemos distinguir varios períodos que enmarcan visiones diferentes en cuanto a la jurisprudencia como fuente del Derecho, y a la obligatoriedad, que el precedente jurisprudencial comporta frente a las decisiones judiciales y de las autoridades administrativas.

La influencia del Derecho continental europeo trajo consigo un primer período enmarcado dentro del debate o contraposición de los criterios de “doctrina legal” claramente de origen español enmarcado por el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, que reza: “... en casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de Derecho, constituyen doctrina legal probable” y el artículo 371 de la Ley 105 de 1890, referida a:

“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir ley apropiada al caso”.

Adicionalmente, el artículo 369 de esta última prevé como causal de casación la violación a la doctrina legal. Es decir, que era

obligación del juez en todos los casos tomar una decisión frente al debate que se proponía y al tiempo que debía tener en cuenta un número de decisiones uniformes adoptadas por la Corte Suprema de Justicia como sustento para esta. Ello en contraposición del contenido del artículo 7 del Código Civil que establece:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”, que corresponde a la disposición de darle únicamente valor inter-partes a la jurisprudencia.

Este período se prolongó hasta la expedición de la Ley 169 de 1896 en su artículo 4 que para el efecto reza:

“Tres decisiones uniformes, dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

La aparición de la Ley 169 de 1896, y más específicamente de su artículo 4, puede considerarse como el punto de partida del segundo período de desarrollo del tema jurisprudencial de precedente o sus anteceden-

tes, ya que esta normativa, aún vigente, ha sido empleada como soporte para definir el alcance que el concepto de precedente jurisprudencial tiene en la actualidad, en cuanto a las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, debido a que la Corte Constitucional en la revisión de la norma le dio un sentido trascendente, a partir de la ampliación del alcance de la noción de “doctrina probable” allí previsto.

Sin embargo, hasta antes de la redefinición del alcance normativo, que el concepto de “doctrina probable” comporta, podríamos establecer que si bien estos criterios sirvieron de referente frente a la toma de muchas decisiones jurisdiccionales, en la práctica carecían de la obligatoriedad que este tipo de materias exige, dada la necesidad de generar seguridad jurídica a los ciudadanos, mutua confianza y garantizar el principio a la igualdad, cuando en la aplicación de la ley, para casos con fundamentos similares, se exige que el juez adopte sus decisiones en un mismo sentido. En resumen, durante el período de aplicación de este criterio las reglas generadas no tenían un carácter vinculante concreto y por ello no era dable hacer exigible ante los jueces su aplicación.

2.2. El giro en la mirada: el papel de la Corte Constitucional

Luego de la promulgación de la Constitución de 1991, la cual trajo consigo la noción según la cual la Constitución es Norma de Normas, surge un activismo evidente ya que adquiere fuerza vinculante desde el preámbulo mismo, pasando por la definición del concepto

de derechos fundamentales y materializando los derechos ciudadanos a participar en la toma de las decisiones del Estado.

Ello, desde luego se estructuró sobre la base de la creación de la Corte Constitucional, la cual tiene bajo su égida garantizar la integridad de la aplicación de los principios, reglas y derechos contemplados en la Constitución. Pero uno de los debates de mayor connotación ha sido el generado por el contraste entre el artículo 230 de la C.P. que a la sazón establece:

“Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, frente al alcance del artículo 241 que a su vez establece: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”.

Para quienes realizan una interpretación exegética el artículo 230 agota cualquier tipo de interpretación, por lo cual la ley es la única fuente formal principal del Derecho. Pero para otros, que realizan un análisis sistémico, el mismo artículo está referido a que la noción de ley hace alusión al concepto de norma jurídica en general, es decir, Constitución, ley, actos administrativos, etc., y que siendo la jurisprudencia parte de este, debe mirarse integral y armónicamente, de esa forma, y por consiguiente, enmarcado dentro de la misma definición.

Así las cosas, la materialización de la función de guardiana de la Constitución tiene indefectiblemente que hacerse definiendo una armazón que le permita al conglomerado conocer el alcance interpretativo frente a los diferentes derechos fundamentales, lo cual entendemos suficientemente claro. Es así que la Corte Constitucional, de forma contundente, ha adoptado una posición categórica en cuanto a que el precedente judicial es obligatorio, considerando la *ratio decidendi* o el fundamento en que se soportan los fallos de tutela y contenciosos, deben servir de soporte para los fallos posteriores.

También es clara la posición de la Corte Constitucional en el sentido de establecer criterios para que los jueces, sin desconocer su independencia, deban garantizar la seguridad jurídica, la confianza mutua y el principio a la igualdad. Ello a partir de la exigencia relativa a que si bien pueden apartarse del precedente, lo puedan hacer, siempre y cuando evalúen el contenido del existente y se expongan las razones por las cuales adoptan una decisión en sentido diferente.

Pero más allá de esta aparente simple interpretación, se encuentra el auge del debate sobre la necesidad de que el precedente se aplique ya no solo para la jurisdicción constitucional, frente a las materias que le son propias, sino con relación a las demás jurisdicciones; es decir, la ordinaria y la contencioso administrativa. De manera que, se está asistiendo a una exigencia por vía jurisprudencial que viene arrastrando la creación legal, para que se garantice, en el marco de un Estado

Social de Derecho, el principio de igualdad ciudadana, mutua confianza y de seguridad jurídica, por vía de la implementación del criterio del precedente jurisprudencial.

Parecería entonces que no son voces aisladas las que demandan y consolidan el avance en esta materia y lejos de corresponder a un mero capricho por traer mecanismos de otras latitudes, en la práctica, con la carga argumentativa, se pretende construir la necesidad de consolidar el precedente jurisprudencial como fuente formal principal del Derecho en nuestro país.

Es así que la Corte Constitucional en su afán de concretar las reglas que permitan ordenar el sistema jurídico que surge del cuerpo constitucional, no solo ha tratado de avanzar en la implementación del sistema de precedente jurisprudencial desde el ámbito constitucional, esto es, estableciendo reglas o mecanismos que permitan ordenar el empleo de dicha fuente, sino que al tiempo ha venido madurando la implementación del mismo criterio frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

En ese sentido, ha exigido implícitamente, que estos entren en un proceso de adecuación organizacional y metodológica, de manera que el precedente jurisprudencial pueda ser implementado a cabalidad, ya no sustentado en las disposiciones legales, sino directamente de la ordenación y sistematización de la jurisprudencia misma. Parafraseando a Diego López (2007), el aumento del

valor de la jurisprudencia comienza a darse a partir de la Constitución de 1991 con el surgimiento de la Corte Constitucional, cuya corporación inicia su proceso de desarrollo funcional y conceptual tratando de consolidar el régimen de precedente constitucional de forma vacilante.

Sin embargo, se podría decir que durante este período surge el criterio de “Doctrina Constitucional”, con rasgos diferenciales entre las decisiones de la Corte Constitucional durante el período de 1991 a 1995, con la expedición también del Decreto 2067/91, sobre los mecanismos constitucionales, como la tutela, en cuyo lapso dicha Corporación osciló en la definición de la jurisprudencia de tutela dándole el carácter de valor pedagógico, normativo general y auxiliabilidad de los fallos con efectos inter-partes, de aquellas expedidas durante el período de 1995 a 1998, en el que se presenta un avance conceptual que parte de la restricción del alcance del Decreto 2067/91, sobre la cual “la Corte reconstruye una doctrina fuerte de precedentes, primero, mediante la utilización expansiva del concepto de “doctrina constitucional” y, segundo, mediante la utilización del principio de igualdad” (Constitución Política de 1991, p. 13).

Esta línea argumentativa terminará triunfando al interior de la Corte, que finalmente anuncia de manera unánime y en sala plena una doctrina fuerte del precedente en la Sentencia C-037/96 con la que desarticula el sentido tradicionalista del artículo 48 de la Ley 270 de 1996. Esta contenía un ataque

frontal contra la capacidad interpretativa de la Corte en todos aquellos aspectos que habían generado polémica pública hasta ese momento, en especial, las técnicas de modulación de sentencias y, por supuesto, la doctrina de precedentes. En la Sentencia C-037 la Corte defiende sus facultades en relación con ambos aspectos. Es seguro decir que luego de esta sentencia todos los magistrados de esta 2ª Corte empiezan a apoyar la tesis de la obligatoriedad del precedente. Tal línea jurisprudencial es confirmada ulteriormente en la Sentencia SU-047/99 y, en general, en la práctica decisonal de la Corte (López Medina, 2007, p. 104).

En el mismo período coexistieron los criterios antes mencionados con el de la “Doctrina Probable” a que ya hicimos referencia, que como se manifestó carecía de obligatoriedad y tenían un “valor meramente persuasivo” (López Medina, 2007, p. 105), el que a su vez vino a prolongarse hasta la reinterpretación que del mismo hizo la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001.

3. ¿Fortalecimiento de la fuerza vinculante del precedente judicial en el marco de la Ley 1437 de 2011?

3.1. La fuerza vinculante del precedente

Enmarcándonos en el análisis anterior y siguiendo la reflexión inicial, es bueno señalar que en la Sentencia C-439 de 2000, la Corte Constitucional precisa que como resultado de los cambios estructurales a nivel institucional propuestos por la Constitución de 1991, con relación al precedente judicial lo siguiente:

“Los jueces están obligados a acatar los precedentes que fijan sus superiores. En los casos contenciosos, la *ratio decidendi* guarda relación directa con los hechos sometidos a consideración del juez pues, a partir de la situación fáctica tenida en cuenta por el juez, este precisa el sentido de la norma jurídica, configurándose una norma (regla), de origen judicial, derivada de la disposición positiva. Las posibilidades de creación de estas normas, cabe señalar, no es infinita, pues el ámbito de decisión judicial se encuentra limitado por el texto de la norma positiva. Las técnicas y métodos de interpretación, que no se limitan a los establecidos en el Código Civil y en la Ley 153 de 1887, imponen cánones interpretativos, que permiten determinar si el sentido que se atribuye a la norma, realmente es correcto. Así las cosas, la *ratio decidendi*, además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación —y, por ende, la correcta aplicación— de una norma. Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no solo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la *ratio decidendi*” (Cor-

te Constitucional. Sentencia C-439 de 2000. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., abril 14 de 2000).

No obstante, a pesar de lo dispuesto por la Corte no se pueden ocultar las situaciones conflictivas que se viven en el ejercicio mismo del accionar de los operadores de la Administración de Justicia, que sin duda alguna evidencia una situación conflictiva latente, como es el caso de:

“... la ancestral discusión entre quienes, apegados a la tradición, luchan por la primacía de la ley y su aplicación escueta por parte del juez –la boca que pronuncia palabras del legislador– y quienes aspiran a fortalecer la labor judicial predicando la fuerza vinculante –para todos los operadores jurídicos– de los fallos proferidos por las Altas Cortes” (Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001).

Por ende, es válido señalar la situación ocurrida con la expedición de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, el Congreso de la República, precisó que *“solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene el carácter obligatorio general”*, y la Corte de forma expresa reconoció con la Sentencia C-037 de 1996, la inconstitucionalidad de las expresiones “solo” y “el Congreso de la República”, dejando en firme que:

“La labor de la Corte Constitucional encaminada a guardar la supremacía

y la integridad de la Corte, hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la ley fundamental” (Corte Constitucional. Sentencia T-037 de 1996. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, agosto 12 de 1996).

Como lo precisa la misma Corte, lo anterior implica que en Colombia los jueces tienen la obligación de atender los instrumentos legítimos a través de los cuales se manifiesta el Derecho y uno de estos, es ahora la jurisprudencia, que se viene a sumar a los ya tradicionales –Constitución y ley–, con lo cual se expresa, por lógica, una fuerte teoría de Precedente Judicial.

Es por ello que se hace importante referenciar el numeral segundo del artículo 48 de la misma Ley 270 de 1996, que para el efecto dispone: *“... las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes, y que, por otra parte, su motivación solo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces...”*.

Al respecto la Corte declaró la exequibilidad condicionada a una explicación del proceder decisonal, es decir, si los jueces optan por separarse de la línea jurisprudencial trazada en estas decisiones, se verán compelidos a justificar de manera suficiente y adecuada las motivaciones que les llevan a hacerlo, de lo contrario se verían constriñendo el principio de igualdad.

Sobre la base de las ideas expuestas, jurídicamente, se puede hablar del precedente legislativo o administrativo para hacer referencia a lo que antecedió a una ley o a una actuación gubernativa, la importancia del concepto se destaca en lo judicial y, fundamentalmente, en lo judicial constitucional, tal y como lo establece nuevamente la Corte Constitucional.

“Se trata de establecer que los Tribunales, y en especial el constitucional por la índole macro que representa, deben ser consistentes o consecuentes con las decisiones que toman como una forma de expresión del respeto a un Estado de Derecho, porque es obvio que los jueces no pueden tomar sus decisiones de fondo con base en simples caprichos o criterios ligeros, sino con fundamento en reglas jurídicas o principios que no solo han sido ya aplicados a otros casos sino que ellos mismos y los demás estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro...” (Corte Constitucional. Sentencia T-579 de 2001).

La misma Corte expone que toda esta conceptualización o presupuestos y criterios jurídicos, se pueden sintetizar de forma clara y sencilla en la Sentencia C-447 de 1997, en la que de forma precisa, coherente, lógica, y contundente se afirma:

“Todo Tribunal y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones pre-

vias. Ello deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al Derecho lo que el principio de universalización y el categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello, la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base *ratio decidendi* –de sus precedentes decisiones” (Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997).

Visto así, en los términos de la Corte, los precedentes desempeñan funciones básicas en los ordenamientos jurídicos, aún en aquellos de carácter legislado como el colombiano, debido a esto, el Tribunal y en especial el juez constitucional, deben ser enteramente conscientes de las decisiones tomadas con anterioridad. Es decir, que enmarcado en conceptualizaciones previas, se crea un vínculo derivado de la responsabilidad que debe asistir a los jueces, frente a una decisión anterior, la cual fue fruto de una valoración y obviamente de un análisis jurídico que no se puede despreciar.

En la doctrina nacional se han presentado algunas objeciones de prudencia sobre el tema del Precedente Judicial aun en quienes son sus defensores, estos estiman que con el paso del tiempo, el precedente puede estancarse, cristalizarse y perder el sentido garantista y de cambio que tiene en su esencia, especialmente si su sustento se encuentra basado en rígidos tecnicismos de interpretación que alejarían al sujeto de ciudadanía la comprensión sencilla del texto y el alcance de la Norma Constitucional.

En cuanto al tema que se está estudiando en este aparte, la Jurisdicción Contencioso Administrativa se constituye en la garantía del cumplimiento del Principio de la Legalidad, aplicado a la Administración Pública en sus tres niveles político-territoriales: nacional, estatal y municipal. Ello es el producto del Estado Social de Derecho, en el cual se encuentra la posibilidad abierta, constitucionalmente, a la ciudadanía de poder encauzar los actos, hechos y actuaciones de la Administración Pública a su control y vigilancia por parte de los órganos judiciales especializados que la conforman.

Es por ello que, el nuevo Código Contencioso Administrativo busca reformar la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto a la reducción de los procedimientos internos de la administración, los procedimientos judiciales que se aplican en la jurisdicción y la creación de una sola acción con múltiples pretensiones, respecto al Decreto 1 de 1984. De otra parte, se orienta a proteger las acciones de los gobernantes de una forma más

objetiva, a través de la dinamización de los servicios que ofrece la Administración, en pro de la internacionalización y modernización del aparato administrativo y de sus tensiones conflictivas; ofreciéndole al ciudadano la posibilidad de exigir judicialmente sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, antes de que se pronuncie la Administración. En este sentido el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 establece:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

Se destaca del artículo anterior, el hecho de que las autoridades administrativas tendrán en cuenta, *ad latere* de las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferencial, las decisiones de la Corte Constitucional que aclaren las normas constitucionales conducentes a las soluciones de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Con referencia a esto, se encuentra, que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. En este sentido, señala que las autoridades administrativas al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. De ahí que, se establezca que el artículo es extensivo de la Norma Constitucional que enmarca el tema en estudio: la legalidad e igualdad ante la ley, que implica la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de concebir idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

Integra además el artículo 10 el *“tener en cuenta”*, que no es otra cosa que la obligación de las autoridades en hacer uso o referenciar las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten dichas normas:

“La Corte observa que este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones, a la cual el legislador le reconoce carácter vinculante mas no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, pero no aplicado coactivamente” (Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011).

Indica que las autoridades a las que hace

mención, son aquellas que cumplen una función administrativa, con exclusión de la competencia jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 y habida cuenta que el artículo 10 está ubicado en la primera parte del Código, cuya finalidad es:

“... proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares” (Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011).

Implica lo anterior, que la norma tiene un carácter de deber general de la administración pública, que sirve de principio rector para su funcionamiento, de manera que se vincula a las autoridades administrativas a las decisiones de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, con el fin de evitar que las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que en sede judicial ya han sido aceptados. Con tal propósito, se impone un deber general de observancia de las decisiones de unificación, por parte de las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus competencias. Para estas autoridades no es aplicable el principio de autonomía o independencia válido para los jueces, según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política.

3.2. La fundamentación constitucional del precedente para los funcionarios públicos: preguntas pendientes

La Corte reitera el sometimiento de las autoridades administrativas al imperio de la Constitución y la ley, entendido como la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Al respecto en Sentencia C-539 de 2011 se establece, en relación al precedente judicial, por parte de las autoridades administrativas la siguiente fundamentación (Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011):

- En el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (arts. 29, 121 y 122 C.P.);
- En que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las Altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante;
- En que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable;
- En que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6º y 90 C.P.) y
- En que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (art. 13 C.P.).

Sin embargo, esta innovación estipulada en el nuevo Código Contencioso Administrativo, el de la fuerza vinculante que debe tener el

Precedente Judicial, podría presentar serios problemas en su curso, pues nada asegura que tenga un desarrollo totalmente armónico en la función pública, con pleno acatamiento de sus servidores a esta nueva propuesta de entender el funcionamiento de lo jurídico.

De hecho, esa problemática aumenta, en la práctica, al no existir claridad sobre la fuerza vinculante de estos propósitos para quienes pertenecen a la administración pública y tengan bajo su decisión aspectos de trascendencia; y la duda que surge es cuáles serán las autoridades que controlarán a estos funcionarios públicos que no tengan en cuenta los precedentes judiciales. Surgen allí varios interrogantes que necesariamente obligan a pensar:

- ¿Qué tipo de sanciones disciplinarias se crearían para los servidores que no acaten la fuerza vinculante de los precedentes judiciales?
- ¿Cómo se obligará a todos los servidores que toman decisiones en el sector público a estudiar a fondo las disímiles y múltiples decisiones judiciales que se presentan en los altos Tribunales y en las Altas Cortes, para así no tomar decisiones erradas al momento de aplicar o no el precedente?
- ¿Será capaz un funcionario público, sin la profesión de abogado y sin ningún tipo de formación jurídica, obedecer la pretensión del precedente judicial y todas las consecuencias derivadas de ellos?
- ¿Qué rol puede cumplir el ciudadano? ¿Deberá concurrir a alguna autoridad

para preventivamente asegurarse de la expedición de un acto administrativo conforme a Derecho y conforme a determinados precedentes judiciales?

- ¿En caso de que un ciudadano reciba como respuesta, un acto administrativo contrario a la ley y a la jurisprudencia reiterada previamente, se darán sanciones ejemplarizantes para esos funcionarios?
- ¿Podrá por medio de la interposición de un recurso, el ciudadano de a pie, tener respuestas afirmativas de la administración, al asistir a alguna institución pública que constriña al funcionario a someterse a los mencionados precedentes?

Estas preguntas aún no tienen una respuesta en el marco de una normatividad y se hace vital e imperativo responderlas, para que exista un principio unificador en el funcionamiento del nuevo código, de manera que se enlace a las autoridades administrativas a las decisiones de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema o de la Corte Constitucional, con el fin de impedir que ante la identidad de presupuestos jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de sus derechos que ya han sido reconocidos.

En tal sentido, es imperioso que la Procuraduría General de la Nación se disponga a iniciar investigaciones disciplinarias, en aquellos casos de funcionarios que sean renuentes a atender casos que le corresponda estudiar, en asuntos ya resueltos por las Altas Cortes, esto es tesis y posturas que en otros escenarios judiciales ya han sido aceptados, los cuales se deben resolver en similar sentido.

Así mismo, debe existir la posibilidad que el Consejo de Estado (alguna sala especial o la misma sala de consulta y servicio civil), la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura o una nueva Corte, asuma la competencia en este campo y que se tenga la posibilidad de dilucidar aspectos de importancia para los ciudadanos o para las mismas entidades estatales, en aquellos casos en donde no se tenga claridad si ya existe precedente judicial y si se puede aplicar en la administración pública. Es decir, iniciar la tarea postergada de unificar los precedentes judiciales por áreas y temáticas o por líneas jurisprudenciales.

Todo esto generaría una mayor certeza jurídica y brindaría la posibilidad de no estar sujeta esta norma a la discrecionalidad y a la impunidad para funcionarios renuentes. A su vez, tendrá el Estado la responsabilidad de capacitar en forma permanente a los servidores públicos y, de alguna manera, absolver rápidamente las dudas que se presentarán en las entidades del Estado en sus distintos niveles. Igualmente los ciudadanos necesitan gozar de un Estado garantista en este aspecto, que rápidamente les asesore o intervenga cuando esté latente una petición o la solicitud de un derecho y alguna entidad se rehúse a consagrarlo o a cumplir su deber público. De igual manera, constituye un aporte para el funcionamiento del Estado, el hecho de que la reforma esté pensada bajo la necesidad de hacer que los procedimientos sean más simples, rápidos y eficientes en la relación ciudadanía-Estado.

Por lo tanto, como se expresó en párrafos anteriores, la última palabra la tiene el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia por ser las llamadas a ajustar sus organizaciones internas a los retos que el inminente fluctuar del precedente trae consigo, como garantía de seguridad jurídica para los ciudadanos. Pero, en el contexto actual, cuando existan precedentes claros en algunas materias y las autoridades administrativas evadan su aplicación, podría la ciudadanía acudir ante los organismos de control, para que a través de las funciones de advertencia o sancionatorias se evite que la conducta renuente de los servidores públicos determine el desconocimiento de derechos particulares y posibles detrimentos para el patrimonio de las entidades estatales.

CONCLUSIONES

El estudio bibliográfico y de análisis comparado permite colegir que las autoridades administrativas deben tener en cuenta, en la adopción de sus decisiones, no solo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también a la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto, merced a la vigencia del principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.) y los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 de la Carta Política.

Propender por el entendimiento contrario de

esta lógica jurídica, significaría desconocer el artículo 241 superior, mandato que confía a la Corte Constitucional la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución. El artículo 10 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, deja claro que el funcionario administrativo no debe desconocer los pronunciamientos de las Altas Cortes y el carácter vinculante de la jurisprudencia. El no tener en cuenta el referente constitucional de conformidad con los pronunciamientos del Consejo de Estado, implica desconocer el papel que cumplen estos órganos.

La situación descrita anteriormente, impone el deber general de observancia de las decisiones de unificación por parte de las autoridades administrativas, en el ejercicio de sus competencias. Para estas autoridades no es aplicable el principio de autonomía o independencia válido para los jueces, según lo dispuesto el artículo 230 de la Constitución Política. La Corte ha reiterado el sometimiento de las autoridades administrativas al imperio de la Constitución y la ley, entendido como la puesta en práctica del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. Así mismo, queda altamente desarrollada la idea de que debe existir un marco legal que obligue a los funcionarios a cumplir este cometido, so pena de ser sancionados disciplinariamente.

Como se puede inferir, es previsible y necesaria la creación de un ente o la asignación de funciones a alguno ya existente (Corte Constitucional, Consejo de Estado, Consejo

Superior de la Judicatura), para que sean el soporte de los ciudadanos y de las entidades estatales, en caso de dudas frente a la aplicación de los precedentes judiciales; debe ser un órgano de consulta, pero a su vez vinculante, que absuelva las dudas y consultas, cuando no exista certeza por parte de los funcionarios públicos o que resuelva quejas planteadas por cualquier particular.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ahumada Ruiz, M. Á. (2003). *Stare decisis y creación judicial de Derecho Constitucional. A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23(67).

Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. En: *Revista Derecho del Estado*, (21), 81-94, diciembre. <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php>. [Rev. dic 10 de 2011]

Botero Bernal, A. (2003). *Diagnóstico de la eficacia del Derecho y otros ensayos*. Medellín: Señal Editora.

Buitrago Guzmán, M. R. (2011). *Metodología del precedente judicial en la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Cajas Sarria, M. A. (2009). *Minimalismo judicial: ¿Cass sunstein en la Corte Constitucio-*

nal? En: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (20), 1-61. Enero-junio. [En línea]: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/20/ard/ard1.pdf>. [Rev. dic 10 de 2011].

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo 1985/07/04. Cerámica San Lorenzo, S. A. Buenos Aires, julio 4 de 1985.

Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, D.C., febrero 28 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., julio 6 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., agosto 24 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, agosto 12 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia T-321 de 1998. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., julio 2 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T-337 de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., julio 26 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-439 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., abril 14 de 2000.

- Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, D.C., febrero 17 de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 2001. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., junio 5 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., octubre 7 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. M. P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, D.C., noviembre de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, D.C., enero 29 de 1999.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1625 de 2000. M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá, D.C., noviembre 23 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., agosto 9 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 2001. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C., diciembre 6 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, D.C., febrero 2 de 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C., febrero 12 de 2004.
- Echavarría, H. (2010). Reforma al Código Contencioso Administrativo. En: *Observatorio Legislativo*. Boletín No. 156, marzo. Colombia: Instituto de Ciencia Política.
- García Martínez, F. y Torres Zárate, F. (2008). *Common law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense*. *Alegatos*, (68-69). México: Universidad Autónoma de México.
- Gómez Higuera, L. P. y Robles Martínez, F. E. (2011). La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho. Enfoque desde el operador judicial. En: *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización*. Medellín: Dike.
- González Martín, N. (2011). *Common law: Especial referencia a los Restatemen of the Law en Estados Unidos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/19.pdf>]
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Iturralde, V. (1995). *El precedente en el Common law*. Madrid: Editorial Civitas.
- Legarre, S., Rivera, J. C. (2011). Naturaleza y dimensiones del stare decisis. En: *Revista Chilena de Derecho*, 33(1). Abril de 2006, 109-124. [En línea]: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-3437200600100007&script=sci_arttext. [Rev. dic 10 de 2011].

- Londoño, N. R. (2007). La obligatoriedad de los principios del Derecho en el *Common law* de los Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 3(106). Medellín.
- López Medina, D. E. (2002). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Consejo Nacional de la Judicatura.
- López Medina, D. E. (2007). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis-Uniandes.
- Mirneau, M. (2004). Una Introducción al *Common law*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Serie Estudios Jurídicos*, (4). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Montoya Medina, L. E. (2011). *La excepción hace la regla: el Derecho Judicial. El precedente judicial en el discurso de las fuentes del Derecho*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Olano García, H. A. (2009). Consulta. ¿Qué se entiende por reiterada jurisprudencia?, es decir, ¿cuántos pronunciamientos debe tener un asunto? En: *Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Bogotá, marzo 27 de 2009. [En línea]: http://www.acj.org.co/conceptos/concep_ord_003-2009.htm [Rev. dic 10 de 2011].
- Pilonieta Pinilla, E. (2007). *Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano*. Trabajo de posesión como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bucaramanga.
- Sánchez Gil, R. (2009). El derecho de los jueces. *Revista Boletín Mexicano del Derecho Comparado*, XLII(124). Enero-abril. México: Universidad Autónoma de México.
- Sangüés, N. P. (2006). La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. y Argentina. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4(001). Chile: Universidad de Talca.
- Tarazona Navas, J. A. (2007). *El imperio de la Constitución y del precedente constitucional*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia proferida en el Exp. 0024-2003-AI/TC. Lima, Municipalidad Distrital de Lurín. 10 días del mes de octubre de 2005.
- Vinatea Medina, R. G. (2010). *La aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional Peruano en la Jurisprudencia nacional. Pro-justicia*. Perú: Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia.

Implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en la ciudad de Santa Marta: un análisis socio-jurídico de sus aciertos y desventajas*

*Implementation and Responsibility of the Juvenile Justice System in the city of Santa Marta:
A socio-legal analysis of its strength and weakness*

RESUMEN

El presente artículo de reflexión analiza desde el plano teórico y conceptual de lo socio-jurídico los avances y limitaciones del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Con metodologías propias de la hermenéutica jurídica y con conceptos de la sociología jurídica se precisa la problemática del progresismo jurídico y las condiciones estructurales y sociales que impiden la implementación de la norma en sociedades con Estados débiles como el colombiano. Se toma como caso de análisis la implementación del SRPA en una capital intermedia conflictiva como Santa Marta.

PALABRAS CLAVE

Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Estigma social, Debilidad de la norma.

ABSTRACT

This article analyses from the theoretical and conceptual part of the socio-legal, the progress and limitations of the Responsibility in the Juvenile Justice System. With its own methodology in the Legal Hermeneutic and the concepts of legal sociology, we pinpoint the problematic of the legal process, the structural and social conditions that limit the implementation of norm, in societies with a weak state such as a case for analysis, we take the implementation of Responsibility of the Juvenile Justice System, in the intermediate conflictual capital of Santa Marta.

KEYWORDS

Responsibility of the Juvenile Justice System, Social stigma, Norm weaknesses.

MARLON CORREA FERNÁNDEZ

Abogado Titulado de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta, Especialista en Derecho Probatorio, Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. marloncorreaf@hotmail.com

* Este artículo es un resumen del trabajo de tesis para optar al grado de Magíster en Derecho y su elaboración estuvo orientada por la dirección del doctor Edimer Latorre Iglesias, docente Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

Recibido: Agosto 30 de 2013 • Aceptado: Noviembre 25 de 2013

INTRODUCCIÓN

“Esta juventud actual está podrida hasta el fondo de su corazón. Los jóvenes de hoy son unos perezosos, unos malhechores, que jamás serán como la juventud en otros tiempos. La juventud actual no será capaz de asegurar el mantenimiento de la cultura”.

Inscripción en una tabla de arcilla descubierta en el año 3.000 antes de Cristo.

La violencia en Colombia pareciese ser estructural y endémica. En algunas ocasiones es considerada una violencia sin sentido y solamente termina siendo una violencia que se ejerce como respuesta a la violencia del pasado (Arendt, 2004). Es lo que el violentólogo Daniel Pecaute (2001) denomina una violencia contra la sociedad. Décadas de violencia casi estructural y períodos ininterrumpidos de conflictos entre múltiples actores armados han dejado cicatrices en el tejido social de Colombia difíciles de reparar. Estas marcas sociales han colonizado los imaginarios y prácticas cotidianas, haciendo que la violencia se hibride y adquiera visos de anomia social (Waldman, 2006): es decir convivimos en medio de las normas sociales, pero estas, no se cumplen o simplemente se acomodan a las contra-normas.

En consecuencia, la violencia es parte de nuestra historia, tal y como lo señala Veliz (2009, p. 67) al decir que: *“La violencia se ha convertido en un hecho cotidiano, natural y trivial, en una insignificancia, y reclama en nuestras ideas y sentimientos el derecho de la costumbre, de lo tradicionalmente inevitable”.*

Y estas formas *sui generis* de violencia se manifiestan y reproducen. Terminan siendo el reflejo de una sociedad agresiva, que no solo produce violencia armada, sino también desde un campo imperceptible e invisibilizado, otras violencias, que la conforman: inestabilidad laboral, precariedad en el empleo, exclusión social, descomposición del tejido social y baja organización en la sociedad civil, que a su vez es dinamizado por un modelo de vida de consumo que teleológicamente mantiene en tensión al individuo y su entorno (Bauman, 2009).

Según el último informe del Grupo de Memoria Histórica (2013, pp. 34-36), los más de 50 años inmersos en la violencia hibridada, han producido cifras dolorosas. Solo entre 1958 y el año 2012, han muerto víctimas de la violencia más de 220.000 mil personas. Se han producido en el lapso temporal de 1980 a 2012 un total de 1.982 masacres, perpetradas por grupos al margen de la ley. De forma escalada han sido asesinadas selectivamente 16.346 personas en la línea de tiempo que va de 1981 a 2012. Estas cifras ubican a Colombia según el último informe de Carga Global de la Violencia (2012), como el quinto país más violento del mundo.

La ausencia de un control de la violencia, desde una perspectiva weberiana (Weber, 1996), es decir como el control legítimo y legal de la violencia por parte del Estado, hace que prestigiosos estudios declaren a Colombia como un Estado en vías de colapsar (Foreign Policy, 2012). Esta idea es matizada y desarrollada por los economistas Acemoglu

y Robinson (2012, pp. 446-447) cuando destacan:

“Colombia no es un caso de Estado fracasado a punto de hundirse. Sin embargo, es un Estado sin centralización suficiente y con una autoridad lejos de ser completa sobre todo su territorio. Aunque el Estado pueda proporcionar seguridad y servicios públicos en grandes áreas urbanas como Bogotá y Barranquilla, existen partes significativas del país en las que proporciona pocos servicios públicos y prácticamente ninguna ley y orden. En su lugar, existen grupos y personas alternativas... ...que controlan la política y los recursos. En algunas partes del país, las instituciones económicas funcionan bastante bien, y hay niveles elevados de capital humano y habilidad emprendedora; no obstante, en otras partes, las instituciones son muy extractivas, y ni siquiera proporcionan un mínimo nivel de autoridad estatal. La violencia y la falta de instituciones estatales centralizadas de este tipo inician una relación simbiótica con políticos que dirigen las partes funcionales de la sociedad. Esta relación simbiótica surge porque los políticos nacionales explotan la falta de ley de las zonas periféricas del país, mientras que el gobierno nacional deja libertad a los grupos paramilitares”.

Desde este enfoque el fluctuar legal del Estado colombiano, oscila entre la necesidad de

llenar los vacíos dejados por la ausencia de Estado y las fuerzas que tienden a defender estos escenarios. Existe una pugna entre lo legal y lo alter-legal, entre el código y el contradigo, entre las instituciones y lo no institucional. Es decir entre lo normativo y lo contra-normativo. Esta pugna hace que muchas de las normas que surgen del ámbito social, terminen siendo manifestaciones de un orden legal, que no alcanza el objetivo para el cual fue diseñado.

En este orden de ideas, las normas sociales, necesitan una configuración social adecuada para poder tener el efecto deseado. No es la norma por la norma, es necesario su acogimiento social, es decir, es necesario un contexto social específico para que la norma tenga el efecto deseado y restaure la armonía perdida.

Pareciese que en el ordenamiento jurisprudencial colombiano existiese la creencia que la sola norma basta. De ahí que padecemos un síndrome normativo (Botero Bernal, 2003). Cada vez que existe un problema social, se crea una norma, creyendo que la norma puede solucionar esos problemas sociales. Esta forma de entender lo legal es la que Julieta Lemaitre (2007) denomina “Fetichismo legal”: producimos ordenamientos normativos para una sociedad que no existe. Ella basa su afirmación en el sentido de extrañamiento que produce el orden normativo a las personas en la vida cotidiana.

Por ello Lemaitre (2007) plantea la pregunta: ¿por qué insistir en la reforma legal y el litigio

constitucional como si no se conocieran las limitaciones del Derecho como instrumento de transformación social? La misma autora da la respuesta. El Derecho es una aspiración política que pretende hacer realidad y normal la dignidad humana: no es una pretensión fantástica, no es estar desconectado de la realidad, sino luchar por redefinir la realidad a través de un esfuerzo permanente de redefinición de lo humano.

Es lo que el sociólogo jurídico Edimer Latorre Iglesias (2011), denomina como la brecha, es decir la abertura entre el mundo de las normas y el mundo de lo real, entre el mundo social palpable y el mundo jurídico, que en ocasiones termina siendo controlado y dirigido por los que elaboran las gramáticas jurídicas, evidenciando un campo real de conflicto en la perspectiva de Pierre Bourdieu (2000), es decir, un escenario de conflictos entre lo construido en el ámbito de la norma y lo que hacen los seres humanos en el ámbito de sus *habitus*. Es más fuerte en las poblaciones vulnerables, particularmente en los niños y adolescentes.

A nivel global según el informe mundial de la juventud de las Naciones Unidas, 75,8 millones de jóvenes están en situación de desempleo. La población juvenil mundial representa el 23,5 % del total de los trabajadores pobres del mundo (ONU, 2013). Pero además de engrosar las filas del empleo pauperizado, los jóvenes engrosan las filas de los ejércitos inmersos en guerras civiles (África, Afganistán, Siria), así como las filas de las pandillas juveniles (México, San Salvador, Honduras).

Colombia no escapa a la tendencia global. Como se señalaba anteriormente, el conflicto social colombiano deja infinidad de víctimas. Más de 4 millones de desplazados internos, miles de víctimas de la violencia, mujeres violadas y maltratadas, pero particularmente pareciese que se ensañara con unas víctimas que son el futuro de nuestro país: los niños. Muchos de los niños colombianos han engrosado las filas de los grupos de ultraderecha, conocidos como escuadrones de la muerte o paramilitares y otros han engrosado las filas de las guerrillas tanto de las FARC como de otro tipo de grupos con pretensiones de captura del Estado. Así mismo, son el caldo de cultivo de las diversas metamorfosis que sufre la violencia en Colombia. Nos plantea al respecto Linares y Quijano (2010, p. 2):

“Ante más de 2,8 millones de niños y niñas en edad escolar por fuera del sistema educativo, 20 % de analfabetismo, 9 niños y niñas muertos en forma violenta en un día por promedio, 14 mil niños y niñas víctimas de delitos sexuales, más de 11 mil niños y niñas maltratados en sus espacios familiares y escolares al año, más de 2,7 millones de niños y niñas explotados laboralmente, más de 2,5 millones que viven en situación de miseria e indigencia, cerca de 100 mil que crecen en las instituciones de protección por abandono o situación vulnerable y de peligro inminente, más de 10 mil niños utilizados y reclutados por los grupos armados”.

La ciudad de Santa Marta, capital del departamento del Magdalena, es un escenario contemporáneo donde podemos apreciar una escalada de violencia generada por los menores. Producto de diversas oleadas de desplazamiento forzado en el año 2004, la ciudad ha visto florecer fenómenos de marginalización y violencia en escala creciente y sostenida. Los adolescentes figuran en las páginas de los diarios principales, como figuras activas de hechos criminales. Según el ICBF (2013), en la ciudad de Santa Marta, solo entre el 1 de junio de 2009 y el 31 de enero de 2013, se han evidenciado 546 hechos delictivos cometidos por menores de edad, discriminados de la siguiente manera:

Por tipología de delito

28,4 % Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
 25,1 % Hurto
 17,8 % Hurto Calificado
 7,3 % Lesiones personales
 21,4 % Restante se distribuye en otros delitos entre los cuales se encuentra uno o dos de mayor gravedad.

De acuerdo a la Ley 1453/11 de los delitos de mayor gravedad que generan privación de libertad

28,4 % Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
 5,1 % Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones
 2,6 % Homicidio

3,1 % Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales

2,6 % Extorsión

Casos por sexo

Desde el inicio del SRPA la comisión de delitos realizados por hombres equivale a 89 % y a mujeres 11 %.

La mayor incidencia de delitos sigue concentrándose en las edades de 15 a 17 años en el siguiente porcentaje:

15 años 17,4 %

16 años 24,0 %

17 años 41,2 %

De los casos sancionados en la región

Remitidos a Centros de Atención Especializados, privados de la libertad, siendo la segunda sanción más impuesta después de libertad vigilada con 65,7 %.

Tendencia de reincidencia

El comportamiento durante el período analizado evidencia un incremento acumulado en las reincidencias en hombres. En el mes de enero de 2013 el incremento acumulado de reiteración del delito equivale al 26,3 % de lo presentado durante todo el año 2012.

Para dar respuesta a este estado intergeneracional conflictivo y anómico, Colombia desde el año 2006, viene implementando un Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, que a diferencia de países como

Alemania, Francia y España no es protectorista (jóvenes no son responsables legalmente de sus actos), ni mucho menos como Estados Unidos, China, o Chile, que son punitivos (los jóvenes sí son responsables legales de sus acciones), el modelo colombiano se instaura entre estas dos visiones: es Restaurativo (las personas en condición de víctimas reciben reparación y los jóvenes se insertan en un proceso de rehabilitación y acompañamiento).

El tema de la Responsabilidad Penal para Adolescentes, está a la orden del día en nuestro país, debido a las sanciones y tratamiento especial que se les da a los adolescentes que delinquen, sobre todo si se tiene presente que la finalidad del Sistema Penal para Adolescentes, tanto en el proceso como las medidas que se tomen es de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema del adulto, conforme a la protección integral. El proceso deberá entonces garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

Técnicamente, el Gobierno ha dado respuesta al conflicto social que padecen los jóvenes en Colombia a través de la promulgación y puesta en marcha del Sistema Penal para Adolescentes entendido como: “El conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas, y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de adolescentes entre 14 y 17 años que cometen delitos”.

Desde el punto de vista jurídico y haciendo

referencia a la responsabilidad penal para adolescentes, Diego González (2006), sostiene que desde la expedición de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) se entendía que la responsabilidad penal para los menores de edad se fundaba en la comisión de una conducta típica y antijurídica, siempre que no concurrieran las causales eximentes de responsabilidad previstas en el Código Penal.

Lo anterior respondía a la concepción del menor de edad como inimputable, y, por ende incapaz de culpabilidad, es decir, se consideraba que este no podía ser censurado por actuar de forma contraria, ya que se entendía que atendiendo a criterios estrictamente biológicos, los menores de 18 años carecían de la capacidad de comprender a cabalidad la ilicitud de su conducta y de determinarse conforme a tal comprensión, por tanto, debían ser sometidos a un procedimiento de orden tutelar, encaminado a su rehabilitación y protección carente de naturaleza propiamente penal.

En este sentido, el problema que se aborda de forma reflexiva en el presente artículo, parte de la reciente implementación del Sistema Penal para Adolescentes y su aplicación en la ciudad de Santa Marta y en la manera cómo a pesar de estar en vigencia, se sigue presentando a gran escala el fenómeno de la violencia entre los adolescentes. Es en este contexto, que el artículo que se presenta a consideración, invita a la reflexión, desde la formulación de la pregunta problema que orienta este estudio: ¿Cuáles son los aciertos

y desaciertos desde el análisis socio-jurídico a la hora de implementar el SRPA?

El artículo se inscribe dentro de un tipo reflexivo que posibilita caracterizar las diferentes manifestaciones de un fenómeno, es decir, señalar y enunciar los diferentes elementos que conforman un hecho social en particular, en este caso, la implementación del SRPA.

Por ende este trabajo se suscribe al paradigma de la hermenéutica jurídica, que tiende a interpretar y comprender un fenómeno desde una aproximación a los sujetos y fenómenos sociales. Se aclara que no es producto de una investigación en estricto sentido, sino una aproximación con categorías de la reflexión hermenéutica y que gira en torno a una crítica desde la sociología jurídica.

El tema objeto de reflexión ha sido analizado desde una óptica educativa, direccionado a los operadores jurídicos (Sarmiento Santander, 2007; ICBF, 2010), cuya intencionalidad en su momento, era de dotar con herramientas teórico-prácticas a los diferentes trabajadores que se verían involucrados en la implementación del SRPA. En este sentido estos trabajos se constituyen en manuales que ubican el proceso teórico-práctico de la construcción jurídica y las diferentes implicaciones del SRPA. Desde otra orilla, algunos estudios analizan el contexto social global y su relación con el contexto social local, es decir, se meta-contextualizan las diferentes tendencias que propiciaron el modelo de justicia restaurativa.

Es así como Hurtado (2007), caracteriza los diferentes momentos históricos que dieron vida al sistema y las diversas concepciones de justicia que sucedieron con anterioridad. Cárdenas (2008), señala la importancia del seguimiento y verificación de las condiciones mínimas dentro del proceso y lo fundamental de acompañar al menor, Villaveces y Rendón (2010), señalan minuciosamente el marco legal que posibilita el surgimiento del SRPA y sus posibles escenarios futuros. Linares y Quijano (2010) son críticos del sistema y proponen las diferentes alternativas que se deben asumir desde el Estado para que funcione efectivamente el modelo de justicia restaurativa.

Ya en el marco estrictamente jurídico, podemos ubicar trabajos que analizan el proceso conceptual de inimputabilidad del menor en la legislación. Es así como surgen los trabajos de Arboleda (2010), donde ubica las diferentes etapas legales y las concepciones de culpa que se tenían en estos ordenamientos para abordar el tema del menor, así mismo, el trabajo de Ruiz-Hernández (2011), y su recorrido histórico sobre la constitucionalidad de la inimputabilidad.

A pesar de estos trabajos y abordajes, hay una ausencia de análisis regionales y de los efectos del SRPA en capitales intermedias, así como también hay una ausencia de análisis desde la sociología jurídica, que permitan entender las ventajas y las desventajas de una legislación progresista para un país que aún está viviendo las secuelas de un conflic-

to y que vivencia un enfrentamiento entre lo legal y lo alter-legal.

En este orden de ideas, el objetivo del artículo es, fundamentalmente, analizar la incidencia que ha tenido la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el distrito de Santa Marta. Es una pretensión del proceso de construcción del artículo, realizar una primera reflexión sobre los resultados de la aplicación de este sistema y la realidad de sus efectos, para considerar las ventajas y en una segunda reflexión analizar los posibles obstáculos que este sistema tendrá que enfrentar. Lo anterior, enmarcado en una reflexividad y argumentación con categorías propias del pensamiento socio-jurídico y su universo conceptual y teórico. Se concluye señalando los posibles caminos del SRPA.

1. Primera reflexión: El Sistema Penal para Adolescentes, las ventajas propositivas de la justicia restaurativa

El Código de Infancia y Adolescencia es, ante todo, un manual jurídico que establece las normas para la protección de los niños, niñas y adolescentes y tiene como fin garantizarles su desarrollo integral para que crezcan en el seno de su familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Del mismo modo, los principios del Código hacen que sean de carácter obligatorio:

a) La protección integral: reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como

sujetos de derechos, su garantía y cumplimiento.

- b) El interés superior: los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los demás.
- c) La corresponsabilidad: la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.
- d) La perspectiva de género: se habla del concepto de niño, niña y adolescente. Así mismo se tiene en cuenta diferencias de edad, etnias, sociales, culturales y psicológicas.

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se sustenta en el Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, que contempla unos derechos específicos inalienables tales como (González, 2006, p. 12):

- Derecho a la rehabilitación y a la socialización: garantizarle los derechos a los niños, niñas y adolescentes que hayan cometido un delito.
- Derecho a la protección contra el abandono físico, afectivo, la explotación económica, sexual, la pornografía, el secuestro, la trata de personas, la guerra, los conflictos armados internos, el reclutamiento y la utilización por parte de grupos armados al margen de la ley, la tortura, la situación de vida en calle, el desplazamiento forzoso, las peores formas de trabajo infantil y las minas antipersonas.
- Derecho a la libertad y seguridad personal: no podrán ser detenidos ni privados de su libertad los niños, niñas y adolescentes, salvo por las causas que contem-

pla el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes.

- Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.
- Derecho a la custodia y cuidado personal: es obligación de los padres y adultos responsables de los niños.
- Derecho a los alimentos, todo lo que requiere el niño, niña o adolescente para su desarrollo integral: alimentos, vestido, habitación, educación, recreación y salud.
- Derecho a la identidad: deben ser inscritos en el registro civil de nacimiento.
- Derecho al debido proceso: seguir las etapas que establece la Ley para los niños, niñas y adolescentes víctimas o partícipes de un delito.
- Derecho a la salud: ninguna entidad prestadora de servicios de salud puede negarse a atender a un niño o niña.
- Derecho a la educación.
- Derecho al desarrollo integral en la primera infancia: los niños de 0 a 6 años deben ser atendidos en servicios de nutrición, ser protegidos contra peligros físicos, y tener el esquema completo de vacunación.
- Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.
- Derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes.
- Derecho de asociación y reunión.
- Derecho a la intimidad: serán protegidos de todas las acciones que afecten su dignidad.
- Derecho a la información (Código de Infancia y Adolescencia).

- Derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar: la edad mínima para trabajar es de 15 años con autorización de un Inspector de Trabajo.
- Derecho de los niños, niñas y los adolescentes con discapacidad.

Teniendo en cuenta el artículo séptimo de la Ley 1098 se entiende por protección integral de los niños y niñas adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, su garantía y cumplimiento, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio de interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Sin lugar a dudas uno de los grandes aciertos que se infieren desde esta perspectiva jurídica del SRPA, es el cambio de paradigma jurídico, en el que se le da mayor importancia al carácter responsabilizador de la intervención penal por encima de su componente punitivo, haciendo uso de la privación de la libertad como último recurso en el menor tiempo posible, buscando otras alternativas, mediante un trato digno y realizando y reafirmando el carácter fundamental de la reeducación.

Al respecto Arias (2005, p. 17) en *Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa*, nos dice:

“El modelo de justicia restaurativa promueve la reparación del daño, donde los actores centrales, son la víctima, el infractor y la comunidad, lo que conlleva a fomentar actitudes de responsabilidad activa en busca de soluciones y de diálogos para restaurar las relaciones comunitarias. Llama la atención que actitudes de las comunidades frente a la aplicación del Sistema de Responsabilidad Penal no solo se ha dado en nuestro país, sino que se muestra como en otros países latinoamericanos, caso de Chile en donde el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes nació de una manera idílica en un contexto de modernización de los sistemas de justicia, en donde lo retributivo se cambia por un sistema restaurativo que no sea penalizador de las conductas”.

En este orden de ideas, uno de los grandes aciertos del sistema deontológico jurídico contenido en el SRPA es la forma como conceptúa al adolescente: como un ser humano en formación, que necesita ser guiado, para que alcance su mayoría de edad como un ser humano integral. El menor no puede ser entendido solamente como un simple delincuente, es interesante que en la propuesta del SRPA, el acto delictivo del menor sea visto como producto de un interaccionar social: familia, contexto, acto, acción y resocialización. En esta dirección de pensamiento Palacio (2011, p. 20) señala las ventajas jurídicas de esta mirada al delito en los adolescentes:

Por otra parte, y con base en los lineamientos establecidos en la Convención, los niños, niñas y adolescentes que son sospechosos, denunciados o identificados en flagrancia de actuación delictiva, se vinculan al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Algunos de los puntos más significativos de este sistema, son:

1. El Estado colombiano define entre 14 y 18 años, el rango de edad para vincular al sistema, a los(as) adolescentes por sus actuaciones delictivas o sospecha de las mismas. Un sistema que se diferencia y distingue del sistema penal para adultos.
2. Este sistema establece también, las garantías procesales para los(as) adolescentes: seguimiento del proceso, defensa específica, revisión de las decisiones judiciales frente a un tribunal superior, límites a la persecución penal de ciertos actos, y fomento de la conciliación entre el(a) adolescente y la víctima, y otras formas de finalización anticipada del proceso.
3. Las sanciones deben estar en correspondencia con la conducta infractora, hecho cometido y juzgado; se priorizan las sanciones no privativas de la libertad, como la amonestación, la imposición de reglas de conducta y la realización de trabajos comunitarios.

4. La privación de la libertad se constituye en una medida excepcional, derivada de caso excepcional y definido en el menor tiempo posible.

Desde otra forma de entender lo restaurativo, Dimarco (2005, p. 18) resume diferentes expresiones contenidas en el SRPA, que son claves para entender el gran acierto de este sistema, sin lugar a dudas, lo restaurativo y lo inclusivo que propugna:

1. La infancia y la adolescencia, se constituyen en un grupo poblacional específico y particular, que exige la formulación de políticas básicas universales.
2. Niños, niñas y adolescentes, independientemente de su condición y realidad socioeconómica, son sujetos de derechos, sin ninguna clase de discriminación. El cumplimiento y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es competencia del Estado en corresponsabilidad con la sociedad, la familia y demás instituciones.
3. El juez solo interviene, cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal; no puede tomar cualquier medida, y si lo hace, debe tener duración determinada.
4. El Estado no es patrón, sino promotor del bienestar de los niños(as) y adolescentes; su intervención debe estar mediada y sustentada a través del desarrollo de políticas y programas sociales; orientados

hacia este grupo poblacional en corresponsabilidad con la familia y la comunidad.

5. El sistema judicial, trata los problemas jurídicos con jueces diferentes para lo civil (adopción, guarda) y lo penal. Los temas asistenciales, deben ser tratados por órganos descentralizados en el nivel local, compuesto multisectorialmente.
6. La situación socioeconómica, no puede ser causal de criminalización; sin embargo, se puede constituir en un factor de alerta frente al requerimiento de apoyo a la familia, en programas de salud, vivienda y educación.
7. Niños, niñas y adolescentes con dificultades, no son competencia de la justicia. Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño(a), adolescente, y a su padre y/o madre; solo si ha cometido una infracción grave y reiterada a la ley penal.
8. El juez tiene la obligación de oír al niño, niña y adolescentes, autores de delitos. Quienes, a su vez tienen el derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías, y no pueden ser privados de la libertad, si no son culpables.
9. Niños, niñas y adolescentes, que han sido víctimas de un delito no pueden ser objeto de tratamiento judicial. La justicia no puede victimizar ulteriormente a la víctima, sino actuar sobre el victimario.

Las difíciles condiciones sociales y económicas de una persona, su escasa escolaridad, su origen familiar, su entorno social, tienden a agravar la situación del adolescente y lo ponen en desventaja frente al sistema penal de adultos y lo que es peor, lo victimizan en su condición de procesado que bajo la potestad del Estado se le somete a un trato que si no es proporcional con la falta cometida, viola sus derechos fundamentales, desnaturalizando el sistema al castigar al autor de la conducta delictiva, cuando lo pertinente es reprimirlo por esta. Dimarco (2005, p. 56) hace recomendaciones puntuales como:

“Ya en la fase de la sanción, es obligatorio contar con el informe de la Defensoría de Familia que ponga de presente la situación familiar, social, psicológica y cultural del adolescente, con el fin de que el Juez de Conocimiento pueda determinar cuál es la más acorde, bajo la visión pedagógica”. Pero, nuevamente se recalca: “dichas sanciones no pueden convertirse en una manera de asistir a los que requieran medidas de protección, porque ese no es el objetivo y fin del Sistema Penal de Adolescentes, y para ello son las políticas públicas, y la corresponsabilidad entre todas las instituciones, que deben atender la problemática social. Que no se pretenda nuevamente, que los jueces y ahora los fiscales, sean las gaviotas que traigan el verano, sacando de las calles a jóvenes que más que represión, necesitan una atención de los estamentos estatales, tal como

propugna no el sistema de responsabilidad penal, sino en su conjunto, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su concepción de protección integral para los niños, las niñas y los adolescentes”.

Es en esta dirección donde surge el segundo gran acierto del sistema. El modelo jurídico está dirigido a evitar la “carrera de desvío”. Este concepto de desviación social, es analizado desde lo socio-jurídico (Becker, 1971; Goffman, 2003; Ferrari, 2006), como la forma de etiquetaje social y de construcción personal de la identidad en entornos anómicos. Para Becker, los grupos sociales marginales sufren dos tipos de marginalización, uno de ellos es la exclusión por ingresos económicos y otro es la marca social de padecer la condición de exclusión. Estas marcas sociales, esta forma de ser catalogado como un extraño, propician la aceptación del modelo, nos terminamos convirtiendo en lo que los grupos sociales determinan que ocurrirá. Al respecto él especifica lo que ocurre cuando aparece en la sociedad un transgresor de normas (Becker, 1971, p. 13):

“Todos los grupos sociales crean reglas y, en ciertos momentos y en determinadas circunstancias, intentan imponerlas. Las reglas sociales definen ciertas situaciones y los tipos de comportamiento apropiados para las mismas, prescribiendo algunas actuaciones como correctas y prohibiendo otras como incorrectas. Cuando se impone una regla, la persona de quien

se cree que la haya quebrantado puede ser vista por los demás como un tipo especial de individuo, alguien de quien no se puede esperar que viva de acuerdo con las reglas acordadas por el resto del grupo. Se lo considera un marginal”.

Nótese en este aparte que la condición de marginalidad no solo está ligada a los atributos y características sociodemográficas y de ingreso económico, sino es asumida desde el proceso de transgresión de las normas. Colocamos marcas sociales, etiquetas a estos grupos y personas, aun sin ser transgresores el solo hecho de portar distintivos que los hagan pertenecer a un determinado grupo social, los hacen acreedores a las marcas y estigmas que los etiquetan como posibles transgresores. El SRPA, en su esencia socio-jurídica propugna por evitar el estigma social al adolescente y la construcción social de una identidad delictiva. Nuevamente Becker señala las consecuencias de ser entendido como un desviado (Becker, 1971, p. 39):

“De cualquier modo, el ser descubierto y calificado de desviado tiene importantes consecuencias para la participación social posterior y la imagen de sí mismo de la persona afectada. La consecuencia más importante es un cambio drástico en la identidad pública del individuo. El haber cometido un acto prohibido y el haber sido públicamente descubierto le otorgan un nuevo estatus”.

El tema de lo público, y el tema del grupo social que acompaña al menor, es decir, su grupo de pares, su familia, su entorno, son vitales para impedir la carrera de desviado. Esto se encuentra implícito en la concepción del SRPA, generar un encuentro integral entre todos los elementos que pueden coadyuvar a resocializar a la persona y evitar a toda costa la carrera de desviado. Si no se atiende al adolescente de una forma holística las posibilidades de autoaceptarse como desviado son altísimas, de ahí la visión social pedagógica del SRPA, reeducar y redefinir la personalidad dentro de un contexto social proactivo. Por ello Becker señala que el trato que se les da a los desviados incide en la reincidencia de su desviación al negarles las posibilidades sociales de cambiar de conducta (Becker, 1971, p. 42):

“Dicho de una forma más general, el hecho es que el trato dado a los desviados les niega los medios de continuar con las rutinas de la vida cotidiana, que son accesibles a la mayoría de la gente. Debido a esta negación, el desviado debe necesariamente desarrollar rutinas ilegítimas. La influencia de la reacción pública puede ser directa, como en los casos antes considerados, o indirecta, una consecuencia del carácter integrado en la que vive el desviado”.

El sociólogo Irving Goffman (2003), va más allá del análisis del grupo social, y explora cómo las marcas sociales y el estigma de ser desviado, permiten generar procesos anómi-

cos dado el nivel de deterioro que producen en la identidad personal del sujeto que porta el estigma. El estigma es un concepto religioso, pero termina siendo empleado para señalar las consecuencias sociales de un etiquetaje social. Las personas tenemos marcas, estigmas que son colocados por otros, las personas colocamos estigmas, y las personas aceptamos estigmas sociales.

Es decir que yo puedo terminar aceptando lo que otros creen que soy como persona. Es lo que el teorema de Thomas señala: “Cuando las personas creen que las cosas son reales, son reales en sus consecuencias”. Parafraseando a Goffman (2003) podemos definir el estigma como los datos informacionales que emanan de la personalidad de un sujeto social que nosotros como grupos definimos como extraño. Esta información permitirá un abordaje desde lo social: se le integra a o se le rechaza. Palacio Valencia (2011, p. 32) señala en esta direccionalidad:

“La trama entre el estigma y el emblema, que se produce en torno a las actuaciones delictivas de los(as) adolescentes, y que a su vez conecta, el mundo ilegal con el mundo legal, se encuentra en los discursos de los padres, madres y adultos que corresponden al mundo legal. Circulan códigos comunicacionales de juzgamiento, desviación, pérdida de valores y descomposición valorativa, frente a una distancia generacional que amenaza al orden establecido. En este estigma, se encuentran lógicas de los mo-

vimientos societales. Son producto y resultado de un ordenamiento estructurado a partir de la marginalidad, la pobreza económica y emocional, conjuntamente con una polarización cada vez, más evidente. Un ordenamiento, legal y legítimo, pero que se sustenta en la inclusión-exclusión y, de una inclusión con discriminación, respecto a las oportunidades de acceder a los procesos de un desarrollo con seguridad humana”.

Este círculo vicioso de la desviación y de la carrera del desviado, así como de la posibilidad de aprender a vivir en la alter-legalidad puede romperse desde la implementación del SRPA. Los conceptos socio-jurídicos esbozados anteriormente y contenidos en la esencia del SRPA, para atender el problema de la desviación en adolescentes son elementos jurídicos progresistas, que invitan a reconstruir la identidad deteriorada y a evitar la carrera del desviado, pero para que eso ocurra en el plano de la realidad fáctica, el sistema debe estar coordinado y altamente integrado. Veamos si eso ocurre en la realidad.

2. Segunda reflexión: desaciertos del sistema desde lo socio-jurídico, problemas estructurales y operadores jurídicos en la ciudad de Santa Marta

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, p. 49), ya han señalado los problemas estructurales que padece Colombia a la hora de tratar de implementar normas progresis-

tas y sentencias constitucionales: "... se trata, entonces, de ausencia de poder infraestructural de las instituciones para implementar eficazmente una política pública y llegar a todo el territorio nacional".

El SRPA no escapa a esta tendencia: sufre problemas estructurales y logísticos. El Sistema de Responsabilidad Penal se crea con miras a sancionar a los adolescentes que infrinjan la ley. Esto implica que el Gobierno Nacional y los entes territoriales como gobernadores y alcaldes tengan que incurrir en cuantiosos gastos para adquirir, construir y adecuar de manera especial los espacios físicos donde internarán a los menores que deban pagar sus sanciones. Es fundamental que se tenga presente que cada responsable de las entidades que integran el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes deberá garantizar la provisión o asignación de los cargos que se requieran para su funcionamiento y la especialización del personal correspondiente.

En el caso de Santa Marta sucedieron casos puntuales en cuanto a la preparación para recibir la implementación del sistema, para ello en su momento el ICBF emitió un comunicado de prensa en el cual se le dio a conocer a la ciudadanía la entrada en vigencia del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Magdalena, es decir, el pasado 1 de junio de 2009, fecha en la que el Gobierno se comprometía a que los **Adolescentes** entre 14 y 18 años recibirían atención oportuna en restablecimiento y garantía de sus derechos.

En medio del acto inaugural en junio de 2009, el entonces director regional del ICBF en Magdalena, Giovanni Torres Barrios, sostuvo que el Sistema buscaba inculcar en los adolescentes que infrinjan la ley, el respeto por las normas sociales y por los derechos de todas las personas a través de sanciones pedagógicas. En su debida oportunidad, el exfuncionario recordaba que la finalidad del SRPA es protectora, educativa y restaurativa y se aplica con el apoyo de la familia y de especialistas. "Mediante el proceso y la ejecución de las medidas, los jóvenes infractores reciben acompañamiento y restablecimiento de derechos con el apoyo de grupos de profesionales integrados por defensor de familia, psicólogo, trabajador social y nutricionistas del ICBF", sostuvo.

El Sistema se implementó en los Circuitos Judiciales de Santa Marta, Ciénaga, El Banco, Pivijay, Fundación y Plato. En cumplimiento de la ley, el ICBF previó los recursos por valor de \$351.532 millones para atender a los adolescentes en los servicios de atención dispuestos.

Del mismo modo en entrevista con la procuradora de familia, informó que la adecuación del lugar de internamiento de los adolescentes significaba en su momento una inversión de más de mil millones de pesos, y se fijó inicialmente al Gobernador del departamento del Magdalena y al Alcalde distrital un plazo hasta el 24 de octubre de 2008 para que informaran de dónde obtendrían dichos recursos. Tuvo tanto empeño que el Sistema comenzó a aplicarse imponiendo responsa-

bilidades a los gobernadores y alcaldes, que de no cumplirlas podrían ser sancionados incluso hasta con la destitución del cargo.

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, por prescripción del Código de la Infancia y la Adolescencia, tendría que entrar en rigor de forma escalonada y sistemática, por lo que el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa profirió una serie de acuerdos que permitieron la creación de Juzgados, centros de servicios y establecimiento de funciones, de igual forma, la Fiscalía y el ICBF en el ámbito de sus atribuciones elaboraron las disposiciones y las funciones.

El 1 de junio de 2009 se crearon tres Juzgados Penales Municipales de Control de Garantías para Adolescentes y dos Juzgados Penales del Circuito para Adolescentes, y la Fiscalía Seccional para Adolescentes y se asignaron funcionarios del ICBF y del Ministerio Público. El proceso de implementación del Sistema ha tenido que sortear los problemas de la infraestructura. El primer centro de retención transitorio quedaba en la ciudad, lastimosamente fue destruido de forma vandálica por los menores infractores, actualmente, cuando se hacen retenciones, son alojados en un hotel. Cuando se hacen condenas, son trasladados a un centro de Asomenores, ubicado en Baranoa, lo cual aleja bastante al menor de su núcleo familiar y propicia rupturas socio-afectivas. Este problema se podría evitar si se contara con un centro de retención transitorio en la ciudad con condiciones idóneas. Otro gran obstáculo a enfrentar es

el número limitado de profesionales con los que cuenta el Sistema lo que impide un seguimiento efectivo de los casos y su pronta respuesta.

Otro gran obstáculo del SRPA en el plano nacional que se materializa más en el plano local es la integración comunidad, familia en la mirada holística que propugna el proceso. Tal y como lo señala Rodríguez Cely (2013, p. 31):

“Sobre la institución familiar, consideran que hay un escaso compromiso de las familias para cumplir el papel pedagógico de la sanción, objetando el papel de los padres respecto a las pautas de crianza, la ausencia de normas, y caracterizando a los padres como negligentes y en ocasiones cómplices de las conductas delictivas de sus hijos. Existe además, un grave abandono de las figuras paternas en el cumplimiento de responsabilidades, pues dejan a cargo de sus hijos únicamente a la madre y la familia extensa de esta en la mayoría de los casos”.

En este orden de ideas, la implementación del sistema en la ciudad de Santa Marta adolece de recursos suficientes y herramientas tales como instalaciones adecuadas, instrumentos tecnológicos, personal capacitado y espacio físico para la realización de talleres y la ejecución de entrevistas en las que se mantenga la privacidad que ameritan los casos.

Mirando el panorama en esta ciudad y atendiendo a las noticias diarias, a las conversaciones de los docentes de diferentes establecimientos educativos, a los casos que reciben Bienestar Familiar y la Policía de la Infancia y Adolescencia persisten las dificultades y los menores parecen estar solos, sin el acompañamiento institucional y social necesario.

El plano educativo es otra gran limitante. Los problemas educativos que afronta la región Caribe y particularmente el departamento del Magdalena en cuanto a educación son endémicos. Sobre todo en cuanto a los limitantes para el acceso a la educación superior. Según el último informe del Índice de Progreso de la Educación Superior presentado por el MEN, este departamento ocupa los últimos puestos en cuanto a resultados en educación superior. En el tema de la calidad, es decir, resultados de las pruebas Saber Pro, presentamos un 19,4 % de resultados frente a un 32,5 % de Bogotá, que ocupa el primer puesto en todas las categorías medidas. En cuanto al índice de logro, es decir, el porcentaje de personas que logran culminar una carrera profesional, presentamos un 19,8 %, mientras Bogotá, tiene un 31,1 %.

En un análisis sobre una muestra de 200 personas con cuestionario cerrado, realizado a las instituciones educativas más conflictivas de la ciudad de la Santa Marta (Once de Noviembre, Juan Miguel de Osuna, Inem y Liceo Celedón) se obtuvieron los siguientes resultados:

1. En el 62 % de las familias solo uno de los padres trabaja.
2. En el 18 % de los hogares de los niños encuestados hay madres cabezas de familia.
3. En las familias de los niños encuestados solo el 42 % cuenta con un empleo dependiente.
4. No existe un canal de comunicación efectivo en la relación padre-hijos/hijos-padres.
5. El ingreso promedio por familias no supera los \$ 400.000.00 mensuales.

Pero la cifra que más preocupa, es la de acceso a la educación, es decir, el porcentaje de personas que pueden ingresar a una carrera profesional. Lastimosamente mientras Bogotá presenta una cifra del 58,1 %, el Magdalena demuestra un rezago altísimo al tener únicamente el 19,8 %. Eso quiere decir que de cada 100 estudiantes egresados del Bachillerato en el departamento del Magdalena, solo 19 están ingresando a una carrera profesional.

Para configurar aún más limitantes al tema de la educación, Santa Marta tiene 72 instituciones educativas, y, algunas de ellas no ofrecen un ambiente escolar agradable; sus instalaciones se encuentran en deplorable abandono. Cabe nombrar el Liceo Celedón, cuya estructura está a punto de colapsar, el Nuevo Amanecer con Dios que está en un lugar donde en épocas de lluvia se vuelve un lugar de difícil acceso. Se evidencian pisos dañados, baños fuera de servicio y desaseados, escaso número de pupitres y en mal estado y la política de cobertura ha convertido a los colegios en sitios de hacinamiento como su-

cede con el Edgardo Vives Campo, cuyos salones son muy pequeños para el número de estudiantes que hay en cada grado. A esto se añadan las fallas en el servicio de agua potable y como si fuera poco no hay personal de aseo, como sucede en la I.E.D Laura Vicuña, cuya sede 1, tiene más de 2.000 estudiantes.

Tampoco se cuenta en la ciudad con normas coercitivas que vayan más cerca del origen del problema de violencia. Se carece de verdaderos programas y de una política pública orientada a impactar el seno de las familias samarias para enseñar cómo ser padres y cómo educar a los hijos por caminos pacíficos y de tolerancia.

El Concejo Distrital de Santa Marta adelantó sesiones con carácter urgente para tratar de buscar soluciones al creciente problema de violencia en las escuelas públicas, lo cual llegó a tal grado que según se planteaba en su momento en algunas instituciones, grupos de estudiantes conformaron bandas para agredirse entre sí. Los participantes de la sesión estuvieron de acuerdo en que sí existían y existen problemas al interior de las comunidades educativas del Distrito, por lo que urge la toma de medidas correctivas al respecto.

De todas maneras, aún con la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, el problema de la violencia en los jóvenes sigue latente. Sobre todo cuando es claro que la ciudadanía no tiene en cuenta el origen o situación que llevan a los adolescentes a cometer el delito, solo le

interesa que son unos delincuentes y como tales deben pagar por sus delitos.

A grandes rasgos se puede afirmar que Santa Marta se preparó para aplicar el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, al respecto el Gobernador del Departamento y el Alcalde Distrital convocaron a la empresa privada y a multinacionales para buscar reunir los recursos necesarios para la construcción del lugar de internamiento de los menores infractores que sean privados de su libertad, lo cual se hará en el municipio de Ciénaga, Magdalena, en terreno donado por la Alcaldía de esa localidad, y prestará asistencia a todo el Departamento. Es así como se fueron adelantando programas de capacitación a las entidades encargadas de dirigir y supervisar el funcionamiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el distrito de Santa Marta.

Estos son:

Policía Nacional: Policía de Infancia y Adolescencia

Medicina Legal: médicos legistas y psiquiatra forense

Defensoría pública: defensores públicos

Consejo Seccional de la Judicatura: Centro de Servicios Judiciales, jueces de control de garantías

Fiscalía General de la Nación

Procuraduría General de la Nación: Procuradores judiciales

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Defensores de familia para protección y para responsabilidad penal, psicólogos, trabajadores sociales.

Entre las actividades realizadas o proyectadas a la entrada en vigencia del SRPA se encontraron las siguientes:

La Fiscalía de Santa Marta elaboró un diagnóstico sobre el desarrollo del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Bogotá, con el cual buscaba anticiparse a cualquier inconveniente que se pudiera presentar al comenzar la aplicación del sistema.

La Policía de Infancia y Adolescencia adelantó capacitación en colegios y con líderes comunales sobre el contenido de la Ley 1098 de 2006.

De esta forma se notó la manera como se comprometió la ciudad para afrontar la puesta en marcha del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

En este orden de ideas, llama la atención el hecho de que siendo menores de edad los destinatarios del mencionado sistema normativo, en su gran mayoría estudiantes, el Ministerio de Educación, responsable de la formación que se les imparte en las escuelas y colegios, no integre el Consejo Superior de Política Criminal, esto constituye sin duda un desafortunado desacierto toda vez que este Ministerio establece el modelo pedagógico aplicado en la educación de los “muchachos” desde temprana edad hasta la adolescencia, e incluso hasta más allá, representando uno de los factores más importantes en el modelo conductual que adopten los niños, niñas y

adolescentes que integran nuestra sociedad. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, existe como criterio guía de construcción jurídica la protección especial para los menores, señalando todas las medidas adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social a nivel judicial, administrativo y legislativo sobre la base del interés superior del niño, condiciones que conllevan a la búsqueda de una protección integral.

REFLEXIONES FINALES

A manera de reflexiones finales se puede afirmar, que evidentemente la implementación y puesta en marcha del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, parte de la Ley 1098 de 2006, que no ha sido la solución hasta el momento, al creciente problema de violencia que viven las escuelas y colegios del Distrito Capital, lo que posibilitaría deducir que su aplicación en el distrito de Santa Marta podría tener serios limitantes, propios de las condiciones estructurales de implementar la justicia, si no se toman las medidas pertinentes y oportunas, sobre todo por las condiciones del entorno que hoy hace parte de la vida de los adolescentes.

Pero sobre todo se notó que falta mucho trabajo de prevención social, y queda claro que ningún Sistema de Responsabilidad Penal en el mundo podrá ser efectivo contra el fenómeno de la violencia si no se identifica el origen del problema y se combate desde ahí. Sensibilizar la sociedad, educar la sociedad

civil en el campo de sus derechos, desarrollar un trabajo de problematización y acción contra la conducta violenta es un reto para el conjunto de una Nación.

Como reflexión final y partiendo de los planteamientos, teorías y análisis, en él se determina que efectivamente es necesaria una revisión inmediata a lo que se está haciendo con la puesta en marcha del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en el distrito de Santa Marta. Reconociendo que ser delincuente posee muchas implicaciones, y en este caso que nos ocupa tiene que ver con el proceso de formación de los adolescentes con su entorno social, con el tipo de familia donde se crían, y la clase de relaciones interpersonales que viven durante su desarrollo.

Influyen aquí también, si fueron castigados o no, los ejemplos que rigieron su formación, quedando claro entonces que la responsabilidad no es únicamente de las leyes que se promulguen y ejecuten, sino en toda la sociedad, en las comunidades inmediatas de estos adolescentes y claro está que las normas que proponga el Gobierno miren hacia ellos como producto social y los lleven a reformarse como seres útiles a la sociedad para evitar la construcción social de una carrera de desviado.

Tanto el Gobierno, como la ley y la sociedad deben tener el mismo ideario de adolescente, considerar que son personas dependientes de otros, de sus familias por ejemplo y por lo tanto no han alcanzado su autonomía

y la madurez adecuada para ser castigados al igual que los adultos. Es por ello que hay que favorecer los procesos de reconocimiento de derecho de los adolescentes, darle fuerza a la reparación, que nuestros legisladores asignen los rubros necesarios en los proyectos de ley para que los recursos posibiliten alcanzar el objetivo del SRPA, de tal manera que el mismo Estado estimule unas condiciones adecuadas para este sector de nuestra población.

Desde las instancias gubernamentales, se debe valorar el hecho de que el objetivo primordial del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, debe ser basado fundamentalmente en derechos que como seres humanos y ciudadanos, poseemos, evitando el etiquetaje como criminales, brindándoles las oportunidades correspondientes a estos adolescentes para que asuman sus responsabilidades no solo con ellos mismos, con sus familias y la sociedad en general, para reconocer los daños causados y asumir un cambio de actitud ante la vida. Esto dinamizará la posibilidad de reparar el mal causado y reconstruir su entorno. Se termina este artículo de reflexión con lo señalado por Hurtado Sáenz (2007, p. 25):

“De la misma manera se hace fundamental que en la formulación de dichas políticas, el Estado adelante las gestiones a que haya lugar para que opere en nuestro país un cambio cultural en las prácticas e imaginarios que permita a los operadores/as e instituciones reconocer a los menores de

edad como sujetos de derechos prevalentes y se elimine la discriminación de la que han venido siendo sujetos hasta hoy. En el mismo sentido la sociedad debe ponerse a tono con la mencionada tendencia de tal forma que cuando un niño, niña o adolescente reclame sus derechos, la actitud asumida sea la de garantizar su efectividad y eficacia desde su responsabilidad ética, política y de política pública, y no desde la perspectiva asistencialista de quien otorga una concesión”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acemoglu, D., Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan las naciones*. Bogotá: Deusto.
- Arboleda, C., Baquero, M. C., Domínguez, M. P. (2010). La inimputabilidad del menor en el Sistema Penal Colombiano. *Revista Universidad y Estudiantes*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Arendt, H. (2004). *Sobre la revolución*. Barcelona: Alianza Editorial.
- Arias, D. (2005). Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. *Revista de Ciencias Penales*, 18. Madrid, España: Universidad de Alcalá de Henares.
- Bauman, Z. (2009). *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Barcelona: Ensayo Tusquets.
- Becker, H. (1971). *Los extraños: Sociología de la desviación*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo.
- Botero Bernal, A. (2003). *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Biogénesis, Señal.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En: P. Bourdieu y G. Teubner. *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes, Pensar y Siglo del Hombre.
- Cárdenas, M., et al. (2008). *Responsabilidad penal para adolescentes en Colombia: un desafío para el trabajo social*. Bogotá: Corporación Universitaria Minuto de Dios.
- Dimarco, G. (2005). *La democratización de las familias*. Buenos Aires: UNICEF.
- ICBF (2010). *Lineamiento técnico administrativo para la atención de adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Informe de Carga Global de la Violencia Armada (2012). Secretaría de la Declaración de Ginebra sobre violencia armada y desarrollo.
- Ferrari, V. (2006). *Derecho y sociedad: elementos de Sociología del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Foreign Policy (2012). Índice de Estados Fallidos. Recuperado en: <http://www.fp-es.org/indice-de-estados-fallidos-2012>

- Goffman, E. (2003). *Estigma: la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- González, D. (2006). Código de la Infancia y la Adolescencia y demás legislación nacional en materia penal-Ley 1098.
- González, D., Perdomo, J., Mariño, C. (2009). *Reparación judicial, principio de oportunidad e infancia en la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Editorial Milla.
- Grupo de Memoria Histórica (2013). ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Hurtado Sáenz, M. C. (2007). *Reforma a la legislación de infancia y adolescencia en Colombia*. Cátedra Ciro Angarita Barón. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2013). *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Regional Magdalena. Distrito Judicial Magdalena. Recuperado el día 17 de noviembre del año 2013. En: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas_intranet/Publicaciones2/PublicacionesInstitucionales/D.Proteccion/CONSOLIDADO%20MAGDALENA%2030-01-13.pdf
- Latorre Iglesias, E. (2011). Visibilización de la memoria de las víctimas de la violencia en el departamento del Magdalena: resiliencia para construir verdad jurídica, interpretación constitucional y judicial. *Revista Prolegómenos y Valores*, XIV(27), 199, enero-junio de 2011. ISSN 0121-182X Bogotá-Colombia.
- Lemaitre, J. (2007). *Fetichismo legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia*. En: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/J_julietalLemaitre__Spanish_.pdf> acceso abril de 2010.
- Linares Cantillo, B. y Quijano, P. (2010). Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia. En: www.unicef.org/co/ley/presentacion/ABC.pdf
- Moya, M. F. (2012). *Responsabilidad Penal de Adolescentes*. Bogotá: Editorial Stilo.
- Organización de las Naciones Unidas (2013). Informe mundial sobre la situación de la juventud. New York.
- Palacio Valencia, M. C. (2011). La delincuencia juvenil: un reto para descifrar una metáfora relacional. *Revista Eleutheria*, 5, 15-35.
- Pecaut, D. (2001). *Guerra contra la sociedad*. Bogotá: Espasa.
- Rodríguez Cely, L. (2013). Análisis de la justicia restaurativa en materia de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia. *Revista Anuario de Psicología Jurídica*, 22, 25-35.
- Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Ruiz-Hernández, A. (2011). El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, su constitucionalidad y validez a la luz de los instrumentos internacionales sobre protección de la niñez. *Revista Universitas*, (122), 335-362. Bogotá.

Sarmiento Santander, G. (2007). *Sistema de Responsabilidad para Adolescentes: Módulo Educativo*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Universidad Sergio Arboleda (2013). Reglamento de Maestría. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Veliz Montero, F. (2009). *Violencia, infancia y educación: teoría y praxis de un aprendizaje*. Bogotá: Alianza.

Villaveces, E., Rendón, J. (2010). *Sistema de Responsabilidad Penal para la Adolescencia*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

Waldman, P. (2006). *Guerra civil, terrorismo y anomia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Weber, M. (1996). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales*

Conceptual approximation to the principal of progressivity and nonregressivity of constitutional rights

RESUMEN

La Constitución Política de 1991 establece la figura de Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, concepción que amplía el catálogo de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina se han referido al significado y alcance del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. Este escrito recoge una serie de reflexiones orientadas a establecer el papel del referido principio en la materialización de los cometidos estatales.

PALABRAS CLAVE

Estado Social de Derecho, Catálogo de Derechos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Principio de progresividad.

ABSTRACT

The Political Constitution of 1991 establish the constitutional State figure, democratic and environmental law, a design that extends the catalog of fundamentals rights, social, economic, cultural and collective. The International Law of Human Rights, the case law and constitutional doctrine, has been referred to the meaning and scope of the principal of progressivity and nonregressivity of the constitutional rights. This writing contains a series of reflexions designed to establish the role of materialization of government commitment.

KEYWORDS

Social State Law, Catalog Rights, International Law of Human Rights, Principal of progressivity.

NÉSTOR JAVIER CALVO

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Pereira. Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Juez 1 Administrativo Oral de Cartago - Valle del Cauca. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira. nestorjaviercalvo@yahoo.com

* El artículo es un resultado parcial de la investigación titulada El Principio de Progresividad y no Regresividad de los Derechos Constitucionales en el Estado Social de Derecho, desarrollada como requisito para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

Recibido: Noviembre 20 de 2013 • Aceptado: Marzo 2 de 2014

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 introdujo un cambio en la concepción de Estado colombiano, al establecer la figura de Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, como evolución histórica y política del anterior Estado de Derecho.

De la misma manera, como parte de esa nueva concepción de Estado, se amplía el catálogo de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos en cabeza de las personas, y se consagran diferentes mecanismos jurídicos para lograr su protección. Lo anterior establece mayores responsabilidades para las autoridades, quienes en el ejercicio de sus funciones deben superar las dificultades que plantea el cometido de realización paulatina de los derechos consagrados en la Constitución Política.

Por otra parte, se fortalece el papel de los jueces en la interpretación del Derecho, quienes a través del conocimiento de diversos asuntos les corresponde decidir sobre la protección efectiva de los derechos constitucionales en los casos particulares y concretos y el control de la actuación de las demás autoridades públicas. Ese nuevo rol dinámico de la función judicial ha representado en los últimos años múltiples conflictos con las diferentes autoridades del Estado, por cuanto se considera que algunas de las decisiones adoptadas por los jueces y tribunales invaden el ámbito de competencia de aquellas, desbordando el poder conferido en la Constitución Política y comprometiendo la

estabilidad y la viabilidad del mismo Estado. A raíz de diferentes decisiones judiciales que se han referido a la ampliación progresiva de los derechos consagrados en la Constitución Política, se ha levantado polémica frente a la administración pública, la que argumentando la insuficiencia presupuestal, ha colocado en entredicho la conveniencia de dichos fallos, llegando hasta la promoción de reformas normativas que limiten las obligaciones del Estado frente a los particulares, determinando un retroceso en lo consagrado constitucionalmente.

METODOLOGÍA

La investigación que se desarrolló fue de tipo descriptivo, puesto que lo que se buscó fue establecer el significado y alcance del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. Para el efecto, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional y la doctrina, se estableció cuál es el papel del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho.

Se acudió a un método de investigación de análisis, donde a partir de la teoría jurídica y la jurisprudencia se determina el papel de los principios en el Derecho, el significado del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales, y finalmente el papel del principio de progresividad en la materialización de los cometidos estatales.

RESULTADOS PARCIALES

Como tarea previa se hará la diferenciación en primer lugar entre reglas y principios, y en segundo lugar entre principios y valores constitucionales, para luego definir el concepto de principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales.

1. Reglas y principios. Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 107) refieren que las normas pueden ser reglas o principios. Con respecto a la cuestión de cómo distinguir los principios de las reglas, los referidos autores explican lo siguiente (p. 108):

“En nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo

de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Robert Alexy, desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en Dworkin, ha escrito que ‘el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida entonces hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos” (Alexy, 1993, pp. 143-4).

2. Principios y valores constitucionales. La Corte Constitucional en Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992 destaca el nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

Para el efecto explica que *“los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política”*. Siendo de este tipo los plasmados en el preámbulo de la Constitución y los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado.

Con respecto a los principios constitucionales, la misma Corporación establece que *“a diferencia de los valores que establecen fines, 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”*. Siendo principios constitucionales, los consagrados en los artículos primero y tercero, que hacen referencia a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Dichos principios son una pauta de interpretación por ser parte de la Constitución misma y están dotados de la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental.

3. Principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. Ahora se indicará cuál es el significado que ha atribuido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucio-

nal y la doctrina a dicho principio; qué otros significados jurídicos tiene el principio de progresividad y cuál es el papel del principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho.

Significado a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El principio de progresividad tiene sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

El artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC– de 16 de diciembre de 1966, establece:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

De conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de

las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, documento E/1991/23, las obligaciones contraídas por los Estados Partes del Pacto Internacional DESC (PIDESC) se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado. En las últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en materia de los DESC. Dicho Comité precisó el alcance del artículo 2.1. del PIDESC en los siguientes términos:

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que

la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

Con respecto al anterior fundamento de Derecho Internacional, la Corte Constitucional, (Sentencia C-443 de 2009. Referencia: expediente D-7419. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas”. Actores: Daniel Manrique y Je-

rónimo Rodríguez Lugo. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009) ha señalado que *“el mandato de progresividad, que se desprende del artículo 2.1 del PIDESC, tiene dos contenidos complementarios (Courtis, 2008, pp. 8 y ss), por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado que ‘el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto período de tiempo’”*.

A su vez el artículo 11.1. del PIDESC establece que *“los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”*.

Courtis (2006, p. 9) señala que el anterior artículo resume en gran medida el significado de los derechos sociales en cuanto a la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a te-

ner en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. *“Adicionalmente, el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales”*.

Las Observaciones Generales 14 (párr. 4), 15 (párr. 42) y 17 (párr. 42) establecen una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de niveles esenciales de los derechos a la salud y al agua.

También ha señalado la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional. C-228 de 2011. Referencia: expediente D-8216. Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 6° del Decreto-Ley 1282 de 1994 y parcial de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003)* con respecto al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales:

“Por otra parte se ha venido introduciendo dicho principio a través de la recepción de los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC elaboradas por expertos en el campo del

* Observación General 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

• Actores: María Fernanda Orozco Tous y Nixon Torres Cárcamo. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

Derecho Internacional y que se han convertido en una fuente directa para comprender la forma de aplicación e interpretación de estos derechos. Por ejemplo en la Directriz No. 9 de Maastricht se estableció que el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en el artículo 2 del PIDESC, no debe ser utilizado como pretexto para su incumplimiento, y que se debe garantizar los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos si no se cuenta con todos los recursos para atender a estos derechos”*

los órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Según dicho documento son violaciones de dichos derechos, la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de uno de esos derechos; la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización del mismo tipo de derechos; y la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho (p. 11).

Los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del PIDESC fueron elaborados por un grupo de expertos reunidos entre el 2 y el 6 de junio de 1986 en la ciudad holandesa de Maastricht y adoptados por Naciones Unidas (Courtis, 2006, p. 13).

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”*, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, señala:

Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptadas por un grupo de expertos entre el 22 y el 26 de enero de 1997 en la ciudad holandesa de Maastricht, son un instrumento de interpretación utilizado por

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente econó-

* Esta misma idea se da en la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que estableció que, “El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. Sin embargo, el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretado en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo...”.

• Con depósito de ratificación de Colombia del 31 de julio de 1973.

mica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Courtis (2006, pp. 13-14) afirma que en cuanto a la remisión de la Carta de la OEA, *“son al menos identificables en forma clara los siguientes derechos: el derecho a la educación; los derechos laborales; el derecho a la seguridad social; el derecho a la vivienda; el derecho a la alimentación; el derecho a la salud y los derechos culturales”*. Pero considera que *“la prohibición de regresividad también constituye, en principio, una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es aplicable por ende a todos los derechos establecidos por la Convención”*.

Con respecto a la mención de *“en la medida de los recursos disponibles”*, es calificada por Courtis (2006, p. 50) como cláusula de condicionamiento económico, la que requiere el análisis de aspectos vinculados con la implementación de políticas públicas y la disposición de recursos.

A su turno, el artículo 1.1. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo

de San Salvador–*, suscrito en San Salvador - El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos –OEA–, consagra:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Igualmente, el artículo 4º del anterior Protocolo establece que *“no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en el Capítulo V del Informe Anual 1993 se refiere a los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar

* Con depósito de ratificación de Colombia del 23 de diciembre de 1997.

mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con respecto a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región, el documento en cita indica que el principio de desarrollo progresivo *“no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos”*.

A su vez el artículo 5.1. de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 7 de junio de 2005, consagra que para *“los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico, social y cultural”*.

Es de advertir que en los términos consagrados por el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991, *“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los es-*

tados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Significado a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana. Por otro lado, de la Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004 proferida por la Corte Constitucional se puede señalar que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales (i) implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos, (ii) hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, (iii) no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, e (iv) implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida.

El principio de progresividad se constituye en referente para la realización del Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, teniendo sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 2009. Referencia: expediente D-7670. Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003) (M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009), ha señalado que al ser Colom-

bia un Estado Social de Derecho implica que *“las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la Nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad”*. Dicho mandato se fundamenta en los artículos 1 (principio de la dignidad humana y de la solidaridad), 2 (fines esenciales del Estado), 13 (promoción de condiciones de igualdad real y efectiva), 334 (acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por las personas de menores ingresos) y 366 (prioridad del gasto social en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales) de la Constitución Política.

De lo anterior, la misma jurisprudencia deriva dos clases de deberes para el Estado, el primero de adopción y puesta en marcha de medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población (cláusula de erradicación de las injusticias presentes); y el segundo de abstención de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida

avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.

El principio de progresividad ha sido aplicado por la jurisprudencia colombiana, como parámetro de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, en la efectividad de los derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social en pensiones, a la educación, al acceso a la propiedad, a la vivienda, al goce del medioambiente, de las personas con discapacidad y de los desplazados, y a la reparación integral a cargo del Estado en casos de responsabilidad extracontractual; así como también en la previsión de garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos (Calvo, 2011, pp. 63-81).

Significado a partir de la doctrina. Courtis (2006, pp. 3-4) explica que existen dos nociones posibles de regresividad. La primera aplicada a los resultados de una política pública (regresividad de resultados), entendiéndose que es regresiva cuando sus resultados empeoran en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Y la segunda aplicada a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa), determinándose que la norma es regresiva cuando al compararla con la norma que ha modificado o sustituido, la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior, de tal manera que *“el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento*

jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado” (p. 6).

Según Courtis (p. 5), el “nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad” al que alude el artículo 5.2. de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”, corresponde al “ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, el acceso a la alimentación, el acceso a vivienda, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, ...”. El párrafo del mismo artículo reconoce una dimensión normativa al identificar la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados, como aspectos que reflejan el cumplimiento de la obligación de progresividad (p. 6).

Son regresivas entonces, las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho y las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, medibles a través de indicadores o referentes empíricos (p. 6).

En cuanto a las nociones de regresividad frente a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, Courtis considera que “*el estándar de juicio de regresividad normativa consiste en evaluar si el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado*”

(p. 6). Y en lo que corresponde a la aplicación judicial de la noción de regresividad de resultados resulta más difícil, puesto que los tribunales están acostumbrados a juzgar sobre problemas litigiosos muy delimitados, y proponerles la discusión de una serie de variables relacionadas con la política pública da lugar al rechazo de la cuestión por falta de competencia técnica o política (p. 7), pareciendo más adecuados “*los mecanismos de seguimiento periódico de las políticas públicas, tales como los ofrecidos por los mecanismos de informes previstos por los tratados de derechos humanos del sistema universal, u otros similares a nivel local, como las evaluaciones periódicas de instituciones nacionales de defensa y protección de los derechos humanos, u “observatorios” de organizaciones de la sociedad civil*” (p. 8).

Con respecto a la obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales surgida del artículo 11.1. del PIDESC, Courtis extrae algunas obligaciones concretas a cargo del Estado. Por un lado la obligación de no regresividad consistente en la prohibición de adoptar políticas y medidas, y de sancionar leyes que empeoren la situación de los derechos de los que gozaba la población al momento de adopción del tratado o en cada mejora progresiva; y por otro lado, la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o derogar los ya existentes (pp. 9-10).

Courtis (p. 17) define la obligación de no regresividad como una limitación que los trata-

dos de derechos humanos y la Constitución impone sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo (*sic*) a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Fundamenta tal prohibición en primer lugar en la extensión de la seguridad jurídica y la protección de la confianza, nacidas en el Estado de derecho liberal, al campo de las normas y medidas adoptadas en el Estado Social de Derecho; y en segundo lugar con el contenido material del principio de Estado Social, referido a la satisfacción para todo ser humano de necesidades básicas, a la luz de la noción de dignidad humana y desarrollo material y científico de la sociedad, considerando de manera preferencial a aquellas personas que están en peor situación (pp. 18-19). La prohibición de regresividad opera como una cláusula de control jurídico de cumplimiento por parte de las autoridades del mandato de Estado Social (pp. 20-21).

Para efectos de establecer una metodología judicial de análisis de regresividad de una norma, Courtis (p. 29) señala que aquella corresponde a un control de razonabilidad de la reglamentación, limitación o restricción de un derecho social, agregando un elemento complementario, por lo que la obligación de no regresividad implica un control “agravado”. Efectivamente el legislador y el Ejecutivo, dentro de la concepción tradicional de razonabilidad, están sometidos a la no afectación de la sustancia del Derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma y el análisis de proporcionalidad. La obligación de regresividad agrega limitacio-

nes vinculadas con la evolución histórica, ya que la reglamentación no puede empeorar el alcance y amplitud de goce del derecho vigente (p. 22). En este sentido el control de razonabilidad con la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, debe examinar que la norma no destruya el contenido esencial del derecho que reglamenta o lo reconozca más allá de los límites de su definición afectando otros derechos (p. 25), “*que la restricción de los derechos se encuentre justificada por los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma*” (fl. 27) y “*la determinación de la adecuada proporcionalidad entre las restricciones y los antecedentes y fines de la medida*” (p. 28).

En la misma metodología judicial de control de regresividad, una vez se determina la regresividad de la norma, al acreditarse que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior, nace una presunción de invalidez de la nueva norma en la que se invierte la carga de la prueba y le corresponde al Estado demostrar la racionalidad de la norma, es decir, que a pesar de ser regresiva es justificable (pp. 29-33), en cuanto a la estricta necesidad de la medida por la existencia de un interés estatal calificado, el carácter imperioso de la medida y la inexistencia de alternativas menos restrictivas del Derecho (p. 37).

Courtis (pp. 39-40) refiere que el estándar de juicio para considerar justificada y permisible la medida es alto, quedando “*excluidas*

de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego”, y el Estado solo puede justificar la adopción de las demás medidas regresivas cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos de PIDESC y la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles.

Para el efecto se debe acudir a un juicio de razonabilidad en el que se exige al Estado la obligación absoluta de cumplimiento del contenido mínimo esencial del Derecho, y la demostración de un fin legítimo y razones estrictas para la justificación de la necesidad de la medida. Además se debe realizar el examen de proporcionalidad de la medida adoptada, donde resulta útil el empleo de un juicio de ponderación, donde se evalúa la proporcionalidad del sacrificio del derecho restringido, en comparación con la importancia del objetivo perseguido. “En caso de duda, habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva” (pp. 40-41).

Courtis (pp. 41-42) explica que el principio de interpretación *in dubio pro iusticia socialis* favorece la vigencia de la norma de Derecho Social de mayor alcance y “en el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto a la norma posterior que pretende limitar la extensión del Derecho”. Una norma que reglamenta o implementa un derecho social es regresiva con respecto a otra, cuando limita, restringe o reduce la

extensión o el sentido de un derecho social, o le impone a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse, es decir, cuando es menos favorable para el titular del Derecho.

Por otro lado, Nikken (2010, p. 71) refiere que la *progresividad* es una de las características de los Derechos Humanos, al explicar que como estos “*son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Ha sido así como se ha ensanchado sucesivamente el ámbito de los derechos humanos y su protección, tanto a nivel doméstico como en la esfera internacional*”.

En el caso colombiano, se tiene que el artículo 94 de la Constitución Política de 1991, consagra que “*la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”.

Con respecto a la exigibilidad de los derechos humanos frente a la característica de progresividad, Nikken (p. 73) explica que:

La progresividad no debe entenderse como una nota de la exigibilidad de los derechos humanos, en el sentido de que esta nos sería inmediatamente realizable. Por el contrario, una vez identificado un derecho determinado

como “inherente a la dignidad de la persona humana”, este merece protección inmediata como tal. La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la “aparición”, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima.

Nikken (p. 87) también establece la progresividad como una característica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que en el desarrollo de su protección se *“demuestra la existencia de una tendencia manifiesta hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo tocante al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de las instituciones internacionales de protección”*.

Para el efecto se explica que los derechos civiles y políticos no fueron objeto de reconocimiento universal desde su aparición. Así mismo el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales fue una conquista posterior a la de los derechos civiles y políticos, cuando estaba aún pendiente la conquista de muchos de estos últimos. Por lo tanto, los derechos civiles y políticos no son ajenos a la progresividad atribuida a los

derechos económicos, sociales y culturales (pp. 121-122).

En este sentido, Picard de Orsini y Useche (2005, p. 427) afirman que *“los derechos humanos se encuentran en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y, haciendo referencia al principio de progresividad, en cuanto que los preceptos que se refieren a cada derecho, han ido ampliándose en su contenido a través de los diversos tratados y convenciones que los contienen, desarrollando el ámbito del Derecho y sus garantías;...”*

Muñoz Segura (2010, p. 99) señala que el principio de progresividad es una de las limitantes constitucionales con las que cuenta el desarrollo legislativo de los derechos sociales, económicos y culturales, y *“que inició como un postulado mucho más abstracto, como un propósito, para convertirse cada vez más en un elemento cierto y exigible judicialmente dentro del sistema pensional colombiano”*, siendo posible debatir ante la justicia constitucional si los cambios legislativos son compatibles con dicho principio y *“exigir la aplicación del principio de progresividad y no regresividad en casos concretos”* (p. 107).

Otras acepciones jurídicas del principio de progresividad. También debe indicarse que en material procesal penal el principio de progresividad hace referencia, como objeto del control de legalidad, a la relación, dentro del contexto del proceso penal, de una

serie de pasos en el conocimiento que llevan desde la incertidumbre inicial de la denuncia o conocimiento de la *notitia criminis*, hasta la certeza que como factor necesario se demanda en el fallo condenatorio (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No. 30164)*. Según el principio de progresividad, la actividad que se cumple en cada una de las etapas que componen el proceso penal “*se adelanta con la finalidad de alcanzar mayores grados en el conocimiento del objeto de la investigación, pasando de la incertidumbre, a la certeza de lo realmente acaecido*” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. Proceso No. 15610)*. En otras palabras (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. María del Rosario González de Lemos. Proceso No. 31052)*, “*el proceso penal se rige por el principio de progresividad cuya característica fundamental es que se avanza de un grado de ignorancia (ausencia de conocimiento) hasta llegar al de certeza, pasando por la probabilidad...*” Es de advertir que esta acepción propia del Derecho Procesal Penal no es objeto de estudio en este texto.

En materia de Derecho Tributario, el principio de progresividad establecido en el artículo 363 de la Constitución Política, ha sido concebido por la jurisprudencia contenciosa

administrativa (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta)▪ como aquel que se asocia al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de la que disponen, de modo que el sistema que conserva las diferencias entre los aportantes de mayor y menor capacidad contributiva, es neutro; el que las reduce es progresivo; y el que las aumenta es regresivo. De tal manera que la carga tributaria sea mayor cuando mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta)º. El principio de progresividad se refiere a la distribución de las cargas que impone el sistema tributario y los beneficios que este genera, además mide cómo una carga o un beneficio tributario modifica la situación económica de un grupo de personas en comparación con los demás.

La Corte Constitucional en Sentencia C-419 de 1995 indicó que el principio de progresividad en materia de Derecho Tributario se deduce del principio de equidad vertical,

* Procesado: Gabriel Ernesto Arango Bacci. Aprobado Acta No. 206. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil ocho (2008).

• Procesado: Lucas Gnecco Cerchar. Sentencia Única Instancia, Santafé de Bogotá, 26 de octubre de 2010.

♣ Aprobado Acta No. 138. Bogotá D.C., mayo trece (13) de dos mil nueve (2009).

▪ Consejera Ponente (E): Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero del dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-27-000-2003-01655-02(16634). Actor: Roberto Uribe Pinto. Demandado: Municipio de Anapoima; y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Bogotá, D. C. primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00599-01(18256). Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Municipio de El Colegio, Cundinamarca.

◊ Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá, D. C., agosto once (11) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00098-02(17556). Actor: Marcel Tangarife Torres. Demandado: Municipio de Chía.

puesto que aquel *“permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados”*.

En Sentencia C-643 de 2002, se fijaron los alcances de la progresividad en los siguientes términos:

El principio de progresividad compensa la insuficiencia del principio de proporcionalidad en el sistema tributario pues como en este ámbito no basta con mantener en todos los niveles una relación simplemente porcentual entre la capacidad económica del contribuyente y el monto de los impuestos a su cargo, el constituyente ha superado esa deficiencia disponiendo que quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente.

También se aclara que la anterior concepción propia del Derecho Tributario tampoco es objeto de profundización en este trabajo.

En el Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho. Es indudable que la Constitución Política de Colombia de 1991 ha venido trayendo grandes cambios en la vida política de la sociedad colombiana. Uno de esos cambios se ha referido

a la introducción y divulgación de diferentes instituciones políticas y jurídicas que antes de 1991 eran ajenas al conocimiento y apropiación de la mayoría de los colombianos y colombianas.

El Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, como concepción del Estado colombiano, es una de las innovaciones que ha cobrado gran fuerza jurídica y desarrollo político en los últimos años. La actividad del Estado colombiano, en el ejercicio de sus diferentes funciones, ya sea legislativa, ejecutiva, judicial, fiscalizadora, electoral o constituyente, se ha visto influenciada por el contenido del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho. Pero, desde una finalidad pedagógica, ¿qué significa esta nueva concepción del Estado colombiano?

Con este propósito se hace necesario comentar varios términos: Estado, Estado constitucional, Estado social, Estado democrático, Estado ambiental y Estado de Derecho.

En primer lugar, remitiéndonos al exmagistrado de la Corte Constitucional Vladimiro Naranjo Mesa (2000, pp. 86-87), el Estado se define como *“un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad ejercida por sus propios órganos y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”*. Esta definición hace reevaluar la restringida idea que se tiene sobre Estado, al considerarlo simplemente como el conjunto de personas e instituciones que ejercen el

poder político. En realidad debe interpretarse que el Estado tiene una conformación integral así: Un elemento humano referido a la población, un elemento físico representado por el territorio, un elemento jurídico-político evidenciado en el poder político ejercido por las autoridades y finalmente, un elemento declarativo dado por el reconocimiento internacional de su soberanía.

En segundo lugar, el Estado constitucional se refiere a que todo lo atinente a los derechos y libertades de las personas y la organización, estructura y funcionamiento del Estado se encuentra regulado dentro del marco de una Constitución. Es decir, que la Constitución Política regula lo relacionado, por un lado, con los catálogos de derechos y sus mecanismos de protección, y por otro lado, con los habitantes (nacionalidad, ciudadanía y extranjeros), el territorio (límites, conformación y régimen jurídico) y el ejercicio del poder público por parte de los gobernantes (titularidad, designación, competencia y controles).

En tercer lugar, tenemos que el Estado Social implica una actividad permanente del aparato estatal en garantizar a todas las personas condiciones de vida dignas, de tal manera que su dinámica permita superar las desigualdades que se presentan en la sociedad y promover la igualdad de oportunidades para todas y todos, buscando que en la práctica la igualdad sea real y efectiva.

En cuarto lugar, la concepción de Estado que consagra la Constitución Política de 1991 ha-

bla de un Estado democrático que se caracteriza por dos aspectos fundamentalmente: El derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas de participar en la conformación y ejercicio del poder político, a través de la elección periódica de los gobernantes, y la facultad de participar en la toma de decisiones, por medio de los mecanismos de participación ciudadana, que han permitido hablar de la democracia participativa.

En quinto lugar, se observa que entre los adjetivos que califican al Estado colombiano se encuentra la novedad del rótulo de ambiental. Podríamos definir en términos generales y a partir del contenido constitucional, que el Estado ambiental hace referencia a que las autoridades y las personas están obligadas a proteger el ambiente y garantizar su sostenibilidad, al igual que el gozar de un ambiente sano es un derecho de toda persona. En palabras de la Corte Constitucional en Sentencia C-126 de 1998, *“la protección al medioambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación”*.

En lo que respecta a la importancia de lo ambiental en el marco de la Constitución Política de 1991, son varios de sus artículos los que mencionan la protección ambiental. Dada la situación anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-411 de 1992 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero) acuñó el concepto de Constitución Ecológica, conformada por 34 disposiciones que regulan la relación de

la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medioambiente. Vale la pena mencionar, entre dichas normas, los artículos 8º sobre la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, 58 que establece la función ecológica de la propiedad, 79 que consagra el goce de un ambiente sano como un derecho colectivo y 95, numeral 8, que relaciona como deber de toda persona velar por la conservación de un ambiente sano.

En sexto lugar, el Estado de Derecho data de la visión liberal promovida por el pensamiento político y filosófico que influenció la Revolución Francesa. El Estado de Derecho establece la limitación del poder político ejercido por los gobernantes, el que debe estar sometido al ordenamiento jurídico en aras de proteger los derechos y libertades de las personas.

De todo lo anterior, se colige entonces que la definición del Estado colombiano es muy precisa y compleja, por cuanto se refiere a aquella visión de Nación identificada por valores, entendida como un grupo de personas, dentro de un territorio, que tiene unos gobernantes elegidos democráticamente y sometidos al ordenamiento jurídico, que participa activamente en la toma de decisiones, que vela por la conservación y sostenibilidad ambiental, cuya soberanía es reconocida internacionalmente y que promueve la igualdad real y efectiva para todos sus integrantes, dentro del marco de una Constitución Política.

Este panorama ha obligado a replantear el objeto de estudio del Derecho en Colombia. Efectivamente, se señala que el Derecho tiene por objeto todo el universo jurídico, incluyendo la ley en sentido general, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, o que su campo de acción solo se circunscribe a la norma jurídica como texto escrito. Pero en las ciencias jurídicas ya no encontramos objetos de investigación, y especialmente cuando el cometido es la realización de un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, donde se presentan escenarios plurales que desarrollan multitud de relaciones sociales. En este sentido, el interés del Derecho no se limita a lo normativo, ya que ahora su objeto recae sobre las relaciones, redes y problemas jurídicos, políticos, económicos, culturales y ambientales que se suceden en el contexto de una sociedad pluralista que pretende teóricamente la realización de los cometidos constitucionales y que en la práctica toma decisiones públicas que ponderan los diferentes intereses en juego.

El principio de progresividad y no regresividad se constituye en un límite a las normas y medidas públicas, en el sentido que no pueden disminuir el nivel de protección alcanzado ni crear obstáculos para lograr los cometidos de un Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, impidiendo *“promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en*

la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, fines esenciales del Estado según lo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia de 1991. Es decir, que el modelo de Estado adoptado en Colombia debe garantizar la efectividad progresiva y no regresiva de los derechos constitucionales.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado, a título de conclusiones, se puede indicar que las normas son reglas o principios. Mientras los principios son *mandatos de optimización* que pueden ser cumplidos en diversos grados que dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Los principios constituyen una pauta de interpretación jurídica válida e importante en la aplicación de los derechos, incluyendo los sociales, económicos y culturales.

El principio de progresividad tiene sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La progresividad es una de las características de los derechos humanos.

Finalmente, debe señalarse que el principio de progresividad y no regresividad de los derechos, concebido como la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de la faceta prestacio-

nal de los derechos constitucionales, es un elemento definitorio y estructural del modelo de Estado adoptado y, por tanto, dicho principio se constituye en referente para las autoridades públicas, en ejercicio de sus funciones, para el cometido de materialización del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 10, 101-120.

Calvo Chaves, N. J. (2011). Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Memorando de Derecho*, 02, 63-81.

Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11 [2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Recuperado el 1º de noviembre de 2012, de <http://www2.fices.unsl.edu.ar/~prosoc/material/14bOG3.pdf> observación general No. 3

Consejo de Estado (2012). Providencias 1992-2012 [en línea]. Recuperado hasta el 31 de octubre de 2012, de <http://www.consejodeestado.gov.co/>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente (E): Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero del dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-27-000-2003-01655-02(16634). Actor: Roberto Uribe Pinto. Demandado: Municipio de Anapoima; y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Bogotá, D. C. primero (1°) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00599-01 (18256). Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. Demandado: Municipio de El Colegio, Cundinamarca.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá, D. C., agosto once (11) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00098-02(17556). Actor: Marcel Tangarife Torres. Demandado: Municipio de Chía.

Corte Constitucional Sentencia C-443 de 2009. Referencia: expediente D-7419. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) de la Ley 685 de 2001 "por la cual se expide el Código de Minas". Actores: Daniel Manrique y Jerónimo Rodríguez Lugo. M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

Corte Constitucional. C-228 de 2011. Referencia: expediente D-8216. Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 6° del

Decreto-Ley 1282 de 1994 y parcial de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003. Actores: María Fernanda Orozco Tous y Nixon Torres Cárcamo. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 2009. Referencia: expediente D-7670. Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Fernando Enrique Arboleda Ripoll. Proceso No. 15610. Procesado: Lucas Gnecco Cerchar. Sentencia Única Instancia, Santafé de Bogotá, 26 de octubre de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Proceso No. 30164. Procesado: Gabriel Ernesto Arango Bacci. Aprobado Acta No. 206. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil ocho (2008).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. María del Rosario González de Lemos. Proceso No. 31052. Aprobado Acta No. 138. Bogotá D.C., mayo trece (13) de dos mil nueve (2009).

Corte Constitucional (2012). Relatoría [en línea]. Recuperado hasta el 31 de octubre de 2012, de <http://www.constitucional.gov.co/>

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997). Recuperado el 6 de noviembre de 2012, de http://ip.aaas.org/escrdocs_sp.nsf/287fccf1bc425ff4852567590054d44b/77e0aa4feb3691a18525691c0068932a?OpenDocument

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Muñoz Segura, A. M. (2010). El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 11, 93-109.

Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

Nikken, P. (2010). *La protección de los Derechos Humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales*

y culturales. Recuperado el 1º de noviembre de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.

Picard de Orsini, M. & Useche, J. (2005). El principio de progresividad y la actuación de los órganos de Poder Público conforme a la Constitución vigente. *Provincia, número especial*, 421-449.

Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986). Recuperado el 6 de noviembre de 2012 de <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-6.pdf>

Uprimny, R. & Guarnizo, D. (2006). ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. Recuperado el 1º de noviembre de 2012, de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180

Centralización política vs autonomía educativa: Política educativa nacional adversus autonomías territorial, universitaria y escolar

*Political centralization vs educational autonomy:
National political education adversus and varsity*

RESUMEN

La reflexión sobre la premisa constitucional de la participación en la institucionalización de la política educativa nacional de la formación integral problematiza su administración autónoma. La preocupación deriva de la investigación La administración pública del derecho a la calidad de la educación. La metodología se desplegó como hermenéutica de la relación política pública-autonomía institucional. El resultado propone establecer criterios de participación intersectorial en la formulación, implementación y administración argumentativa autónoma de la política educativa nacional, de camino a transformar institucionalmente las prácticas pedagógicas.

PALABRAS CLAVE

Política, Autonomía, Gobernanza, Administración, Innovación.

ABSTRACT

A reflexion of the constitutional premises of participation in the National Education Policy of comprehensive training, problematizes its administrative autonomy. The concern stems from the investigative research, from the administration of public law to quality education. Methodology was deployed as hermeneutics in the political relationship of public institutional autonomy. The results aim to establish intersectorial criteria participation in the formulation, implementation and argumentation in administrative autonomy of national educational policy on its way to transform institutional pedagogical practices.

KEYWORDS

Politics, Autonomy, Governance, Administration, Innovation.

JULIÁN OSORIO VALENCIA

Docente investigador de la Universidad Libre Seccional Pereira. Director del Grupo de Investigación Función Pública, Servidores Públicos, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Facultad de Derecho. Magíster en Derecho Administrativo. Investigador principal del proyecto "La administración pública del derecho a la calidad de la educación".
josorio@unilibrepereira.edu.co

Recibido: Noviembre 20 de 2013 • Aceptado: Mayo 7 de 2014

INTRODUCCIÓN

El examen del problema de la institucionalización del principio constitucional de la centralización política y la descentralización administrativa, como tensión entre la política educativa derivada del mandamiento normativo de la formación integral y las prácticas administrativas descentralizadas desplegadas en su nombre, obtuvo como resultado el reconocimiento de la desviación estándar entre las actividades institucionales en nombre de las autonomías territorial, universitaria y escolar y los fines constitucionalizados.

El análisis del problema de ineficacia social de la descentralización administrativa de la política nacional de calidad de la educación, renombrada por los investigadores en términos de autonomía territorial, universitaria y escolar, se enfocó en la ponderación de la capacidad de institucionalización de la premisa constitucional de la participación democrática, para la administración del garantismo de la fundamentalidad del derecho a una educación de calidad, asumida como formación integral por competencias.

Su objeto de estudio partió del supuesto de la validez jurídica de la normativa educativa de las competencias, fundamentada como coherencia entre los fines de la reforma educativa de la formación integral para el libre desarrollo de la personalidad, con los constitucionales de la vida digna. En su desarrollo se abordó el análisis de la relación trilemática de la legitimidad política, validez jurídica, y eficacia social de la normatividad (educa-

tiva de la formación integral por competencias) (Mejía Quintana, 2005, p. 313). Análisis trilemático desde el cual ponderaron la capacidad institucional del Estado y la sociedad municipal para administrar, en Derecho, los recursos disponibles para el garantismo del derecho individual y social fundamental a una educación de calidad.

Por su parte, el ámbito de la legitimidad política fue fundamentado, de acuerdo con el profesor Mejía Quintana, en los tres niveles explicitados por él. Primero, en el de la deliberación de la Asamblea Constituyente y en el debate parlamentario que produjo los desarrollos legislativos de la educación (Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994). Segundo, en el de las movilizaciones sociales por la educación, que concretaron los dos Planes Decenales Nacionales de Educación (1996-2005 y 2006-2015), así como en la movilización social del primer Plan Decenal Municipal de Educación de Pereira (2007-2016). Y tercero, en la supuesta institucionalización argumentativa de la articulación del desarrollo del educativo territorial de Pereira con la política nacional de calidad de la educación para la formación integral, y con los planes decenales de educación nacional y municipal.

“Supuesta”, por cuanto el avance participativo en este tercer nivel de legitimación política no se concretó, porque el contenido de la reforma promovido en la movilización social que produjo el segundo Plan Decenal Nacional de Educación y que estructuró el primer Plan Decenal Municipal de Educación de Pereira, en el contexto de sus necesidades y ca-

racterísticas locales, no se hizo extensivo al contenido del Plan de Desarrollo Municipal 2008-2011. De este modo, indican los investigadores *al diferirse la implementación del Plan Decenal Municipal de Educación como plan indicativo del Plan de desarrollo territorial, en el tiempo del Plan de Desarrollo Municipal de Pereira 2008-2011, queda en entredicho el desarrollo institucional de las prácticas administrativas participativas, optándose por criterios establecidos unilateralmente por el actor gubernativo.*

Omisión que les permitió no solo formular la tesis del débil desarrollo institucional de las prácticas administrativas participativas sino también reconocer en esta debilidad la causalidad de la ineficacia social de la reforma, manifiesta en el débil impacto de la educación en los indicadores de desarrollo humano, social, productivo y ambiental en la entidad territorial de Pereira.

Ineficacia social de la educación que, al decir de los autores, puso de presente el problema de la calidad de la gestión administrativa, específicamente de la administración autónoma de la calidad de la educación. Variable que destacan del núcleo del derecho a la educación como el menos reflexionado, puesto que sobre los demás componentes del núcleo (disponibilidad, acceso y permanencia) no solo existen estudios, sino también más acciones de protección ciudadana y administrativas del Estado.

Desde esta traza, el presente análisis procura contribuir a la comprensión y explicación de

la fenomenología de la administración autónoma de un desarrollo educativo de calidad, a fin de identificar los factores potenciadores de la transformación de las prácticas políticas y administrativas y, desde ellos, mejorar su pertinencia y relevancia con los propósitos sociales constitucionalizados que, de acuerdo con los autores, buscan posibilitar.

Se trata de un análisis de la administración descentralizada del *têlos* del neo-constitucionalismo colombiano de una formación social participativa y con valores democráticos, a través de la política nacional de formación integral por competencias, centrado en el problema del desarrollo de las capacidades institucionales de la entidad territorial, para administrar autónomamente la institucionalización del principio constitucional de la centralización política y la autonomía territorial, universitaria y escolar.

Es una reflexión sobre la capacidad institucional del Estado Nación y del Estado territorial en la concreción de la legitimidad política de la reforma educativa de las competencias en el tercer nivel de deliberación pública, que se propone materializar la participación institucional intersectorial en la formulación, implementación y administración argumentativa de los planes de desarrollo territorial para la garantía de los derechos fundamentales, en nuestro caso, del derecho fundamental a una educación de calidad.

En otras palabras, al ponderar las razones que a juicio de los investigadores imposibilitaron avanzar al tercer momento de la legi-

timación política, se consideró la necesidad de profundizar el problema del tránsito de la gobernabilidad a la gobernanza de los planes de desarrollo territorial, entendida la gobernanza como inclusión auténtica y no formal (gobernabilidad) en los procesos de planeación, presupuesto y ejecución de la inversión pública de la institucionalidad intersectorial.

Autenticidad que encuentra su mayor obstáculo, como se observó, en el establecimiento de criterios de participación de manera unilateral y excluyente por el actor gubernativo. Con lo que, en el campo de la educación, y de acuerdo con el concepto de currículo definido normativamente, se desnaturaliza el modelo administrativo fundado en una planeación educativa participativa, inicialmente, para la definición de los criterios de selección de los conocimientos de las ciencias, las humanidades, las artes y los saberes ancestrales, provenientes de, o determinados por, las demandas educativas y formativas identificadas en los contextos de vida de los educandos, como en los del desarrollo social y de la productividad económica.

De este modo, la hipótesis de trabajo para superar el problema de la no profundización del tercer nivel de legitimidad política, en el escenario de las prácticas administrativas de los planes de desarrollo territoriales, es el establecimiento de criterios de participación institucional intersectorial para la formulación, implementación y administración argumentativa de la política educativa nacional de la formación integral por competencias,

en el contexto de las necesidades y características locales.

El abordaje de este camino no es otro que el establecido constitucionalmente para la institucionalización del Estado colombiano como Estado educador, constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho. Hipótesis que se coloca en perspectiva de trascender de una participación formal hacia una sustancial, esto es, hacia la eficacia social del servicio educativo municipal de Pereira, de camino a superar *la cada vez más profunda crisis de los valores (violencia), de la productividad (pobreza) y del ambiente (deterioro ambiental social, cultural y físico-biótico)*.

REFERENTE CONCEPTUAL

1. La filogenia del “Estado somos todos” y la naturaleza del Estado educador constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho

Para John Searle (1997, p. 10) el lenguaje es parcialmente constitutivo de la realidad social. Su trascendencia como hecho institucional requiere de la voluntad colectiva para concretarla en un hecho institucional. En nuestro caso, la realidad social parcialmente pre-figurada en el lenguaje jurídico educativo interpela la voluntad colectiva, para concretar el comportamiento administrativo imputable al mandamiento normativo del garantismo del derecho a la calidad de la educación.

La realización del ejercicio del principio constitucional de la corresponsabilidad actualiza el problema de la naturaleza del Estado, como participación intersectorial en la administración descentralizada de la política nacional de calidad educativa. Este principio convoca la obligación del Estado y el deber de la sociedad y la familia para administrar el garantismo del derecho a la calidad de la educación. Corresponsabilidad que impele abocar la novísima concepción del “Estado somos todos”, la cual rememora la antigua concepción de la Ciudad-Estado, asumida como la capacidad social de los ciudadanos para hallarle soluciones a los problemas de la *polis*. Capacidad que interpela la *paideia*, entendida como la formación en las virtudes del buen ciudadano y la educación en las artes y en la argumentación para la participación política.

Es en la *polis* donde el ciudadano podía darle libre juego a todas sus potencialidades deliberativas, de camino a realizar los ideales virtuosos que le permitieran vivir en *Koimonia*. En la comunión con los ideales de sus conciudadanos es donde surge la política. Vivencia del arte deliberativo con el otro diferente desde donde se dirimen la diversidad de intereses y puntos de vista diversos sobre la naturaleza de los problemas que afectan la calidad de la vivencia colectiva y se gestan las convenciones. De ahí que la política tenga su comienzo y su fin en la *polis*.

Esta forma directa y cercana de Estado llevó a Aristóteles (2007, p. 34) a considerar que la amistad era más importante que la justicia,

pues ella une a las personas a través de una red de interacciones y compromisos basados en las virtudes de la lealtad, el honor y el respeto. Por esta razón, la sanción ciudadana más grave fue el ostracismo. Sócrates prefirió la muerte al exilio, es decir, a la exclusión de esa red tejida por los sentimientos de solidaridad.

Estas “interacciones y compromisos” que hoy llamamos “comunidad” (Jaeger, 1992, p. 137) están fundadas en “las virtudes del buen ciudadano”. Estas virtudes, que hoy se objetivan en el núcleo de constitucionalidad y que orientan la acción política práctica, son los valores y principios que se aspira orienten las decisiones en la producción legislativa y la impartición de justicia. Es a través de los valores y principios constitucionalizados donde se funda el proceso de institucionalización de un Estado fuerte, legítimo, eficaz, actor decisivo en la construcción participativa de lo público.

Esta institucionalización pasa necesariamente por la apropiación social de la concepción del “Estado somos todos”, propia de la democracia constitucional o participativa. Esta apropiación demanda el idóneo conocimiento científico de los problemas del desarrollo humano, social y productivo, a fin de comprenderlos, explicarlos e intervenirlos desde la diversidad de intereses y puntos de vista diferentes. Pluralidad que exige construir acuerdos a través de políticas públicas y sociales que guíen la acción del Estado, lo que significa que el Estado se instituye en una articulación dialógica capaz de elegir las mejores decisiones públicas.

Es a través de una acción comunicativa ética entre la sociedad política en el poder del Estado, la sociedad civil que participa en la construcción social de lo público a través de la deliberación de las decisiones públicas, y la academia, que gesta y gestiona conocimientos para su apropiación social sobre la problemática del desarrollo humano, social y productivo, incluido lo económico, desde los cuales elegir las mejores decisiones públicas.

Esta concepción del “Estado somos todos” es gestora de sinergias de interacciones derivadas de interlocuciones fundadas en los conocimientos de las ciencias y los saberes ancestrales pensados por la academia, acción comunicativa que interpela a la educación, en su función social constitucional de la formación integral de un ciudadano participativo, capaz de deliberar y construir acuerdos con sentido de los valores democráticos. Es en el escenario de la participación deliberativa donde se gesta el trámite civilizado de la diversidad de intereses y complejidad de conflictos, con perspectiva del garantismo de los derechos individuales y sociales fundamentales.

De este modo, es claro que la concreción del concepto el “Estado somos todos” está en la base de una formación social deliberante, con sentido del interés público. Concreción mediada por la determinación del alcance de la responsabilidad misional de los actores político, social, académico y educativo. Alcances desde los cuales gestar sinérgicamente las condiciones recreadoras de la institucionalización del Estado constitucional,

social, democrático y ambiental de Derecho como Estado garantista de la fundamentalidad de los derechos individuales y sociales.

Estas responsabilidades sectoriales son relativizadas misionalmente por la ley, especificando:

1. Que la sociedad política propicie reglas de juego claras, procuradoras de un clima de confianza que estimule la creación de ventajas comparativas que propendan por un entorno favorable. Tal efecto requiere incluir la participación del sector privado en las funciones públicas de supervisión y evaluación del cumplimiento de los compromisos, y de suministro eficiente de bienes y servicios públicos.
2. Que la sociedad civil favorezca el estudio, análisis, deliberación pública, coordinación y promoción de políticas públicas requeridas para orientar la intervención del Estado en la garantía de los derechos fundamentales. En este marco de la función de árbitro, en los conflictos de intereses de sus asociados el Estado asume a:
 - Los gremios y empresarios como parte de la sociedad civil, responsables de un desarrollo productivo capaz de una adecuada ponderación entre la rentabilidad social-colectiva y la rentabilidad privada.
 - Los trabajadores como propiciadores del aumento en la productividad, la innovación y el cambio tecnológico para el desarrollo productivo; partícipes e impulsores a su vez del diseño y reestructuración de las cadenas pro-

ductivas, y de actividades asociativas y solidarias.

- La familia como actor y autor responsable de la educación de sus hijos, de su formación moral y democrática desde el seno del hogar, contribuyendo a transformarlo en *ethos*, en costumbre interiorizada, en cultura gestora del sentido de lo público.
- El sector académico, como socialmente responsable del desarrollo de la formación profesional, de la investigación científica y tecnológica, y la gestión del conocimiento, en búsqueda de una vinculación más estrecha y coordinada entre los sectores social y productivo de bienes económicos y culturales, a fin de contribuir al acrecentamiento del capital humano, condición en la base del desarrollo del capital social y del crecimiento del capital productivo.
- Finalmente, pero no en último lugar, asumiendo a la Escuela como actor y autor responsable de la innovación pedagógica en la formación de un ciudadano integral, productor de bienes materiales y culturales.

Este es el sentido y la razón de ser de la concepción y la función social del “Estado somos todos” en la construcción de la democracia participativa para el garantismo de los derechos fundamentales, Estado constitucional que se asuma no solo como sistema político o forma de gobierno, sino también como conjunto de valores, principios morales constitucionales de acción práctica, actitudes y

comportamientos vividos cotidianamente por las sociedades política y civil, y por las comunidades académicas y educativas, ideales virtuosos a desarrollar desde una educación de calidad, camino de la equidad como igualdad de oportunidades para todos, a través de una formación integral por competencias para el libre desarrollo de la persona humana.

Desde luego, la institucionalización del Estado constitucional, social y democrático de Derecho, como Estado garantista de los derechos fundamentales, además de la premisa constitucional de la participación, interpela la función social del Derecho, como mediador de las relaciones implícitas entre los actores y autores del “Estado somos todos”. Este uso de la razón jurídica se realiza a través del “principio del discurso”, “acción comunicativa” que es fundamentada por la ciencia del Derecho, “disciplina multidimensional” (Alexy, 2002, p. 44), que “establece pautas y derroteros a las conductas que orientan la acción social” (Botero, 1999, p. 41).

Se interpela, en consecuencia, el sentido de la prevalencia del interés público por el derecho social fundamental a una educación para todos, pero no a cualquier tipo de educación sino a una educación de calidad, entendida en el ordenamiento constitucional y normativo educativo como educación para la formación integral por competencias, en los contextos problemáticos del desarrollo humano, social y productivo. Posibilitante de ciudadanos posibilitados para su comprensión, explicación e intervención. Desarrollo

del derecho a la educación de calidad que, como anota la Corte Constitucional, realice materialmente el principio de la equidad, en virtud a que “en la medida en que la persona tenga igualdad de oportunidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona” (Sentencia T-309 de 1993), principio que hace que se comprenda por qué la educación para la formación integral es un asunto que nos compete a todos.

2. La naturaleza argumentativa de la administración pedagógica, como acción comunicativa de una práctica política legitimadora de la validez jurídica de la reforma educativa de la formación integral, por su eficacia social

Es a partir del Primer y Segundo Plan Decenal Nacional de Educación (1996-2005 y 2006-2015) que la sociedad y el Estado empiezan a sensibilizarse y entender el histórico error de creer que con solo construir plantas físicas, dotarlas y nombrar los maestros estaba garantizada la calidad de la educación. La prevalencia de la cobertura sobre la calidad ha sido un grave error.

La calidad de la educación no se garantiza con solo nombrar los maestros egresados de las Facultades de Educación (programas de licenciaturas) o de profesionalización universitaria, puesto que “las Facultades de Educación y las Normales no están formando a sus egresados en cómo enseñar a deducir o argumentar” (De Zubiría, 2011, p. 17). De hecho, según el Viceministerio de Educación

Superior “las fallas más recurrentes (...) están relacionadas con la planta docente; muchos de los profesores de estas Facultades no son de tiempo completo, no tienen estudios de posgrado y su producción académica e investigativa es escasa” (p. 7), a lo cual habría que agregar que la escasa investigación que realizan es disciplinar y no está asociada a sus prácticas administrativas, educativas y pedagógicas de la enseñanza disciplinar, y menos del reto de pensar la formación integral a través de programas y proyectos que intervengan los contextos de vida problemática de los educandos o de la ciudad. La planeación curricular de estas Facultades se hace por fuera de los contextos educativos. En el caso de Pereira se encontró que no hay líneas de investigación educativa y pedagógica, y si los profesores no conocen científicamente lo que acontece en las instituciones y en las aulas, ¿cómo van a construir una malla curricular que forme maestros capaces de trascender de una práctica de enseñanza disciplinar metafísica y compartimentada a la dinamización de un proceso de formación integral por competencias en los contextos de vida de los educandos?

Una evidencia en este sentido fue la pesquisa que se realizó a una muestra de Trabajos de Grado, que versan sobre problemas disciplinares, ninguno sobre la realidad pedagógica y educativa institucional y de aula, y si no hay conocimiento de la realidad pedagógica ¿cómo pueden transformarla desde los rediseños curriculares que dicen realizar? Excusarse con el facilismo de acusar a los maestros de los niveles inicial, básico y

de educación media, porque entregan a los estudiantes que llegan a los programas de licenciatura sin las competencias básicas, ciudadanas y comunicativas, es asumir la actitud del avestruz, esconder la cabeza para no aceptar la responsabilidad que les compete de investigar esta realidad para transformarla.

Se está en una situación crítica. Las pruebas Saber Pro, 11^º, 9^º y 5^º muestran que más de la mitad de los evaluados tienen resultados muy bajos en competencia lectora y escritora. El puntaje promedio del país es de 46 –de 100 puntos posibles–. Por su parte, PISA (Programa Internacional de Evaluación de Estudiantes) dice que el 78 % de los estudiantes no llega al nivel 2 de lectura, es decir, no logran argumentar ni deducir. Es claro que aunque se ha hecho mucho en cobertura, es poco lo que se avanza en calidad. “Que solo el 5 % de los colombianos –y estoy siendo generoso– esté recibiendo buena educación es altamente preocupante, puesto que una educación de baja calidad achica la democracia” (De Zubiría, 2011, p. 17).

Es una realidad que demanda conocimiento, no solo para identificar los factores que inciden en la calidad, sino también los que posibilitan la responsabilización de todos en la formulación de una política de formación inicial de docentes y de actualización de los docentes en servicio, a partir de los factores vulneradores de la calidad identificados.

Esta demanda de conocimiento científico sobre las prácticas educativas y pedagógicas

de todos los actores interpela la ética de la responsabilidad social con sentido de lo público, para comprender la disfunción entre las prácticas educativas y pedagógicas instaladas por la tradición, en relación con el comportamiento administrativo pedagógico autónomo imputable al mandamiento constitucional y legal de una formación integral por competencias en contexto.

En suma, se debe abordar el conocimiento del problema de la institucionalización del principio de acción práctica constitucional de la centralización política y la descentralización administrativa educativa. La comprensión y explicitación de esta fenomenología, en el contexto de las necesidades y características territoriales regionales, es condición *sine qua non* para dinamizar una sinergia trascendente de la gobernabilidad Estado-céntrica, de un ejecutivo nacional que se hace cada vez más proclive a la centralización administrativa, “argumentando” la incapacidad institucional de las entidades territoriales para administrar autónomamente el desarrollo educativo.

Se simula una descentralización a través de la certificación educativa a las entidades territoriales para que administren los recursos del SGPT que vienen con destinación específica al pago de nómina y del componente logístico de la calidad, sin recrear condiciones a la administración pedagógica de la calidad educativa. Se insta, además, a que incrementen los recursos propios, para atender la prestación del servicio y no el garantismo del derecho a la calidad de la educación, de

conformidad con los mandamientos constitucionales y legales.

Este mal ejemplo es imitado por el Estado-centrismo local, quien no solo monopoliza la ejecución y asignación de los recursos propios y hasta los que se pueden del SGPT, sino que se muestra reticente a debatir lo público, ofrecer razones y rendir cuenta de sus actos, en relación, no con los resultados de sus decisiones en las inversiones, como lo hacen con despliegue publicitario sin par, sino con los impactos de la formación integral en contexto, como manda la Constitución y la ley, mal ejemplo que emulan con prestancia también en la formulación de las políticas públicas educativas territoriales.

Estos procesos “participativos” aunque consideran formalmente la opinión de la ciudadanía, no constituyen procesos auténticos de inclusión integradora de una relación interdependiente y horizontal para su formulación participativa. De hecho, los actores invitados asisten atendiendo criterios preestablecidos por la “sapiensa” del establecimiento en el poder del Estado territorial. No son criterios construidos conjuntamente para la formulación, implementación y ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos.

Se hace necesario trascender hacia toma de decisiones que involucren a los demás actores que estructuran el Estado educador para que, en el ámbito de la calidad educativa, se destinen a procurar políticas públicas y sociales territoriales contextualizadoras de la política nacional de calidad de la educación y

de formación pedagógica docente, políticas contextuales que orienten la formulación y ejecución de un currículo de formación de maestros, con criterios de todos los actores, atendiendo los criterios legales de formación pedagógica y disciplinar establecidos por el Estado para las instituciones formadoras de maestros a fin de alcanzar los logros de los estándares y lineamientos curriculares por competencias, decisiones que trasciendan la decisión Estado-céntrica de destinar los recursos para capacitación docente a criterio del gobernante de turno, amoralidad que afecta la responsabilidad constitucional de gobernantes e instituciones formadoras que ponen el énfasis en lo que saben hacer, capacitaciones para una formación disciplinar fragmentada y descontextualizada que, en lugar de trascender, persiste en la reproducción de una práctica educativa memorística, reactiva, sin capacidad de repensarse a sí misma críticamente y propositivamente en relación de pertinencia académica con las demandas del desarrollo social.

Se requiere la formulación participativa intersectorial de políticas públicas y sociales de ciencia, tecnología, educación y cultura que orienten la trascendencia, o al menos la concienciación, de la gobernanza, de una práctica administrativa pública incluyente de todos los actores y autores del hecho educativo, en el escenario de una administración argumentativa no solo del desarrollo de la prestación de un servicio educativo, sino del garantismo de la formación humanística, científica y tecnológica de ciudadanía responsable de la endogenización de su propio

desarrollo educativo, cultural, humano, social y productivo, administración argumentativa intersectorial para la formulación de una política pública territorial de investigación, educación e innovación, tal como se propuso en el Primer Plan Departamental de Ciencia, Tecnología e Innovación, que erija el postulado constitucional de la formación integral en los contextos problemáticos del desarrollo humano, social y productivo regional, política que oriente la acción del Estado educador constitucional, social, ambiental y democrático de Derecho, para que permita la formación de una ciudadanía posibilitada para participar en la generación de opinión pública deliberante y eficaz en el ejercicio de la gobernanza de la sostenibilidad de la convivencia social y la auto-sostenibilidad productiva, gobernanza que incluya a los actores sociales, académicos y educativos en los procesos de planeación, presupuestación, programación y ejecución de la política educativa, incluso hasta de los procesos de fiscalización y rendición pública de cuentas, y de responsabilización social pública, colectiva-individual, administración argumentativa que delibere la dilucidación de la contraposición entre dos alternativas de sentido educativo correspondientes a dos cosmovisiones administrativas educativas con contenidos de formación diferentes, que plantean numerosos problemas ligados a las finalidades de la gestión, a su dimensión ideológica y a su definición misma: una, centrada en la racionalidad instrumental para la competitividad del mercado, que se mueve dentro de los parámetros administrativos de la racionalización educativa *tayloriana*, y otra, buscando:

“Reconstruir un sentido de la educación que se centre directamente en la condición humana y sepa desarrollar nuevas formas de humanismo, más para la cooperación antes que para la competitividad, que rescate las humanidades en su sentido más contemporáneo para la formación de ciudadanas y ciudadanos responsables, actores en la sociedad civil, comprometidos con un sentido de democracia participativa que permita buscar nuevos caminos de cooperación” (Hoyos, 2007, p. 15).

Alternativas administrativas a dilucidar desde la pregunta por el propósito de las comunidades educativas: ¿Formar para reproducir el estado de cosas inequitativo o para transformar las cosas? ¿Formar solo para la producción de bienes económicos o para la producción de bienes espirituales y materiales?

La anterior argumentación es extensiva a la lógica de los currículos centrados en la reproducción del modelo educativo transmissionista de información y conocimientos por fuera de los contextos, o posibilitadores de nuevos modos de pensamiento y acción en contexto, gobernanza que dilucida el problema de la filosofía de la educación y la demanda de la administración de su desarrollo desde la argumentación administrativa de la relación medios-fines, deliberación pública que permita recuperar la importancia de las filosofías de la administración pública en su pretensión de interpretar los problemas administrativos, en este caso de la forma-

ción humanística, científica y tecnológica en contexto, orientando la construcción de sus argumentos y categorizando el sentido, condiciones y responsabilidades de la administración pública educativa, filosofías administrativas de lo público educativo desbordantes de la visión factual administrativa de la racionalización educativa *tayloriana*, centrada en la finalidad del control a la eficiencia financiera, indicador intermedio desarticulado del indicador de impacto en los fines de la formación integral, desarticulación elusiva de la construcción de estrategias argumentativas fundadas en la reflexión de la experiencia administrativa de lo público educativo para una comprensión del sentido de una práctica administrativa de lo público con enfoque de derechos, vacío llenado “con metáforas de economía y gerencia, cuyos argumentos se apoyan únicamente en la magia de los números, para una interpretación que no problematiza el fondo social y público de la administración educativa” (Hood y Jackson, 1997, p. 35), gobernanza de la política territorial de calidad de la educación que oriente el desarrollo y fortalecimiento de la capacidad administrativa territorial para que las comunidades educativas apropien diversos discursos filosóficos de la educación, que amplíen la visión que orienta el reflexionar pedagógico de una experiencia educativa, cosmovisiones desde las cuales se problematice el acontecer educativo, y su pertinencia académica con la relevancia social, en desarrollo de los fines constitucionales y legales del Estado educador, que articule la corresponsabilidad del nivel central con el descentralizado, en la co-gestión de las condiciones

para la administración argumentativa pedagógica curricular con enfoque de derechos, potestativa de las autonomías territorial, universitaria y escolar, en su función pública de garantizar el derecho social fundamental a una educación de calidad para el desarrollo humano y social, y el crecimiento productivo.

La problemática de la administración autónoma del desarrollo educativo

Sintéticamente, se indica que la problemática de la administración autónoma del desarrollo educativo se dilucidó en términos de la débil institucionalización del principio constitucional de la participación ciudadana en la concreción de la descentralización administrativa con enfoque de derechos. Seguidamente, su efecto visible se reconoció en la artificiosa articulación de los planes territoriales de desarrollo educativo con los planes decenales nacional y local de educación, y su causalidad en la prevalencia de una práctica gubernativa y administrativa privilegiadora del interés particular de los directores políticos por sobre los intereses públicos educativos, con lo que se aplaza en el tiempo no solo la necesaria estructuración de la política educativa nacional de estándares y lineamientos curriculares por competencias en los planes de desarrollo, sino también la necesaria articulación de los PEI al plan de desarrollo territorial.

De esta manera, los factores constitucionales de la participación y del garantismo del derecho a una educación de calidad para todos se vulneran desde la incuria del Ministerio

de Educación para fortalecer la capacidad institucional de la entidad territorial, a través del relacionamiento idóneo de los niveles político y técnico. Desde luego, se sugiere trascender de la prédica enfática de los expertos contratados por el Ministerio para implementar sus proyectos en las regiones, hacia el conocimiento real de los saberes pre-teóricos de los servidores públicos. Es desde el conocimiento y reconstrucción de la estructura de sus saberes pre-teóricos, como precisa Habermas (2005) en el objeto de las ciencias sociales, como podrá el Ministerio dinamizar la capacidad institucional de las entidades territoriales para hacer del derecho a una educación de calidad asuntividad de todos.

DE LA GOBERNABILIDAD A LA GOBERNANZA O DE LA ADMINISTRACIÓN FORMAL A LA ADMINISTRACIÓN ARGUMENTATIVA DESCENTRALIZADA TERRITORIAL Y ESCOLAR

Es a través de la formulación de políticas públicas y sociales de educación, desde las cuales orientar la acción del Estado en sus niveles territoriales para administrar la recreación de condiciones subjetivas y objetivas al mejoramiento de la calidad de la educación, sinergia problematizadora de la gobernabilidad Estado-céntrica, esto es, de un ejercicio del Gobierno y la administración pública a través de políticas públicas gestadas exclusiva y excluyentemente por el Ejecutivo, monopolizando la ejecución y asignación de las funciones públicas del Estado, entre ellas la destinación de las inversiones, mostrándose de paso reticente a debatir su pertinencia y

relevancia respecto del interés público, y a ofrecer razones y rendir cuenta de sus actos.

Desde luego, “argumentos” no faltan. Por ejemplo, que las políticas públicas educativas en marcha consideran la opinión de la ciudadanía en las Mesas de Trabajo de formulación “participativa” del Plan de Desarrollo Municipal, o que permanentemente se realizan actos de rendición pública de cuentas, desde luego que sí, pero estos actos son formalismos legales que simulan hacer lo que efectivamente no hacen.

En realidad las convocatorias para participar de la formulación de los planes territoriales de desarrollo no constituyen procesos de participación auténtica, sino conductistas. De hecho, los criterios de participación no son concertados con fundamento en las cosmovisiones participativas de los convocados, razón por la cual no son procesos de inclusión integradora de una relación interdependiente y horizontal fundada en metodologías e instrumentos dinamizadores de conversaciones informadas e inteligentes.

Aparte de ello, las decisiones en la destinación de las inversiones las toma el Gobierno sin más criterio que el poder que ostenta. Desde luego, hay que reconocer como avance el ejercicio de los presupuestos participativos, empero estos procesos requieren de un mayor conocimiento para posibilitar que los instrumentos de la planeación y de los presupuestos participativos formales y conductistas gocen efectivamente de mayor apropiación social y mayor cobertura del ámbito

decisional, problematización de la gobernabilidad a asumir como argumentación administrativa de un ejercicio de gobernanza, esto es, de vinculación de los demás actores estructurantes del Estado educador, como aconteció en la movilización social que estructuró el Primer Plan Decenal Municipal de Educación de Pereira, que estableció como propósito la participación de la sociedad política con la sociedad civil y el sector privado, para hacer un ejercicio de realización de la educación como un propósito de todos, tránsito de la gobernabilidad a la gobernanza ponderado en los dos planes decenales nacional y en el Primer Plan Decenal Municipal de Educación, así como en el Plan Departamental de Ciencia y Tecnología. Este último fue más allá, cuando propuso la formulación participativa de una política pública y social de educación, investigación e innovación, propuesta que, de concretarse en voluntad política de la clase dirigente local, posibilitaría orientar el ejercicio de la gobernanza de la administración pública educativa de los sistemas educativos y de ciencia, tecnología e innovación, a partir de una argumentación administrativa de la prestación de un servicio educativo garantista de la formación humanística, científica y tecnológica de ciudadanía responsable de la endogenización de su propio desarrollo educativo y cultural, y del fomento de la investigación científica por parte de la academia local y de la empresa privada.

Gobernanza que supere el esquema de gobernabilidad territorial centrado en la visión unilateral y no participativa del gobernante de turno, que posibilite el empoderamiento

del poder del conocimiento sobre el poder narco y de la corrupción a través del desarrollo de una capacidad institucional y organizativa de los sistemas regionales educativo y de ciencia y tecnología, capacidad institucional política más decisiva incluso que el poder económico, práctica administrativa intersectorial de los actores políticos y gubernativos, empresariales, sociales, académicos y educativos, en los procesos de planeación, presupuestación, programación y ejecución de la política pública y social de educación, investigación e innovación, extensiva a los procesos de fiscalización y rendición pública de cuentas, y de responsabilización social pública, colectiva-individual.

Tránsito hacia una gobernanza que articule el compromiso y participación ciudadanas, académica, empresarial y gubernativa en todas y cada una de las etapas de concepción, diseño e implantación de una política pública y social territorial de educación, investigación e innovación que redefina las funciones de la administración educativa certificada y descentralizada, con la categorización e interrelación de los diferentes ciclos y niveles de la educación curricular en todo lo que hace referencia al proceso de la formación moral, tecno-científica y productiva del novel ciudadano, administración argumentativa intersectorial deliberante de la dilucidación de la contraposición entre dos alternativas de sentido educativo correspondientes a dos cosmovisiones administrativas educativas con contenidos de formación diferentes, cosmovisiones que plantean numerosos proble-

mas ligados a las finalidades de la gestión, su dimensión ideológica y su definición misma:

- a) Una, centrada en la racionalidad instrumental para la competitividad del mercado, que se mueve dentro de los parámetros administrativos de la racionalización educativa *tayloriana*.
- b) Otra, buscando “reconstruir un sentido de la educación que se centre directamente en la condición humana y sepa desarrollar nuevas formas de humanismo, más para la cooperación antes que para la competitividad, que rescate las humanidades en su sentido más contemporáneo para la formación de ciudadanas y ciudadanos responsables, actores en la sociedad civil, comprometidos con un sentido de democracia participativa que permita buscar nuevos caminos de cooperación” (Hoyos Vásquez, 2007, p. 15).

Las anteriores alternativas administrativas se deben dilucidar desde la pregunta por el propósito de las comunidades educativas: ¿Formar para reproducir el estado de cosas inequitativo o para transformar las cosas?

Argumentación extensiva a la lógica de los currículos centrados en la reproducción del modelo educativo transmisionista de información y conocimientos por fuera de los contextos o posibilitadores de nuevos modos de pensamiento y acción en contexto, gobernanza que dilucide el problema de la filosofía de la educación y la demanda de la administración de su desarrollo desde la argumentación administrativa de la relación medios-

finés, deliberación pública que permita recuperar la importancia de las filosofías de la administración de lo público educativo, filosofías desbordantes de la visión factual administrativa de la racionalización educativa *tayloriana*, centrada en la finalidad del control a la eficiencia financiera, sin arreglo a los fines de la formación integral, filosofías argumentativas para la construcción de estrategias fundadas en la persuasión, a través de la reflexión de la experiencia administrativa de lo público educativo, gobernanza articuladora de la corresponsabilidad del nivel central con el descentralizado, en la co-gestión de las condiciones para la administración argumentativa pedagógica curricular, legitimadora de las autonomías territorial, universitaria y escolar, en el ejercicio de su función pública de garantizar el derecho social fundamental a una educación de calidad, que pone de manifiesto la necesidad de profundizar el conocimiento de las ciencias administrativas de lo público para comprender la escisión entre el comportamiento imputable a la normativa educativa de las competencias y las prácticas institucionalizadas en su nombre.

De hecho, el actual vacío de ciencia impide des-encubrir la intencionalidad política de esta escisión, la que, dicho sea de paso, busca mantener ilegalmente la inocua tradición administrativa del transmisionismo de información y conocimientos por fuera de los contextos de vida de los educandos, prevaricación que aplaza las posibilidades de la efectiva apropiación social de los conocimientos científicos y humanísticos, y con ella *la liberación de la esclavitud de la ignorancia*

(Freire, 1996, p. 23) de una sociedad anómica, proclive a la charlatanería de la pseudociencia, a la ilegalidad y a la pasividad propia de quien espera un mundo dado por el azar, por Dios, por la renta o el crimen.

En suma, el reto es por una ética orientadora, entre otras, del sentido de la cultura de la legalidad apropiado por la sociedad y, de manera particular, por las comunidades educativas en todos los niveles, las Facultades de Educación y demás programas formadores de maestros, así como por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y por el propio Ministerio de Educación respecto del comportamiento institucional imputable a la normativa educativa de estándares y lineamientos curriculares por competencias y su administración autónoma, ética de la legalidad extensiva al ejercicio del poder coactivo o garantista del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de Derecho, poder no ejercido por el Ministerio de Educación para regular el ejercicio de las autonomías territorial y universitaria, y por las Secretarías de Educación para el ejercicio de “la suprema función de inspección y vigilancia” a la institucionalización de la autonomía escolar y universitaria, en relación con la administración argumentativa de la garantía de la formación integral.

Desde luego, se sabe que legalmente las Secretarías de Educación territoriales no tienen potestad jurisdiccional sobre la educación superior, pero sí sobre la política territorial de calidad y formación docente, desde don-

de pueden regular la idoneidad de los programas de formación inicial y en servicio.

Sin duda, la trascendencia hacia la administración argumentativa es la alternativa de la legitimación política del Estado educador colombiano, puesto que la gobernanza y moralidad de las prácticas políticas, administrativas y educativas autónomas de las entidades territoriales y sus sistemas educativos son el camino de la validación de la normatividad educativa de las competencias, a partir del *factum* de los indicadores de eficacia social, reto que interpela la actividad científica administrativa de lo público, de manera particular, al derecho administrativo educativo.

METODOLOGÍA

La investigación se desplegó con un enfoque metodológico hermenéutico socio-jurídico, el cual se orientó a contrastar la descripción fenomenológica del comportamiento administrativo imputable al principio de la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la administración del garantismo del derecho a una educación para la formación integral por competencias, con las prácticas administrativas instaladas a nombre del principio constitucional y legal de la autonomía administrativa territorial, universitaria y escolar. Su resultado permitió establecer que la ineficacia social del modelo administrativista formal instalado respecto de la garantía del derecho social fundamental a una educación de calidad para la formación integral se puede trascender desde una voluntad colectiva

orientada a posibilitar el tránsito de la gobernabilidad a la gobernanza.

CONCLUSIONES

Las condiciones de institucionalización de la descentralización administrativa de la política nacional de calidad de la educación demandan comprenderse, a fin de contribuir a la concienciación de la necesidad de transitar de una administración formalista y excluyente hacia una administración argumentativa incluyente, donde se fortalezca la capacidad institucional de los actores para construir criterios de intervención, apoyándose en los conocimientos de la investigación científica.

El camino de la institucionalización o desarrollo de las autonomías territorial, universitaria y escolar es la participación argumentativa de los actores de la intersectorialidad Estado, empresa, sociedad civil, academia y comunidad educativa, en la administración pedagógica de los niveles de educación inicial, básica y media.

Si se entiende la autonomía educativa como acción comunicativa argumentativa, esta se constituye en escenario de la construcción de acuerdos, para la articulación de los planes territoriales de desarrollo educativo con los planes decenales nacional y local de educación. Así, no solo se favorece la necesaria estructuración de la política educativa nacional de estándares y lineamientos curriculares por competencias, sino también la necesaria articulación de los PEI al plan de desarrollo territorial.

De este modo, la comunidad educativa podrá asumir “el currículo como espacio de organización (argumentativa) de las partes constitutivas o interdependientes del proceso de formación integral” (Posner, 1999, p. 129), en el contexto de las necesidades y características territoriales, y “la pedagogía, como discurrir de la teoría a la práctica” (Hoyos Vásquez, 2007, p. 3). Estos son los criterios de acción práctica, desde los cuales se puede mejorar la capacidad de los estudiantes de pensar autónomamente, y argumentar y resolver problemas de forma efectiva, en sus contextos de vida.

El establecimiento de la diferencia cualitativa entre gobernabilidad Estado-céntrica excluyente y gobernanza inclusiva se puede advertir, parafraseando al doctrinante Ferrajoli (2009), en la disyuntiva entre garantismo y autoritarismo, al notar que “además de configurarse como una alternativa teórica entre modelos diversos de ordenamiento penal” (en nuestro caso, administrativo) “será consecuentemente utilizada para interpretar el conjunto de todas las oposiciones localizables dentro del mismo ordenamiento entre principios de legitimación y praxis, entre normatividad y efectividad, entre modelo constitucional y funcionamiento de las instituciones penales” (administrativas) (Ferrajoli, 2009, p. 26), principios de legitimación política por la sociedad civil derivada de la administración argumentativa de una praxis educativa asumida como acción comunicativa, fundada en el principio del discurso (Habermas, 2005, p. 13), connotante del sentido deliberante de una praxis administrativa au-

tonomista de una función pública educativa, asociada a la correlación entre desarrollo normativo y eficacia social del comportamiento institucional educativo imputable a los fines del modelo constitucional del desarrollo humano, base de los capitales social y productivo, praxis administrativa argumentativa *utilizada para interpretar el conjunto de todas las oposiciones localizables (...) entre principios de legitimación y praxis, entre normatividad y eficacia social*, pero, ante todo, de la oposición entre la legitimación política de la sociedad y la del poder político del Estado, desde la dimensión del conocimiento, como razón pública societal y no como racionalidad instrumental del Estado al servicio de la globalización del mercado, administración argumentativa intersectorial que supere el amiguismo, el favoritismo y el afán de agotar el presupuesto por intermedio de contratos para acciones y programas puntuales, descontextualizados e intrascendentes, sin impacto o con mínimo impacto en los establecimientos educativos, los cuales siguen trabajando con métodos tradicionales, desconociendo la realidad de los nuevos estudiantes y por tanto con altos niveles de deserción y fracaso escolar, administración argumentativa intersectorial que ponga la escuela de frente a la realidad, acompañada por una Secretaría de Educación moderna, apoyada por un Ministerio de Educación con directrices relevantes para fortalecer la capacidad institucional autonómica territorial, universitaria y escolar, dejando en el pasado propuestas programáticas que se agotan en los programas de gobierno.

Hay que cambiar el enfoque estratégico conformando grupos de voluntarios integrados por docentes y demás agentes de la comunidad interesados en asumir procesos investigativos contextualizados con base en la realidad de sus comunidades, tendientes a formar a sus estudiantes de acuerdo con sus necesidades, buscando que la educación sea pertinente al entorno y por tanto a procesos educativos basados en competencias específicas para solucionar problemas reales y concretos sentidos por esas comunidades educativas, lo cual demanda de la Administración Municipal desarrollar procesos de actualización y formación de docentes centrados en las competencias requeridas, tal como se estableció en el Plan Territorial de formación de directivos docentes y docentes en servicio y en formación, sin eco en las decisiones gubernativas.

En otras palabras, la estrategia debe desplazar el centro de formación que está focalizado en preparar estudiantes para presentar pruebas de Estado, dirigiéndolo a la identificación de las competencias específicas que requiere el estudiante para atender sus problemas inmediatos. Tales procesos tendrán que hacerse con carácter experimental y se validarán en la medida en que los procesos sociales de esas comunidades conviertan la educación en centro de desarrollo social, científico y económico, por tanto requiere procesos de formación para la participación de la comunidad y deconstrucción de los roles tradicionales de la sociedad, de la familia y de la escuela en la formación de niños, niñas y jóvenes, trabajando alrededor de dis-

tintos centros de interés acorde con la necesidad, que en nuestro contexto sociocultural focaliza el centro de interés en el estudiante, en otros casos en los padres de familia y, en otros en las organizaciones comunitarias. Cada uno de ellos se convertirá en centro de atención y de formación prioritario en distintos momentos del proceso social.

Significa lo anterior que si bien es cierto que el proceso educativo debe centrarse en la formación integral del estudiante, hay que involucrar a padres de familia y a otros agentes educativos para que aprendan a participar, investigar, proponer y construir alternativas, siendo la meta el desarrollo social de su comunidad, meta que demanda convertir a la escuela en eje de ese desarrollo comunitario.

En ese orden de ideas, las políticas nacionales, regionales y locales servirán de punto de referencia, de criterios de orientación y de apoyo logístico, porque los Proyectos Educativos Institucionales (PEI) y los currículos para desarrollarlos estarán basados en las necesidades detectadas en los diagnósticos de la comunidad específica.

En últimas, se trata de invertir la mirada, transformarla y ampliarla proponiéndose partir de procesos micro con apoyo y referencia de los macro y no a la inversa, como se hace actualmente, a fin de buscar en consecuencia impactos locales en los procesos de las comunidades específicas, independiente de los efectos nacionales e internacionales.

Seguiríamos “botando corriente” y echando la plata en un barril sin fondo si continuamos enajenados en la a-criticidad social frente a los despropósitos de las políticas educativas Estado-céntricas, puesto que como se ha demostrado no conducen a ningún lado.

No de otra manera se estarían las condiciones para una movilización social por una sociedad fundada en los conocimientos, condición *sine qua non* para la transformación de las prácticas administrativas educativas, de camino al logro del ideal de ciudadano y sociedad participativa y con valores democráticos, competente para dinamizar la endogenización de su propio desarrollo humano, social y productivo, aun en un contexto como el nuestro, signado por la mundialización de la economía de mercado, en los términos establecidos por el interés privado.

Al caracterizar el problema de la des-administración pública de la garantía del derecho social fundamental a una educación de calidad como un problema de moralidad pública, la sociedad colombiana puede concienciar el problema en términos de legitimidad política del Estado educador colombiano e incapacidad administrativa del modelo de la gobernabilidad para transformar las prácticas morales, políticas y educativas de sus operadores, y disponer su voluntad colectiva a controlar la ineficiente administración autónoma de la hipotética validez jurídica de la normatividad educativa de las competencias, colocando la administración pública del derecho social fundamental a una educación de calidad en términos de eficacia social, le-

gitimidad política del Estado educador demandante de un cambio de estrategia, puesto que es evidente que no existe el interés ni la voluntad política de diseñar políticas de desarrollo social estructuradas, coherentes, en nuestro estudio de caso, con la visión de presente y futuro que dispusiera la sociedad y comunidad educativa en el Primer Plan Decenal Municipal de Educación.

Esta reconstrucción del funcionamiento sistémico del servicio educativo como proceso demandante de la construcción de indicadores de logros en los desempeños de las competencias administrativistas de los niveles político y técnico, desde los cuales evaluar la capacidad institucional universitaria y escolar a fin de encaminarla a objetivar el modelo de emprendimiento pedagógico emplazado en la política nacional de estándares y lineamientos curriculares por competencias, allanando por esta vía la carencia de articulación del Plan Sectorial de Educación con la jerarquía de objetivos estructurada en el Plan Decenal Municipal de Desarrollo Educativo de Pereira 2007-2016, es indicativo del camino para desarrollar el mandamiento de la formación integral en los contextos de vida de los educandos.

Finalmente, se debe empoderar una movilización social por la apropiación social de los conocimientos científicos y saberes ancestrales a través de la formulación participativa de una política pública de investigación, educación e innovación descentralizada, desde la cual orientar la acción del Estado en el nivel territorial para la profundización de la

democracia participativa y la modernización del sector productivo, en el entendido de que la educación, al ser la puerta de entrada a la interculturalidad nacional y cosmopolita, no solo posibilita el desarrollo cognoscitivo para una participación ciudadana y una modernización del aparato productivo fundada en los conocimientos, sino también la formación del sentido eminentemente ético de una razón pública orientada por los valores y principios democráticos constitutivos del núcleo de constitucionalidad, tesis que hizo necesario establecer la relación entre los indicadores intermedios o de producto con los indicadores de impacto social o de resultado, relacionamiento encubierto por la unilateralidad de los indicadores de producto determinados desde un absolutismo administrativo Estado-céntrico que, al no medir los impactos sociales, elude la evaluación de la idoneidad de los desempeños administrativistas autonómicos territoriales e institucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referente normativo

Constitución Política de Colombia de 1991.
Bogotá: Edit. Temis.

Concejo Municipal de Pereira. Acuerdo N° 56 de 2010. Plan de Desarrollo Municipal “Pereira Región de Oportunidades” 2008-2011.

Ministerio de Educación Nacional:

- Ley 30 de 1992.
- Ley 115 de 1994.
- Decreto 709 de 1996.

- Decreto 2230 de 2003.
- Decreto 2832 de 2005.
- Decreto 409 de 2008.
- Decreto 4790 de 2008.
- Resolución 1036 de 2004.
- Segundo Plan Decenal Nacional de Educación 2006-2015.

Secretaría de Educación Municipal de Pereira (2007). *Primer Plan Decenal Municipal de Educación 2007-2016*. Pereira: Gobernación de Risaralda.

Referente jurisprudencial

Corte Constitucional:

- Sentencia T-002 de 1992.
- Sentencia T-418 de 1992.
- Sentencia T-419 de 1992.
- Sentencia T-571 de 1992.
- Sentencia SU-277 de 1993.
- Sentencia T-309 de 1993.
- Sentencia C-530 de 1993.
- Sentencia T-092 de 1994.
- Sentencia T-236 de 1994.
- Sentencia C-023 de 1995.
- Sentencia C-225 de 1995.
- Sentencia T-337 de 1995.
- Sentencia T-441 de 1995.
- Sentencia T-467 de 1995.
- Sentencia T-573 de 1995.
- Sentencia C-037 de 1996.
- Sentencia T-543 de 1997.
- Sentencia SU-225 de 1998.
- Sentencia T-019 de 1999.
- Sentencia C-578 de 1999.
- Sentencia T-881 de 2000.
- Sentencia T-944 de 2000.
- Sentencia T-1290 de 2000.

Referente doctrinal

Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aristóteles (2007). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Gredos.

Botero Uribe, D. (1999). *Teoría Social del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

De Zubiría, J. (2011). "Resultados de la evaluación docente". En: Periódico *El Tiempo*.

Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta.

Freire, P. (2005). *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Ed. Trotta.

Hood, C. y Jackson, M. (1997). *La argumentación administrativa*. México: Fondo de Cultura Económica.

Hoyos Vásquez, G. (2005). *Elementos para una teoría discursiva de la pedagogía a partir del pensamiento de Jürgen Habermas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Hoyos Vásquez, G. (2007). *Borradores para una filosofía de la educación*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- Jaeger, W. (1992). *Paideia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Mejía Quintana, O. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del Derecho*. Bogotá: Edit. Temis.
- MEN (1997). *Lineamientos curriculares, educación ética y valores humanos*. Bogotá: Magisterio.
- Nussbaum, M. (2010). *¿Por qué la democracia necesita de las humanidades?* Madrid: Katz Editores.
- Orozco Restrepo, G. y Gamba, G. (2010). *Diagnóstico del Proyecto Sesquicentenario de Pereira*. Pereira: Presentación Power Point.
- Plan de Desarrollo Municipal de Pereira (2008-2011). *Región de Oportunidades*. Pereira.
- Posner, G. (1999). *Análisis del currículo*. Bogotá: Ed. McGraw-Hill.
- Presidencia de la República (1993-1994). *Misión de ciencia, educación y desarrollo. Colombia al filo de la oportunidad*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Prospectiva de ciudad de Pereira (2010). *Análisis situacional*. Documento digital. Tomado del Diagnóstico del Proyecto Sesquicentenario de Pereira.
- Sabine, G. (2006). *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.



Artículos
de opinión



El otro Jack y la parábola del americanismo

The other Jack and the parable of americanism

RESUMEN

Este artículo de opinión repasa y analiza, partiendo de un recuerdo juvenil, la saga del presidente John F. Kennedy y su familia, al cumplirse 50 años de su asesinato en Dallas. Lo enmarca en el proceso de ascenso de los Estados Unidos de América en el mundo de la posguerra. Hace énfasis en la hegemonía del "Americanismo", una expresión tomada de Antonio Gramsci en sus *Cuadernos de la cárcel*, como forma de vida expansiva y deseable. No pocas veces la hegemonía es impuesta, por medio del triunfo en la guerra, y a través del periodo de "la guerra fría" por la vía del consenso; que en el caso de Colombia fue la denominada Alianza para el Progreso, con el propósito explícito de contrapesar la influencia negativa de la Revolución Cubana.

PALABRAS CLAVE

John F. Kennedy, Americanismo, Alianza para el Progreso, Revolución Cubana, Imperio, Hegemonía, Guerra Fría, Violencia política, Contracultura.

ABSTRACT

This article reviews and analyses starting from youthful memories, the presidential saga of John F. Kennedy and his family, upon completion of the 50 years of his murder in Dallas. It frames the ascent of the United States of America in the post war period. Emphasis is made on the hegemony of "Americanism", an expression taken by Antonio Gramsci from his book *Prison Notebooks*, as a desirable and great manner of lifestyle. Nor often is hegemony imposed by means of triumphs of war and through the period of "the cold war" consensus; and in the case of Colombia, it was the Alliance for Progress nomination, with the explicit purpose to counteract the negative effect of the Cuban Revolution.

KEYWORDS

John F. Kennedy, Americanism, Alliance for Progress, Cuban Revolution, Empire, Hegemony, Cold War, Political violence, Counterculture.

MIGUEL ÁNGEL HERRERA ZGAIB

Director Grupo Presidencialismo y Participación, GPYP, Universidad Nacional de Colombia. Exrector de la Universidad Libre de Colombia. Catedrático U. Javeriana. Autor de los libros: *La participación y la representación política en Occidente* (2000); *Antonio Gramsci y la crisis de hegemonía. La refundación de la Ciencia Política* (2013). Coautor: *Seguridad y gobernabilidad democrática. Neopresidencialismo y participación en Colombia, 1991-2003* (2005); *La reelección presidencial inmediata en el sistema político colombiano* (2006); *El 28 de mayo y el presidencialismo de excepción en Colombia* (2007). maherreraz@hotmail.com

Recibido: Diciembre 15 2013 • Aceptado: Marzo 4 de 2014

EXCURSO (IN)NECESARIO

“Yo soy un berlinés”.

J. F. Kennedy

El 22 de noviembre del año 2013 se cumplieron 50 años del asesinato del presidente John F. Kennedy, de dos de tres balazos disparados con un rifle Manlicher-Carcano 91/38 que requiere municiones de 6,5 mm, por un joven de 24 años, Lee Harvey Oswald*, de manifestadas simpatías comunistas, quien antes había estado en Moscú y La Habana.

Él fue ultimado después por Jack Ruby, un oscuro personaje, quien se coló entre los mirones, y silenció la única potencial “garganta profunda” que hubiera podido parar tanto derroche de tinta y papel, que desde entonces se consume en especulaciones sin prueba (*Time*, 2013, pp. 41-52). Ellas se cuentan desde los cientos de páginas de la monumental obra de William Manchester* hasta los libros que ahora se publican para el consumo cotidiano en el espectáculo editorial de la industrial cultural posmoderna, incluida una reimpresión de la obra citada por la editorial Little, Brown and Company,

* Lee Harvey Oswald fue un marino frustrado, que desertó a Rusia, y regresó decepcionado. Fue capturado a las pocas horas en un cine de Dallas, y desde entonces insistió, durante casi dos días, que él no había asesinado a Kennedy. Hizo famosa esta expresión entre quienes lo entrevistaron: “I’m just a patsy”. Ver: de Von Drehle, D. (2013). “Broken Trust”, en: Revista *TIME*, November 25, p. 43.

• Manchester, W. R. (1967). *The Death of a President*. New York: Harper & Row. Hay el anuncio de una nueva impresión que debió aparecer en el año 2013. Jacqueline Kennedy inició un proceso para impedir la publicación de apartes del libro que daban cuenta de las intimidades del presidente asesinado. Su autor accedió a suprimirlas, y hubo una publicación satírica de Paul Krassner, *The Parts left Out of the Kennedy Book*, que también obtuvo una gran recepción dentro del público lector.

ojalá incluyendo las partes censuradas por la viuda.

Para el año de 1963, yo era un jovencito que terminaba el curso de 5° de primaria en el Colegio Andrés Bello, con excelentes calificaciones, por lo que me habían seleccionado para escribir y leer el discurso de despedida del año lectivo, para emprender enseguida la incierta marcha del bachillerato en el Colegio Departamental Atanasio Girardot, que era un plantel público muy exigente.

Estaba en mi casa de Girardot, leyendo en voz alta el discurso, una hoja de lo que iba a pronunciar en la noche de aquel 22 de noviembre. Lo había escrito a máquina, y corregido con un esfero de tinta azul. Luego del almuerzo, al mediodía, me encontraba acostado en la cama, cuando de pronto sobrevino la transmisión intempestiva de la emisora *Nuevo Mundo* de la cadena Caracol. La radio trajo con el carácter de luctuosa primicia la noticia del asesinato del presidente Kennedy en Dallas, después de su aterrizaje en el aeropuerto Love Field, cuando el descapotado transitaba por la calle Elm.

En la limosina al descubierto iban las dos parejas, incluidos el gobernador de Texas John Connally y su esposa Nellie, sin sospecharse siquiera la tragedia que sobrevendría en cuestión de minutos*. Lo cierto es que bastó

♣ Las escenas aparecieron registradas en la película tomada por Abraham Zapruder, un inmigrante ruso. Él hizo funcionar su filmadora cuando escuchó la primera detonación. Corrieron 468 cuadros, a partir de las 12:30 de aquel aciago día. Abraham tenía un negocio de ropa cerca del edificio que era depósito de la Texas School Book, desde donde la Comisión Warren, encargada de la investigación del asesinato, señaló que L.H. Oswald disparó su fusil letalmente contra la humanidad del presidente Kennedy.

una bala para ponerle término a una historia glamorosa, la de Jacqueline y John, cuyo deceso sobrevino en el Hospital Parkland Memorial, a la 1 pm (*Time*, 2013, pp. 47-48). Declarada la muerte de Kennedy, el Servicio Secreto tomó bajo su cuidado el cuerpo del Presidente y a su familia a la base Love Hill, donde estaba el Air Force One, y no autorizaron la práctica de la autopsia en Dallas como correspondía. En Washington el cuerpo fue transportado hasta el Bethesda Naval Hospital en Maryland, en lugar de hacerlo en el Walter Reed Army Medical Center, famoso por su saber en materia de Ciencia Forense.

Estaba fresca para los colombianos que leían prensa, veían televisión o escuchábamos noticias en la radio, la visita que hizo Kennedy a Bogotá. Jack y Jacqueline tuvieron como anfitrión a Alberto Lleras Camargo*, un peón de brega de la mayor confianza, desde los años 40, de la causa estadounidense en este hemisferio; como quiera que él mismo había sido el escogido para ser el primer secretario de la OEA, con la que se cerró el ciclo de la Unión Panamericana que hasta entonces también había presidido.

Me compungió y consternó la noticia de esta muerte intempestiva. Eso lo supe mejor, cuando transido de emoción, afloró de pron-

to en la noche del mismo día 22, un torbellino de emociones contenidas, que en el acto de la sesión solemne se anudaron en mi garganta. Tuve que parar en el segundo párrafo del discurso, porque mis lágrimas me detuvieron. Acudieron en mi auxilio dos profesores para salvarme de aquel trance engorroso a la vez que conmovedor.

Pero ese recuerdo y esa imagen se mantuvieron imborrables a lo largo de mi juventud. Pero, recordando al presidente católico sacrificado, su significación fue mutando con el paso de los años, y el conocimiento del contexto y la vida misma del clan de los Kennedy contribuyeron a ello. Hoy 50 años después me sirven de antesala memoriosa para este escrito que es una suerte de ajuste de cuentas.

UNA SAGA Y LA IMPUNIDAD COMO FRONTERA

“Yo estoy en el negocio de conocer cómo mucho de lo que aquí es dicho no tiene sentido”.

(Dickey, 2013).

John Fitzgerald Kennedy, encarnación del reino de Camelot en la tierra, luego de su deslumbrante matrimonio con la periodista y *socialité* Jacqueline Bouvier, era la coronación de una ambiciosa, humilde familia irlandesa, cuya cabeza patriarcal Joseph, sobrevivía con todas las armas y argumentos, a la humillante condición de ser un emigrante de la Irlanda sometida a Gran Bretaña, y hambreada luego durante el siglo XIX.

* El primer presidente del Frente Nacional, del que él mismo fuera artífice con otro expresidente, Laureano Gómez, un plebiscito bipartidista acordado para ponerle término a la violencia que arrancó con el asesinato del líder popular liberal Jorge Eliécer Gaitán.

El patriarca Joseph P. Kennedy, nacido en 1888, afincó sus reales en una población de las trece colonias, Massachusetts. Había hecho la América como hijo de inmigrantes y, sobre todo, realizó el sueño americano acudiendo a todos los medios a su alcance. Empezando por estudiar y graduarse en Harvard, a los 30 años era ya millonario, luego de hacer fortuna dedicado al comercio del alcohol y como empresario cinematográfico, donde se le conoció un rápido *affaire* con la actriz Gloria Swanson. Un episodio que después sería emulado por su hijo el presidente con la despampanante Marilyn Monroe, quien dejó grabada su voz cantándole el *happy birthday* en una velada en la mítica Casa Blanca.

Para hacer realidad las ilusiones, este católico simpar, fortachón y sin escrúpulos, centro actual de la polémica saga televisiva, *The Kennedys**, se dedicó a traficar con armas y whisky en los tiempos en que la prohibición daba jugosos réditos, por una parte. Por la otra, con el contrabando de armas contribuyó, dicen, a la causa de la independencia de Irlanda, que a la postre terminó partida en dos, con la del norte, de mayoría católica

* Es el título de una miniserie estadounidense/canadiense dirigida por Jon Cassar estrenada en abril de 2011 en el canal History Television de Canadá. El libreto de la serie fue objeto de polémicas enconadas antes que la serie fuera estrenada. Esta se bloqueó, a pesar de haberse contratado por History Channel. Finalmente Showtime la compró y la proyectó. Hubo controversias sobre la veracidad histórica de parte del historiador David Talbot, y de Ted Sorensen, escritor de los discursos del presidente asesinado.

resistiendo hasta pactar la paz el IRA, en el tercer milenio que corre ante nuestros ojos. Por sus servicios a la causa de los demócratas, en particular durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt, complementados con jugosos aportes voluntarios, Joseph K. ostentó antes que su hijo el título de embajador ante Gran Bretaña, 1937-1940, en representación del naciente imperio estadounidense. Entonces Joseph K. renunció por desacuerdos manifiestos con el curso que el gobierno de aquel país daba al rumbo belicista de Alemania al comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

EL OTOÑO DE UN PATRIARCA, EL NACIMIENTO DE UNA LEYENDA

Con todo, así empezó la fulgurante carrera política del clan Kennedy hacia el gobierno de la nación más poderosa de la tierra. El mayor de los hijos de Joseph, Joseph Patrick, "Joe", debía abanderar la causa presidencial, pero, sabido es, que la muerte lo sorprendió en el camino. Para desánimo de su padre, quien lo tenía en la mira de conseguir la presidencia. Empero, Joseph K. no cesaría en el intento, a lo cual dedicó el resto de sus días, y le tocó padecer la desgracia de nuevas y dramáticas muertes.

El relevo del primogénito era John Fitzgerald, un chico *handsome*, exitoso con las jovencitas de los años de posguerra cuya contracara perversa protagonizaba James Dean, el rebelde sin causa encarnado en varias pelí-

culas de culto del cine hollywoodense*. Era también el tiempo de los seriales rosa tipo *Beverly ricos* y *Lassie** que en Colombia veíamos en la televisión blanco y negro, reunidas las familias después de la comida (Laserna, *et al.*, 2004).

Una nueva literatura siguió, igualmente, a las dolamas de la generación perdida que se consumió en el *conundrum* (acertijo misterioso) de la Segunda Guerra. Vino enseguida la “generación *beat*” que le jaló a las drogas para espantar fantasmas y frustraciones, mientras escribía, disfrutaba y sublimaba la amargura de la gran literatura urbana*.

John/Jack, como otros jóvenes de clase media adinerada tuvo que pagar el servicio militar. Pero, eso sí, estuvo en el lugar más decente, más “encopetado”, la Marina de Guerra. De allí, de aquel teatro regresó convertido en héroe, con una lesión en la espalda que lo encorsetó de por vida.

Al regreso a casa, con vida y condecoraciones, Jack se promocionó como un “inmejorable partido” para las chicas casaderas de los círculos que su familia frecuentaba durante los veranos en Cape Cod a dos horas de Boston, que combinaba con las aventuras con muchachas de vida licenciosa que lo preparaban para las prácticas amoratorias sin pecado ni remordimientos*.

LA PRESIDENCIA Y LOS MEDIOS

A la postre, la mujer que escogió Jack fue una bella periodista, de real o inventada alcurnia, Jacqueline Bouvier, quien se movía como una *socialité*, una “sirena de agua dulce” en el exclusivo ambiente de Washington^o. El joven senador se casó con ella, al tiempo que se dispuso a pelear su lugar al candidato republicano, Richard Nixon, quien tenía detrás la sombra tutelar de Dwight David Eisenhower (D’Este, 2002), el general que ganó la Segunda Guerra Mundial con los aliados.

Él empujó la recuperación de posguerra para Estados Unidos haciendo la reconversión del complejo militar industrial un poderoso ariete económico para la prosperidad que se había fugado con el colapso financiero de fines de los años 20, la pesadilla que pesaba sobre los hombros de toda una generación.

* James Byron Dean, quien fuera objeto de repetidos abusos sexuales en su niñez por el cura de su parroquia, según revelaciones hechas a Elizabeth Taylor, durante el rodaje de Gigante, protagonizó tres películas involuables, Rebelde sin causa (1955), Al este del Paraíso y Gigante. Terminó sus días como amante de la velocidad. Conducía el Porsche 550, “Little bastard”, preparado para una carrera en Salinas (California). Fue embestido de frente por un vehículo Ford, que no pudo esquivar. Moría de manera instantánea, intempestiva a los 24 años, el 30 de septiembre de 1955.

• La serie *Lassie* fue estrenada en los Estados Unidos en 1954 y duró en su fase inicial hasta el año 1973, transmitida por la cadena CBS, todos los domingos a las 7 pm. El primer programa pasado en Colombia fue en 1958, proyectado por el Canal 7.

♣ De la generación *beat* hicieron parte Jack Kerouac, William Burroughs y el poeta Allen Ginsberg. Autores, en su orden de *On the Road* y *Big Sur*; *Naked Lunch*, *An the Hippos were boiled in Their Tanks* (2008); el poema Howl, canto de la contracultura estadounidense, y objeto de un proceso contra Ginsberg por obscenidad, al hablar y defender abiertamente la homosexualidad; y su poema September on Jessor Road, que clama por la causa de los refugiados de Bangladesh.

▪ Los episodios más famosos tienen que ver con las citas clandestinas y amoríos con la bella actriz Marilyn Monroe, cuya muerte aún sigue siendo objeto de especulaciones. Ver el número especial de la revista *Life*, March 3, 1961.

◊ Para recordar las novelas de Francis Scott Fitzgerald, en particular *El gran Gatsby* (1925), y *El último magnate* (1941).

Ahora, no era la palabra escrita, tampoco la palabra radiada como hasta Harry Truman sino la imagen la que determinaba la gran diferencia, el tránsito de la pantalla grande a la pantalla chica, al momento de escoger al candidato en el mercado de la política. Claro está, que John no quería disputarle el lugar a Clark Gable, sino ganar el voto de los hogares estadounidenses de clase media, meterse entre ellos con su sonrisa, su simpatía y su familia de postal. Habitar en el centro, el altar de la nueva religión cívica, donde la caja negra era tótem de las ilusiones contenidas.

Así que en la caja que habla, con dicción y agilidad sacudió las aspiraciones de Richard Nixon, una figura acartonada, y una criatura dogmática hecha en los moldes del senador Joseph McCarthy, quien se especializó en agitar el terror comunista, persiguiendo y defenestrando a simpatizantes de Rusia y del llamado “comunismo”, dentro y fuera de Hollywood, sin parar en sus argucias y mentiras.

Eran los tiempos de la “guerra fría”, y todo se valía. Rusia soviética y Estados Unidos definían el horizonte de sus influencias, y hacían la guerra donde podían, esto es, en sus colonias y en los países recién nacidos. Sin embargo, en las narices de la todopoderosa nación capitalista, Cuba hizo la revolución y expulsó a Fulgencio Batista, quien convivía con la mafia estadounidense.

La correa de transmisión la tenía el gran padrino Charlie Lucky Luciano, quien conectaba Las Vegas de Bugsy Siegel con La Habana en poder del polaco Meyer Lansky, todo un so-

berano en los bajos fondos de la isla, que seguía sometida, en cierto modo, al cobijo de la Enmienda Platt, y al derroche de la clase media estadounidense interesada en *affairs* con mulatas prostituidas, droga, y trago a granel durante los fines de semana.

LA VUELTA DE TUERCA

Pero Fidel y sus conmlitones hundieron el sueño americano en la sucursal habanera y en las hermosas playas de Varadero, como antes lo hizo Estados Unidos, para declararle la guerra a España, y arrebatarle las colonias que le quedaban en los finales del siglo XIX. Los revolucionarios, cómo no, pusieron condiciones al capital estadounidense.

Enseguida vinieron las nacionalizaciones de las principales industrias, y se agrió la fiesta para turistas y malandrines gringos en el Caribe donde dormía, escribía y pescaba Ernst Hemingway, hasta que se descerrajó un escopetazo, y puso fin a su aventura. Atrás quedaron sus recuerdos en la casa de Cojimar. Ernst y Jack no podían llegar a viejos, a su modo, como lo cantaba en paralelo, otro desarraigado, Frank Sinatra, un *cronner* tardío de un tiempo consumido.

A partir de 1959, la revolución triunfó a 90 millas de Miami. Los estadounidenses, legal e ilegalmente, empezaron a preparar la contra, como ya lo habían ensayado con éxito en Centroamérica, hundiendo la libertad y la reforma en la Guatemala de Arbenz, y antes en la Nicaragua de Sandino, el general de hombres libres.

La CIA, los cubanos asilados y los mafiosos quienes abandonaron la isla, con el apoyo de los intereses binacionales del gran capital, prepararon la operación de Bahía Cochinos. Le tocó ejecutarla al presidente John Kennedy, quien hizo su debut en América Latina con una acción de intervención que fracasó estruendosamente. Una acción para la cual no quiso disponer de la fuerza aérea norteamericana como era el insistente pedido de los conspiradores para rescatar a Cuba para el mundo libre.

La dirigencia revolucionaria de Cuba, que no se había alineado, se dispuso a conseguir el apoyo militar antiaéreo, para precaver cualquier nuevo ataque. Todo parece indicar que el encargado de esa misión fue Ernesto Che Guevara, quien de incógnito concretó el traslado en secreto de las ojivas nucleares, en un periplo que lo llevó al tiempo por los tres continentes, dándole existencia y norte a la Tricontinental.

Este episodio de los misiles se volvió emblemático de los estudios políticos, comoquiera que enfrentó a Rusia y Estados Unidos en la primera gran crisis nuclear, y dio munición para el despegue de un gran movimiento por la paz, en el cual descolló la figura del filósofo Bertrand Russell. A lo que se sumó el movimiento por los derechos civiles, y la urgencia de poner fin a la intervención militar en Vietnam.

Un torbellino que no solo costó la vida a John, sino a Robert, quien encontró la muerte cuando se disponía a ser presidente, y fue

también baleado. Y a figuras que forjaron lo mejor del siglo XX, desde los extremos de la paz y la guerra, Martin Luther King, en Memphis (Tennessee), y Ernesto Guevara en La Higuera (Bolivia).

UN DESENLACE CON LECCIONES

“La evidencia apunta a que Oswald actuó solo.

Nunca diré nunca a cuestiones de conspiraciones... Algo podría surgir”.

Juez Tunheim

La última causa judicial abierta para esclarecer el asesinato de John F. Kennedy fue depositada en el talento de John Tunheim, el juez que escogió el demócrata Bill Clinton, para encabezar la Junta de Revisión de Registros del Asesinato (RAAB), en el año 1992. Para cerrar el registro de la novela negra que hizo famoso a Dashell Hammett.

Para él no hubo novedad hasta hoy, el asesinato fue Lee Harvey Oswald. Eso sí, él autorizó la publicación de un sinnúmero de documentos, para darle continuidad al espectáculo en el nuevo milenio. Aunque claro está, quedan pendientes de conocerse materiales de la KGB que reposan en Bielorrusia, así como el expediente de la defensa de Jack Ruby.

Sin embargo quedaron cuando menos rondando cuatro teorías, una que responsabiliza en la sombra al expresidente tejano, L.B. Johnson, dizque porque quería hacerse presidente, a toda costa, y sabía que no haría parte del tiquete de la reelección. Era un asesinato confiado a la KGB, y Oswald un agen-

te de confianza, comoquiera que estuvo en Moscú y tenía simpatías comunistas.

Otra es la teoría que responsabiliza a la CIA, disgustada con las actuaciones de Kennedy, que supuestamente le disminuía poderes, dolida además por el abandono experimentado en el desastre de Bahía Cochinos, una hipótesis que Oliver Stone deshilvanó con truculencia cinematográfica en una de sus peor logradas películas en la que combina documental y ficción.

Por último, la teoría de la mafia, que tiene su dosis de realismo relativo, porque quien ultimó al asesino del presidente fue Ruby, conectado con los clanes del crimen, al cual el fiscal Robert Kennedy venía atizando, y en particular a los grandes intereses del transporte, donde Hoffa era la última palabra.

Eso sí, está claro que Kennedy pisaba muchos callos internos, y los antecedentes de familia alborotaban otras ambiciones, en el pasado y el futuro. El presidente católico llevaba en entretelones una vida disoluta, donde Marilyn Monroe era uno de sus más tórridos amores. Jacqueline oficiaba de guardiana de la fama y el prestigio de un hogar modelo, adornado por dos preciosas criaturas, John y Caroline, quienes quedaron inmortalizados en las fotos de las exequias de su padre.

Se vivían en lo internacional los ajustes del mundo de posguerra, y Kennedy agenciaba la Alianza para el Progreso para su traspatio, donde Colombia era un laboratorio de pri-

mera mano, donde se desplegó el Plan Laso, de contrainsurgencia para aplastar a la guerrilla de filiación comunista, una pelea que no logra concluir hasta hoy. De otra parte, la apuesta fracasada por una reforma agraria y educativa de la universidad colombiana, el Plan Atcon.

Esta sí, con peripecias se fue aclimatando hasta imponerse, después del fracaso del cogobierno en 1971, en el corazón del sistema de la educación superior pública: la Universidad Nacional de Colombia. Pero, hoy, asistimos a su colapso financiero, y a un deterioro en la proyección y aplicación cuando menos reformista de los saberes sociales, y una marcha reverente en pos de los beneficios a cuentagotas que reparte el capital transnacional, y los contratos interadministrativos, que se supone que de contera ayudan a tapar los huecos que deja la descarada desfinanciación de la educación pública.

Hoy, la guerra fría no asusta a nadie, pero en ella sí se consumió la Unión Soviética y sus satélites. Kennedy puso la primera piedra, cuando al visitar Berlín, afirmó con gracia y desparpajo, en alemán: “yo soy un berlinés”. Angela Merkel, oriunda de lo que fuera la RDA se ha encargado de culminar este legado. Luego de que el socialismo sin democracia, impuesto por el ejército rojo se hundió sin movidas espectaculares.

El experimento inducido había quedado atrapado entre la ineficiencia industrial para cambiar la vida de la gente en sus rutinas co-

tidianas, llenando de comodidades su existir anodino, y habiendo asfixiado en la cuna cualquier rebeldía o contestación. La promesa del poder para los trabajadores había sido una charada que pronto quedó desvirtuada, en los acontecimientos de los años 50. De ahí para adelante solo había que esperar.

Kennedy, anunció con su brevísima frase la muerte de una revolución fallida, que pensó que sin libertades era posible construir una verdadera contra-hegemonía que hiciera del socialismo un episodio de grandiosa construcción democrática. En su lugar triunfó el liberalismo conservador, que se anticipó a dar muerte física al intento que encarnaba el reformador hijo de irlandeses, quien quería darle peso específico a la causa de los derechos civiles.

Ponerle término a la tarea inconclusa de la guerra civil norteamericana que había cerrado el asesinato de Lincoln, y cuyas heridas abiertas se llevaron por delante a otro presidente, sacrificado en las calles de Dallas, hace 50 años, y postergando hasta hoy la ilusión de construir la igualdad social dentro de sus propias fronteras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

D'Este, C. (2002). *Eisenhower: A Soldier Life*. New York: Henry Holt.

Dickey, J. (2013). "Debunker among the Buffs, One man fights the skeptics", En: Revista *Time*, 50.

Laserna Phillips, P. et al. (2004). *50 años: la televisión en Colombia, una historia para el futuro*. Bogotá: Zona Editores. 1ª edición. Caracol TV.

Manchester, W. R. (1967). *The Death of a President*. New York: Harper & Row.

Revista Life (1961). March 3.

Revista Time (november 25, 2013). "The moment that changed America". New York.

Von Drehle, D. (november 25, 2013). "Broken Trust", en: *Revista Time*.

Reseña

El Derecho Romano en la era conceptual

Los libros de Derecho Romano, que normalmente están disponibles en las universidades y librerías, con el propósito de suplir las necesidades estudiantiles, en su casi completa mayoría son manuales. Y eso es entendible, pues se trata de un formato didáctico que busca conducir con la mayor claridad posible, a los alumnos en un espacio donde antes no habían estado. Esa niebla normal que se nos configura frente a los temas que no son de nuestro dominio, los científicos de la educación la han logrado vencer con dinámicas metodológicas, que básicamente consisten en la realización de secciones. Así, en el formato del manual, se organizan los temas de tal manera que el estudiante sabe dónde encontrar la información requerida y la encuentra, además, decodificada en un cuadro sinóptico.

Esos libros, resultan de una gran utilidad, sin embargo, tienen el carácter serio de lo científicamente organizado, y los estudiantes no trascienden su empleo estrictamente práctico. En muchos países esos son los modelos de libro de guía metodológica en los cursos de Derecho Romano; y Colombia no escapa a esta tendencia. Por eso, la publicación del libro *Instituta e Historia del Derecho Romano*, producido por docentes de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Santa Marta, es una apuesta innovadora en el marco de publicaciones sobre esta temática, no solo porque se haya producido por autores samarios, sino que, precisamente, siendo un manual de Derecho Romano, está organizado de tal manera que su lectura resulta enmarcada en los lineamientos del mundo conceptual (meta-lectura, conexio-

EDIMER LATORRE IGLESIAS

Sociólogo de la Universidad de Antioquia, candidato a doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es director del Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrés, de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Seccional Santa Marta. edimer.latorre@usa.edu.co

Recibido: Noviembre 20 de 2013 • Aceptado: Abril 10 de 2014

nes cognitivas y creatividad en la exposición de los argumentos).

El libro *Instituta e Historia del Derecho Romano*, siendo fiel a su título cuenta con una buena serie de estampas narrativas que relatan fragmentos de la historia de Roma, referente a los tiempos en que evolucionaba el Derecho Romano, como también cuenta la vida de los principales protagonistas de la historia romana que ha marcado con su fuerza la ruta de Occidente.

Este contexto de análisis que nos muestra la historia política y jurídica de Roma, entremezclada con los módulos académicos sobre los temas específicos de Derecho Romano (Derecho Privado romano; personas, bienes, obligaciones y sucesiones) dan al libro un carácter distinto al de los manuales corrientes, porque se desenvuelve en medio de esos dos ambientes cognitivos y significativos: el rigor de la información académica y la flexibilidad narrativa de la recreación histórica. Con esta

estructura es claro que los estudiantes que asuman la lectura de este texto, comprenderán y evidenciarán un mayor interés por el análisis de los temas puntuales del Derecho Romano.

En la civilización occidental, el Derecho Romano es imprescindible, por cuanto todavía nuestro sistema de Derecho no se ha desprendido de las maneras consustanciales en que ellos las entendieron. Esa conexión, o comunicación mutualista entre las formas del Derecho actual y las formas del Derecho fundacional, le dan vigencia al estudio del Derecho Romano; y que se haga desde la mentalidad y los criterios actuales, es un logro que incidirá en el aprendizaje contextual de nuestros estudiantes.

Ficha técnica del texto: Otero, Raquel; Aguilar, César; Linero, Guillermo (2013). *Instituta e Historia del Derecho Romano*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike; Universidad Sergio Arboleda.

Normas de Publicación de Artículos para la Revista *Vis Iuris*

- 1) La Revista *Vis Iuris* publica artículos en las diferentes áreas del Derecho.
- 2) Para efectos de indexación de la publicación, se reciben las siguientes clases de documento:
 - a. Artículo avance parcial o resultado final de proyecto de investigación.
 - b. Artículo de reflexión.
 - c. Estado del arte o artículo de revisión.
- 3) Los artículos enviados a la revista deben ser inéditos; no pueden exceder de 35 páginas tamaño carta, doble espacio con margen de 3 cm, letra Times New Roman 12 y ceñidos a las normas de la American Psychological Association (APA).
- 4) El envío del artículo se efectuará en formato electrónico (Word) a las direcciones: visiuris.sm@usa.edu.co o edimer.latorre@usa.edu.co

Una vez recibido, se informará al autor sobre la publicación en un plazo máximo de cuatro meses.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los pares evaluadores y los miembros del Comité Editorial y Científico propongan al autor.

El retiro de un artículo se solicitará por escrito y se efectuará luego de la respuesta escrita del Editor.

- 5) Aspectos formales y estructura del artículo

El documento deberá contener:

- a. Página de título que incluya: título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo en español e inglés; nombre del autor(es) especifi-

cando una breve descripción de los títulos obtenidos y cargo actual y la institución con la cual se llevó a cabo el trabajo.

- b. Se deberá indicar el nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- c. Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract).

Se deben incluir las palabras clave que no superen el número seis 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.

- d. 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 de los resultados de investigación.
 - Conclusiones.
 - Referencias.
- e. Los gráficos y tablas, se insertan en el texto con su debida numeración, según orden de presentación y con su correspondiente título.
- f. Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los artículos de revisión o Estado del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias–, deberán contener un mínimo de 50 referencias bibliográficas.

6) Referencias Bibliográficas:

- a. Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, siguiendo las normas internacionales de la American Psychological Association (APA).

Nota:

En caso de que el articulista no envíe el artículo en las referidas normas de estilo de la American Psychological Association (APA), el Comité Editorial nombrará un experto para que realice la correspondiente adaptación.

- b. Citas de referencia en el texto.
 - c. En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema APA. Consultar <http://www.apastyle.org>
- 7) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- 8) La aceptación de un artículo queda supeditada a la revisión teórica, metodológica y formal que un par evaluador externo realizará del artículo.
- 9) El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.
- 10) Una vez publicado, los derechos de impresión y reproducción son del Editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

JUAN POLO FIGUEROA

Director Revista *Vis Iuris*.

juan.polo@usa.edu.co

Editor: Edimer Leonardo Latorre Iglesias

visiuris.sm@usa.edu.co

edimer.latorre@usa.edu.co

