

Revista de Derecho Summa uris

Presentación

Editorial

Luis Eduardo Vieco Maya

Breves aproximaciones al concepto de jurisdicción

Luis Felipe Vivares Porras

La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal

Gerardo Orrego Lombana

Historia jurídica medieval

Cesare Sacchetti

El mensaje de datos: mecanismo contemporáneo de comunicación o medio de prueba documental a partir de la ley 527 de 1999

Ana María Mesa Elneser

Un acercamiento histórico a la OTAN: de 1990 hasta la actualidad

Juan David García Ramírez

El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia

José Mauricio Arredondo del Río

Derechos de los consumidores desde los derechos colectivos

Katherine Gómez García

1
Vol.

ISSN: 2339-4536

©Fundación Universitaria Luis Amigó

Summa Iuris

Vol. 1, No. 1, julio-diciembre de 2013

ISSN: 2339-4536

Rector

Pbro. José Wilmar Sánchez Duque

Vicerrectora de Investigaciones

Isabel Cristina Puerta Lopera

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

José Mauricio Arredondo del Río

Jefe Departamento de Fondo Editorial

Carolina Orrego Moscoso

Diagramación

Arbey David Zuluaga Yarce

Corrector de estilo

Juan Carlos Rodas Montoya

Contacto editorial

Fundación Universitaria Luis Amigó

Transversal 51A #67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia

Tel: (574) 448 76 66 (Ext. 9711. Departamento de Fondo Editorial)

www.funlam.edu.co - fondoeditorial@funlam.edu.co

Órgano de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó.

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Financiación realizada por la Fundación Universitaria Luis Amigó



Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional.

Director de la revista

Abg. Luis Eduardo Vieco Maya

Comité Científico

Ph.D. Porfirio Cardona Restrepo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Ph.D. Polina Golovátina Mora, Universidad Eafit, Medellín, Colombia

Ph.D. Henry Roberto Solano, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Ph.D. Darío Alejandro Rojas Araque, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia

Ph.D. Alexander G. Nesterov Ural Federal University, Yekaterinburg, Rusia

Comité Editorial

PhD. Gustavo Arango Soto, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Mg. Amanda Gallego Blandón, Universidad San Buenaventura, Medellín, Colombia

Mg. José Mauricio Arredondo del Río, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia

Mg. María Jesús Román Valencia, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia

Mg. Jorge Pastor Cuartas Mesa, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia

PhD. Ricardo León Molina López, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Árbitros

Mg. Olmer Alveiro Muñoz Sánchez, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Mg. Néstor Raúl Londoño Sepúlveda, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Esp. Álvaro Vanegas Montoya, Oficina de abogados, Medellín, Colombia

Esp. Ricardo Oquendo Morantes, Juez 15 Civil del Circuito, Medellín, Colombia

Esp. Carlos Andrés Gómez García, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia

Esp. Iván Ramiro Acosta Puentes, Hospital Meissen II nivel ESE, Bogotá, Colombia

Mg. Adriana Valderrama López, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

Edición

Fundación Universitaria Luis Amigó

Solicitud de canje

Biblioteca Vicente Serer Vicens
Fundación Universitaria Luis Amigó
Medellín, Antioquia, Colombia

Para sus contribuciones

summaiuris@funlam.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Fundación Universitaria Luis Amigó.
Transversal 51A #67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia

ISSN: 2339-4536

Vol. 1, No. 1, julio-diciembre de 2013

Fundada en 2013

Summa Iuris es el órgano de publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Su periodicidad es semestral y su cobertura es nacional e internacional. Promueve la publicación de artículos de investigación inéditos y originales en temas de derecho y áreas afines. Está dirigida a estudiantes, investigadores, profesionales y personas interesadas en estos asuntos.

Los autores son moral y legalmente responsables del contenido de sus artículos, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, éstos no comprometen en ningún sentido a la Fundación Universitaria Luis Amigó.

La reproducción de los artículos se regirá conforme a lo descrito en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

CONTENIDO

Presentación

Editorial

La seguridad el poder y el derecho..... 8

Luis Eduardo Vieco Maya

Breves aproximaciones al concepto de jurisdicción 11

Luis Felipe Vivares Porras

La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal 35

Gerardo Orrego Lombana

Historia jurídica medieval 57

Cesare Sacchetti

El mensaje de datos: mecanismo contemporáneo de comunicación o medio de prueba documental a partir de la ley 527 de 1999 81

Ana María Mesa Elneser

Un acercamiento histórico a la OTAN: de 1990 hasta la actualidad..... 94

Juan David García Ramírez

El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia 121

José Mauricio Arredondo del Río

Derechos de los consumidores desde los derechos colectivos 141

Katherine Gómez García

CONTENTS

Presentation

Editorial

The security, the power and the right..... 8

Luis Eduardo Vieco Maya

The concept of jurisdiction: Brief approaches 11

Luis Felipe Vivares Porras

The prevalence of the principles in government procurement, as the first limit of the exercise of administrative declaration of state contract expiration 35

Gerardo Orrego Lombana

Storia giuridica medievale 57

Cesare Sacchetti

Data messages: Contemporary communication mechanism or means of documentary evidence since the Act 527 of 1999 81

Ana María Mesa Elneser

A historical approach to NATO: 1990 to present 94

Juan David García Ramírez

The labor law, its genesis, evolution and the powers of the judge 121

José Mauricio Arredondo del Río

Consumer rights from the collective rights 141

Katherine Gómez García

PRESENTACIÓN

Summa Iuris

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó presenta a la comunidad académica y científica del orden local, regional, nacional e internacional, el primer número de la revista *Summa Iuris*, publicación académica que tiene como propósito la difusión de la producción científica en el área del derecho y temas afines.

Razón de ser del nombre

El nombre de la revista está compuesto por dos palabras que provienen del latín: *Summa Iuris*, cuyas traducciones al español indican el punto más alto o principal del derecho y la justicia.

Son dos raíces del latín que conjugan la intención de difundir el conocimiento científico de acuerdo con los principios y valores de nuestra institución. Se trata de transmitir los valores esenciales del derecho, a través de la academia, en pro de la construcción de justicia.

La revista *Summa Iuris* reflejará el producto intelectual de la actividad humana y expresará, de manera coherente y justificada, los conocimientos aprehendidos por el estudioso del derecho. La fusión de los términos que inspiran nuestro nombre es el complemento ideal para denominar un texto que difunda la producción científica en consonancia con el valor supremo de la justicia. Se trata, pues, de un aporte de nuestra institución para la sociedad y para el mundo.

Contenido del este número

Este número de la revista presenta una compilación de artículos referidos sustancialmente al área del derecho y temas afines. En este esquema, Luis Felipe Vivares Porras elabora un texto *Breves aproximaciones al concepto de jurisdicción*, que pretende hacer una descripción del concepto y presenta, entre otros, los métodos de creación norma-

tiva, el significado pleno del término *juris-dictio*, la jurisdiccionalidad del proceso voluntario, las modalidades declarativas y ejecutivas de la jurisdicción. Continúa el profesor Gerardo Orrego Lombana con un estudio acerca de *la prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal, a partir de los principios de responsabilidad, de prevalencia del interés general y del debido proceso*. Se incluye una investigación de Cesare Sacchetti, que describe la *Historia jurídica medieval*, analiza los fundamentos del derecho medieval y el sistema de poder. Ana María Mesa Elneser presenta un escrito que se detiene en la figura jurídica denominada *mensaje de datos*, articulada con el Código de procedimiento civil y la prueba documental. Juan David García Ramírez, desde una concepción jurídico política, analiza el tema de la OTAN, en su texto *Un acercamiento histórico a la OTAN: de 1990 hasta la actualidad*. El Decano de la Facultad de Derecho de la Fundación Luis Amigó aborda *El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia*. Finalmente, la doctora Katherine Gómez García presenta un estudio sobre los *derechos de los consumidores desde los derechos colectivos* y hace un análisis legal y jurisprudencial sobre los derechos del consumidor.

EDITORIAL

LA SEGURIDAD, EL PODER Y EL DERECHO

Luis Eduardo Vieco Maya.¹

Si se hace un análisis histórico del hombre a través del derecho, se observa cómo se han transformado las condiciones sociales del hombre primitivo hasta hoy. En el tiempo prehistórico, los primeros seres humanos presentaron rasgos psicológicos comunes que diferenciaron la raza humana de las demás especies sobre la tierra. Aspectos como el pensamiento y la capacidad de transformar el entorno para su propio beneficio marcó un patrón diferenciador sobre los demás. Sin embargo, hay un punto de inflexión que posibilitó distinguir al hombre primitivo del hombre civilizado y es la conciencia acerca del significado de la muerte. En la primera tipología humana no existe tal conciencia en torno a su significado, se vive en un presente eterno que es el que determina sus hechos, sin una idea de futuro que influya en el pensamiento y en la programación consciente de sus actuaciones. El hecho de reconocer el fenómeno de la muerte transforma sustancialmente el pensamiento humano, pues pasa de ser un hombre sumergido en un presente infinito a un ser histórico que identifica el pasado vivido y se preocupa por un futuro sobreviniente. El hombre vive hoy en sociedades cada vez más complejas que implican nuevas preocupaciones y necesidades.

El hombre se preocupará por proteger más su vida, por prolongarla y por identificar las amenazas que puedan afectarlo. Dentro de los nuevos riesgos que representa esa conscientización de la muerte, el que resulta decisivo es el de la amenaza potencial que significa el otro en cuanto a la competencia por la subsistencia puesto que aquél, en su propia lucha individual, podrá propiciar la muerte de sus propios semejantes. La comprensión del fenómeno, de manera colectiva, implicará una nueva paranoia social, un sentimiento en el que existe una sospecha mutua entre los hombres y una desconfianza permanente por el otro: situaciones que los podrán llevar al dilema de matar o perecer.

¹Abogado, Director de la revista *Summa Iuris*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Fundación Universitaria Luis Amigó.

A partir de esa interiorización del significado de la muerte, surge una nueva necesidad humana: la seguridad, que será el factor que transformará las condiciones sociales. A partir de ahora, un hombre consciente de su limitación en el tiempo, implementará los mecanismos necesarios para cumplir sus propósitos y asegurar su subsistencia por el mayor tiempo posible. Sin embargo, se enfrenta a otro dilema en esa búsqueda de seguridad individual, es decir, sabe que no está en capacidad de destruir a quienes se constituyen como amenazas, pues, el hombre, es, ante todo un ser social que necesita del otro para asegurar la especie. La evolución de la humanidad es el resultado de una dependencia mutua y de una interrelación con el otro que lo ha llevado a la consecución de fines más altos de los que individualmente consigue. Se crea, entonces, una paradoja: amigo vs enemigo, cooperación vs individualismo.

Con el concepto de seguridad, el hombre enfrenta otro dilema: el poder, entendido como el medio para afianzar y conservar ese *status quo* que brinda alcanzar determinado grado de seguridad. Es allí donde el derecho operará como instrumento regulador y como garante del orden social. Será el mecanismo de interlocución entre el poder y la sociedad. El derecho superará el estado de naturaleza primigenio que rige las actuaciones de los hombres frente a la defensa de sus propios intereses. Se acude a entes reguladores y autoridades investidas de facultades coercitivas, en el marco de la legalidad, para solucionar las controversias que se susciten de acuerdo con enunciados normativos preestablecidos.

ARTÍCULOS

ARTICLES

BREVES APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

THE CONCEPT OF JURISDICTION: BRIEF APPROACHES

*Luis Felipe Vivares Porras**

Resumen

El presente artículo pretende exponer, de manera básica, las notas esenciales de la jurisdicción. No espere el lector un texto exhaustivo, contenido de todos los problemas que acarrea la potestad jurisdiccional. Se encontrará, por el contrario, con una descripción muy sencilla de la jurisdicción desde diversos puntos de vista: los métodos de creación normativa, el significado pleno del término *juris-dictio*, la jurisdiccionalidad del proceso voluntario, las modalidades declarativas y ejecutivas de la jurisdicción y, por último, la cautela jurisdiccional.

Palabras clave: Interés, litigio, jurisdicción, composición, prevención

Abstract

This is an article that is intended to expose, in the most basic way, the essential jurisdiction notes. Not the reader waits for a comprehensive, containing text of all the problems that entails the jurisdictional authority. You will find, instead, a very simple description of the jurisdiction from different points of view: policy creation methods, the full meaning of the term *juris dictio*, the jurisdictional of the voluntary process, declarative and Executive modalities of jurisdiction and, finally, jurisdictional caution.

Key words: Interest, litigation, jurisdiction, composition, prevention.

*Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Medellín. Docente del área de Derecho Procesal en la Universidad Pontificia Bolivariana.
E-mail: lfvivares@yahoo.com

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2012 - Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

Este artículo discurrirá en torno al concepto de jurisdicción. Advierto, en primer lugar, que no son pocas las veces que otras voces, indudablemente más autorizadas que la mía, se han manifestado en igual sentido¹; exhorto al lector para que acuda a ellas y se haga una idea completa del problema que aquí se esbozará. En segundo lugar, hago notar que pese a ser un convencido de la idoneidad del *sistema* como norte último de toda elucubración científica (y, por lo mismo, un enemigo del palabrerío en el que se han convertido los ejercicios académicos actuales, quedados por falta de profundidad, en el artículo o en la pequeña monografía), las presentes no pasan de ser unas breves reflexiones de un docente que —más de una vez— ha visto enfrentados los conceptos que procura enseñar con la práctica forense en la que se sumerge a diario. Quizá, sometiéndolos al debate público y enfrentándolos con las críticas que deberán llegar, se alcanzará la precisión conceptual que justifica éste y cualquier otro esfuerzo similar.

Ahora bien: no busco disertar exhaustivamente sobre la potestad jurisdiccional. Sólo recogeré, en cortas aproximaciones, aquéllos que son sus datos esenciales. Expondré la sustancia de la jurisdicción: lo que en ella permanece, a pesar de los cambios que experimentan los ordenamientos jurídicos. No vaya a creerse, por demás, que este texto es el manifiesto de un iusnaturalista, firme creyente de universalidades jurídicas metamundanas; no: las que miro como notas esenciales de la jurisdicción son aquellas conclusiones extraídas de la historia y recogidas por esa larga experiencia colectiva que es el derecho procesal.

¹ Cito algunas a título de ejemplo:

Carnelutti, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

_____. (1993). *Sistema de Derecho Procesal*, tomo I. Buenos Aires: U.T.H.E.A. (reimpresión)

_____. (2003). *Teoría General del Derecho*, primera edición. Granada: Colmenares

_____. (1952). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vols. I y II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Couture, E. J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: B. de F.

Ibañez Perfecto, A. (2005). *Los “Hechos” en la Sentencia Penal*. Ciudad de Méjico: Fontamara

Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A.; & Barona Vilar, S. (2003). *Derecho Jurisdiccional I*, 12ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch

Montero Aroca, J. (2000). *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

El lector descubrirá una fuerte simpatía de este autor por la ya clásica ciencia procesal italiana, principalmente por uno de sus exponentes: Francesco Carnelutti. Esto es así porque creo que ese edificio conceptual que llamamos derecho procesal debe mucho al maestro italiano, no tanto porque sus aportes científicos se hayan plasmado en las codificaciones procesales que lo acompañaron en vida o haya influido en las generaciones de procesalistas que lo siguieron (pues esto no ocurrió), sino porque él mismo representó el paradigma ideal (pero también contradictorio) del jurista estudioso del proceso: un abogado que, sin ser sólo un filósofo, un dogmático y un práctico, es todo eso a la vez. Con este ejemplo, los discursos aquí planteados, pasaron primero por el filtro, muy exigente por demás, de la práctica.

Los apartados que conforman este escrito podrían constituir escritos independientes. Cada una de ellos versa sobre aspectos de la jurisdicción susceptibles de ser estudiados por separado. No obstante, he querido unirlos, enlazar las conclusiones a las que unas llegan con los presupuestos de las que continúan, con el objetivo de dar una mirada completa de la jurisdicción desde puntos de vista distintos. Esta mirada holística será de gran utilidad para el lector cuando, más adelante, inicie estudios e investigaciones de mayor calibre, pues contará con un piso conceptual del cual, pese a no gozar de rigurosa solidez, será suficiente para comprender el mundo del proceso y de la jurisdicción.

Por ende, ruego al lector no esperar de este trabajo la respuesta a los problemas teórico-prácticos más acuciantes en la actualidad procesal: la congestión judicial, la desigualdad económica de las partes, la complejidad de los problemas sometidos a enjuiciamiento, la mal llamada "jurisdicción constitucional", etcétera. Encontrará, eso sí, elementos que, proyectados sobre tales problemas con la ayuda de otros instrumentos teóricos (la teoría de la argumentación, la hermenéutica jurídica, la lógica del derecho, entre otros), le ayudarán a comprender el problemático mundo jurídico que ha decidido, si no ejercer, al menos estudiar.

EL DERECHO, EL CONFLICTO Y LA JURISDICCIÓN

La característica principal de la vida en sociedad, de la vida con los otros —en una palabra: de la convivencia - es el hecho de ser regulada, es decir, ordenada por normas². Dicha regulación, a diferencia de lo que suele pensarse, no se lleva a cabo exclusivamente por el derecho. Éste no es más que una de las tantas instituciones sociales reguladoras de la conducta de los hombres en cuanto miembros de una colectividad.

¿Por qué se regula la conducta de los hombres? El hecho de la ordenación de la conducta es vastísimo porque no se limita a las instituciones que regulan el obrar de los hombres en comunidad. Al lado de éstas, se encuentra la moral que, circunscrita al contorno individual de un hombre, se encarga de ordenar sus actos³. La búsqueda de una respuesta al interrogante formulado exige, pues, una investigación exhaustiva, capaz de abarcar tanto las regulaciones conductuales externas como las internas, lo que la hace más cercana a la filosofía que a cualquier ciencia particular. Es evidente, entonces, que el problema planteado trasciende los objetivos trazados desde un inicio para este escrito, pues sólo nos interesa el hecho de la regulación como sustrato necesario de un concepto pleno de la jurisdicción.

¿Por qué, entonces, la conducta es regulada por la institución que conocemos como derecho (contexto dentro del cual surge la idea de jurisdicción)? Para empezar, medítese sobre algunas de las circunstancias en las que viven los hombres en comunidad⁴: los recursos idóneos para satisfacer las necesidades son escasos, cada uno es vulnerable ante las agresiones de los demás, muchos son indolentes frente a las necesidades de los hombres que están por fuera del círculo de sus allegados, en fin: el ser humano vive en condiciones que propician enfrentamientos entre nosotros mismos.

² Al respecto, recuérdese a Hans Kelsen, quien dijo lo siguiente: “La convivencia de los seres humanos se caracteriza porque sus relaciones mutuas quedan reguladas. La convivencia de los individuos, que es en sí misma un fenómeno biológico, pasa a ser un fenómeno social por el mero hecho de estar regulada. La sociedad es una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos”, véase: Kelsen, H. (2001). *El Derecho como técnica social específica. ¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel. p. 152.

³ En este punto vale la pena recordar a Luis Recasens Siches cuando afirmaba que: “La moral considera los actos humanos en relación con el sujeto que los cumple y dentro del ámbito individual de éste, determinando entre las conductas posibles cuál es la debida: selecciona, entre las posibilidades del comportamiento, aquellas que son debidas o son lícitas y las opone en aquellas otras conductas posibles pero indebidas, ilícitas, prohibidas”; véase: Recasens Siches, L. (2003). *Introducción al estudio del Derecho*, Decimocuarta Edición. Méjico: Porrúa. p. 86.

⁴ Confróntese a Nino, C.S. (2005). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea. p. 2.

Un concepto que, por su abstracción, es capaz de referirse a cada una de las circunstancias antes mencionadas, es ése que ha llamado “conflicto de intereses”. Es un concepto complejo, pues está conformado por dos elementos distintos —interés y conflicto—. Procedo a separarlos, con miras a entender luego su conjunción:

El término interés puede entenderse de dos maneras. La primera se extrae de la expresión latina *interesse*, que significa importar, afectar, incumbir, concernir. En pocas palabras, interés es el nombre que recibe una particular disposición psicológica de un hombre respecto de otro ente distinto. Este punto de vista (propio de los estudiosos de la psiquis) es inadecuado para la teoría jurídica, pues se concentra en aspectos exclusivamente internos de los individuos; la plena subjetividad que entraña esta semántica del interés es ajena a ciencias como el derecho que miran al hombre desde la posición que ocupa en el mundo en relación con los demás, no como una simple unidad.

La segunda manera de entender el interés sí se adecua a las necesidades del razonamiento jurídico. Ésta se colige, según Carnelutti (2003, p. 48), de la expresión latina *quod inter est*, es decir, lo que está en el medio. Interés, entonces, es aquello que media entre dos entes distintos o, más exactamente, es la relación que existe entre aquéllos. Pero no es cualquier relación: es aquella que existe entre un hombre que padece una necesidad y un bien idóneo para satisfacer dicha necesidad. Desde este punto de vista, se entiende con facilidad la definición que el jurista italiano da del interés:

Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre o, más exactamente, *la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*. La posesión de alimento o del dinero es, ante todo, un interés, porque quien posee uno u otro está en condiciones de satisfacer su hambre (Carnelutti (1993) p. 11).

Ahora bien, los bienes son insuficientes para satisfacer todas las necesidades de los hombres⁵. Este contraste entre la finitud de los bienes y la infinitud de las necesidades deviene, por desgracia, en un conflicto de intereses porque el interés de un sujeto excluye el de otro, es decir, la posición favorable para la satisfacción de una necesidad es incompatible

⁵ Véase, para este punto en especial, a Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Tercera Edición. Lima: ARA Editores, 2006, p. 44 – 45.

con la posición favorable de un sujeto distinto para satisfacer otra necesidad. Este conflicto, sin embargo, tiende a componerse, pues es poco probable que los implicados en el mismo estén dispuestos a mantenerse en él indefinidamente. Son múltiples las técnicas usadas para lograr dicha composición. Una de ellas es la lucha violenta, en la que los más fuertes sacian sus necesidades a costa de los más débiles. Otra es el derecho, que se define como una técnica compositiva de los conflictos de intereses. Como dicho objetivo se logra mediante la regulación, esto es, el control de la conducta de los hombres en sociedad, adelanto una pequeña pero importante conclusión preliminar: el derecho es una técnica de control social.

El instrumento por medio del cual el derecho intenta cumplir con este objetivo es la *norma jurídica*. No me interesa, en este momento, estudiar con vastedad el concepto de norma jurídica; me contentaré con afirmar que la misma es un enunciado del *deber ser*, una proposición cuyo contenido es la ordenación de una conducta, la pauta de la misma de acuerdo con una particular manera de creer que debe ejecutarse. Su estructura básica (advierto: mencionada superficialmente) es la siguiente: una hipótesis de comportamiento, vinculada con una consecuencia jurídica y se concibe que, ocurrido el hecho supuesto por la norma, deberá producirse la consecuencia.

Para la producción de tales normas, el derecho cuenta con diversas tecnologías o métodos que se conocen como potestades o poderes normativos. Tradicionalmente, se ha considerado que estas potestades se reducen a las siguientes: la *legislación*, la *administración* y la *jurisdicción*.

El método legislativo es aquel en el que solamente la autoridad (el Estado) crea la norma, sin participación alguna del súbdito (destinatario de la misma). En pocas palabras: la legislación se caracteriza porque la producción de la norma opera *súper partes*, no tanto – advierte Carnelutti (2003, p. 87) – porque el legislador esté por encima de los destinatarios sino porque éstos no intervienen de ninguna manera en el proceso creador. En ella existe una clara contraposición entre el *conditor* y el *subditus iuris*, entre el legislador y las partes puesto que aquél sólo habla (manda) y éstas simplemente escuchan (obedecen).

La potestad administrativa o método administrativo de creación de normas se caracteriza porque ya no es el Estado quien, obrando *supra partes* a los integrantes de un conflicto de intereses, crea las normas, sino que son estos últimos los que concurren a su formulación. Se llama administrativo porque parte de la facultad reconocida a los súbditos de *administrar*, de dirigir, de ejercer mando, de auto-normar sus propios intereses. Si la legislación es *supra partes*, la administración, en cambio, es *inter partes*: opera entre los mismos sujetos para los que se crea la norma. Si una de las partes del litigio es una personificación concreta del Estado (un municipio, una entidad pública, una empresa estatal, etcétera) y, además, se comporta como una destinataria más de las normas, la potestad administrativa se califica de pública; si ambas son particulares, ésta se tilda de privada (también se le denomina potestad convencional o contractual, pues el contrato es el instrumento arquetípico por medio del cual los particulares regulan sus propias conductas).

La potestad jurisdiccional, por último, es aquella que se traduce en una coparticipación del Estado creador de las normas y los súbditos destinatarios de las mismas, en el proceso creativo de estas últimas. En los métodos normativos anteriores sólo la autoridad política o los destinatarios crean las normas; en este método, la autoridad crea por solicitud de los sujetos que, al final de cuentas, verán regulada su conducta por la norma. Al respecto dice Carnelutti:

(...) el carácter específico de la función o fuente judicial consiste en que si bien la orden es pronunciada por un tercero (juez), no la dicta éste más que en cuanto las partes se lo piden proponiéndole sus razones (...) (Carnelutti (2006), p. 95).

En el método jurisdiccional de creación de normas —no así en los otros dos métodos— la actividad del conditor iuris se encuentra limitada por los intereses de los protagonistas del conflicto, pues la norma que éste ha de crear está dirigida esencialmente a disciplinarlos, esto es, a regular sus intereses contrastantes.

El criterio diferenciador de los métodos antedichos es puramente formal, pues no depende ni del contenido ni de la extensión de la norma creada. Así, es posible que de la legislación provenga una norma individual y concreta reguladora de un conflicto estrictamente privado; mientras que

en ejercicio de la administración —a través de un contrato, por ejemplo— o de la jurisdicción—como sucede con los Tribunales Constitucionales—se cree una norma general y abstracta compositora de un conflicto de orden público⁶.

El ejercicio de estas potestades comporta, por regla general, un deber para sus titulares, pues la potestad se ha otorgado para favorecer la consecución de ciertos fines específicos, delimitados por el órgano constituyente⁷. Por tanto, estos métodos son poderes-deberes o, con más sencillez, funciones públicas, tareas, papeles propios del Estado.

De todo lo anterior, me permito formular la siguiente conclusión: la jurisdicción es, ante todo, una potestad, un poder creador de normas. Pero se diferencia de otras potestades también reconocidas por el Estado moderno en lo siguiente: a su ejercicio concurre tanto el Estado (y lo diré de una vez: representado por el juez) como los destinatarios del proceso.

LA DICTIO IURIS

Si la jurisdicción es una potestad, ¿por qué suele decirse que la jurisdicción se resuelve en la *dicción del derecho*? Pero, además, ¿por qué el juez (y en general cualquier titular de la potestad jurisdiccional) y no otro representante del Estado, es quien *dice el derecho*? ¿Por qué no el *conditor legis*, el fundador de la ley, el constituyente mismo y sí un tercero imparcial investido (permanente o parcialmente) de la potestad de juzgar? ¿Qué significa que el método jurisdiccional de creación de normas se defina como la *dicción del derecho*? ¿Qué es, al final de cuentas, esa *dicción del derecho*?

Lo primero que hay que decir es que la etimología de la palabra “jurisdicción” no basta para encontrarles respuesta a los interrogantes formulados. Desde los tiempos del Derecho Romano, dice Eugene Petit, la expresión *jurisdictio*, el *jus dicere*, se ha entendido en dos sentidos aparen-

⁶ Dice Kelsen en forma categórica: “La categoría de la convención no es incompatible ni con la creación de normas generales ni con la creación de normas heterónomas”. Véase: Kelsen, H. (2007). *El contrato y el tratado*. Méjico: Ediciones Coyoacán. p. 116.

⁷ Con excepción de la potestad administrativa privada o convencional, cuyo ejercicio es, generalmente, un privilegio de sus titulares.

temente distintos: Decir el derecho significa: es lo mismo proponer una regla de derecho que aplicar una regla preexistente (Petit (2005), p. 613).

Sin embargo, al ser el derecho un sistema autorreferencial, autopoietico⁸ —esto es: él mismo regula su propia producción— la diferencia entre creación y aplicación de una norma es simplemente relativa. En efecto, bien lo dice Kelsen cuando afirma que:

La norma que regula la creación de otra es “aplicada” en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo. Estos dos conceptos en manera alguna se oponen absolutamente, como lo piensan los partidarios de la teoría tradicional. No es enteramente correcto dividir los actos jurídicos en actos de creación y actos de aplicación del derecho; pues, si prescindimos de los casos limítrofes a que más adelante habremos de referirnos, normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho. Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su aplicación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquélla. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos de un conflicto (...) (Kelsen (1995), p. 157).

Son dos las conclusiones iniciales a las que debemos llegar: en primer lugar, considerando que, por regla general, todo acto de creación del derecho es aplicación del mismo y viceversa, la ambigüedad en el significado de la expresión jurisdicción (temida desde la época de los romanos) es, en realidad, una ficción: decir el derecho significará, usualmente, la creación de una norma jurídica en aplicación de otra de mayor jerarquía. En segundo lugar, la jurisdicción, vista desde su real etimología: como creación-actuación del derecho, abarca los tres métodos de creación normativa citados anteriormente: el jurisdiccional, el legislativo y el administrativo.

¿Qué es lo que diferencia, entonces, la jurisdicción de la administración y la legislación, hasta el punto de ver en la primera la única potestad en la que efectivamente se *dice el derecho*? En el apartado anterior expresamos una diferencia: en la jurisdicción acuden los destinatarios de las normas y el Estado-juez a la creación de estas últimas, mientras que en

⁸ Según la terminología de Niklas Luhmann, explicada por Juan Antonio García Amado. Al respecto, véase: García Amado, J.A. (1999). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 131 – 135.

los otros dos métodos, cada uno de estos extremos obra de manera exclusiva en la producción de la norma. Esta diferencia, por ser estrictamente formal y no depender del contenido particular de la norma jurisdiccional, es, a su vez, universal, pues permanece a pesar de los cambios en los contenidos, en la materia de las normas creadas, lo que permite hablar de método jurisdiccional tanto en un Estado de derecho como en otro calificado de totalitario, así como en un régimen político confesional como en otro laico.

Pero esta diferencia no nos dice por qué la jurisdicción es *la que dice el derecho*. Hay que buscar otra diferencia y, si no me equivoco, la misma se encuentra en el concepto de *litis* o litigio.

El litigio no es más que una especie de conflicto de intereses. Éste se torna en aquél cuando uno de los titulares de los intereses en conflicto aspira a la tutela jurídica mediante una pretensión y el otro resiste a la misma⁹. En pocas palabras: el conflicto deviene en litigio cuando las partes del mismo actúan como contendores, rivales, antagonistas; uno exige que el interés de su contraparte se sacrifique en favor del suyo, el otro se opone a tal exigencia; una parte se auto-atribuye un derecho¹⁰ sobre el bien en conflicto y la otra se resiste a dicha auto-atribución. Por este motivo, el litigio, además de ser un conflicto de intereses, es una *oposición de actividades* (Carnelutti (2006), p. 51).

En un esfuerzo por simplificar la terminología anterior y adecuarla a expresiones quizá más conocidas para los lectores de este artículo, me atrevo a afirmar que el litigio no es otra cosa que el *caso concreto* sobre el cual se dice el derecho. La tradición ha dicho que la potestad jurisdiccional se resuelve en la aplicación del derecho en el caso concreto¹¹. Ya he dicho que

⁹ Confróntese a Carnelutti, F. (1952). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 12. Así mismo, véase a Alvarado Velloso, A. (2004) *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, primera parte. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. pp. 13 – 14.

¹⁰ Dice Couture: “La pretensión (*Anspruchm, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la auto-atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (Couture, E.J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: B. de F. p. 5)

¹¹ Devis Echandía, conspicuo pero limitado citador de doctrinas extranjeras, define la jurisdicción como “(...) la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos”, véase: Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, segunda edición. Bogotá: Temis. p. 77.

cuando se dice “aplicación”, también se habla de “creación” y, así, la jurisdicción se traduce en la creación de una norma reguladora de un caso concreto en aplicación de otra(s) de rango(s) superior(es). Pero, ¿Qué cosa distinta a la *litis* habría de ser el susodicho caso concreto? El conflicto de intereses se concreta e individualiza, reduciéndose su alcance pero ampliándose consecuentemente los términos de su definición, cuando una de las partes del mismo formula una pretensión que es resistida por la otra. En otras palabras: un conflicto de intereses sólo se torna en algo único en el mundo, con caracteres propios, cuando contiene una pretensión resistida, esto es, cuando ha devenido en litigio.

Si la jurisdicción compone litigios y éstos, a su vez, no son más que *casos concretos*, se entiende por qué la *dictio iuris* está atribuida al método jurisdiccional. Nada mejor que acudir a Carnelutti para hallar la conclusión buscada, pues él —antes que cualquier otro— ya meditó sobre este mismo problema:

La razón está, si no me engaño, en aquel concepto de la ley como juicio de valor de un posible, esto es, como juicio de valor no fundado sobre un juicio de existencia, en torno a lo cual aconsejo al lector que medite. Resulta de ello que lo que la ley declara es que un deber ser *puede existir*, pero no que *existe*; y esto no es todavía *dicere ius*, porque *ex facto oritur ius*, el derecho nace del hecho y el hecho no es un posible sino un existente. En otros términos, el mandato, para ser mandato, debe ser concreto, no abstracto; no hipotético sino actual. He aquí porqué el *ius* en rigor, no es *dictum* hasta tanto el juez, establecida la certeza del hecho y su conformidad con la hipótesis legal, no lo declara (Carnelutti (1971), p 23).

El mandato impuesto por la norma jurídica, es decir, la real regulación de la conducta efectuada por el derecho, sólo aparece cuando el caso concreto es objeto de regulación. En los demás casos no hay una verdadera regulación de la conducta; tan sólo hay una *promesa* de regularla. La ley, la norma legislativa, promete beneficios o castigos, busca estimular o reprimir una conducta determinada y, así, regular el conflicto de intereses; la norma jurisdiccional, por el contrario, materializa el beneficio o castiga al individuo¹².

¹² Al respecto, dice el profesor Luis Alonso Rico Puerta: “Ya hemos dicho que la ley equivale a un supuesto normativo, que es una mera hipótesis en la que se describe un antecedente de hecho que incidió en su promulgación, que jalonó su promulgación. De allí que la ley, desde el punto de vista lógico formal, está integrada en la mayoría de los casos por un precepto primario y uno secundario (que no son sinónimos de norma primera y norma secundario), el primero de los cuales (preceptos) describe hipotéticamente el hecho real del cual es trasunto y el precepto secundario apareja a la realización efectiva de esa hipótesis, el surgimiento de la consecuencia jurídica. Hasta allí es fácil deducir que la ley por sí misma es apenas una advertencia de premio o castigo, no el premio o el castigo mismo” (subraya fuera del texto original), véase: Rico Puerta, L.A. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Comlibros. p. 120.

Debo hacer, empero, dos precisiones a guisa de conclusión. La primera es que no es una característica formal (y por tanto necesaria) de la jurisdicción la producción de normas particulares reguladoras de litigios. La única característica formal es aquella que ya hemos mencionado: estamos en presencia de la jurisdicción cuando la autoridad concurre a su creación con los destinatarios de las normas. Por tanto, es posible que este método produzca una norma de naturaleza general y abstracta, reguladora de un conflicto de intereses, mas no de un litigio. En este caso, la jurisdicción no implicaría una verdadera *dicción del derecho*, pero no por ello dejaría de ser una potestad pública productora de normas válidas. La producción de normas particulares de la jurisdicción es una característica significativa, pero accidental de la misma.

En segundo lugar y, en razón de lo manifestado, debe quedar claro que no existe óbice alguno para que a través de los demás métodos normativos (legislación y administración) se produzcan normas compositoras de litigios. Tal sería el caso de una ley o una norma administrativa particular y concreta. El primer supuesto es posible pero de poca (o nula) aparición en la realidad; el segundo no sólo es posible sino habitual. Es común observar manifestaciones de la potestad administrativa en las que se procure la composición de un litigio. Obsérvese, por poner un ejemplo, el supuesto de una transacción: las partes del litigio, por sí mismas, lo auto-regulan por medio de una convención; o la actividad denominada “vía gubernativa”, en la que una persona jurídica pública (un *administrador*) auto-compone un litigio que tiene con un particular mediante el proveimiento de un acto administrativo. En ambos casos, se ha normado frente a hechos concretos, frente a litigios. Sin embargo, no se ha dicho el derecho *stricto sensu*, si ha de entenderse por esta expresión lo que se entiende cuando está referida a la composición de litigios por parte de la jurisdicción, pues para que opere la *dictio iuris* se requiere, además de la naturaleza concreta de la norma producida, la inmutabilidad del mandato derivado de ella.

Esta inmutabilidad, conocida bajo las rúbricas de “cosa juzgada” o “autoridad de los efectos de la sentencia” (según la elegante terminología del profesor Enrico Tullio Liebman¹³), supone el último eslabón indicador

¹³ “En esto consiste, pues, la autoridad de la cosa juzgada, que se puede precisamente definir como la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia.” Véase: Liebman, E.T. (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. Buenos Aires: Ediar. p. 71.

de la esencia de la jurisdicción. La norma administrativa, si bien compone la *litis*, no lo hace de manera definitiva, quedando, por regla general, la posibilidad de acudir a la jurisdicción para encontrar una decisión inmodificable en relación con la misma. Sólo en aquellos casos en los que el derecho objetivo, de manera expresa, estatuyera la inmutabilidad de los mandatos generados por las normas administrativas, debería concluirse que el derecho sería afirmado *stricto sensu* por fuera de la potestad jurisdiccional¹⁴.

Consideraciones análogas debo hacer en relación con el método legislativo: es de su esencia la constante modificación: el legislador, en cualquier momento y con argumentos ajenos al derecho (argumentos de oportunidad) puede abrogar, sustituir, modificar las leyes o crear otras nuevas; no así la norma jurisdiccional, que permanecerá pese a los cambios de la legislación y de la constitución¹⁵.

LA COMPOSICIÓN Y LA PREVENCIÓN DEL LITIGIO

He establecido que la jurisdicción se resuelve en una fuente de producción normativa en la que se dice el derecho en un litigio o caso concreto. Debo, sin embargo, hacer una aclaración que, sin lugar a dudas, será objeto de debate. Para tal efecto, me he reservado un apartado individual, en la que procuraré presentar mis argumentos.

La aclaración es la que sigue: la jurisdicción, entendida como *ius dicere*, como *dicción del derecho*, no sólo significa *composición* de litigios, sino, también, *prevención* de los mismos. El mandato contenido en la norma jurisdiccional sirve tanto para componer un litigio actual como para prevenir litigios virtuales. Así, por ejemplo, cuando el juez verifica y autoriza la enajenación de un inmueble de un hijo menor, impide que en el futuro aparezca una relación litigiosa entre el hijo y sus padres por cuenta de la enajenación; lo mismo sucede en el caso de la adopción puesto que el juez

¹⁴ Como ejemplo de lo dicho, puede traerse a colación la norma contenida en el artículo 2483 del Código Civil colombiano, según la cual: “la transacción produce efecto de cosa juzgada en última instancia (...)”.

¹⁵ Al respecto dice Couture: “La cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción. Ninguna otra actividad del orden jurídico, tiene la virtud de reunir los caracteres arriba mencionados: la irreversibilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos”. Véase: Couture, E. J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial B de F.

la autoriza cuando ha advertido que no existen motivos para creer que a partir de la misma ha de producirse una *litis*; igualmente, cuando, como consecuencia de un proceso voluntario, se somete a un individuo a interdicción por demencia. Allí, no se ha compuesto un litigio presente —no hay rastro alguno del mismo— sino que se ha evitado el litigio futuro que podría surgir entre éste y un tercero que llegara a contratar con él.

¿Pero en realidad es la prevención una manifestación de la potestad jurisdiccional? ¿Por qué la actividad *higiénica y no terapéutica*¹⁶ que se desarrolla en el proceso voluntario es una manifestación del método jurisdiccional de creación de mandatos y no de otro distinto? La respuesta se halla en la *forma* de la prevención: como ya lo hemos dicho, en la administración son las propias partes del litigio las que previenen o componen el mismo; en el específico caso de la potestad administrativa pública, el Estado —que obra por medio de uno de sus órganos— opera sobre un litigio del cual él es una de las partes, de donde se concluye que la función administrativa siempre se ejerce *inter partes*. En la jurisdicción, en cambio, el Estado —representado en el juez— regula un litigio del que él no es parte (de allí que se hable del desinterés objetivo¹⁷ o, con más sencillez, de imparcialidad¹⁸ como nota esencial de la función jurisdiccional): se ubica *arriba* de los destinatarios del fruto de la potestad jurisdiccional y, en colaboración con los mismos, produce un mandato cuyo objeto es prevenir o componer un conflicto concreto de intereses. Vistas así las instituciones, resulta difícil seguir insistiendo en la naturaleza administrativa de los pro-

¹⁶ Expresión tomada de Carnelutti: “El proceso civil opera para combatir la *litis*, como el proceso penal opera para combatir el delito. Pero la acción, o mejor la reacción del proceso civil, es más compleja que la del proceso penal. Este último, mientras no se dé, si no propiamente la existencia, por lo menos la apariencia de un delito, no se pone en movimiento. En cambio, el proceso civil puede operar, no sólo para la represión, sino, también, para la prevención del litigio, a fines higiénicos y no terapéuticos”. Véase: Carnelutti, F. (2004). *Cómo se hace un proceso*, segunda edición. Bogotá: Temis. p. 25.

¹⁷ Dice Juan Montero Aroca lo siguiente: “La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación de derecho en asuntos de otros”. Véase: Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A. & Barona Vilar, S. (2003) *Derecho Jurisdiccional I*, 12ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 120.

¹⁸ Confróntese, entre muchos, a Satta, quien afirma lo siguiente: “Para establecer, aunque sea *cum grano salis*, un cierto paralelismo, puede decirse que así como hay una legitimación de la parte, establecida en (sic) base al interés, también se puede configurar una legitimación del juez, establecida en (sic) base al desinterés: y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad. (...) Pero es preciso añadir que, a diferencia de la parte, la legitimación concreta del juez no puede establecerse sino en modo negativo, desde que el juez, en abstracto, por el solo hecho de ser juez, elegido con todas las garantías posibles, tiene una legitimación genérica. O sea que puede sólo decirse que el juez, y ese juez determinado, no tiene legitimación, cuando no tiene o se presume que no tenga, la necesaria imparcialidad”. Véase: Satta, S. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: E.J.E.A. p. 62 – 63.

cesos de jurisdicción voluntaria: éstos, al igual que los llamados procesos contenciosos, implican el ejercicio de una potestad de un tercero imparcial sobre los destinatarios de la norma jurisdiccional.

No es legislativa, por otro lado, la función preventiva de los litigios, porque, en primer lugar, se recordará que la materia prima habitual de la legislación, a diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción o la administración, no es la *litis* sino el conflicto de intereses. Frente al legislador no se encuentran unas personas concretas con un enfrentamiento real que resolver: él trabaja con abstracciones y generalidades, con arquetipos situacionales y modelos de hombres. No regula vidas específicas: regula expectativas, supuestos, hipótesis. Cuando el legislador habla, no lo escuchan las partes de un litigio: él habla para todos y ninguno es especial, él dirige su voz a la otredad, sin estar ésta individualizada. El juez del proceso voluntario obra de manera distinta: él sí tiene de frente a los protagonistas de un litigio (al menos a una de las futuras partes del mismo), pero no actual sino contingente. Él tiene una serie de elementos que le indican la probabilidad de un litigio, disponiendo al respecto medidas preventivas. Ni los sujetos ni el objeto a regular son generales y abstractos como en la legislación: aquí son personas concretas que viven vidas específicas y que están *ad portas* de un litigio que es posible prevenir mediante un mandato proveído por el juez.

Conclusión: el proceso voluntario es jurisdiccional tanto desde su función como desde su estructura: *funcionalmente*, porque obra en un sentido idéntico al proceso contencioso: hacia la represión de la *litis*, mas no de la ya ocurrida, sino de la próxima a ocurrir; *estructuralmente*, porque implica el ejercicio de una potestad de un tercero imparcial.

LA PRETENSIÓN INCIERTA Y LA PRETENSIÓN CIERTA

Retorno al escenario en el que un juez se encuentra con un litigio actual. Este último aparece de dos formas distintas: es posible, por un lado, que la pretensión formulada por una de las partes en litigio sea incierta, o sea, que el derecho que se auto-atribuye el pretensor (en cuanto a su existencia o características) aún es objeto de discusión. La resistencia que encuentra esta clase de pretensión no implica la vulneración del interés del pretensor, pues

todavía queda por resolver si dicho interés es tutelado o no por el derecho en el caso concreto. Estamos frente a una *pretensión incierta* y, por tanto, frente a un litigio con pretensión incierta. Pero también puede pasar, por otro lado, que el ordenamiento jurídico ya no permita la discusión de la pretensión por considerarla cierta. En este caso, hablaríamos de pretensión cierta (y, por lo mismo, de litigio con pretensión cierta) aunque Carnelutti prefiere llamarla *pretensión insatisfecha* (Carnelutti (1993) p. 12), por cuanto su resistencia sí implica la lesión de un interés tutelado por el derecho.

Para estas dos clases del litigio la jurisdicción opera de distinta forma o, si se me permite la expresión, en modalidades diferentes. Frente al litigio con pretensión incierta, la modalidad jurisdiccional idónea es aquella que es denominada de muchas maneras: declarativa, cognoscitiva, de conocimiento, etcétera. Frente al litigio con pretensión cierta, es la modalidad ejecutiva o de ejecución la apropiada para componerlo.

La primera –que denominaré jurisdicción declarativa– tiene por fin erradicar la incertidumbre en torno al derecho que se auto-atribuye una de las partes del litigio, por tanto, busca el accertamiento de los estados jurídicos, lo que significa establecer la aplicación obligatoria de las normas que tutelan el interés cuya preferencia solicita el pretensor. La jurisdicción, pues, se perfila como una potestad que produce un conocimiento cierto y, de allí, los nombres que recibe esta modalidad. Desde este punto de vista, resulta correcta (aunque no suficiente) la definición que Dante Barrios de Angelis da de la jurisdicción:

(...) es jurisdicción el poder-deber conferido a órganos imparciales -estructural y funcionalmente- susceptible de establecer el grado máximo de certeza oficial –y eventualmente la cosa juzgada–, excluida la insatisfacción jurídica, en método contradictorio. (Barrios de Angelis (2002) p. 127).

Ahora bien: la intervención del titular de la potestad jurisdiccional no es necesaria siempre que se presenta una incertidumbre en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el derecho positivo establece casos específicos en los que ha de operar la jurisdicción declarativa. Luego de recoger sus características esenciales, la tradición procesalista ha formulado la siguiente clasificación:

- a) El litigio se origina por el simple desacuerdo en torno al derecho cuya protección exige el pretensor. Las partes solamente discuten sobre la existencia o las cualidades del derecho que, según el sujeto de la pretensión, el ordenamiento jurídico le ha reconocido en tutela de un interés propio. En estos casos, la jurisdicción se resuelve, únicamente, en un accertamiento (positivo o negativo) del derecho auto-atribuido, y se da por terminado el estado de incertidumbre que lo rodeaba. Ésta es la llamada jurisdicción mero declarativa, meramente cognoscitiva, simplemente de conocimiento, etcétera.

Vale la pena agregar, en este punto especial, lo siguiente: la Teoría del Derecho Procesal ha hecho un esfuerzo por definir el concepto de “interés para obrar” y lo concibe como un presupuesto para proferir sentencia de fondo. Chiovenda, con más claridad, lo definió de la siguiente manera: “Como regla general, puede decirse que el interés en obrar consiste en que, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, sufrirá un daño el actor” (200, p. 202).

Por tanto, la jurisdicción mero declarativa habrá de operar sólo en aquellos casos en los que la incertidumbre, sobre un estado jurídico, produzca un perjuicio cierto a las partes del litigio. De no ser así, la intervención jurisdiccional será innecesaria y, de producirse, terminará en una sentencia inhibitoria por ausencia de uno de los requisitos dispuestos por el ordenamiento para producir una sentencia de fondo.

- b) El litigio brota cuando el pretensor busca que se le reconozca un derecho que, de existir, surgió como consecuencia del incumplimiento de una obligación previa por parte de quien resiste a la pretensión. En este caso, la actividad jurisdiccional se traduce en un *accertamiento triple*: primero, se establece con certeza si es cierto o no que sobre el resistente pesaba una obligación; segundo, se decide sobre su incumplimiento y, finalmente, se concretan las consecuencias del mismo estatuidas por el orden jurídico. En este caso específico sólo se tiene en consideración este último aspecto de la actividad cognoscitiva del juez. Esta forma de la potestad jurisdiccional suele denominarse como “de condena”.

- c) Finalmente, es posible que la declaración de certeza que deba efectuar el juez sobre la composición de un litigio sea, a su vez, presupuesto para una modificación de la relación jurídica que vincula a los sujetos del mismo. En tal caso, dice Carnelutti: "La declaración es no sólo un fenómeno procesal, sino además un hecho jurídico material, y la sentencia tiene no sólo eficacia declarativa, sino además eficacia constitutiva del evento" (1993), Tomo II, p. 171.

En este caso se habla de jurisdicción constitutiva. Sin embargo, es menester diferenciar dos situaciones distintas: unas veces es necesario que la potestad jurisdiccional actúe de este modo puesto que el ordenamiento jurídico no autoriza otra forma de producirse el cambio. Es el caso de la anulación de un matrimonio civil: sólo en virtud de un mandato jurisdiccional por cuya virtud se haya declarado con certeza la ocurrencia de uno de las causales de nulidad matrimonial, se producirá la misma. Otras veces, la necesidad de la jurisdicción constitutiva es coyuntural dada la imposibilidad de ejecutar los otros mecanismos que el derecho consagra para producir los cambios en los estatus jurídicos. Es el caso del divorcio o la disolución de una sociedad comercial en caso de desacuerdo entre los cónyuges o los socios.

Por su parte, el litigio con pretensión cierta o insatisfecha requiere que la jurisdicción obre de manera diferente. Esta forma se conoce con el nombre de jurisdicción ejecutiva o de ejecución. El presupuesto básico para esta modalidad de la jurisdicción es la certeza del derecho pretendido por el pretensor. Usualmente, los ordenamientos jurídicos exigen que la declaración de certeza sea consignada en un documento, que se identificará con la sentencia en los casos en los que la certidumbre jurídica provenga de una actividad jurisdiccional previa. Pero resulta viable, de acuerdo con la política que al respecto tenga cada ordenamiento jurídico, que el accertamiento de las relaciones jurídicas provenga del ejercicio del método administrativo de creación de mandatos. En estos casos, el documento contentivo de la declaración de certeza adquirirá una fisonomía distinta a la de la sentencia. Con todo, sea de origen judicial o extrajudicial, el documento al que se hace referencia lleva el nombre de "título ejecutivo".

El proceso mediante el que se ejerce esta modalidad jurisdiccional consiste, pese a las diferencias que en su diseño establezca cada ordenamiento positivo, en una conducta física productora de un cambio real en el mundo, con el objetivo único de acomodarlo a lo dispuesto en el mandato. Se entiende, de acuerdo con lo expuesto, que el mandato al que se alude es aquel que, creado jurisdiccional o administrativamente, haya quedado consignado en un título.

LA JURISDICCIÓN CAUTELAR

Componer un litigio, sea con pretensión cierta o incierta, toma tiempo. Aunque los procesos sean ejecutados en forma expedita, corriendo la justicia a producir sentencias, necesariamente habrá un lapso, un periodo entre la aparición de la *litis* y su composición jurisdiccional.

Esta demora natural en su composición puede tener como efecto el empeoramiento del litigio, haciendo ineficaz la norma jurisdiccional que eventualmente se produzca, dirigida a componer un litigio que ya no existe (pues ha devenido en otro pero). Piénsese, verbigracia, en un litigio en el que una de las partes (un hijo) se auto-atribuye el derecho de recibir alimentos de la parte resistente (su padre): el tiempo que ha de transcurrir entre la aparición del litigio, el surtimiento del proceso y la producción de la sentencia, supone el peligro de su prolongación excesiva, lo que significaría para el pretensor la posibilidad de sufrir la consecuencia más gravosa de no ver satisfecha su necesidad de alimento (la muerte por inanición); es decir, la norma jurisdiccional, cual sea su contenido, es totalmente ineficaz en el momento de su llegada.

Para hacerle frente a esta circunstancia, natural pero también perjudicial para el recto cumplimiento de la potestad jurisdiccional, existe una última sub-función (otra modalidad jurisdiccional, de acuerdo con la terminología usada en este escrito), denominada cautelar o de seguridad, cuya finalidad es garantizar los resultados de las otras modalidades jurisdiccionales.

Se tilda de "jurisdiccional" esta actividad, ya que se adapta a la definición básica y formal que hemos dado de la jurisdicción: un método creador de normas a cuya ejecución se presentan los destinatarios de las mismas

normas y el Estado, encarnado en un funcionario específico llamado juez. La norma creada no es otra cosa que una providencia cautelar o, para ser más exactos, un mandato que tiene por finalidad prevenir que el proceso compositor del litigio sirva de instrumento agravador del mismo.

Esta providencia o proveimiento cautelar se caracteriza por anticipar provisionalmente todos o algunos de los efectos de la norma jurisdiccional compositora de la *litis* (la creada en la sentencia). Es en este sentido como Calamandrei ha entendido la jurisdicción cautelar y concibe la sustancia de la providencia cautelar como “una (...) anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma (...)”. (2005, p. 45).

Separando algunos de los elementos del concepto transcrito del jurista italiano, se evidencian las siguientes notas descollantes de la norma jurisdiccional de cautela:

- a. *Es un mandato provisional.* La norma producida por la jurisdicción cautelar no tiene por finalidad componer el litigio de manera definitiva: lo hará (en su totalidad o en alguno de sus aspectos) mientras se produce la sentencia. La providencia de cautela nace sometida a una condición resolutoria: la formulación de la norma compositora, en términos definitivos, de la *litis*.
- b. *Es un mandato instrumental.* La providencia cautelar existe para contribuir al mejor éxito de la providencia componedora del litigio —la *principal*—. Surgida esta última, la norma cautelar carece de todo objeto y, por lo mismo, desaparece del ordenamiento jurídico.
- c. *Es un mandato dirigido a evitar el daño que podría derivarse de la demora natural de la composición del litigio.* Me permito insistir en un argumento ya presentado: la providencia cautelar se dirige a contrarrestar los estragos que el tiempo supone para los litigios. Sin embargo, no siempre se justifica el proveimiento de esta clase de decisiones jurisdiccionales. La necesidad de la misma se encuentra definida por los “presupuestos de la jurisdicción cautelar”. Son dos: el primero de ellos, identificado tradicionalmente con la expresión latina *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho), significa que el juez debe hacer un cálculo anticipado de la ve-

rosimilitud del derecho alegado por el pretensor: debe verificar si, por lo menos, es probable que se acoja la pretensión formulada. Se deducirá, fácilmente, que esta apariencia del derecho se torna en certeza en el campo de la jurisdicción ejecutiva y, por lo mismo, son más comunes las manifestaciones de la justicia cautelar en el proceso de ejecución que en el proceso en el que se ejerce la jurisdicción declarativa, pues en ésta el derecho auto-atribuido es, por esencia, incierto. El segundo presupuesto, también identificado por la tradición con una expresión latina –*periculum in mora* (peligro en la mora) – consiste en la posibilidad, razonable y objetivamente fundada, en un empeoramiento de las condiciones del litigio, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal y se lesiona el interés del sujeto pretensor. Se concluye, entonces, que si no hay apariencia de buen derecho pero, sobre todo, si no existe el riesgo del agravamiento del litigio por el tiempo que naturalmente toma el proceso (no hay peligro por la mora), no debe producirse ninguna norma cautelar, pues la misma carecería de objeto dentro del ordenamiento.

La jurisdicción cautelar, para cumplir su cometido, obra en dos direcciones distintas, denominadas respectivamente *jurisdicción cautelar conservativa* y *jurisdicción cautelar innovadora*. La finalidad de la prevención conservativa es la evitación de cualquier cambio de la situación de hecho en la que se inserta el litigio y busca que las cosas sigan como estaban en el momento en el que se originaron. En este caso, la jurisdicción cautelar ataca al tiempo y evita que sus efectos se plasmen sobre la *litis*. Por ejemplo: si el objeto del litigio es un bien inmueble radicado en el patrimonio del resistente, una forma de la cautela conservativa sería el mantenimiento de dicho estado mediante la sustracción del comercio del inmueble y se evita que su propietario deje de serlo mientras dura el proceso. La cautela innovadora, por el contrario, busca cambiar las condiciones del litigio de manera anticipada a la terminación del proceso. Verbigracia: el artículo 7 del decreto 2591 de 1991, relativo a las acciones de tutela, reza que: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger un derecho, suspenderá la aplicación del acto que lo amenace o vulnere”. En este caso, el juez provee una norma que cambia el estado del litigio porque suspende la aplicación de un acto que, presuntamente, vulnera algún derecho fundamental de la parte pretensora.

CONCLUSIONES

De la anterior mirada la potestad jurisdiccional, extraigo varias conclusiones. La primera es que la misma es un método creador de normas. Es común escuchar en el mundo forense que sólo el legislador crea normas. No: el legislador sólo crea *leyes*, una de las clases de normas que forman un ordenamiento jurídico típico. Puede ser (como, en efecto, ocurre dentro de nuestro ordenamiento) que por política legislativa se dé una jerarquización entre las diversas normas y se fije en la cúspide —o cerca a ella— a la ley. Sin embargo, esto no quiere decir que las únicas normas de un ordenamiento sean las leyes y la única fuente de producción jurídica sea la legislación. Afirmar esto sería desconocer la obviedad que es la multiplicidad normativa de un sistema jurídico.

En segundo lugar, concluyo que la jurisdicción significa, *stricto sensu*, la dicción del derecho, cuando crea una norma reguladora de un litigio. Sin embargo, no deja de ser un método creador de normas cuando produce normas ordenadoras de los conflictos de intereses. Que un juez produzca una norma general y abstracta (como lo hace, por ejemplo, un Tribunal Constitucional cuando deroga una norma del ordenamiento por considerarla inconstitucional (Kelsen, 2001, p. 54) no hace mella en su naturaleza jurisdiccional.

En tercer lugar, sea visto que la jurisdicción, dependiendo de la actualidad y la particularidad del litigio que debe regular, actúa de distinta manera y se configura lo que llamé *las cuatro modalidades del método jurisdiccional*: la declaración, la ejecución, la cautela y la voluntaria. De esta tipología, se desprende una clasificación de los procesos que atienden a su función, es decir, a su papel en relación con la litis: procesos declarativos o de conocimiento, procesos ejecutivos, procesos cautelares y procesos voluntarios.

Estudiada la jurisdicción de esta manera, se trasciende de su estado formal de fuente de normas jurídicas para convertirse en un instrumento de suma valía, pues la misma implica un momento de diálogo entre el Estado y los litigantes, en veces caótico pero también en ocasiones productivo, que funge como motor de optimación del valor base de todo discurso jurídico: la justicia obtenida sin violencia.

REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, A. (2004). *Introducción al estudio del Derecho Procesal, primera parte*. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Andrés Ibáñez, P. (2005). *Los "Hechos" en la Sentencia Penal*. México: Editorial Fontamara.
- Barrios de Angelis, D. (2002). *Teoría del Proceso, segunda edición*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores.
- Carnelutti, F. (1952) *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vols. I y II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- (1993). *Sistema de Derecho Procesal*, tomos I y II. Buenos Aires: Editorial U.T.H.E.A.
- (2003). *Teoría General del Derecho*, primera edición. Granada: Editorial Colmenares.
- (2004). *Cómo se hace un proceso*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis
- (2006). *Teoría General del Derecho*, tercera Edición. Lima: ARA Editores
- Chiovenda, G. (2000). *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Editorial Reus.
- Couture, E.J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis.

- García, J.A. (1999). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2001). "El Derecho como técnica social específica", en: *¿Qué es justicia?* Barcelona: Editorial Ariel.
- (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Ciudad de México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2007). *El contrato y el tratado*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.
- Liebman, E.T. (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Montero, J. (2000). *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Montero, J.; Gómez, J.; Montón, J.L. & Barona, A. (2003). *Derecho Jurisdiccional I*, 12° edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Nino, C.S. (2005). *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires: editorial Astrea.
- Petit, E. (2005). *Derecho Romano*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Recasens Siches, L. (2003). *Introducción al estudio del Derecho*. Ciudad de México. Editorial Porrúa.
- Rico, L.A. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Comlibros.
- Satta, S. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial E.J.E.A.

LA PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, COMO PRIMER LÍMITE AL EJERCICIO DE LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL¹

THE PREVALENCE OF THE PRINCIPLES IN GOVERNMENT PROCUREMENT, AS THE FIRST LIMIT OF THE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE DECLARATION OF STATE CONTRACT EXPIRATION

*Gerardo Orrego Lombana**

Resumen

Es normal escuchar que en Colombia la contratación estatal es una actividad eminentemente reglada, que se desarrolla a partir de normas que regulan cada una de las etapas del proceso contractual; pero decir esto es dejar de un lado la idea que brota por todos los rincones de la Ley 80 de 1993, consistente en que la contratación estatal en Colombia, como cuerpo jurídico dentro del ordenamiento de un Estado social de derecho, implica, en primer lugar, una fundamentación en materia de principios generales del derecho, toda vez que su desconocimiento en el tema de la contratación estatal conllevaría la nulidad del contrato estatal, y/o de los demás actos administrativos que se creen en razón del proceso contractual, como sería el caso de la nulidad del acto por medio del cual se declara la caducidad o se ejerce otra de las potestades excepcionales del contrato estatal. Esto permite inferir que los principios son el primer límite para la aplicación de dichas cláusulas.

Palabras clave: Contrato estatal; Principios; Constitución; Debido proceso; Responsabilidad; Nulidad; Caducidad administrativa

¹ Artículo producto de investigación del proyecto “Límites jurídicos a las cláusulas exorbitantes del contrato estatal”, Universidad de Medellín. Maestría en Derecho. Cohorte II.

*Aspirante al título de Magíster de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo. Abogado. Experiencia Docente: Fundación Universitaria Luis Amigó; Universidad de Medellín y Corporación Universitaria Remington. Medellín-Colombia.

Fecha de recepción: 16 de octubre de 2012 - Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2012.

Abstract

It is common to hear that government contracts in Colombia is predominantly regulated activity, which was developed from rules governing each of the stages of the contracting process, but say this is one stop away from the idea that comes from all corners of the law 80 of 1993, which is that government contracts in Colombia, as legal body within the order of a social state of law, involves first, a foundation in general principles of law, since the ignorance of these on the subject of government contracting, can lead to the invalidity of the state contract, and / or other administrative acts to be created because of the contractual process, as in the case of the invalidity of the act by which declared forfeited or exercised other powers of the state contract exceptional, so are the principles the first limit the application of such terms.

Key words: State contract; Principles; Constitution; Due process; Liability; Invalidity, contract expiration.

INTRODUCCIÓN

Los principios en la contratación estatal, algunas veces, son abordados como unos meros criterios auxiliares de interpretación, sin otorgarle mayor relevancia a los mismos en lo que atañe a su aplicación en cada una de las etapas del proceso contractual. Es pertinente demostrar cómo, en virtud de nuestra actual Constitución, dicho pensamiento ha de ser superado, máxime si la misma jurisprudencia del Consejo de Estado le ha concedido tanta fuerza a los principios constitucionales como normas de aplicación inmediata y como desarrollo al mandato constitucional, tal y como se verá a lo largo de este escrito.

El presente artículo busca evidenciar, con fundamento normativo y jurisprudencial, la prevalencia de los principios en materia de contratación estatal, circunscritos, eso sí, a casos específicos de la legislación colombiana, pero sin pretender hacer un tratado de principialística ni refutar o crear alguna teoría sobre la naturaleza de los principios generales del derecho.

Se busca que el presente escrito sea una base para futuras investigaciones que profundicen sobre la prevalencia de los principios en materia de contratación estatal, ya que el presente artículo enfocará esa prevalencia únicamente en lo que respecta a los límites de la aplicación de la caducidad administrativa del contrato estatal; límite que se constituye por la obligación de respeto a los Principios Generales del Derecho, generado por el mandato constitucional enunciado en el artículo 4 de nuestra Carta Suprema en el que se incorpora el principio de la prevalencia de las normas constitucionales sobre las demás normas del orden interno.

LA PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El nacimiento del Estado de derecho implicó la aparición de dos grandes principios: el de legalidad y el de responsabilidad. En este sentido, dejamos de hablar de la existencia de Estados absolutos en los cuales la vida y los bienes de las personas le pertenecían al rey, quien podía usar y abusar de ellos siempre que así lo quisiera, debido a que sus mandatos le

eran aplicables a todas las personas, menos a sí mismo. De esta forma, el Estado de derecho le impuso a los gobernantes, y en este sentido también, al mismo Estado, la obligación de respetar el ordenamiento jurídico, so pena de predicar de él la responsabilidad que se derivara del irrespeto a la ley. Aun así, los principios en el Estado de derecho no iban más allá de un mero concepto de normas programáticas, que sólo tenían aplicación en la medida de la importancia que le dieran los integrantes del órgano legislativo en el momento de crear las leyes.

Con la aparición del Estado social de derecho, múltiples conceptos primigenios del Estado de derecho también cambiaron, como la posición que habrían de ocupar los principios dentro del ordenamiento jurídico. Con este esquema debemos considerar que el ordenamiento jurídico no está compuesto solamente de normas-reglas, sino que, también, está integrado por normas-principios, que son normas jurídicas que carecen de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica y que no van más allá de la orden del respeto y la realización de dicho principio, cuyo contenido específico sólo se puede ver en el caso concreto. Ahora, tal y como lo expresa el Dr. Zagrebelsky, distinguir entre principios y reglas significa distinguir entre la Constitución y la ley. De acuerdo con lo que enuncia el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, las normas constitucionales prevalecen sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, de donde podemos deducir que los principios prevalecen sobre las reglas, inclusive, en lo que al tema de contratación estatal se refiere, toda vez que no existen motivos por los cuales habría de tratarse esta materia de una forma distinta al que tienen las demás especialidades del derecho.

En igual sentido, también cabría destacar que existen corrientes, como la de Sergio Estrada Vélez (2006), que consideran que todos los principios, estén dentro de la Constitución o no, tienen carácter constitucional porque hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por esta razón sería irrelevante distinguir entre principios constitucionales y principios legales, sólo por el documento al que los mismos se han incorporado.

Si se mira el estatuto de la contratación estatal desde una óptica más neoconstitucionalista, se observa que dicha norma, desde su primer artículo, expresa que el tema de la contratación estatal en Colombia no es una

materia que se reduce sólo a la aplicación de normas de procedimiento de selección del contratista y a las demás normas técnicas que se consagran en dicho estatuto, también indica que han de tenerse muy presentes los principios como normas rectoras que deben guiar los procesos contractuales, y es por ello que el estatuto de la contratación estatal, en su primer artículo, resalta que dicha ley tiene por objeto disponer, además de las reglas, los principios que han de regir la contratación de las entidades estatales. Es evidente que el estatuto de la contratación estatal pareciera diferenciar la existencia de dos tipos de normas: los principios y las reglas de la contratación estatal.

La aplicación de los principios en materia contractual va más allá de la mera selección objetiva del contratista, es decir, los principios generales del derecho, los que hagan parte de la Constitución o de una ley, han de ser apreciados en todas las etapas de la contratación estatal y no sólo en el momento de la selección del contratista. Es decir que, postulados como la buena fe, la prevalencia del interés general, el debido proceso, la transparencia y la responsabilidad, entre otros, deben ser desplegados en cada una de las etapas del trámite contractual.

Si bien es cierto que la ley 80 de 1993 indica de forma expresa cuáles son los principios que tienen aplicación en esta materia, en ningún caso ello puede entenderse como una negación de los demás principios del ordenamiento jurídico que no estén comprendidos en la ley 80, toda vez que dichos principios, por hacer parte del bloque de constitucionalidad, (Estrada, 2006), hacen parte de la misma Constitución que prevalece frente a las demás normas del orden interno. Aun así, es menester indicar que el estatuto de la contratación estatal considera que son principios aplicables a la contratación estatal los enunciados en el artículo 23 de la ley 80 de 1993, que dice así:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En la norma transcrita se advierte una confusión entre lo que es una regla y lo que es un principio, ya que, si bien la titulación que se le da al artículo en mención pareciera referirse sólo a los principios que rigen la contratación estatal, se encuentra que también habla de las reglas de interpretación de la contratación, normas que no son más que reglas, como su mismo nombre lo indica. Aun así, podemos decir que dicho artículo normativo, además de referenciar los principios generales del Derecho, indica que también serán aplicables, a los procesos de contratación del Estado, los principios de la función administrativa, los principios del derecho administrativo y los principios especiales de transparencia, economía y responsabilidad que desarrolla la Ley 80 de 1993.

Si bien en dicha enunciación normativa pareciera que se describen los principios generales del derecho como una categoría aparte de los demás grupos de principios, considero que todo principio en sí mismo es un principio general del derecho, porque el derecho es uno e indivisible, y que muy a pesar de que tenga especialidades, las normas que se generen en cada una de esas especialidades debe estar en coherencia con los principios que fundamentan el ordenamiento jurídico.

A la contratación estatal se han de aplicar todos los principios establecidos en el cuerpo de la Carta Constitucional, por mandato directo del artículo 4 de la Constitución Política, que prevé que ella es norma de normas y que, como tal, sus normas son de aplicación inmediata. Por tal razón, en la contratación estatal se deben observar todos los principios aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano.

Debido a la dificultad que implica enunciar todos y cada uno de los principios que le serían aplicables a los procesos de contratación estatal, nos limitaremos a enunciar algunos de los que se aplicarían en la contratación estatal, para establecer que su desconocimiento no sólo puede afectar la validez de los actos precontractuales, o del contrato estatal mismo, sino que, también, se convierten en un límite para el ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal; más aún, si se tiene en cuenta que de la enunciación o del estudio de un principio se desprenden otros, dada la característica de interrelación que existe entre los principios como pilares que son de un mismo ordenamiento jurídico; en este

sentido, describiré cómo los principios son el primer límite para el ejercicio de las facultades exorbitantes del contrato estatal, con el desarrollo de los principios de responsabilidad, de prevalencia del interés general y del debido proceso.

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El principio de responsabilidad es uno de los primeros que se enuncian en nuestro ordenamiento jurídico y, como lo dijimos con anterioridad, es uno de los pilares del Estado de derecho mismo y que, por ende, también es pilar del Estado social de derecho,

El artículo 6 de la Constitución Política de Colombia indica que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”; y, de otra parte, el artículo 90 del mismo cuerpo normativo indica que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El principio de responsabilidad está consagrado en el artículo 3 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró a regir a partir del segundo semestre del 2012), en el que se indica que las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos; se recalca lo ya antes dicho por la Constitución en el sentido de que la responsabilidad de los servidores públicos se genera no sólo por su actuar contra derecho, sino, también, por su conducta omisiva o por la extralimitación en sus funciones.

En cuanto a la Ley 80 de 1993, es menester indicar que dicho estatuto, en su artículo 26, cita algunos eventos en los cuales se han de predicar la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los contratistas, pero es oportuno indicar que dicha responsabilidad no sólo es predicable para los eventos consagrados en el artículo 26 del mencionado estatuto contractual, sino que se ha de predicar responsabilidad siempre que de

un actuar, de una omisión o de una extralimitación se produzcan consecuencias antijurídicas. El concepto del principio de responsabilidad predica responsabilidad de la administración cuando, con su actuar, produce algún daño injustificado en cabeza del contratista, y también es predicable dicha responsabilidad por parte del contratista cuando, con su actuar, crea perjuicios a la administración y quedan facultados, uno u otro, para el cobro de los perjuicios ocasionados por el actuar contra derecho de la otra parte del contrato.

Son múltiples los eventos en los que se habla del principio de responsabilidad en la contratación estatal, como lo es en materia disciplinaria, en lo penal, en lo fiscal, entre otras; pero también se hace referencia al principio de responsabilidad del Estado en el ámbito de la responsabilidad contractual, como es el caso de la responsabilidad del Estado generada por el hecho del príncipe, entre otros casos similares, que se mencionarán, pero sobre los cuales no se profundizará más allá de lo que atañe al tema del ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal y teniendo en cuenta que del principio de responsabilidad se desprenderá otra serie de principios que, a su vez, son límites como principios que son, para el ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal como los postulados del equilibrio contractual y de la excepción de contrato no cumplido.

La normativa referida a la contratación con el Estado indica que en la relación contractual entre la entidad estatal y el contratista, debe existir un equilibrio en la contratación que consiste en el mantenimiento de las condiciones económicas y financieras en el momento de proponer o contratar, es decir, al contratista se le deben mantener las condiciones con las que él presentó la propuesta, toda vez que, de haber sido distintas dichas condiciones, la propuesta también lo habría sido. Pero este equilibrio se rompe por la ocurrencia de los hechos generadores del concepto de “la imprevisión” o por la ocurrencia del “hecho del príncipe”. Por tal razón, es necesario indagar en qué eventos ocurre uno u otro caso.

Para aludir al principio de la responsabilidad del Estado, con un enfoque en el principio del equilibrio contractual, es menester aclarar que la teoría del hecho del príncipe antes mencionada es utilizada comúnmente

con diversas acepciones: una en sentido lato y otra en sentido estricto, depende de si se considera que el hecho proviene de cualquiera de las entidades del Estado o si proviene de la entidad contratante. El Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez (2008) ha manifestado que:

En sentido lato, la expresión “hecho del príncipe” se refiere a toda intervención de los poderes públicos, es decir, de cualquier órgano del Estado que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato...

(...) La teoría del hecho del príncipe... nació para corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas generales, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta su contrato... el hecho del príncipe concierne a las medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso (...)

(...) En cambio, en sentido estricto, la expresión, que también se conoce como “hecho de la administración”, designa los actos provenientes de la autoridad pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto a las condiciones de su ejecución.

Ahora, es necesario desligar el concepto del “hecho del príncipe” de lo que es la “responsabilidad contractual” de la entidad contratante, debido a que mientras del “hecho del príncipe” se deriva de la ocurrencia de actos de carácter general por parte de la administración, es decir, de actos que están dirigidos a toda la comunidad, la “responsabilidad contractual” de la entidad contratante está enfocada a los actos de naturaleza particular, tales como la modificación o interpretación unilateral del contrato. Es por esto que el Consejo de Estado, en sentencia del veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo, definió la fuente de la responsabilidad del Estado por el hecho del príncipe en el siguiente sentido:

Es bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros, el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del área administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Es-

tado. Si el hecho es de carácter particular y emana de la entidad pública contratante, su manejo deberá enfocarse en función de la responsabilidad contractual y no en razón de la teoría indicada. La medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato considerada a la fecha de la celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento.

Así mismo, es diferente la imputación por la “teoría del hecho del príncipe”, a la imputación de responsabilidad del Estado por la “teoría de la imprevisión”, porque la primera hace referencia a situaciones ajenas a las partes, con ocurrencia posterior a la celebración del contrato, que hacen más gravosa la ejecución del mismo. La característica fundamental de la imprevisión es que la misma no se deriva de la voluntad de las partes, como sí ocurre en la teoría del hecho del príncipe. Son múltiples los posibles eventos de la imprevisión: la guerra, una crisis económica, un hecho natural catastrófico, entre otros.

De igual forma, también se diferencian “el hecho del príncipe” y la “teoría de la imprevisión”, en que las consecuencias para la administración serán distintas, ya que mientras que en el hecho del príncipe se condenará a la entidad contratante a resarcir al contratista los mayores costos que le produjo la medida administrativa, junto con el lucro cesante, es decir, junto con aquello que el contratista dejó de percibir por la actuación de la administración; en la teoría de la imprevisión, a la entidad contratante sólo se le deberá condenar al pago de los mayores sobrecostos en los que incurrió el contratista como consecuencia del hecho perturbador; pero nada se indica sobre el lucro cesante en el que pudo incurrir el mismo; esta medida es justa, toda vez que en la imprevisión el hecho es ajeno a la voluntad de la administración, por lo que se deberá resarcir el equilibrio del contrato pero sin castigar a la administración por un hecho exógeno a la misma.

El principio de responsabilidad, como principio fundante del Estado de derecho, no se agota, como ya se dijo, en los eventos resaltados en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, debido a que en dichos casos ni siquiera se toca el tema de la aplicación o ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, pero se debe mencionar, que si de la ejecución de

alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal se genera algún perjuicio injustificado, se predicará la responsabilidad de la administración y la misma deberá indemnizar los perjuicios causados; como sería el evento en el que se declare la caducidad del contrato cuando el mismo está cercano a su terminación; o en el caso en el que la interpretación unilateral del contrato, por parte de la administración, sea contra derecho y ello deje perjuicios económicos en el contratista; o cuando se abuse de las multas que se pueden imponer al contratista, entre otros eventos.

De igual manera, la administración no podrá ejercer las facultades exorbitantes del contrato estatal como las multas, la caducidad y la sanción pecuniaria, cuando la misma administración, ya sea por el hecho del príncipe, por hechos imprevistos o por eventos de responsabilidad contractual, es quien ha dado lugar a la ocurrencia de los eventos sobre los cuales habrá de aplicar dichas cláusulas; eventos en los cuales, se habrá de predicar la responsabilidad de la administración y será ella quien deba resarcir los daños causados; y en el evento de ejercer las potestades exorbitantes la administración será obligada a resarcir todos los perjuicios que cause con dicha conducta, muy a pesar de que objetivamente se configuren las causales para el ejercicio de dichas potestades, toda vez que dichos supuestos nos son imputables al contratista.

El principio de responsabilidad, enfocado desde la ejecución del contrato estatal, también tiene una fuerte relación con el principio contractual conocido como “excepción de contrato no cumplido”, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, según el cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora si deja de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”; de donde se desprende, y por más obvio que parezca, que si la administración no ha actuado con diligencia en la relación contractual, ella no está facultada, en principio, para ejercer las potestades excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993, ya que, por razones de simple equidad, la administración no puede obligar al contratista a cumplir si ella ya ha incumplido sus obligaciones como parte contratante, o si, peor aún, como se indicó anteriormente, ha sido ella quien ha generado el incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Es en este sentido que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), radicado número 12.722, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez, expresó que:

La Administración tiene la facultad de ejercitar los poderes exorbitantes que le concede la ley, cuando se cumplen los supuestos previstos al efecto; el incumplimiento del contratista es supuesto del ejercicio de unos de esos poderes. En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, se desdibuja el incumplimiento del contratista que justifica el ejercicio de algunos de los poderes exorbitantes, como lo son la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato, la imposición de multas, etc.; toda vez que, conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a ejecutar sus prestaciones cuando la otra parte incumplió las propias. Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la Administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista.

EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL PARTICULAR

Una de las bases de un Estado social de derecho, es el hecho de que prevalece el interés general sobre el particular, tal y como lo mandan multiplicidad de normas positivas en la Constitución Política de Colombia y en la ley 80 de 1993; y más específicamente el artículo 1 de nuestra Carta que indica que Colombia es un Estado fundado en la prevalencia del interés colectivo, por lo que, en palabras del constituyente en el artículo 58, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

El principio de la primacía del interés general consiste en que la causa de la contratación estatal, y los fines de la misma, deben estar orientados hacia el logro de los fines del Estado, hacia la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

La causa misma del contrato estatal la conforma el interés general y se recalca que el interés general es la causa y el efecto del contrato estatal (Vélez, 2003); el ejercicio de las potestades excepcionales de la contratación estatal también han de tener como causa, y como fin, el interés general.

El contrato estatal también debe contar con una causa lícita cuyo fundamento, como ya se expresó, es la búsqueda del interés general; ello so pena de adolecer de una falsa motivación que llevaría al vicio de nulidad del contrato y, por lo tanto, susceptible de ser declarado nulo de acuerdo con lo enunciado por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Al igual que el fin del contrato estatal, la causa del mismo debe estar inspirada en las necesidades sociales y en el interés de satisfacción de las mismas, que, como ya se dijo, también aplica para la expedición de los actos administrativos que se deriven del ejercicio de las facultades exorbitantes de la contratación estatal.

La causa lícita es uno de los presupuestos de validez del acto administrativo y la declaratoria de alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal es un acto administrativo. El contrato estatal es un acto administrativo bilateral y a estos actos se le exige que tengan una causa lícita. En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "b", en sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicado 11.370, con ponencia del consejero, Dr. Silvio Escudero Castro, manifestó que:

La causa es un elemento esencial de los actos administrativos que está constituida por la representación y valoración que el sujeto titular del poder administrativo hace de unos hechos, que lo impulsan a declarar su voluntad y a generar con ella determinados efectos jurídicos". La causa, entonces, gravita en la apreciación que el agente público hace de los hechos. La comprobación de la causa o la estimación de dicho presupuesto fáctico, no solo atañe a la administración, sino también a la jurisdicción. Cuando la representación y valoración de los hechos concuerda con la realidad y cuando la preceptiva jurídica determina las condiciones, que son aplicadas adecuadamente, para la apreciación de ciertos hechos, la causa del acto administrativo será regular y legal. A contrario sensu, si la declaración de voluntad se fundamenta en hechos que no existieron, que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto se encontrará viciado.

En igual sentido, teniendo presente que el interés que se persigue con la contratación estatal no es el del lucro de la entidad estatal ni mucho menos el lucro de algún servidor público, es menester indicar que el contrato estatal se debe celebrar con el objetivo de dar cumplimiento a los fines establecidos por la misma ley 80 de 1993, la cual, en su artículo 3 indica con claridad cuáles son los fines de la contratación estatal en Colombia: el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

No sobra resaltar que los fines del Estado son, entre otros, los enunciados en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, es decir: servir a la comunidad, 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; defender la independencia nacional; mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; además de la protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, que, en pocas palabras, son resumidos en el logro del interés general.

De esta forma, cabe decir que todo acto administrativo por medio del cual se ejerza alguna de las facultades excepcionales del contrato estatal que no tenga por fin el logro del interés general, sino que busca un interés particular, ya sea político, económico o de otra clase, adolecerá de nulidad por desviación de poder, y como tal, podría ser declarado nulo, con la consecuente declaración de responsabilidad de la entidad pública y del funcionario creador del acto impugnado.

EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El principio del debido proceso es un postulado constitucional que se extiende por todo el ordenamiento jurídico y debe ser tenido en cuenta, tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, según lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política.

En virtud del principio del debido proceso, de acuerdo con lo indicado por la Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción; de esta forma es que se debe entender que no sólo basta con aplicar el debido proceso en lo que atañe a la selección del contratista, sino que, también, se debe respetar este principio en todos los ámbitos de desenvolvimiento de la ley contractual, ya que el debido proceso implica el derecho de defensa y de contradicción que deben ser observados en diversas etapas, como cuando se le da aplicación a alguna de las cláusulas exorbitantes del contrato estatal, pero sin restringirlo, como pareciera indicar la Ley 1150 de 2007, en su artículo 17, a la mera materia sancionatoria en la aplicación de las multas del contrato y en la aplicación efectiva de la cláusula penal pecuniaria, porque dicho postulado también debe ser observado en el momento de ser ejercida alguna de las otras potestades excepcionales del contrato estatal, como es el caso de la declaratoria de caducidad del contrato estatal, que es uno de los eventos no contemplados en la redacción del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, pero posteriormente recogido por la ley 1474 de 2011 y el Decreto 734 de 2012.

La máxima del debido proceso como límite a la aplicación de la potestad exorbitante de declaratoria de caducidad del contrato estatal: como es bien sabido, la Ley 80 de 1993 estableció, en su artículo 18 la cláusula de caducidad como aquella facultad o potestad exorbitante de la administración pública para dar por terminado el contrato estatal celebrado cuando, con el incumplimiento de las obligaciones que están a cargo del contratista, se afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que dicho incumplimiento puede conducir a su paralización.

El Decreto 734 de 2012, promulgado en el mes de abril del mismo año, estableció que el proceso adecuado para aplicar la caducidad del contrato estatal es el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; pero antes de la expedición de dicha norma no existía un proceso determinado que estableciera un procedimiento para ejercer la facultad exorbitante en mención. En este orden de ideas, se preguntaba el mundo académico del derecho colombiano (antes de la entrada en vigencia del Decreto nacional

734 de 2012), si debido a que la cláusula de la caducidad administrativa del contrato estatal es una potestad excepcional a aquellas que se otorgan a los contratantes en el derecho común, era necesario, en el momento de ser aplicada, respetar el debido proceso como principio rector constitucional, o si la misma era aplicable sin la necesidad de desarrollar procedimiento alguno, dado que es una facultad excepcional de la administración pública y la Ley 80 de 1993 no estableció un procedimiento para ello.

En la contratación estatal se presentan dos intereses, de una parte el del contratista que busca una mera utilidad económica, en la generalidad de los casos; mientras que, de otra parte, está el interés de la administración pública, que busca la prestación adecuada de un servicio y, por lo tanto, el logro del interés general. (Palacio, 2004).

De existir un conflicto entre el interés de la entidad pública y el interés individual del contratista, que por lo general no va más allá del lucro económico que el contrato le pueda representar, debe prevalecer el interés de la entidad pública, toda vez que es la entidad estatal quien representa el interés general, especialmente cuando el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia establece que “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

De otro lado, del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista se derivan dos males como la parálisis del contrato y la no realización de los fines que con él se persiguen, por lo que la ley privilegiará el interés general y aceptará la terminación como medida extrema para salvaguardar el objeto del contrato.

De este modo, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-569 de 1998, cuando hizo referencia al tema que nos ocupa, manifestó que la potestad para declarar la caducidad de un contrato estatal era una prerrogativa que se le había otorgado al Estado para dar por terminado un contrato celebrado por una entidad estatal, dada la grave afectación presentada por el incumplimiento de las obligaciones del contratista y con el fin de garantizar “que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte porque, de hecho, se lesiona a la comunidad en general”.

Cabe destacar que la búsqueda del interés general no se debe entender como una decisión contra-minoritaria, en la cual las mayorías, en la búsqueda de un interés general, afectan principios constitucionales como el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Magna colombiana. Es preciso volver sobre el concepto de democracia en la concepción enseñada por Luigi Ferrajoli (2009), quien considera que la democracia tiene dos aspectos o dimensiones: el primero de ellos la dimensión política, entendida como aquella de la que se deriva la producción legislativa a partir de la representación de las mayorías, es decir, es el aspecto que evidencia el interés de las mayorías representadas a través de los órganos de elección popular y, en especial, en el órgano legislativo; y un segundo aspecto, que es la dimensión sustancial que vincula el desarrollo legislativo sobre los derechos fundamentales.

Es pertinente expresar que, muy a pesar de que la ley 80 de 1993 no consagró un proceso determinado para la declaratoria de la caducidad del contrato, y que por el contrario, pareciera decir con la redacción del artículo 18 de dicha disposición, que el uso de dicha potestad era absolutamente unilateral, se debe tener presente que el desconocimiento de los derechos fundamentales del contratista en el momento de ser declarada la caducidad del contrato estatal, y en especial el desconocimiento de su derecho al debido proceso, evidencia una total decisión antidemocrática y se convierte en una obligación de la entidad contratante que la declaratoria de caducidad esté precedida de un procedimiento administrativo a través del cual se resguarde el derecho al debido proceso del contratista y, más específicamente, sus derechos de defensa y contradicción, tal y como lo consagró el artículo 5.1.13 del decreto 734 de 2012.

Téngase en cuenta que es un postulado de la función administrativa que sólo se tome una decisión cuando se haya dado la oportunidad al interesado de expresar sus opiniones; por tanto, el debido proceso se vulnera cuando no se cumple el procedimiento que establece la ley, a través del cual se le da la posibilidad a las partes interesadas de exponer sus ideas. (Lamprea, 2007).

El Consejo de Estado en reiteradas sentencias, y tal vez en una de las de mayor trascendencia, la del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio, expresó que:

Los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un Contrato Estatal son: (i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); (ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); (iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); (iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y (v) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, puesto que el ejercicio de tamaño poder de la Administración, que la sitúa en una posición privilegiada o de superioridad (*potentior personae*), debe respetar los derechos constitucionales al debido proceso y las garantías que él comprende, en especial, el derecho de defensa de los afectados con esta medida de excepción (art. 29 C.P.).

No se salvaguarda el derecho fundamental al debido proceso con los requerimientos que se hagan al contratista frente a su incumplimiento contractual, sino que se hace necesario iniciar el trámite de procedimiento administrativo por medio del cual se garantice el derecho de defensa del contratista, pero que también permita la salvaguarda del interés general, en lo que hace referencia a la continua prestación del servicio público objeto del contrato estatal, trámite que fuere consagrado por el Decreto 734 de 2012 en su artículo 5.1.13, que hace una remisión expresa al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Se debe dar la oportunidad al contratista de ser oído y que presente las pruebas que sean del caso, con las que pretende defenderse, para que con ello se dé cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 29 de la Constitución Política cuando hace referencia al derecho al debido proceso; más aún si se entiende que el derecho al debido proceso tiene un nexo directo con el concepto de democracia constitucional y cuando dicho principio ha sido sancionado con rango constitucional directamente para que imponga límites y vínculos a la legislación y a la administración en el momento de aplicar dichas leyes.

A pesar de la consagración expresa de un proceso determinado para la declaratoria administrativa de la caducidad del contrato estatal (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, remitido por el Decreto 734 de 2012), aún existen problemáticas que surgen frente al procedimiento para el ejercicio de la potestad exorbitante en mención; asuntos que se deberán decantar a través de la doctrina y la jurisprudencia, tales como ¿cuáles son los términos mínimos y máximos con los que debe contar el contratista para la formulación de los descargos? ¿Cuál es el término del período probatorio? Y otros interrogantes que se suplieron con la redacción del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

CONCLUSIÓN

Son múltiples las funciones que tiene los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales podríamos agrupar en las siguientes: 1) ser fundamento de todo el ordenamiento jurídico, 2) ser directrices para la aplicación de las normas reglas y 3) ser fuente integradora del derecho; o, en otras palabras, los principios tienen tres funciones que conforman su base: la función creativa, interpretativa e integradora del derecho (Valencia, 2000).

Es menester resaltar que los principios son el fundamento de las normas-reglas que existen en el ordenamiento jurídico, y que como tales son los postulados que se han de cumplir para el logro de los fines de la contratación estatal que, en últimas, no son más que aquellos mismos fines del Estado, establecidos por la Constitución Política. De esta forma, desconocer los principios de la contratación estatal, conlleva, en sí mismo, desatender los fines estipulados para la contratación estatal, lo cual, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 24 del estatuto contractual, implica la existencia de desviación o abuso de poder por parte de las autoridades de la entidad contratante.

Ahora, es pertinente aclarar que, de celebrarse un contrato estatal con el desconocimiento de los principios generales del derecho y en es-

pecial los de la contratación estatal, lleva a una desviación de poder y se reduce a predicar que el contrato se ha celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal consistente en la obligación de las autoridades de no actuar con desviación o abuso de poder, tal y como se indicó con anterioridad.

Ejemplo de la importancia de los principios en el ámbito de la contratación estatal es lo expresado por el Consejo de Estado, en sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), de la Sección Tercera, subsección c, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la magistrada Olga Mélida Valle de la Hoz, con radicación número 17.767, en la que se expresa:

Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la Contratación Estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez.

De otra parte, y como ya se indicó antes, también es predicable la nulidad de los actos administrativos distintos del contrato estatal, cuando se desconocen los principios, toda vez que, expresa el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se puede predicar la nulidad de los actos administrativos que infrinjan las normas en las que deberían fundarse; por lo que queda demostrado que la prevalencia de los principios se configura en el primer límite al ejercicio de las potestades excepcionales del contrato estatal, so pena del vicio de nulidad de que adolecería el acto administrativo por medio del cual se ejerzan dichas potestades, si con dicha actuación se desconocen los principios generales del derecho.

REFERENCIAS

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992). Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “b”, sentencia del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), radicado 11.370, Consejero ponente Silvio Escudero Castro.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del trece (13) de septiembre de dos mil uno (2001), radicado número 12.722. Consejera ponente María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), radicado número 18.394. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección c, sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), radicado número 17.767. Consejera ponente Olga Mérida Valle de la Hoz.
- Estrada, S.I. (2006). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Expósito, J.C. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

Lamprea, P.A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis.

Ospina, G. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá: Editorial Temis.

Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

----- (2010). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.

Tafur, A. (1995). *Derecho Administrativo General*, segunda edición. Bogotá: Editorial Ciencia y Derecho.

Vidal, J. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.

Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

HISTORIA JURÍDICA MEDIEVAL

STORIA GIURIDICA MEDIEVALE

*Cesare Sacchetti**

Resumen

El presente artículo, *La sociedad medieval y su relación con el derecho*, analiza los fundamentos del derecho medieval, los sistemas de poder de la sociedad medieval y la historia del derecho medieval. La Edad Media es particularmente importante desde el punto de vista de la historia puesto que representa un período de transición que afectará los sistemas contemporáneos.

Palabras clave: Derecho; Sociedad; Historia medieval; Derecho consuetudinario; Tribunales.

Abstract

This article "The medieval society and its relationship with the law." it analyzes the legal sources of the medieval law, the power systems of the medieval society and the history of the medieval law. The middle age is particularly important from the point of view of history, representing a transition period that will affect the existing contemporaries systems.

Key Words: Law, Society, Medieval history, Customary law, Courts.

* Magíster en Estudios europeos en la Facultad de Ciencias Políticas y Derecho la Universidad La Sapienza de Roma. Sus estudios y sus trabajos se han enfocado en el estudio del derecho público comparado, del derecho constitucional comparado, de la protección de los derechos humanos internacionales y de la sociología del derecho, con especial énfasis en la relación entre la sociedad y la ley.

Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012 - Fecha de aprobación: 4 de diciembre de 2012

INTRODUCCIÓN

La struttura della società medievale si caratterizza fin dal suo inizio come un sistema che aveva generato la nascita di una vasta rete di vincoli di fedeltà che costituiva la struttura sociale e univa tra loro il sovrano, i suoi vassalli, i vassalli dei vassalli e così via, fino agli uomini liberi che, spinti dal bisogno, accettavano di divenire servi dei signori pur di essere protetti e ricevere il necessario per vestirsi e nutrirsi. In tale situazione chiunque potesse elargiva delle concessioni ai più deboli in cambio di alcune prestazioni, ricavandone potenza e prestigio. La ripresa demografica e produttiva iniziata alla fine del secolo XI trova la sua espressione più significativa nella rinascita della vita cittadina. Per quanto riguarda le origini di questa rinascita, alcuni studiosi sottolineano la continuità tra la tradizione cittadina romana e quella medievale, altri attribuiscono il merito della ripresa alla tradizione comunitaria germanica o alla consuetudine di vita, altri infine vedono i privilegi di mercato concessi dai signori fondiari. Tali teorie vengono superate dalla tesi del Pirenne, secondo cui la città medievale presentava il prevalente carattere di centro artigianale e mercantile, perciò la sua fioritura era frutto della ripresa commerciale in seguito alla riapertura delle grandi linee del commercio internazionale. Oggi la rinascita cittadina non è più vista come fenomeno unitario, uguale in tutti i territori, bensì come realtà diversa da regione a regione. Si è soliti distinguere tre diverse aree. La prima, costituita dalle regioni settentrionali della Germania e dell'Inghilterra, viene caratterizzata per l'assenza di una significativa tradizione urbana di origine romana, per la presenza di una popolazione limitata, per la prevalenza di insediamenti rurali dominati dai signori. In quest'area gli stanziamenti diversi da quelli rurali erano costituiti dai *wiks* (*vici*), agglomerati di comunità mercantili sistemati lungo le linee principali del commercio. Diversa la situazione nella seconda area, ovvero le regioni nord-occidentali europee. La tradizione romana qui non è del tutto assente, gli stanziamenti mercantili assunsero anche qui la forma del *wik* ma erano posti ai bordi dei castelli signorili o di mura urbane allo scopo di ricevere protezione e tutela. Caratteristica di questa zona è il tipo di insediamento articolato in due nuclei abitativi distinti: il *castrum*, il castello o la città fortificata dominata da un signore in cui trovava rifugio la popolazione; il *suburbium*, posto al margine della fortezza e sede dei mercanti. L'Italia centro-settentrionale

e il Meridione della Francia costituivano la terza area, caratterizzata da una continuità della tradizione urbana del mondo romano.

LA TIPICITÀ DELL'ESPERIENZA GIURIDICA MEDIEVALE E I SUOI STRUMENTI INTERPRETATIVI

Facciamo un passo innanzi. Dopo aver tentato di mettere a punto alcuni strumenti metodici che facilitino il nostro approccio con l'esperienza giuridica medievale, scendiamo nel suo tessuto storico e cerchiamo di renderci conto di quel massiccio sforzo di fondazione che impegna l'Occidente dal secolo V all'XI. Uno sforzo non appariscente, non clamoroso, non legato a uno di quegli eventi sonanti che riempiono di sé la storia ufficiale, non frutto dell'opera di un principe illuminato o d'una rivoluzionaria scuola giuridica; frutto invece, prevalentemente, d'una prassi -soprattutto notarile ma anche giudiziaria -che, silenziosa ma tenace, libera da condizionamenti troppo stretti, consapevole almeno di dover fondare un edificio congeniale alle mutate esigenze economiche e sociali, si fa orecchiatrice attenta di una complessa sedimentazione consuetudinaria e la traduce in assetti organizzativi dell'esperienza, quelli che siamo soliti chiamare istituti giuridici.

In questo momento di fondazione emergono e si consolidano alcuni atteggiamenti generali connessi alla nuova e sempre più precisa mentalità giuridica, che conviene individuare e fissare fin da ora perché varranno come primi e illuminanti strumenti interpretativi della esperienza in formazione: fatti di civiltà giuridica, vissuti come valori duraturi, legati al volto autentico di essa, garanti e testimoni della sua tipicità. Valori duraturi, abbiamo detto; e qui è necessaria una puntualizzazione. I più saranno a tal punto duraturi da scavalcare d'un balzo l'età di fondazione e impregnare di sé anche il secondo momento più propriamente edificativo, più propriamente sapienziale: sono quei caratteri tipizzanti che costituiscono il medioevo del diritto, il modo medievale di sentire e vivere la giuridicità, rappresentando la conferma della intima unitarietà dell'esperienza oggetto del nostro studio. Ne parleremo ovviamente sin da ora, ma il nostro discorso si intenderà riferito a tutto il medioevo, e lo testimonieranno le fonti probanti attinte in un arco storico che valica il secolo di transizione fra i due momenti: l'XI. Siffatti atteggiamenti (che diventano per noi

strumenti inabdicabili di interpretazione) ci sembrano essere: innanzi tutto, l'incompiutezza del potere politico; in secondo luogo -e conseguentemente- la relativa indifferenza del potere politico verso il diritto con la conseguente autonomia di quest'ultimo e con un connesso accentuato pluralismo giuridico; infine, la conseguente fattualità e storicità del diritto. Accompagnati da due certezze fondamentali: l'imperfezione del singolo e la perfezione della comunità; il diritto come ordine, ordine giuridico.

Questi atteggiamenti e certezze sono al cuore non del solo momento di fondazione ma dell'intero medioevo, che ne sarà tutto sostanzialmente caratterizzato. Atteggiamento, invece, specifico al cosiddetto alto medioevo è il naturalismo-primitivismo in dipendenza di un cospicuo vuoto di cultura giuridica (Grossi, 2006): quando, dal secolo xv in poi la terra riconquistata e il tessuto di strade e di città conferisce un nuovo volto all'Europa occidentale, quando una grande fioritura scientifica sarà protagonista nella costruzione del diritto e vi sarà il cambio di guardia fra il sensato ma grossolano pratico di ieri e il raffinato uomo di pensiero di oggi, il primitivismo non potrà che essere relegato nei ricordi di un passato remoto. Resterà un forte atteggiamento naturalistico e si ribadirà un convinto reicentrismo quasi a dimostrazione che il primo medioevo ha forgiato durevolmente una coscienza giuridica e che questa coscienza è medievale senza limitazioni temporali; ma sarà un naturalismo rivissuto e reinterpretato in una trama sapienziale di altissima qualità speculativa. Sappia il lettore che sarà nostra cura accompagnarlo alla scoperta di una unità esperienziale ma anche delle diversità nell'unirà. Il medioevo ha una sua compattezza, ma non è ovviamente realtà immobile; l'immobilità non si conviene alla vita. L'esperienza, questa esperienza, come ogni esperienza, ha il suo momento formativo, la sua maturità, il suo declino. Le tappe, che abbiamo di fronte e nelle quali abbiamo ritenuto di scandire il nostro approccio, sono soltanto due: 'fondazione' ed 'edificazione', momenti diversi nella realizzazione di un grande progetto unitario. Alla fine, l'armonia dell'intero edificio storico risulterà limpida. Il primo fatto di civiltà -il più condizionante, il più incisivo -è rappresentato per lo storico del diritto dalla crisi e dal crollo della solida ammirevole struttura statale romana, dal vuoto politico che a quella crisi e a quel crollo è conseguito, dalle soluzioni politiche che, per l'intero arco dell'esperienza medievale, a quel vuoto si sostituirono ma che quel vuoto né colmarono né vollero colmare.

La tipicità del medioevo giuridico riposa innanzi tutto su questo relativo vuoto, su quella che abbiamo qualificato nel titolo di questo paragrafo come l'incompiutezza del potere politico medievale; intendendo per incompiutezza la carenza di ogni vocazione totalizzante del potere politico, la sua incapacità di porsi come fatto globale e assorbente di tutte le manifestazioni sociali, il suo realizzarsi nella vicenda storica medievale coprendo solo certe zone dei rapporti intersoggettivi e consentendo su altre -e amplissime -la possibilità di ingerenza di poteri concorrenti; con un processo che, annidandosi in origine nelle prime incrinature dell'edificio statale romano, si dispiega in un volto assolutamente tipico nel momento in cui le incrinature si cambieranno in un crollo effettivo e sulle rovine non si edificherà più una struttura politica della stessa qualità e intensità.

In sostanza, parlando di incompiutezza del potere politico medievale, si vuol qui riproporre in termini meno grossolani quella intuizione storiografica -cui facevamo cenno a proposito della fortuna presso i giuristi della proposta romaniana -, spesso grezzamente formulata e spesso immotivatamente ma puntuale nella diagnosi essenziale, che si suole esprimere nella affermata assenza dello 'stato' dal proscenio politico medievale. E qui conviene soffermarsi un poco per intendere meglio.

Una prima scelta porrebbe essere quella di usare tranquillamente il termine 'Stato' in un significato del tutto generico e neutro che valga a indicare qualsivoglia organizzazione politica, significato per il quale meriterebbe una simile qualifica tanto una primordiale organizzazione tribale quanto il complesso apparato della attuale Repubblica Italiana: ma ciò sarebbe greve di equivoci e si risolverebbe in un inadeguato e dannoso schema ordinante.

'Stato' non può non essere il termine-concetto così come si è sedimentato nella nostra odierna coscienza caricandosi in essa di specificità e di intensità; 'Stato' non può non essere la nozione consolidatasi nel corso dell'età moderna e che lo storico si porta dentro come patrimonio del suo presente, e sta cioè a contrassegnare una realtà politico-giuridica rigorosamente unitaria, dove unità vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere in tutta la proiezione territoriale garantita da un apparato

centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicologico, una volontà 'totalitaria' che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quella proiezione territoriale si realizzi. In altre parole, un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d'una volontà onnicomprensiva.

'Stato' è un soggetto politico forte, è l'incarnazione storica di un potere politico perfettamente compiuto; come tale appartiene all'inabdicabile patrimonio dell'indagatore, e potrà e dovrà proiettarsi in climi diversi e lontani, non come modello da imporre a ogni costo, bensì come prezioso strumento comparativo grazie al quale misurare e segnare analogie e diversità, assenze e presenze. È l'unico modo per sgombrare da equivoci il nostro cammino e assurgere a una più rigorosa precisione del linguaggio e degli schemi interpretativi. Se lo Stato sembra essere una presenza irrinunciabile non tanto della platea storica quanto della nostra coscienza di moderni, è perché siamo figli d'una età -quella moderna -che, con un processo lento ma crescente dal Trecento in poi, vive della presenza sempre più ingombrante di questo soggetto politico (Sestan, 1985), così ingombrante da averlo protagonista -ieri e ancora oggi, anche se non nei progetti per il futuro -della sua vita associata; ma è questo pur sempre un dato storico, cioè relativo, che, lungi dal precluderci di cogliere le varietà e le diversità del passato, deve, al contrario, fungere da cifra per esaltare le scelte alternative e le variazioni delle singole organizzazioni politiche, per esempio di quella della civiltà medievale. I genericismi e le approssimazioni non giovano a nessuno, tanto meno a chi opera sul piano della conoscenza, tanto meno al giurista che è il giustamente orgoglioso portatore d'una scienza ordinante, ordinante perché rigorosa. Soltanto avendo chiaro il contenuto della nozione così com'è nel presente ideario, si riesce a far chiarezza, ad attingere quella purezza di sguardo che permette la sostanziale comprensione del passato. Ed è facile, allora, allo storico del diritto concludere che, ben diversamente dalla opzione di Calasso per la continuità (Calasso, 1954), un rapporto di intensa discontinuità, o meglio un non-rapporto, una frattura profonda intercorre su questo punto fra gli universi medievale e moderno. Il medioevo politico ha la sua inaugurazione storica, quando, col secolo IV, è il momento d'avvio d'una profonda crisi dello Stato imperiale, fino a Diocleziano a stento rattenuta e compressa ma che ora sbocca in manifestazioni sempre più rilevanti: crisi

di effettività, di autorità, di credibilità. Nel mondo postdiocleziano resta soltanto uno Stato crisalide, incapace di affermare la propria volontà ma più ancora incapace di esprimere quella volontà unitaria, sostitutiva e intollerante di volizioni particolari concorrenti, che è tipica di ogni struttura autenticamente statale; ossia resta un non-Stato. Lo Stato romano muore, muore per inanizione, per un logoramento interno, che è materiale e spirituale, per un vuoto di potere efficace e di programma voluto. Quel che preme qui di sottolineare è che quel vuoto non sarà che parzialmente colmato per tutto l'arco della vita storica del medioevo; e quando, col secolo XIV, la vocazione a un potere politico compiuto -se vogliamo, allo Stato -rappresenterà il fermento delle strutture politiche, quel momento sarà l'eclisse della civiltà politica medievale e l'inaugurazione dell'età nuova. Vogliamo con ciò soltanto dire che, fra le varie organizzazioni politiche che si contenderanno d'ora in poi la guida della società, nessuna si presenterà agli occhi dell'indagato re congiungendo in sé l'effettività del potere e la lucidità d'un programma politico onnicomprensivo. Avremo le più diverse forme di regime - signorie laiche, signorie ecclesiastiche, città libere -, avremo esempi di tiranni muniti di tutta l'assolutezza di poteri umanamente pensabile od assetti oligarchici e 'democratici' con determinati poteri di evidente origine patrizia, ma certamente non avremo mai la presenza d'un organismo totalitario, naturalmente teso a controllare, regolare, assorbire ogni rapporto intersoggettivo che si verifichi entro il suo definito oggetto territoriale.

La civiltà medievale non sentì l'esigenza di colmare il vuoto lasciato dal crollo dell'edificio statale romano; non la sentì e non la poté sentire. Il mondo che affiorava sin da quel secolo IV così fertile di sfaldamenti e di germinazioni, era percorso -e sempre più sarebbe stato percorso -da forze disaggreganti. Al moto centripeto dello Stato, che aveva unificato e raccolto l'intera plaga mediterranea, si sostituiva un inarrestabile movimento centrifugo con una generale riscoperta di valori, interessi, vocazioni particolari. La frantumazione degli elementi coesivi del grande mosaico aveva sminuzzato anche le tessere più esili, e la realtà che sempre più si stava definendo appariva all'insegna di un incredibile particolarismo politico, economico, giuridico'. Né le nuove forze politicamente e socialmente protagoniste nel campo lasciato sgombro erano in grado di porvi rimedio e di avviare un processo di ricostruzione statale: da un lato, le società ger-

maniche serbavano in sé, anche dopo il trapianto mediterraneo, un patrimonio ideale di regalità negoziata discendente dal principio fondamentale che identifica l'organizzazione politica come una scelta di opportunità per la miglior guida della "nazione" e perciò tale da non soffocare autonomie particolari di gruppi e famiglie; dall'altro lato, la Chiesa Romana -struttura centralizzata e organicissima nel proprio ordine -non poteva che paventare il risorgere d'un potere compiuto e favorire al massimo il particolarismo della società civile. Il medioevo fu così il terreno d'elezione, o per una struttura teorica universale come l'Impero, costruzione ideale e simbolo più che creatura effettiva, o per una miriade di frantumate entità di gestione politica, e, se qualche coagulazione maggiore vi fu -talune delle quali, come il regno longobardo in Italia e il visigotico in Spagna, considerevole per estensione territoriale e per durata -si tratta pur sempre di regni cui non compete la qualifica di Stato. Ernesto Sestan, storico di altissimo rango ma non-giurista per educazione e per professione, nel suo ampio studio intitolato "Stato e nazione nell'alto medioevo" sembra volersi sbarazzare del problema come di un inutile quanto sterile ossequio a irretimenti nominalistici (Sestan, 1985). Una domanda allora incombe: perché dilungarsi tanto su questa assenza? È una affermazione appariscente ma vuota di contenuti concreti? Certamente. per chi guardi dall'esterno a queste strutture politiche, come fa Sestan, le differenze e le peculiarità sembrano sfumarsi: se per Stato si fa riferimento all'idea di sovranità, può sembrare nominale constatare che nella città terrena del medioevo si pongono sempre dei vincoli teorici di stretta inferiorità giuridica per gli enti politici racchiusi entro il guscio simbolico dell' *unum imperium*; se poi per Stato si fa riferimento all' apparato e all' effettività del potere, il problema discriminatorio si afferma necessariamente vago ed è più un problema di quantità che di qualità strutturale. Il vero e più caratterizzante discrimine fra la monarchia, la signoria, il comune del genuino medioevo e la nozione di Stato riposa non tanto in una relativa 'sovranità' o in una quantità di apparato, ma piuttosto in una diversissima psicologia del potere. Lo Stato è un certo modo di intendere il potere politico e i suoi compiti, è innanzi tutto un programma, un programma globale o che, anche se globale non è, tende alla globalità; è la vocazione a far coincidere l'oggetto del potere con la totalità dei rapporti sociali, è la vocazione a diventare un potere compiuto. E questo che manca all'organismo politico medievale, che anzi è contrassegnato da una sua incompiutezza proprio sul piano della

concezione del potere, della rarefazione dei suoi compiti, del marcato disinteresse per una larga zona del sociale. Dice Sestan:

Ci si domanda come dobbiamo considerare e come dobbiamo chiamare un regno visigoto che emana leggi e le fa applicare, un regno di Teodorico che regola i rapporti fra Goti e Romani e si pone premio regolatore fra i regni barbarici, perfino un regno Longobardo di Rotari, che pur codifica una serie di leggi consuetudinarie, rozze quanto si vuole, e perfino un ducato o principato di Benevento, che per quanto non mai sciolto, in linea di diritto, da qualche dipendenza da una autorità superiore [...] agì spesso, e non solo episodicamente, come se quella dipendenza non ci fosse, allo stesso modo che così agirono nel pieno e nel tardo medioevo le città comunali italiane, non mai sciolte da una teorica dipendenza dall'impero (1985, p. 78)

È facile rispondere: la «statualità» non consiste né nella sola effettività potestativa né nella produzione di norme giuridiche, che è tipica di ogni potere costituito. Per quanto attiene a questo secondo punto, si guardi piuttosto al tessuto di queste «leggi», quasi sempre disorganiche ed episodiche, e comunque prive di un disegno organico a largo raggio, quasi sempre consolidazioni di un risalente patrimonio consuetudinario, e là dove sono espressioni della volontà del principe, protese prevalentemente a fissare le regole politicamente necessarie della organizzazione e amministrazione pubblica, con uno sguardo rarefatto e distratto all'esperienza sociale ed economica. L'assenza dello Stato dal grande

processo di formazione della civiltà medievale non è un artificio verbale, tanto meno per chi osservi attento la sfera del sociale e del giuridico; essa appare, anzi, una chiave interpretativa di grande significato per lo storico del diritto, il primo prezioso strumento di comprensione per carpire al diritto medievale il «segreto» della sua fisionomia più riposta, per individuare la pietra angolare di tutto il suo edificio. Nel vuoto incolmato dopo il crollo della costruzione politica romana riposa uno dei valori -e forse il più rilevante- del nuovo assetto giuridico, sicché paradossalmente noi dobbiamo assumere un vuoto, un crollo, una inerzia, forse una impotenza -circostanze che, guardate secondo modelli prefabbricati, sono facilmente riconducibili a dei disvalori -come il privilegio storico, la zona di quiete in cui l'officina medievale può lavorare senza impacci, preclusioni, prevenzioni, a una architettura sostanzialmente nuova della esperienza giuridica. La incompiutezza del potere politico medievale dopo il crollo rovinoso

delle solide incarnazioni precedenti, il parziale vuoto politico che permane, significano una sola cosa: il grande burattinaio è assente, è assente il soggetto politico che tende a reggere tutti i fili, a fare dei vari i centri sociali concorrenti delle semplici marionette da manovrare a piacere. Significa una incredibile libertà del campo storico, una possibilità di azione autonoma per una pluralità di presenze che all'ombra di un potere perfettamente compiuto sarebbero state vanificate se non espropriate del tutto della loro autonomia. Questo terreno storico così sgombro sembra fatto apposta per verificarvi l'ipotesi romaniana: il diritto, non più monopolio del potere, è voce della società. voce di innumerevoli gruppi sociali ciascuno dei quali incarna un ordinamento giuridico. Un mondo di ordinamenti giuridici e cioè di realtà 'autonome'. di realtà -è Romano stesso a sottolinearlo ripetutamente -contrassegnate da 'autonomia'. È una considerazione rilevante per chiarire il paesaggio politico-giuridico, per far pulizia di schemi fuorvianti; e un altro termine-nozione viene a dimostrare la sua assoluta inidoneità: intendiamo dire 'sovranità'. Se il medioevo giuridico è un mondo di ordinamenti, cioè di autonomie -di societates perfectae, direbbe san Tommaso, corifeo a fine Dugenta della antropologia medievale -, non dobbiamo dimenticare che carattere essenziale di ogni autonomia è la relatività; si tratta cioè di indipendenze relative, relative ad alcuni ordinamenti ma non ad altri. L'entità autonoma non appare mai come un qualcosa che per se stante, avulsa da tutto il resto; anzi, è pensata -al contrario -come ben inserita al centro di un fitto tessuto di relazioni che la limita, la condiziona ma anche le dà concretezza, perché mai pensata come solitaria bensì immersa nella trama di rapporti con altre autonomie. Il mondo politico-giuridico è mondo di ordinamenti giuridici perché mondo di autonomie. Poche frasi elementari ma bastevoli per farci render conto di quanto sia inadatto per quel mondo il trapianto della nozione di 'sovranità'. Se la volontà veramente sovrana è quella "volontà capace di agire su tutti gli oggetti senza che nessun diritto positivo sia in grado di limitarla; è un ordine valido solo per la sua forma" (Bellomo, 1993, p.77) se si caratterizza per absolutezza e astrattezza, una siffatta volontà non può aver cittadinanza nell'universo che ci accingiamo a esplorare. Al 'sovrano' si addice la solitudine in grazia di quella absolutezza e di quella astrattezza, ma nel grande ordine giuridico medievale nessuno è mai pensato come una monade isolata; lo stesso Pontefice Romano, il personaggio che, munito della plenitudo potestatis conferitagli dalla scienza canonistica, può ap-

parire come il più solo, deve quella pienezza unicamente alla sua funzione vicaria, è ricolmo di potestà soltanto perché parte di un rapporto vicariale che lo lega con Dio. Di una sola sovranità, assoluta, illimitata e pertanto accontentistica, si può parlare nell'universo medievale: ed è quella di Dio, vero sovrano su di un ordine terreno scandito invece in potestà necessariamente non sovrane. Come 'Stato' anche 'sovranità' è termine-nozione che merita un chiarimento preliminare; forse lo merita più di 'Stato', e per un elementare motivo: com'è ben noto, 'Stato' è termine usato nel lessico politologico medievale con contenuti semanticamente assai lontani dalla nozione odierna che ne fa un sinonimo di *res publica*. Per 'sovranità' il rischio è maggiore, perché il suo uso nel lessico politologico medievale ha un contenuto semantico ravvicinato; in questo caso il perdurare formale di un dato lessicale potrebbe indurre in equivoci grossolani. E grossolani davvero sarebbero, se si pensa che sovranità è termine tipico del diritto feudale e vale semplicemente, secondo l'ètimo, superiorità, nozione relativa che fissa il soggetto all'interno di un complesso rapporto gerarchico.

LA RELATIVA INDIFFERENZA DEL POTERE POLITICO VERSO IL DIRITTO. LA AUTONOMIA DEL DIRITTO

I contorni si fanno più etti; e conseguenze precise si delineano per il nostro tentativo di comprensione storico-giuridica. Lo Stato di sempre ha capito la rilevanza del diritto, di tutto il diritto, per il compimento dei suoi scopi 'totalitari' e l'ha sempre collocato all'interno dei suoi programmi: se pure con manifestazioni sensibilmente differenti, riscontriamo uno stesso atteggiamento di fondo sia nello Stato romano (dove ciò avviene attraverso vari canali confluenti, primo fra tutti una ben inserita *iurisprudentia*), sia nello Stato liberale moderno, dove il problema della produzione giuridica è sottratto ad enti diversi, riservato allo Stato stesso, e risolto -nella quasi sua interezza- nell'unico canale obbligato della legge espressione della volontà esclusiva del macrocosmo Stato. Esempio quest'ultimo che abbiamo qualificato di autentico assolutismo giuridico malgrado le premesse economico-politiche di marca squisitamente liberale.

Diverso, invece, profondamente diverso, l'atteggiamento del regime politico medievale, che, privo di ansie e vocazioni totalizzanti, ci sembra -al contrario -ispirato a una relativa indifferenza per il giuridico. Spie-

ghiamoci meglio: non vogliamo affatto dire che il diritto abbia un peso relativo nella civiltà medievale, affermazione che sarebbe smentita dalla centralità di quello per la caratterizzazione di questa. Vogliamo dire soltanto che il detentore del potere non concepisce il diritto in quanto tale come oggetto necessario delle sue attenzioni e strumento irrinunciabile del suo regime; non lo identifica in un indispensabile instrumentum regni.

L'attenzione del monarca, del signore, del comune medievale è rivolta prevalentemente a quella zona del giuridico che è naturalmente vincolata all'esercizio e alla conservazione del potere e che oggi identificheremmo nella nozione generica di 'diritto pubblico'. Per tutto il resto è evidente una relativa indifferenza e, se vogliamo, il rispetto implicito per altre fonti di normazione. Per sin cerarsene, non abbiamo che ad aprire un editto longobardo, un capitulare franco o -più tardi- lo statuto di una città libera: accanto alle disposizioni inerenti alla 'costituzione', alla amministrazione pubblica, alla erogazione di pene, la vita quotidiana dell'esperienza giuridica -quello che noi oggi chiamiamo il diritto 'civile', 'commerciale', 'agrario', e via dicendo- riceve una attenzione generalmente episodica, disorganica, abbastanza occasionale, tanto che lo storico che volesse ricostruirla sulla base dei soli atti legislativi disegnerebbe una storia monca e claudicante, abbastanza disarticolata dal tessuto dell'esperienza. La relativa indifferenza del detentore del potere politico per il diritto genera una relativa autonomia di questo da quello. Ed è conclusione di notevolissimo valore interpretativo, a condizione che si ponga il discorso in termini netti e chiari. Autonomia è nozione come nessun'altra ambivalente e sfuggente e va definita con estrema precisione. Come abbiamo visto in altro contesto più sopra, non è mai nozione assoluta. Nell'accezione qui proposta non significa neutralità del diritto né sua sottrazione al gioco delle forze storiche: in una realtà umanissima com'è ogni realtà giuridica le zone neutrali sono infatti, se non impensabili, almeno estremamente ridotte. Autonomia è quindi nozione relativa, cioè in relazione al regime politico transeunte, e significa soltanto che il diritto non è l'espressione di questo o quel regime né delle sole forze che ad esso fan capo, anzi ne è in buona parte svincolato.

La produzione, e l'adeguamento, dell'ordine giuridico sono piuttosto legati alla pluralità e varietà di forze che compongono la società civile. Autonomia qui significa dunque storicità autentica del diritto, capacità di interpretare e rappresentare il gioco delle linee propulsive presenti nella società, insuscettibilità a essere ridotto a voce di un principe, di un ceto ristretto, di una classe.

Autonomia significa disincagliamento da forze specifiche e particolari, ma significa immersione completa senza preclusioni nel profondo strutturale d'una età e d'un luogo e, al tempo stesso, sensibilità a quanto in quel profondo si muove e preme. Se il legame con il potere è parziale e sfumato, vivo e tipizzante è infatti quello con il costume, con le strutture economiche, con i movimenti spirituali. Se noi siamo abituati a cogliere nel diritto moderno, fino a ieri, la voce prevalente di una classe al potere -la borghesia -e a vedervi la realizzazione lucida e intelligente del suo programma, di fronte al diritto medievale dovremo deporre questo atteggiamento mentale, perché greve di fraintendimenti per lo storico. Solo partendo da un recupero d'autonomia, come abbiamo tentato di fare, e nei termini sopra precisati, si potrà giustificare storicamente perché, in un clima sordo alle rivendicazioni sociali e folto di limitazioni alla capacità d'agire di molti soggetti, noi constatiamo elevata, protetta, garantita su un piano squisitamente giuridico la posizione di semplici laboratores; come quando -nella quasi generalità dei contratti agrari consuetudinarii che rampollano vigorosi nella prassi del primomedioevo vediamo il concessionario elevato al rango di possessore, e cioè tutelato per tutta la durata del contratto non solo verso i terzi, ma in primo luogo verso lo stesso concedente. Segno che il diritto è terreno di confluenza di forze diverse, è risposta alle esigenze oggettive degli uomini e delle cose, e non l'artificio prefabbricato né dal ceto dei proprietari né dai detentori del potere. Più d'una volta abbiamo parlato, di pluralità di forze che si sottendono alla costruzione medievale dell'ordine giuridico. Se questo può essere immaginosamente pensato come una rete tesa fra ciò che è formalmente giuridico e la grande massa dei fatti (fenomenici, sociali, economici) quasi a filtrarli controllarli digerirli, certamente l'ordine nuovo si presenta a noi con delle maglie larghissime, incapace di ogni operazione di setacciamento. Nella sempre crescente impotenza del meccanismo statutale romano, si infiacchisce tutto l'apparato costrittivo, e le forze prima contenute e

represe riprendono vigore e valore. Dal IV secolo in poi gli storici rilevano e seguono un alveo 'volgare' del diritto che si delinea sempre più netto e che viene a correre parallelo a quello 'ufficiale', con un movimento che, originandosi dapprima nelle province più periferiche, si estende lentamente a tutta la realtà dell'Impero. 'Volgarità' del diritto significa extrastatalità, ricorso a forze alternative per colmare il vuoto lasciato dallo sfacelo politico (Cortese, 1995); significa uno stile e una mentalità e anche costruzioni e soluzioni che spontaneamente prendono forma nelle comunità particolari sostituendosi al diritto ufficiale nel tentativo di rispondere adeguatamente alle nuove idealità e ai nuovi bisogni. Il cosiddetto 'diritto volgare' è cioè un filone alternativo: sono istituti vecchi che si deformano, istituti nuovi che si creano, con un libero attingimento dal grande serbatoio della vita quotidiana. Da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico l'itinerario del diritto medievale è qui già avviato. Col fenomeno della 'volgarizzazione' si è già varcato il confine della nuova esperienza. E si constata infatti il consolidamento della tolleranza da parte del regime politico verso altri processi di formazione del diritto, mentre l'esperienza giuridica -ormai in modo non più latente, ma anzi scopertissimo -riprende tutta la sua complessità. Complessità che, sul piano socio-culturale, significa pluralità di valori e, su un piano giuridico, pluralità di tradizioni e di fonti di produzione all'interno di uno stesso ordinamento politico. Nel primo medioevo, quando l'appartenenza a una stirpe e il connesso mito del sangue rappresentano dei valori indiscussi, il principio che circola e che vediamo largamente diffuso e affermato, non è la territorialità, bensì - secondo l'espressione comunemente usata dagli storici -la 'personalità' del diritto; col che non si intende affatto dire che ogni persona ha un suo diritto, ma più esattamente che ogni persona, all'interno dello stesso regime politico, lungi dall'essere soffocata entro un diritto unitario a proiezione territoriale, è portatrice -a seconda delle particolarità del proprio ceppo etnico -di un diritto specifico e differenziato, sì che -per esemplificare con la situazione italiana -il romano potrà professare ed usare il patrimonio proprio alla sua tradizione giuridica allo stesso modo che il longobardo il suo; in identica guisa, persone funzionalmente legate a gruppi socialmente forti pretenderanno di essere disciplinate e giudicate secondo il diritto elaborato all'interno di quei gruppi e magari da giudici espressi dagli stessi gruppi e giudicanti in base a quei diritti speciali: sarà già nel primo medioevo il caso del chierico, riconosciuto soggetto al diritto

canonico come *lus ecclesiae*, e più tardi il caso del mercante, che si riterrà sottoposto a quel diritto specialissimo prodotto dal *coetus mercatorum*, primo embrione del futuro 'diritto commerciale'. Nel secondo medioevo-medioevo sapienziale-un'altra singolarissima convivenza ci segnalerà il marcato pluralismo di questa esperienza giuridica: nello stesso territorio avranno vigenza e applicazione-nei modi che si tenterà di precisare più innanzi-sia i cosiddetti *ius propria*, cioè le norme particolari consolidate in consuetudini o emanate localmente da monarchi e da città libere, sia lo *ius commune*, cioè il maestoso sistema giuridico universale elaborato sulla piattaforma romana e canonica da un ceto agguerritissimo di giuristi (maestri, scienziati, pratici), patrimonio scientifico ovunque presente a fornire schemi interpretativi, invenzioni tecniche, soluzioni per i troppi casi localmente non previsti dalla miopia dei singoli legislatori. (Orestano, 1987) Il potere politico rispetta questa pluralità di tradizioni conviventi, scoprendo così l'atteggiamento generale di sostanziale indifferenza verso buona parte del giuridico. La produzione di questa è rimessa ad altre forze. I principi, i loro funzionari, i loro giudici contemplano questo pluralismo e gli danno credito col loro rispetto. Il giudice è lì a prenderne atto, ponendo ogni cura nello stabilire le tradizioni giuridiche dell'attore e del convenuto, annotando le professioni solenni di appartenenza a un diritto o a un altro e studiando di conseguenza le possibili soluzioni; e i documenti giudiziali e notarili, recando menzione dei diversi diritti dei componenti e contraenti, e facendovi continuo riferimento, ci ricordano un tessuto peninsulare italiano, dove si intrecciano, spesso nello stesso luogo, i più vari iura del filone germanico, il diritto teodosiano, il diritto giustiniano, accanto ad affioranti consuetudini locali. Il richiamo alla consuetudine sembra ammonirci però che il pluralismo giuridico medievale non è soltanto corallità di culture giuridiche, ma si concreta su un piano squisitamente tecnico in una corallità di fonti di produzione. La chiave interpretativa essenziale di tutto l'ordine giuridico medievale è che i detentori del potere costituiscono una fonte fra le molte chiamate alla edificazione di quell'ordine (Calasso, 1954); senza dubbio, non la sola, e nemmeno la prevalente. Il problema delle fonti -problema strutturale di ogni costruzione storica sub specie iuris -è risolto da una corallità di apporti che rispecchia fedelmente la corallità di forze di cui il diritto è specchio e forma compiuta. E l'apporto dei principi (siano essi monarchi o città libere), anche se c'è e può talora apparire anche quantitativamente cospicuo, sfiora appena i

temi centrali della costruzione giuridica della società. Di 'leggi' -cioè di atti autoritari generali e rigidi destinati a tutti i sudditi o a una parte cospicua di essi-nemmeno il primo medioevo è scarso. I monarchi visigoti in Spagna e quelli longobardi in Italia, al vertice di regni che per più secoli costituiscono un regime stabile, rispettivamente, per l'intera penisola iberica e per buona parte dell'Italia centro settentrionale (secc. VI-VITI), sono impegnati in una ripetuta attività legislativa. Ma che cosa vogliono queste 'leggi' e qual è il loro contenuto? Esaminiamone una, la più celebrata e anche la più rilevante tra le normazioni della nostra penisola, il grosso *Edictum Longobardorum* elaborato dal re Rotari nel 643 con la assistenza e la approvazione dei notabili del Regno: se qualcuno credesse di ritrovare, nei 388 capitoli di cui si compone, un disegno organico, una raccolta sistematica compatta, ne rimarrebbe deluso. L'attenzione prevalente del legislatore è rivolta al diritto penale e a quello di famiglia costellati marginalmente da un ammasso di capitoli sconnessi dedicati alle più disparate materie. Quella di Rotari è soprattutto un'opera consolidativa di antiche consuetudini, ovviamente non scritte, del *populus longobardorum* senza alcuna pretesa di rinserrarvi la totalità dell'ordinamento, ma presupponendo, al contrario, che questo si era formato e si andava formando grazie al confluire di costumi e tradizioni emananti prevalentemente da fonti ben diverse dal principe. (Caravale, 1994) Si trattava, insomma, di un contributo normativo dall'oggetto limitato e senza grosse ambizioni. Identico discorso, almeno per quanto attiene alla politica legislativa, deve farsi per gli atti normativi dei monarchi franchi, i cosiddetti *Capitularia*, che appaiono numerosi a partire dalla fine del secolo VIII. Anche in queste testimonianze l'opera del legislatore, che pure è qui visibilmente mosso dalla pressante esigenza di una riduzione unitaria del mosaico giuridico dell'Impero, si concentra su determinate materie di rilevanza 'pubblicistica' con una netta prevalenza delle orme regolanti l'amministrazione dell'Imperium e dei Regna e, soprattutto, i rapporti fra potere politico e potere ecclesiastico. La 'legge' del principe si presenta, dunque, a noi come un canale minore per lo scorrimento dell'esperienza giuridica medievale. Alla sua produzione, allora, contribui in minima parte; alla sua cognizione, oggi, non può che contribuire assai relativamente. La produzione del diritto risiede soprattutto in altre mani, l'esperienza scorre in altri canali. Né dobbiamo dimenticare che, proprio per la relativa indifferenza del potere politico verso il diritto, il momento edificativo dell'ordine giuridico si contraddistingue per una

sostanziale libertà. Al di fuori di programmazioni e sistemazioni centralizzanti il diritto ritrova anche le sue scaturigini dal basso, la sua natura di scansione spontanea d'un tessuto sociale. Senza più vincoli a rattenerlo amputarlo condizionarlo, torna a nascere dai fatti e a costruirsi sui fatti. In un mondo dove il potere politico sembra rinunciare al proprio compito ordinativo sul piano giuridico e dove si sono rarefatti i modelli da osservare, la sfera del giuridico e quella del fattuale tendono a fondersi, la dimensione della 'validità' cede a quella dell'effettività'. Se validità significa rispondenza a certi archetipi, se gli archetipi si sono dissolti col dissolversi dello Stato e della cultura precedenti, l'organizzazione giuridica dovrà riposare su altre fondazioni. il fatto non diventerà diritto perché una volontà politica se ne appropria dopo aver constatato la sua coerenza a determinati valori per essa rilevanti, ossia dopo un vaglio filtrante totalmente affidato a quella volontà. il fatto qui è già diritto per una sua intrinseca forza, nel momento in cui ha dimostrato la propria effettività, ossia la capacità trovata dentro di sé di incidere durevolmente sull'esperienza. In un mondo così privo di involucri costrittivi il diritto si colora per la sua decisa 'fattualità'; il che non significa dire che nasce dal fatto (che sarebbe osservazione banalissima), ma piuttosto che il fatto stesso ha qui una carica così vitale da potersi proporre, senza il concorso di interventi estranei ma alla sola condizione di dimostrarsi dotato di effettività, come fatto autenticamente normativo, rivelando la innata capacità di essere di per sé protagonista dei vari ordinamenti, dove perviene ad essere fonte in senso formale. Si badi però: se si vuol dare un contenuto storicamente valido a questa nozione di fatto, non si ricorra mentalmente al 'fatto' di cui parlano i teorici moderni del diritto, che è già fatto giuridico, in una impostazione volontaristica che non potrebbe che fuorviarci. Per fatto si intenda invece una entità della natura fisica e sociale, che, senza lasciare la propria qualità di fenomeno grezzo e primordiale, è tuttavia già intrinsecamente diritto, ha in sé una potenzialità giuridica destinata a manifestarsi e a incidere sull'esperienza storica.

Il medioevo giuridico si origina precisamente nel clima di intenso naturalismo che, in Occidente, dal secolo quinto in avanti, la fa da padrone. La natura delle cose fisiche e sociali, non più repressa o sublimata, pretende di avere in sé la regola giuridica e assegna ai fatti, ai fatti primordiali nei quali gli uomini si muovono faticosamente nella loro vicenda terrena, un

ruolo primario. Se si pone per un momento attenzione al paesaggio storico che quei secoli ci offrono, allo sfacelo politico, al disordine sociale, al concatenarsi di invasioni guerre epidemie carestie, alla generale crisi demografica, alla penosa e stentata sopravvivenza quotidiana, la natura delle cose fisiche e sociali, nella sua stabilità metaumana, appare come l'unica certezza, l'unica guida e, in quanto tale, l'unica fonte di regole. Fattualità del diritto vuol dire tentativo disperato di trovar saldezze al di là del convenzionale e dell'artificiale, (Grossi, 2006) in un mondo semplice di fatti che l'operatore rispetta con assoluta umiltà. Senza presunzioni ci si china sulle cose -realtà misteriosa e indominata ma forte -per tentar di leggere il messaggio che ne proviene, la regola che vi è scritta dal principio dei secoli.

È un avvio all'insegna della discontinuità: è nuova l'incandescenza dei fatti sociali ed economici ed nuova la coscienza e il sentimento che si ha della natura cosmica. Con questi fatti nuovi, con questa coscienza, si misura la reale immagine del nuovo ordine. In tal modo, come abbiamo già accennato, si relegano tra le esercitazioni più sterili quelle volte a domandarsi se il nuovo fosse analizzabile con atteggiamenti preclassici o addirittura preromani, e tra le esercitazioni più rischiose quelle protese a scoprire—più con animo di istologo che di storico— elementi romani, germanici, orientali. Il medioevo giuridico nasce dal crollo d'una civiltà, come si reagì a quel crollo facendo i conti con i fatti concreti di quel tempo, con la concreta coscienza che di quei fatti allora si ebbe. Affinità, assonanze con vicende più o meno lontane ma estranee a quella koinè storica, non hanno senso se non per la fantasia di taluni indagatori. Ciò che conta è l'affioramento, indubbiamente dapprima sparso e frammentario, di quel nuovo modo di concepire e vivere il diritto, di una nuova esperienza, di nuove figure fattuali che corrispondono alle richieste contingenti, più che deformazioni o alterazioni di vecchie figure (magari classiche) piuttosto cellule antesignane d'una civiltà nuova proiettate in un itinerario che nasce allora ma che avrà vita lunga. Insomma, più che reliquie distorte del passato, presagio e anticipazione del futuro. Se a uno sguardo estetizzante questo mondo impacciato di figure goffe e grezze che si affacciano sul proscenio occidentale può sembrare un 'regresso', occhi storicamente più provveduti debbono cogliervi lo svincolo del giuridico dall'abbraccio condizionante del politico, il recupero del giuridico a veste

appropriata e congeniale del sociale, quasi realtà infrastrutturale, sorpresa com'è nel profondo dei fatti. Preme ancora una volta ripetere: un diritto che non è voce del potere e che non collude col potere; che è, al contrario, emanazione di forze profonde che stanno al di là e al di sopra del potere. Il panorama che si presenta agli occhi dello storico è estremamente variegato, complesso, forse anche confuso. Se pluralismo significa corallità di apporti e un concorso prezioso di più esperienze, al modesto livello della vita quotidiana la convivenza non può non registrare mescolanze, sovrapposizioni, conflitti. Il principio(della cosiddetta personalità del diritto non può non mostrare i mo' ti inconvenienti del frazionismo giuridico cui dà luogo. È doveroso notare che sarà la stessa vita quotidiana -più che principio relativamente indifferente -a pretendere il superamento del principio di personalità. E saranno soprattutto consuetudini -più che atti normativi -a promuovere tentativi di composizione elaborando regole e soluzioni unitarie per una definita area territoriale e creando perciò gli embrioni dei futuri diritti territoriali. Il momento di fondazione dell'esperienza giuridica medievale dimostra cioè -anche nelle svolte del suo divenire -una dimensione prettamente consuetudinaria. In quella dimensione, che è intimamente pluralistica, risiedono la sua possibilità di recupero e la sua forza storica. Ma lo vedremo meglio un poco più avanti.

STORICITÀ DEL DIRITTO MEDIEVALE

Da tutto quanto abbiamo detto allora, da ciascuna delle peculiarità fin qui poste in evidenza, discende l'ultimo qualificante carattere del nuovo diritto: la storicità. E per storicità qui si intende la fedeltà della rappresentazione giuridica alle forze circolanti e operanti nella società, per cui il tessuto formale del diritto -lungi dal separarsi dalla società nel suo divenire -ne segue, al contrario, il corso mantenendosi in stretta aderenza ai bisogni e alle idealità via via emergenti nella vita associata. Non può che essere così. Il diritto, proprio per la sua statualità e per il suo continuo nascere nel sociale ma dal sociale, non soffre gli artifici di una fabbricazione cancelleresca. È e resta frutto della storia, partecipe vivamente della storia. Il suo canalizzarsi negli alvei mobilissimi della consuetudine, la sua ripugnanza ad essere inchiodato nella lettera rigida di un comando autoritario, gli consentono di acquisire e serbare il bene sommo dalla intima coerenza con le strutture e con lo spirito della civiltà sottostante. Di

questa civiltà il diritto non è strumento coercitivo, ma lo specchio e l'interprete. Grazie alla sua fattualità e alla sua conseguente vocazione - come vedremo - a esprimersi nella più fattuale delle fonti, la consuetudine, non abdica mai al requisito della plasticità, (Grossi, 2006) aparendoci generalmente come una sedimentazione alluvionale in movimento e modificazione perenni, perennemente incerta perché destinata a variare da luogo a luogo, da tempo a tempo. Ai beni formali della generalità, della astrattezza, della rigidità -che sono le garanzie annesse alla legge moderna -l'ordine consuetudinario medievale contrappone l'esigenza della norma particolare e plastica in perfetta aderenza al corpo sociale. E si preferisce pagare il prezzo -per vero non esiguo -di ogni costruzione usuale: la alluvionalità, la asistematicità e, ancor più, l'incertezza. Affidato alla sensibilità degli operatori pratici, privo quasi del tutto di modelli prefabbricati, quell'ordine vive, come non mai, l'esperienza del 'quotidiano' e del 'particolare'. Basta, per rendersene conto, uno sguardo anche fugace alla pratica giuridica, campo d'elezione di quella formica operosa dell'officina giuridica delle fondazioni medievali che è il notaio: sui vecchi schemi dei formulari romani, o prescindendone completamente, con una libertà e una scioltezza rimarcabili, egli adegua e modifica, intuisce e inventa figure, con diagnosi che puntano sempre sui fatti, sulle istanze concrete proclamate dai fatti. E gli strumenti contrattuali esalteranno, nella varietà dei loro contenuti (pensiamo, per esempio, alla estrema varietà dei contratti agrari), il richiamo alla vita quotidiana, alle strutture concrete, agli usi scritti nella terra) Sotto questo profilo, il diritto medievale, pur non essendo legato a questo o quel regime politico e anzi essendone intimamente scardinato, si colora d'una intensa politicità. I secoli della fondazione medievale, dal V all'XI, non furono, a un livello generale, epoca di incultura, ma piuttosto di cultura non circolante. Se è vero che la società civile non è percorsa, in nessuno dei suoi strati e nemmeno nei più elevati, da istanze e fermenti di indole culturale, è pur doveroso constatare l'eccellenza degli studi che nascono e si sviluppano in taluni centri particolari, per esempio in molte istituzioni monastiche. Ma si tratta pur sempre di centri chiusi e di una cultura fatta da pochi e per pochi: il monastero, luogo d'elezione della dimensione culturale di questi secoli, è infatti per sua natura una entità votata alla introversione, rinserrata nel suo carattere di comunità separata e distinta, sensibile più a un ideale di comunicazione ed apertura metafisiche che sociali. A un livello generale, cioè su un piano filosofico, teologico

e anche letterario, si avverte e si esalta il contrasto fra uno scriptorium monastédale, cittadella murata d'una approfondita speculazione, e il vuoto che coinvolge la società nella sua globalità. Diverso si fa invece il discorso per quella cultura speciale che è la giuridica e che qui unicamente ci interessa: il vuoto è in questo campo pressoché totale, e cercheremmo invano in Occidente un luogo anche ristretto e conchiuso in cui si prosegue lo scavo dottrinale dei classici e dei postclassici, o che affianchi il lavoro dei maestri bizantini in Oriente. È carenza di uomini, di intenti, di scuole. Tra gli storici del diritto, soprattutto di parecchi anni fa, si è amato fantasticare sulla esistenza di vere e proprie scuole di diritto site a Roma e a Ravenna, continuatrici del messaggio scientifico antico, ma si tratta di illazioni prive di solide basi (Orestano, 1987). La realtà è più complessa: la scienza del diritto, per la vocazione operativa che porta in sé, non può non avere un nesso necessario e insopprimibile con la società, e non può non portare i segni dei movimenti che questa percorrono. Crollata la vecchia struttura statutale, crollata la vecchia cultura giuridica che ad essa era saldamente ancorata, il regime consuetudinario di questi secoli non sembra avvertire l'esigenza d'una riflessione dottrinale a carattere scientifico. Diciamo meglio: non poteva avvertirla. La scienza, per costruire le sue architetture, ha bisogno di consolidare e riposare conquiste su cui erigere validamente una riflessione. Ma nella nuova officina medievale la prassi edifica giorno dopo giorno il suo diritto, lo plasma e lo varia a seconda delle esigenze dei luoghi e dei tempi, apprendoci con un volto incredibilmente composito e non riducibile ad unità. Il materiale giuridico soffre qui di una incandescenza che è sì fonte di perenne coerenza ma anche di perenne incertezza. V'è, nel laboratorio empirico dei giudici e dei notai, giudicato dopo giudicato, atto privato dopo atto privato, più che il tentativo consapevole di costruzione d'un edificio socio-giuridico, la sensibilità ad enucleare e fissare nelle diagnosi sempre appropriate delle sentenze e dei negozi una coscienza rinnovata del reale, a contribuire senza dubbio, inconsapevolmente ma efficacemente e durevolmente -alla sedimentazione di questa coscienza, alla sua penetrazione nelle radici più riposte del costume. Il problema era e sarebbe restato, per tutta la durata d'un così affaccendato cantiere, squisitamente operativo; era e sarebbe sempre rimasto affidato alla prassi. La stessa scuola, in questo contesto storico, lungi dall'essere un arroccamento scientifico, una lettura del mondo in termini di scienza, si propone come subordinata alla prassi

e ad essa condizionata. Nessuno potrebbe seriamente negare l'esistenza di scuole di diritto in questi secoli. L'importante è di non trasfigurarle, come spesso si è fatto mossi da entusiasmi ricostruttivi. Non abbiamo di fronte luoghi di affinata riflessione scientifica, ma più semplicemente delle scuole di formazione professionale dove, con strumenti intellettuali rudimentali, si impartiscono ad aspiranti giudici e notai le nozioni giuridiche indispensabili per un migliore espletamento della propria funzione. Scuole dove da maestri mestieranti si addestra a un mestiere, ma alle quali è estranea ogni istanza di carattere autenticamente culturale. Era quanto bastava a un momento storico, in cui il problema vitale, da un punto di vista socio-giuridico, non era ancora quello della delineazione d'una architettura generale, bensì d'una analisi minuta, della individuazione ed ammassamento di materiale per la costruzione che si andava disegnando ogni giorno di più, ma che dimostrava ogni giorno di più di essere in continua formazione. I secoli che vanno dal V all'XI si presentano ai nostri occhi come l'officina della prassi, il laboratorio operoso dove si modella un costume giuridico e lo si elabora dalle fondamenta; un costume che ha in quell'officina e in quel lavoro pratico di esperienza vissuta un proprio tratto di originalità. È soltanto lì che serba i suoi valori. Lo storico ricostruttore, nella sua esigenza di comprensione, deve presupporre un simile vuoto culturale e, lungi dall'immobilizzare la sua attenzione sulle produzioni dottrinali dell'epoca necessariamente rudimentali e modeste, deve chinarsi con umiltà a osservare e indagare il complesso sforzo rifondativo d'una civiltà che si compie empiricamente su un altro piano e ad un altro livello. L'inesistenza -o l'esistenza marginale e balbettante d'una dottrina deve soltanto condurci, in altre parole, a ricercare altrove il senso e la portata di un clima storico, mettendosi fuori dal vicolo cieco di apprezzamenti negativi prefabbricati, ma anzi rispettandone i complessi assestamenti e valorizzandoli. Il vuoto d'una cultura giuridica è infatti per questi secoli, al pari dell'incompiutezza del potere politico, una circostanza di straordinario rilievo e alla quale si connette, come or ora si diceva, uno spiccato marchio di originalità. Senza condizionamenti di carattere culturale, entro l'ampio spazio riconosciuto dai detentori del potere pubblico, la prassi può lavorare alla sua capillare costruzione con una straordinaria adesione ai fatti e alle strutture. Il diritto, nell'ambito di questo relativo vuoto, riscopre ora la sua naturale vocazione a riposarsi sui dati strutturali, ad adattarsi sui fenomeni nella loro naturalità e materialità.

Una simile costruzione, pur assolutamente povera di venature speculative, ha una forza storica cospicua. Sarà una interpretazione del mondo fenomenico e sociale tendente a riprodurre fedelmente i dati di questo mondo (Cortese, 2000), forse anche a subirla~ sarà un orecchiamento costante verso la realtà esterna sempre condotto con umiltà, forse con passività. L'operatore giuridico non ha superbie da proporci, perché non è il traduttore in termini giuridici d'una straripante mania di sovranità sul mondo. A guardarla retrospettivamente, la prassi di questi secoli appare come una miriade di atti ciascuno dei quali singolarmente preso è insignificante nella sua parzialità, ma si inserisce con tutti gli altri in un senso, in una direzione: l'elaborazione, giorno dopo giorno, d'un ordine fondamentale, che riscopre l'unico valore accettabile e perseguibile in un mondo disordinato e caotico: quello dell'effettivo.

CONCLUSIONI

Il Medio Evo ebbe una concezione sua propria del mondo classico poiché esistette veramente quello che io ho chiamato altrove il classicismo medievale. Al gusto raffinato dei moderni potrà sembrare un classicismo deformato, mutilato o bizzarro; eppure esso fu una forza formatrice degli spiriti di quel secolo dodicesimo, che fu sostanzialmente un tempo che vide la gioventù spingersi avanti per emergere. È uno spettacolo divertente assistere all'incontro di questa gioventù con gli anziani; è uno spettacolo che possiamo seguire di decennio in decennio e che culmina, per quanto mi permette di affermarlo la mia esperienza, verso il 1170. Arrivati a questa data troviamo «manifesti» poetici e retorici che vengono a costituire una specie di Dichiarazione dei Diritti. Sono proclamati da un Gruppo di scrittori che si attribuiscono il nome di Moderni. Essi si fanno banditori di nuovi modelli in poesia, nell'arte dello scrivere in prosa, nella filosofia, e in ogni altro ramo del sapere. Sono convinti che sta sorgendo una nuova età e citano a proprio conforto le parole di San Paolo: «le vecchie cose sono svanite; guardate, esse sono diventate nuove». Avete qui un esempio della graziosa ingenuità di quell'epoca che conobbe una censura ecclesiastica veramente minima. Non c'era ancora l'Inquisizione, non c'era ancora la sorveglianza papale sul corso degli studi; varietà di

posizioni caratterizzavano la teologia e la più squisita elaborazione dei dogmi. Il secolo dodicesimo frui di una libertà intellettuale che il secolo seguente avrebbe soppresso. Per questo è un errore parlare del Medio Evo come di una età tutta uniforme poiché sarebbe come se noi potessimo, a modo d'esempio, parlare degli ultimi quattro secoli come di un tutto unico. Dobbiamo, invece, tentare di delineare ogni secolo come fu nelle sue caratteristiche singolari, profondamente diverse da quelle degli altri secoli. Quando ci si guarderà dal parlare di uno «spirito medievale» si sarà fatto un grande passo sulla strada della comprensione della storia.

REFERENZE

- Grossi, P. (2006). *L'ordine giuridico medioevale*. Bari: Laterza.
- Calasso, F. (1954) *Medioevo del diritto*. Sn: Giuffrè.
- Sestan, E. (1985). *Stato e nazione nell'alto medioevo*. Napoli: ESI.
- Bellomo, M. (1993). *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*. Roma: Il cigno.
- Cortese, E. (1995). *Il diritto nella storia medievale, I, L'alto medioevo*. Roma: Il cigno
- Orestano, R. (1987). *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino.
- Caravale, M. (1994). *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*. Bologna: Il Mulino.
- Cortese, E. (2000). *Le grandi linee giuridiche della storia medievale*. Roma: Il Cigno.
- Grossi, P. (2009). *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza.

EL MENSAJE DE DATOS: MECANISMO CONTEMPORÁNEO DE COMUNICACIÓN O MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL A PARTIR DE LA LEY 527 DE 1999¹

DATA MESSAGES: CONTEMPORARY COMMUNICATION MECHANISM OR MEANS OF DOCUMENTARY EVIDENCE SINCE THE ACT 527 OF 1999

*Ana María Mesa Elneser**

Resumen

El presente escrito permite hacer un análisis desde los orígenes de la figura jurídica denominada mensaje de datos, derivada del tratado internacional de comercio electrónico, ratificada en Colombia por una ley de naturaleza mercantil con un ámbito de aplicación ampliado en el probatorio para articular la figura con el Código de procedimiento civil en la prueba documental regulada en el artículo 251 y subsiguiente.

Posteriormente, se plantea el uso masivo de los mensaje de datos como medio de comunicación cotidiana no solo de las empresas sino, también, de las personas en general, es decir, es el instrumento documental para soportar las transacciones electrónicas realizadas a diario y que, muchas de ellas, producen efectos jurídicos vinculantes materializados en actos y contratos, exigiéndose, en consecuencia, su reconocimiento en cuanto a la validez y eficacia jurídica. Es por ello que se delimitan los elementos que el mensaje de datos posee, en doble sentido, uno desde el campo tecnológico y otro desde el campo legal.

Finalmente, se plantea el reto actual a los mensajes de datos escritos, enviados, recibidos, almacenados y comunicados entre las partes como medio de comunicación de los actos y contratos que se producen y deben ser aportados como medio de prueba.

Palabras clave: Mensaje de datos; Prueba documental; Evidencia digital; Documento electrónico; Validez

¹ Producto derivado como resultado parcial del proyecto de investigación en curso denominado “Administración del correo electrónico institucional al servicio de las Instituciones de Educación Superior – IES – para efectos de constituirse medio probatorio documental de sus actuaciones. Área Metropolitana del Valle de Aburrá, años 2000-2010”.

* Docente investigadora adscrita al programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Abogada titulada de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria. Aspirante a titulación de Magister en Derecho procesal contemporáneo. Medellín-Colombia. Email: ana.mesael@amigo.edu.co.

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2012 - Fecha de aprobación: 26 de noviembre de 2012.

Abstract

This writing allows to make an analysis from the origins of the legal figure called a data message, derivative of the e-commerce international treaty, ratified in Colombia by a law of mercantile nature with a scope of application extended to level probative to articulating the figure with the code of civil procedure in the documentary evidence regulated in Article 251, and subsequent.

Later arises the massive use of the data message as a means of everyday communication not only companies but also people in general, being the documentary instrument that for to support electronic transactions on a daily basis and many of them, are generating source of binding legal effect materialized in instruments and contracts, demanding, therefore its appreciation regarding the validity and legal effectiveness. That is why we will delimit the elements that the data message has, in double meaning, one from the field of technology and another from the legal field.

Finally raises the current challenge to data messages generated, sent, received, stored, and communicated between the parties as a means of communication of acts and contracts that are generated on a daily basis should be provided as evidence.

Key Words: Data message; Documental evidence; Digital evidence; Electronic document; Validity.

INTRODUCCIÓN

Antes de expedida la Ley 527 de 1999, en el mundo documental el papel físico no suplía las necesidades de soporte instrumental para las transacciones electrónicas entre usuarios de Internet y, menos, cuando ella era aplicada como herramienta para la materialización de actos y contratos con efectos jurídicos vinculantes, fueran éstos del campo civil o mercantil.

Con la expedición de la referida norma, se incluye en el ordenamiento jurídico la figura del *mensaje de datos*, cumpliendo la misma finalidad y funciones legales que un medio tradicional o físico que soporta la transferencia o de transmisión de información. Allí indica el legislador que este instrumento documental tiene los mismos efectos jurídicos que el tradicional al que reemplaza, para materializar las actuaciones en el mundo digital.

Este instrumento documental queda categorizado como medio para transferencia de información, convirtiéndose en un aspecto relevante de su existencia jurídica y aplicable en el mundo digital, surgiendo la necesidad de valorar su alcance probatorio en el mundo digital. Así se dio cabida dentro del ordenamiento jurídico al principio de origen doctrinal y con reconocimiento posterior por medio de tratado internacional denominado *Equivalente funcional*, el cual tiene como objetivo determinar que para efectos de los actos y contratos surgidos y aplicables con fundamento al ordenamiento jurídico colombiano, las actuaciones del mundo digital tienen los mismos efectos jurídicos vinculantes que las tradicionales del mundo del papel.

El sustento de la tesis que se presenta, parte de identificar la existencia y aplicación del principio en cuatro elementos que se expresan en la ley, y son: escrito, original, firma y archivo (almacenamiento). Esta argumentación deja entrever el doble enfoque que la figura del *mensaje de datos* posee como instrumento o medio documental electrónico que posibilita la materialización de actos y contratos, es decir, un enfoque es su reconocimiento como documento electrónico y otro es su valor probatorio.

GENERALIDAD EN EL CONTEXTO SOCIAL Y LEGAL

ANÁLISIS DESDE LA NORMA MARCO

Como lo analiza el doctrinante Erik Rincón Cárdenas, en su publicación electrónica sobre los apartes de la ley 527 de 1999 en cuanto a figuras jurídicas como la firma digital, el mensaje de datos y las entidades de certificación, entre otros, son aplicables para generar efectos jurídicos vinculantes entre el sujeto respecto de sus propósitos legales, sean o no contractuales, y su consentimiento en la transacción digital. Estas se detallan en las conclusiones expuestas por el autor citado:

La interpretación del artículo 1 debe respetar este propósito y no restringirse ilegítimamente. Esta posición fue adoptada expresamente por la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2001. Una última reflexión confirma estas conclusiones. Los artículos 6, 7, 8, y 12 son los artículos que desarrollan el criterio del equivalente funcional.

La ley consta de cuatro partes principales, que se pueden resumir como sigue: Primera Parte o Parte General: Definición de conceptos básicos usados en la ley, dentro de los que cabe destacar los de mensaje de datos, comercio electrónico, firma digital, y entidad de certificación. A continuación se establecen los principios básicos que rigen el uso de medios electrónicos, los cuales se pueden describir como sigue:

La ley se aplica de manera general a todo tipo de relaciones jurídicas, y no sólo a relaciones jurídicas comerciales. Por ejemplo, se aplica a las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, incluyendo los trámites administrativos ante autoridades públicas.

Se deja a la libertad contractual la posibilidad de establecer las reglas que rijan la comunicación de los mensajes de datos entre las partes. No obstante, se establecen reglas supletivas para determinar cuándo un mensaje de datos ha sido enviado o recibido, y cuál es su contenido.

Segunda Parte: Se reconoce la posibilidad de utilizar medios electrónicos en materia de transporte de mercancías.

Tercera Parte: En la tercera parte se le reconoce un valor jurídico especial a la firma digital, que es aquella que utiliza la Infraestructura de Llave Pública para su generación y que basa su confiabilidad en las certificaciones que expiden las Entidades de Certificación. Estas entidades tienen las siguientes particularidades: Deben tener la capacidad técnica y financiera para prestar los servicios de certificación digital. Sus administradores no pueden ser per-

sonas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Necesitan autorización previa para prestar los servicios de certificación digital que se relacionen con las firmas digitales.

Cuarta Parte: Establece que estas normas deben interpretarse sin perjuicio de las normas existentes en materia de protección al consumidor.

1.1. El equivalente funcional de escrito. El artículo 6 constituye el nivel probatorio más bajo dentro de la escala establecida en la ley 527: Artículo 6°. Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito. Un escrito puede cumplir con muchas funciones. Pero en lo que concierne a la prueba de un hecho, el legislador consideró que la función primordial que cumple un escrito es la de permitir el acceso de la información consignada en el mismo en forma posterior a la creación del mensaje. Los mensajes de datos, por tanto, deben cumplir con esa misma función para ser considerados escritos. Esta definición coincide con las distintas definiciones que se han dado a nivel internacional, como por ejemplo la definición que se incluye en los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Rincón, S.f.).

En la sociedad virtual se transfiere la información que las personas producen por medio de transacciones electrónicas y se desconoce, en la mayoría de las ocasiones, el valor probatorio que poseen, en consecuencia, se presume su desconocimiento en cuanto a ¿cuál, cómo y qué es el instrumento? Soporte electrónico que respalda los actos y contratos realizados por las personas y se producen la suscripción y cumplimiento de derechos y obligaciones con efectos jurídicos vinculantes.

El *mensaje de datos*² es el instrumento jurídico por excelencia que soporta las transacciones electrónicas con incidencia y efectos legales, es a su vez la legislación de carácter comercial a partir de la Ley 527 de 1999, o Ley de comercio electrónico en Colombia que acogió la figura, se implementó remisión normativa al Código procesal civil, artículo 251 y subsiguientes, donde se categoriza como prueba documental, el instru-

² Frente a este tema se debe tener en cuenta el artículo. 2°, inciso a, ley 527 de 1999. Ley de comercio electrónico.

mento legal denominado *Mensaje de datos*, sin que podamos dejar de lado la consagración dada en el artículo 424 de la Ley 906 de 2004, en el numeral 7 indica como tipo de prueba documental esta figura jurídica, regulación que ratifica su aplicabilidad y utilidad no solo en el áreas especiales como el derecho comercial, sino a su vez en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Las millones de aplicaciones y dispositivos electrónicos que hacen uso de la tecnología informática son destinados diariamente para la generación, transferencia, almacenamiento y soporte de transacciones electrónicas, a su vez, son constitutivas de *mensaje de datos*, sin que sea premisa para afirmar qué, **sólo por el hecho de constituir este instrumento jurídico un aspecto válido ante el ordenamiento jurídico, es innegable su categorización como medio probatorio documental, teniendo en cuenta que la normatividad aplicable a esta figura manifiesta reiteradamente al destinatario de la norma, la protección de sus derechos en cuanto toda transacción electrónica, sólo por el hecho de encontrarse materializada en formato digital, no es premisa para negar su existencia.**

Por estas razones, es preciso resaltar la relevancia que tiene, para la validez y eficacia en el mundo legal el cumplimiento de requisitos de fondo y de forma sobre el instrumento jurídico documental, con miras a ser validar su existencia y efectos legales que produzca.

La producción de información electrónica, por cualquier medio o herramientas –TIC-, produce un *mensaje de datos*, por ello se debe analizar si realmente los soportes obtenidos de las transacciones electrónicas están o no contenidas con todos los elementos tecnológicos y legales para su existencia y reconocimiento y, a su vez, si ha sido correctamente generado, enviado, recibido, almacenado y permite su accesibilidad posteriormente.

A partir de la Ley 527 de 1999, se originó el sustento legal al legislador de la jurisdicción penal, adoptar e incluir en el acápite de pruebas documentales, contemplado en el artículo 424 de la ley 906 de 2004, la figura del *Mensaje de datos* en el numeral 7, como prueba documental, sin la existencia expresa, como remisión normativa para ello, pues la existencia de la figura en la legislación comercial, facultando su uso y consagración

en cualquier campo jurisdiccional, como denota el ejercicio hermenéutico de las normas hasta aquí referenciadas. Finalmente, la jurisprudencia constitucional ratifica la exequibilidad de las normas acusadas en las sentencias C-662 de 2000 y la sentencia C-831 de 2001, esta última de forma especial sobre la figura jurídica del mensaje de datos, en la que se otorga plena vigencia constitucional y legal a la regulación normativa.

Es por ello relevante partir del cuestionamiento que enmarca el eje problemático aquí tratado desde el siguiente interrogante:

¿Cómo opera en el ordenamiento jurídico sustancial y procesal en las áreas civil, comercial y penal de Colombia la ambigüedad del mensaje de datos a partir de la ley 527 de 1999 y la ley 906 de 2004? En consecuencia ¿es clara y eficaz la regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano sustancial y procesal sobre la figura del *mensaje de datos*?

Con la denominación existente de *mensaje de datos* y su reconocimiento como figura jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano, nace un problema que exige la interrelación de la hermenéutica jurídica y la analogía legal para dar aplicación a la norma que la consagra frente al hecho concreto, las transacciones electrónicas generadas, enviadas, recibidas, almacenadas y comunicadas por las personas como soporte de los actos y contratos, puesto que se crea la necesidad de plantearse qué claridades o no existen en el manejo de la figura jurídica denominada *Mensaje de datos*, que surge desde el tratado internacional de comercio electrónico³. De allí que sea oportuno preguntar si la denominación y tratamiento sobre el *mensaje de datos* que existe en la Ley de comercio electrónico 527 de 1999 y el decreto reglamentario 1747 de 2000, ambos modificados por el decreto Ley 19 de 2012, que modernizan el concepto y campo de acción en el campo sustancial y procesal a la figura jurídica tanto como instrumento de transacción y como medio probatorio.

Cuando se analiza el artículo décimo de la ley 527 de 1999, norma remisorio del *mensaje de datos* que proporciona la categorización de prueba documental existente en la legislación procesal civil, además del

³ Se debe tener en cuenta la ley modelo sobre comercio electrónico -Uncitral- Naciones Unidas. 1996, que regula este tema.

artículo 424 del Código de Procedimiento Penal, en el numeral séptimo, que consagra de forma expresa, como estándar de prueba documental, al *mensaje de datos* sin que existan normas modificatorias, aclaratorias, complementarias, reglamentarios o reformatorias, sobre la figura jurídica. Se advierte en ambas normativas que la definición del estándar probatorio tiene origen en la legislación comercial y que no existe una disposición normativa para identificar la figura jurídica, especialmente en cuanto a los elementos tecnológicos informáticos y legales que lo componen para ser susceptible de convertirse en un verdadero instrumento jurídico capaz de dar autenticidad, originalidad, integralidad, confiabilidad y no repudio a la información contenida en él.

Hemos tratado ya los elementos que el mensaje de datos debe ostentar para ser reconocido como tal en el campo normativo colombiano. Por ello, se expresa a continuación, en el campo tecnológico informático, cuáles son aquellos elementos necesarios y, en el campo legal, cuáles deben ser evidenciados en el instrumento:

Elementos en el campo tecnológico informático:

Cuando se habla de mensaje de datos, es necesario hacer un análisis de los elementos tecnológicos que contiene para ser categorizado como tal y, entre los que encontramos, están: ser contentivo de información, generarse, recibirse y preservarse en medio digital, ser susceptible de almacenamiento electrónico, permitir el uso de mecanismos o dispositivos electrónicos para las herramientas aplicativos que se orientan al procesamiento de datos.

Finalmente, podría afirmarse que mensaje de datos es toda transacción electrónica que permita ser generada, enviada, recibida, comunicada y accedida posteriormente para su consulta.

Elementos en el campo legal:

Desde un punto de vista legal, los elementos normativos que trae la legislación comercial, y no son aplicados por otras disposiciones legales diferentes, son los consagrados en la ley 527 de 1999 de forma expresa,

y son: que el mensaje se encuentre escrito, firmado, original, íntegro, confiable, autenticidad, autoría y reconocimiento entre el iniciador y el destinatario y, finalmente, la existencia del no repudio.

Sólo con el cumplimiento de estos elementos se está frente a un medio electrónico, que no solo constituye tecnológicamente un mecanismo por el cual se transfiere información sino, también, frente a la existencia y eficacia de la norma, frente actos y contratos, tener efectos jurídicos vinculantes válidos.

Otro aspecto relevante y que se correlaciona con el eje temático, es la inclusión como mecanismo probatorio con reconocimiento legal para definir qué evidencias o herramientas tecnológicas o qué elementos tecnológicos son considerados mensajes de datos y que, a su vez, esos sean los medios tecnológicos para conservar la información que ha de servir como medio de prueba y, por tanto, categorizarlos. Estas características descritas ahondan la gravedad de la situación expuesta ante el vacío notorio en la norma. Por tanto, es menester listar cuáles son considerados *mensaje de datos* y medios probatorios documentales o que se validen como pruebas.

EVIDENCIA DIGITAL: MENSAJE DE DATOS

El reto al que se enfrenta el ordenamiento jurídico colombiano es la regulación clara, expresa, precisa y eficaz sobre el medio de prueba documental desde un aspecto conceptual y estructural sobre la obtención y recuperación de la información, su forma de presentación en juicio, los medios, protocolos y expertos científicos forenses digitales requeridos para que, a partir de su aplicación, otorgue validez jurídica a su existencia y reconocimiento como medio probatorio de los objetos o bienes digitales rastreables en la modalidad de *mensajes de datos*, en el momento de la obtención de una evidencia digital y en la aplicación de técnicas forenses informáticas para la plasmación de las transacciones electrónicas.

El mensaje de datos como medio probatorio documental, materializado por medio de evidencia digital, permite garantizar la existencia de una estructura de prueba válida, que cumpla con los principios probato-

rios, generalmente aceptados, como son, entre otros: libertad probatoria, legalidad de la prueba, originalidad e integridad de la prueba.

Este aspecto probatorio también se enmarca como eje problémico en el contexto de los mensajes de datos, debido a la escasa normatividad vigente aceptada en Colombia sobre la temática y se proyecta una necesidad urgente de evolución normativa en cuanto a su categorización como instrumento probatorio documental en principios probatorios.

Otra parte del problema es, ya no solo esa parte conceptual, esa clasificación y esa forma de obtener el mensaje de datos como medio probatorio y que, a su vez, sea presentado como evidencia digital, porque también corren la misma suerte los criterios de valoración del juez sobre la prueba documental, quien analiza, entre algunas decisiones, su nulidad, exclusión o la posible tacha de falsa por la parte afectada con la existencia de este elemento probatorio documental. Es por ello que una situación calificativa de un *mensaje de datos* como prueba falsa, nula o excluida, del ámbito probatorio de un proceso como prueba documental, se sustenta en la valoración del juez frente al instrumento en sí mismo respecto de los aspectos de fondo y forma, en cuanto al cumplimiento de los elementos formales y materiales, de los ámbitos tecnológicos y legales, que permitan al mensaje de datos, cumplir los fines de la evidencia digital en juicio como elemento material probatorio y posterior calificación de medio de prueba válido.

La valoración del juez, nivel de prueba, se consagra en los artículos once y doce de la Ley 527 de 1999, y son criterios generales para todo medio probatorio, pero con fundamento cognitivo específico sobre los elementos tecnológicos que exige este instrumento probatorio documental. La amenaza latente para la valoración objetiva de la prueba sigue siendo el desconocimiento del instrumento denominado Mensaje de datos y, en muchos casos, su materialización como evidencia digital, que denota un vacío normativo y dificulta la aplicación objetiva e imparcial del juez en el momento de aplicar la sana crítica y valorar la prueba desde el cumplimiento de principios probatorios.

CONCLUSIONES

La falta de regulación específica y el alcance de modalidades reconocidas por la legislación en materia de *mensaje de datos*, resaltan el conocimiento sobre la existencia de esta figura, con mayor relevancia como medio de transferencia electrónica que soporta la comunicación de las personas en la época contemporánea, máxime cuando la globalización exige agilidad y efectividad para transferir información entre usuarios del mundo digital.

Se deja en segundo plano el entendimiento de éste como medio de prueba documental, toda vez que es una figura jurídica en evolución en tanto su reglamentación es naciente, por ello su mayor significación se encuentra precisamente en la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal, que direccionada la aplicación de TIC por el contexto social, profesional, y empresarial, en el marco de un ambiente de seguridad jurídica probatoria en cuanto a las transacciones electrónicas efectuadas.

La existencia del mensaje de datos como instrumento documental en la legislación colombiana tiene validez y eficacia de la transferencia de la información en medio digital, para materializar los actos y contratos comunicados entre las partes, de ello se desprende la relevancia del valor probatorio que la estructura del mensaje posee dando origen al documento electrónico válido ante la ley, como consecuencia eliminando el problema presentado por el uso de medios electrónicos, carentes de categoría probatoria en el ordenamiento jurídico para cualquier tipo de transacción electrónica, suscripción, formación de acto o contrato, actuación, operación o similar.

Tanto el principio de *equivalencia funcional* como el de *neutralidad tecnológica*, son parte del sustento normativo dando frente a la aplicabilidad de la tecnología en particular para que, desde el punto de vista jurídico, la persona pueda generar, enviar, comunicar, almacenar y permitir el acceso posterior para consulta, desde un mecanismo que sus actos y contratos tengan un soporte legal para adquirir derechos y obligaciones, con efectos jurídicos vinculantes ante el ordenamiento jurídico colombiano, en todo caso cumpliendo con los elementos de fondo y de forma que todo men-

saje de datos debe ostentar como son: escrito, firmado, original, íntegro, auténtico, no repudio y confiable.

Cuando se trata de mensaje de datos que requiere el acceso posterior como elemento esencial, este instrumento se reviste de originalidad e integridad con dispositivos de seguridad informática que permiten el almacenamiento de la información en un medio electrónico para evitar que sea manipulado y que se ponga en entredicho el nivel de confiabilidad del *mensaje de datos*, por ende, la legalidad o no del mensaje en sí mismo y su valor probatorio.

REFERENCIAS

Barrios Osorio, O.R. (2006). *Derecho e informática: aspectos fundamentales*. Guatemala: Ediciones Mayte.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de la República, Ley 527 de 1999.

_____, Decreto 1400 de 1970.

_____, Decreto 2019 de 1970.

_____, Decreto 410 de 1971.

_____, Ley 794 de 2003.

_____, Ley 906 de 2004.

_____, Ley 962 de 2005.

_____, Ley 1149 de 2007.

_____, Ley 1437 de 2011.

Presidencia de la República, Decreto 1747 de 2000.

_____, Decreto 2170 de 2002.

_____, Decreto 960. Junio 20 de 1970.

_____, Decreto-Ley 19 de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26930 de 2000 de octubre 26.

Corte Constitucional Colombiana. Bogotá. Sentencia C-662.00 de junio 8 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

_____, Sentencia C – 831 del 8 de agosto de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006 de marzo 2.

Diccionario Alegsá. Recuperado de <http://www.alegsa.com.ar/Dic/comunidad%20virtual.php>.

Peña Ayazo, J.I. (2008). *La prueba judicial, análisis y valoración*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia.

Ramírez Gómez, J.F. (2008). *La prueba documental*. Bogotá: Señal Editora.

Rincón, E. (S.f.) *Marco jurídico de la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos en Colombia*. Recuperado de <http://web.certicamara.com/media/32226/equivalenciafuncionaldelosmensajesdedatos.pdf>

Riofrío, J.C. (2004). *La prueba electrónica*. Bogotá: Editorial Temis.

UN ACERCAMIENTO HISTÓRICO A LA OTAN: DE 1990 HASTA LA ACTUALIDAD

A HISTORICAL APPROACH TO NATO: 1990 TO PRESENT

*Juan David García Ramírez**

Resumen

Este trabajo sobre el papel de la OTAN y sus perspectivas futuras, la OTAN de Posguerra Fría y la de hoy, explica el momento de transformación y actualización de objetivos, así como de las capacidades y medios que emplea para conseguirlos. La OTAN, como un actor decisivo para la estabilidad política de la región euroatlántica, y cada vez más influyente en los asuntos de la seguridad internacional, no ha estado al margen de la evolución de las relaciones internacionales. Y para conservar su vigencia, se redefine de acuerdo con un conjunto de nuevas funciones y manteniendo el compromiso con sus principios y valores fundacionales, que le permitirán actuar con mayor resolución y eficacia ante problemas como el terrorismo internacional, la proliferación nuclear, la piratería o el tráfico de drogas, y desarrollar nuevos mecanismos de cooperación con otros Estados y organizaciones internacionales.

Palabras clave: Defensa colectiva; Ambiente de seguridad; Concepto estratégico; Área euroatlántica; Nuevas amenazas.

Abstract

This paper is about the NATO'S role and its future perspectives, the NATO on the post-cold-war era and today's, it also explains the transformation and update moment of their objectives as well as the skills and resources used to achieve them. NATO as a decisive performer for the politic stability of the euro-Atlantic region, and increasingly influential on international affairs has not been outside of the evolution of international relations. To maintain their full force, it redefines itself according to a set of new features but keeping their commitment with their foundational principles and values who will allow it to act with effectiveness in issues like international terrorism, nuclear proliferation, piracy or drugs traffic as well as development new mechanism of cooperation with other states and international organizations.

Key words: Collective defense; Security environment; Strategic concept; Euro-Atlantic area; new threats.

* Politólogo de la Universidad Pontificia Bolivariana, candidato a Magister en Estudios Políticos y profesor de la Facultad de Ciencias Políticas de la misma universidad. Medellín-Colombia. Correo electrónico: juandgar82@gmail.com Dirección postal: Circular 1ª N° 70-01. Bloque 12, piso 1. Medellín, Colombia.
Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2012 - Fecha de aprobación: 15 de noviembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es importante, en primer lugar, por las transformaciones propias del escenario global, caracterizado hoy en día por la evolución de un sistema internacional unipolar hacia uno multipolar, en donde hacen presencia numerosas potencias de diferente jerarquía; y por el protagonismo creciente de los organismos internacionales (de orden intergubernamental, más que todo), que ponen en primer plano el tema de la cooperación para el fortalecimiento de la sociedad internacional. La OTAN, por supuesto, ocupa un lugar preponderante en la discusión acerca de qué tipo de acción corresponde a las organizaciones internacionales, cuando se trata de asuntos como la defensa y la seguridad internacional, el terrorismo, la proliferación nuclear, la gestión de crisis, la prevención y solución de conflictos o la construcción del Estado.

Así que se vuelve pertinente proponer elementos para el debate sobre el papel de la OTAN en un entorno de tanta complejidad, ahora que la organización vive un momento de redefinición. En Norteamérica y Europa, es natural que la discusión sea frecuente en los espacios académicos, de la sociedad civil y de decisión político-militar. Pero en América Latina, en cambio, hay muy poca o casi nula aproximación al debate sobre la OTAN, fundamentalmente, por dos razones: ningún país latinoamericano forma parte de la alianza y, en segundo lugar, los vínculos entre nuestra región y el organismo no han sido tradicionalmente profundos. Sin embargo, las condiciones están cambiando y los países latinoamericanos son cada vez más relevantes para el contexto internacional, y algunos de ellos (Brasil, México, Colombia, Argentina y Venezuela) poseen cualidades que les permitirán una participación cada vez mayor en las decisiones relacionadas con la seguridad y defensa internacional, de manera que es el momento para que en América Latina comience a promoverse, desde los círculos académicos y en la formulación de la política exterior de los gobiernos, el conocimiento y el análisis sobre el significado de la OTAN para las relaciones internacionales, pues nuestros países se integrarán gradualmente en los ámbitos de competencia de dicha organización.

La OTAN es la organización internacional más relevante del sistema internacional contemporáneo, en lo concerniente a la construcción y

mantenimiento de un entorno de seguridad colectiva, que en los primeros tiempos de la Guerra Fría era, más bien, de defensa colectiva, por la gran amenaza que para el espacio geográfico y político europeo y, en general, occidental, representaba el despliegue de los intereses del régimen totalitario de la Unión Soviética. Desde una perspectiva realista, sólo la OTAN podría caracterizarse como una entidad diseñada para contrarrestar los efectos de la gran anarquía que impera en la interacción entre los Estados, mediante el establecimiento de una alianza de orden político-militar, llamada a emplear la fuerza contra cualquier factor desestabilizador de la región noratlántico-europea.

Quedaría, pues, excluido cualquier organismo internacional que, al menos en su texto fundacional, procure los mismos objetivos y fines que la alianza, como por ejemplo, la Organización de Naciones Unidas, dotada de un componente militar que pretende contribuir en la pacificación de los escenarios de conflicto, multiplicados a lo largo y ancho del globo. Y resulta interesante que una organización de alcance regional (la OTAN) haya trascendido más allá de su ámbito y se haya propuesto metas globales, universales (Boonstra, 2010), mientras que la otra, de alcance universal, sufriera un fracaso tras otro, solo si hablamos de seguridad, resolución de conflictos, operaciones de mantenimiento o construcción de la paz (peacekeeping, peacebuilding operations) y de obtención de resultados plausibles en estos aspectos.

Al ser conscientes de esta realidad, el motivo de las dos últimas cumbres de la OTAN, celebradas en noviembre de 2010 y mayo de 2012, no es el mismo que convocaría un encuentro rutinario entre representantes de Estados y de burocracias internacionales. Tampoco se trata de un asunto abstracto, al margen de la realidad cambiante de las relaciones internacionales. Estas reuniones persiguieron nada menos que la adopción de un nuevo concepto estratégico para la Organización del Tratado del Atlántico Norte (NATO, por sus siglas en inglés), en virtud del cual se replantearían la misión, objetivos, funciones y la forma de enfrentar los retos actuales y futuros. Así mismo, la revisión a la primera fase de actuación de la alianza desde que ese concepto estratégico entró en vigencia.

Desde su creación, en 1949, hasta hoy, la OTAN ha sido protagonista de acontecimientos que han transformado de forma radical las relacio-

nes de poder en el mundo, incluso, se vio forzada a cambiar ella misma. Cinco son los momentos decisivos para la existencia de la institución: 1. Comienzo de la Guerra Fría, en 1945. 2. Fin de la Guerra Fría, entre 1989-1991. 3. Adopción de un nuevo concepto estratégico, en 1999. 4. Atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, en los Estados Unidos de Norteamérica. 5. Replanteamiento del concepto estratégico, en 2010.

La OTAN halló solución a su dilema existencial de la inmediata Posguerra Fría, con la circunscripción al mantenimiento de la seguridad y la paz en la zona europea, y asumió compromisos como la prevención de conflictos, la gestión de crisis y el reto de la ampliación. Pero la organización no contaba con que el decenio de 1990 sería turbulento para Europa y que, incluso, tendría que empezar a actuar por fuera del continente. Tres episodios pusieron a prueba sus capacidades militares y eficacia: En 1991, la Operación Provide Comfort, de carácter humanitario, para proteger a los desplazados kurdos en el norte de Irak, perseguidos por la dictadura de Saddam Hussein. En 1994 y 1995, con la intervención en la Guerra de Bosnia-Herzegovina, mediante contundentes ataques aéreos para combatir a las fuerzas serbias y ante el fracaso de la Unión Europea y las fuerzas de paz de la ONU. Y en 1999, con la reactivación del conflicto por los ataque serbios sobre Kosovo, que forzaron al gobierno de Milosevic a retirar sus tropas de esa región.

La forma en que intervino en tales conflictos y el balance de su actuación, llevaron a la OTAN a considerar su papel en el nuevo entorno (Tiilikainen, 2010). Es dable sostener que durante los noventa y hasta 2001, la OTAN vivió una gran incertidumbre, causada por un panorama distinto, de consolidación de Estados Unidos como la única superpotencia, con sucesos paralelos como la reactivación de los conflictos separatistas y secesionistas en Europa Oriental y el Cáucaso y la aparición de nuevos Estados en Asia Central; el colapso y la crisis humanitaria en los estados centroafricanos; y el aumento de las tensiones en el Medio Oriente.

Esta realidad ofrecía a la OTAN dos alternativas: dar la espalda a los hechos y limitarse a Europa y el Atlántico Norte, o asumir un compromiso serio frente a los desafíos planteados a la seguridad internacional,

problema de gigantescas dimensiones que ningún Estado, ni siquiera los Estados Unidos, está en capacidad de contraer en solitario, lo que hizo cada vez más imperiosa la necesidad de concretar una auténtica cooperación internacional, por la protección de unos intereses que no concierne solo a los miembros de la alianza, sino a todos los que comparten algún grado de integración económica, política y militar con ellos.

Y en la actualidad, al descrito estado de cosas del decenio de 1990 y que aún persiste, se suman las transformaciones del escenario internacional a partir de 2001, aceleradas por la globalización y la emergencia y expansión de nuevas amenazas, como la proliferación de armas nucleares, el carácter difuso del terrorismo (de tipo religioso y político), el auge de la piratería en regiones como el Océano Índico y el Sudeste asiático, o la multiplicación del crimen organizado internacional. Además, el estancamiento demográfico en la generalidad del mundo occidental y la confusión de la identidad cultural que la inmigración ha producido en Estados Unidos y Europa, sin duda afectan los valores que informan la OTAN, pues no es seguro que una mayoría de los nuevos habitantes de estos países sienta hoy simpatía por los objetivos y fines que la organización ha impulsado desde 1949.

LA OTAN DESPUÉS DE LA GUERRA FRÍA

Al final de la Guerra Fría, el grado de éxito obtenido por la OTAN en su propósito por disuadir a la Unión Soviética de expandirse hacia Europa occidental o de atacar esa región, no fue valorado por los ciudadanos europeos ni por los estudiosos de la Guerra Fría. Muchos asumieron como un hecho obvio que la bipolaridad había impuesto a las dos superpotencias (Estados Unidos y la URSS) un sistema de moderación de su conducta, en la medida en que cada uno reconocía sus limitaciones en la capacidad que el otro poseía para causar una retaliación masiva (mediante el uso de las armas nucleares). Se suponía que había un equilibrio global, luego desbaratado por la disolución de la Unión Soviética. Sin embargo, esta perspectiva tiende a simplificar la realidad de la confrontación bipolar. Jonathan Clarke, experto en la política exterior de Estados Unidos, advierte sobre la inconveniencia de desconocer los hechos a priori:

La URSS realmente trató de bloquear Berlín y atrajo a Grecia hacia la Cortina de Hierro; los niños se ocultaron bajo los pupitres durante la crisis de los misiles con Cuba; los tanques soviéticos realmente entraron en Praga, Budapest y Kabul; por órdenes soviéticas, los refugiados realmente fueron fusilados o se les hizo llorar hasta morir, en Alemania Oriental; las dictaduras de Cuba, Etiopía, Angola y Mozambique, prosperaron gracias al equipamiento y entrenamiento brindados por los servicios de seguridad e inteligencia soviéticos; los patrocinadores del terrorismo antiamericano fueron recibidos como héroes en Moscú; la Unión Soviética realmente financió los partidos comunistas de Europa occidental y América Latina. Nada de esto fue un sueño. Para combatir esta gran amenaza, Occidente tuvo que vivir en la cuerda floja nuclear (1992, p.57).

De manera que esos cuarenta y seis años (1945-1991) fueron peligrosos para Occidente, y la OTAN jugó un papel determinante en la reducción de tales peligros. Que las democracias europeas al final se hayan mantenido a salvo de la amenaza soviética, no es un mérito exclusivo de Estados Unidos o del equilibrio de poder, sino de los esfuerzos combinados de la Alianza Atlántica.

La Guerra Fría terminó en 1991, con la derrota del comunismo. El Pacto de Varsovia se rompió y unos meses más tarde, Boris Yeltsin y Mikhail Gorbachev anunciaron la disolución de la Unión Soviética. El Ejército Soviético fue sucedido por el Ejército Ruso, como también la KGB, el servicio de inteligencia soviético, cambió su nombre y sus métodos. Por primera vez en su historia, la OTAN se encontró sin un enemigo cierto, identificable y claro, y con la necesidad de hallar una nueva justificación para su propósito de mantener la unión política de las democracias europeas y la paz en el área euroatlántica (Duignan, 2000).

En ese momento, una óptica post-revisionista de la Guerra Fría (hay tres períodos en el estudio occidental de la Guerra Fría: tradicionalista, revisionista y post-revisionista) consideró que los dos bandos enfrentados habían salido perdedores con el argumento de que ésta había implicado un desperdicio de recursos económicos y había causado el endurecimiento de las relaciones políticas en Occidente, para concluir que la confrontación bipolar pudo haberse sorteado con un menor grado de desconfianza mutua entre las partes. Una posición que pasa por alto el enorme poder militar que la URSS había construido y desplegado, como si se tratara de

un dato menor, que pretendía atenuar cualquier consideración sobre la necesidad de dar a la OTAN un perfil más militar que político, de sostener el gasto militar para la defensa y seguridad europeas, así como de justificar la intervención de Estados Unidos en el continente.

La Unión Soviética poseía, todavía en 1991, las fuerzas terrestres más numerosas de toda Europa, con cuatro millones de efectivos militares y nueve millones de hombres en la reserva. Su Armada era la segunda del mundo, después de la estadounidense, y “su sistema de misiles balísticos y de aviación estratégica era formidable” (Miller, Trenin, 2004, p. 53). La revolución propuesta en 1985 por Gorbachev, no incidió en modo alguno en el comportamiento del poderío militar soviético. Al contrario de lo que el sistema internacional esperaba de una potencia en declive, a punto de colapsar, el gasto en armas de la URSS continuó creciendo a expensas de la economía, el consumidor y, finalmente, del sistema soviético en conjunto. Los soviéticos siguieron desplegando versiones avanzadas de misiles balísticos intercontinentales y submarinos Delta, ubicados en posiciones que apuntaban a blancos estratégicos de los Estados Unidos. El tratado Start (Strategic Arms Reduction Treaty, o Tratado de Reducción de Armas Estratégicas, suscrito por la URSS y Estados Unidos en julio de 1991) facilitó a los soviéticos disponer de un gran arsenal de armas defensivas contra misiles balísticos y aeronaves del otro bando. En este aspecto, Estados Unidos y Europa se encontraban en desventaja frente a la Unión Soviética, que durante toda la Guerra Fría había planteado una estrategia ofensiva.

No hay certeza de que la URSS habría emprendido una intervención militar en Europa Occidental, de no haber existido la OTAN, pero los temores siempre estuvieron presentes. Sin embargo, la alianza tiene a su favor que logró construir una gran fuerza disuasiva, diseñada para contener cualquier avance soviético y prevenir un ataque militar en territorio europeo. Además, la combinación de una estrategia militar con la materialización de los valores y principios que orientaron desde sus orígenes a la Organización, produjo un balance positivo de los costos económicos y sociales de la confrontación: Estados Unidos y los países europeos optaron por la economía de mercado, la protección de la propiedad privada y la libre iniciativa empresarial, lo que los condujo a una gran prosperidad económica, al tiempo que implementaron políticas de bienestar y fortalecieron el Estado de derecho y la democracia en sus sociedades internas, de

modo que el gasto en defensa y seguridad no perjudicó el nivel de vida de la población, y la libertad de que gozaba Occidente fue el mayor atractivo para la competencia con el modelo soviético, de planificación económica, represión de las libertades y colectivización de todos los aspectos de la vida social (Kapuscinski, 1994). Por su parte, la URSS destinó la mayor parte de sus recursos a la construcción de un enorme aparato militar y el modelo económico no estimulaba la innovación ni la autonomía de las personas, lo que, al final, causó la quiebra del sistema.

Esta comparación anota puntos a la victoria de la OTAN, que ganó la Guerra Fría sin disparar un solo tiro, es decir, que la estrategia defensiva se impuso sobre el carácter ofensivo que definió a la Unión Soviética. Un hecho útil para comprobar la transformación del escenario en beneficio de la OTAN, es el anuncio que, en 1989, hizo el Pacto de Varsovia de adoptar una estrategia defensiva, denominada *Suficiencia razonable*, que en el terreno práctico significó la retirada de las fuerzas soviéticas de Europa del Este, a partir de 1991 (Duignan, 2000). Y en 1992, la nueva Comunidad de Estados Independientes (o Commonwealth of Independent States, conformada por los estados que antes componían la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) decidió que los estados miembros constituirían sus propios ejércitos, entonces desaparecerían las Fuerzas Armadas Soviéticas. Las dos situaciones descritas terminarían alterando el balance estratégico en favor de la OTAN, que, *ad portas* de redefinirse, no vio afectada su integridad ni unidad.

Al contrario de los pronósticos marxistas el imperio soviético fue el que se rompió, no Occidente ni la OTAN. La disolución de la Unión Soviética significó el mayor evento de descolonización contemporáneo: los estados bálticos (Estonia, Letonia y Lituania), Bielorrusia, Ucrania y los transcaucásicos (Georgia, Armenia y Azerbaiyán), siguieron su propio camino. Al mismo tiempo, la activación de conflictos étnicos y religiosos en el Cáucaso Norte, esto es, las repúblicas autónomas de Daguestán, Ingushetia, Osetia y, principalmente, Chechenia, planteó un riesgo para la seguridad y estabilidad de la Federación Rusa. Y, como amenaza interna, el surgimiento, dentro del país y entre las fronteras euroasiáticas, de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas y de armas convencionales, como también de armas atómicas, bacteriológicas o químicas, con probabilidad de terminar en manos de organizaciones terroristas o de gobiernos cómplices con éstas.

El escenario posterior, denominado post-soviético, trajo para la OTAN nuevas realidades: **1.** La ya descrita de la Rusia post-comunista. **2.** La necesidad de disminuir y simplificar sus fuerzas militares, por la disolución del Pacto de Varsovia, pues las fronteras que compartían estas dos organizaciones fueron, durante la Guerra Fría, la región más militarizada de la historia (Moore, 2007), con un aproximado de tres millones de soldados a cada lado y una gran acumulación de armas convencionales y nucleares. Esta necesidad se explica por el desarrollo del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (Treaty on Conventional Armed Forces in Europe), suscrito en 1990 entre la OTAN y el Pacto de Varsovia, el cual imponía topes iguales en cuanto a la posesión de armas no nucleares, entre el Océano Atlántico y los Montes Urales, es decir, se limitó el número de tanques, piezas de artillería, vehículos armados de combate, aviones de combate y helicópteros de ataque, y se establecieron restricciones al despliegue de fuerzas en ese territorio. El Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (TCFE, por sus siglas en inglés) fue exitoso durante los primeros años de Posguerra Fría, pero luego se presentaron desacuerdos, pues Rusia asumió que las restricciones impuestas limitaban su capacidad de respuesta a la situación en Chechenia y otras regiones del Cáucaso. **3.** Ante el fallo del Tratado, la seguridad europea podía deteriorarse y ocurrir un enfriamiento de las relaciones entre Rusia, sus vecinos y los Estados Unidos, de manera que un cambio en la dirección de la carrera armamentística y en las prioridades de la seguridad rusa, generó temores en los miembros de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) y en Estados del centro de Europa, así como en los Bálticos, que sintieron su seguridad en riesgo y solicitaron la admisión dentro de la OTAN, para hallarse a salvo de una nueva amenaza por parte de Rusia. **4.** El reto de la ampliación, ante la demanda de integración de Estados de Europa Central. **5.** La intervención en la Guerra del Golfo Pérsico, en 1991, marcó el inicio de la participación de la OTAN en conflictos “fuera de área” (Duignan, 2000). **6.** La creación de nuevos mecanismos de cooperación con Estados no pertenecientes a la alianza, como el Consejo de Cooperación Noratlántico (North Atlantic Cooperation Council) o la Asociación para la Paz (Partnership for Peace, creada en 1994).

LA OTAN Y EL NUEVO ORDEN EN EUROPA CENTRO-ORIENTAL

El colapso del imperio soviético revolucionó la política mundial, pero aún más la europea, con las consecuentes implicaciones para la política exterior de los Estados Unidos. La Alianza Atlántica se enfrentaba a una serie de nuevas decisiones, concernientes a su posición en Europa y frente a nuevos Estados, como los miembros de la CEI (Comunidad de Estados Independientes), y al ambiente de seguridad del momento, ya distinto del imperante en la Guerra Fría.

Este contexto de redefiniciones estuvo marcado por dos formas de concebir el comportamiento de la OTAN: una expansionista, que apostaba por la ampliación de la organización hacia el centro y este de Europa, y otra más cautelosa con esa cuestión. El expansionismo tenía una gran acogida en Estados Unidos, pues en el Gobierno y el Congreso había numerosos funcionarios de origen checo, polaco, húngaro o croata; y en Alemania, unida a sus vecinos orientales por vínculos históricos. Los primeros aspirantes a ingresar a la OTAN fueron Polonia, República Checa, Eslovaquia y Hungría, que correspondían a la zona norte de los Estados centro-orientales. Estos cuatro Estados se caracterizaban por una gran homogeneidad étnica (causada en gran parte por la limpieza étnica llevada a cabo por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, y por los gobiernos posteriores a la guerra), significativos avances en las reformas económicas y políticas que vinieron con la democratización (Huntington, 1997), y la necesidad de apoyo occidental contra el resurgimiento del imperialismo ruso. Además, vieron en la OTAN el medio idóneo para mantener la estabilidad interna.

De manera que fue el interés puesto por Occidente en fortalecer la democracia en esa región, lo que promovió el distanciamiento entre los Estados miembros de la alianza y Rusia. Fue oportuna la estrategia de la OTAN de extenderse, en un momento crítico para Rusia, con sus fuerzas armadas desorganizadas y concentradas en resolver los conflictos internos del país (por ejemplo, la cuestión de Chechenia). Desde luego, los rusos no percibían como positiva la ampliación hacia el este, pero era un error que las potencias occidentales (el conjunto de Europa y Estados Unidos) condujeran su política exterior según los intereses de Rusia. Ésta

fue una posición compartida por oficiales de la política exterior alemana y estadounidense, que asumieron la ampliación de la OTAN orientados por fines realistas, por más que insistieran en la promoción de la democracia y la estabilización de Europa central y oriental, para poner en práctica la idea de “una Europa entera y libre” (“a Europe whole and free”), en palabras de George H.W. Bush, presidente de los Estados Unidos, durante su intervención en la celebración del cuadragésimo aniversario de la OTAN, en Mainz, Alemania Occidental, en 1989 (entonces República Federal Alemana).

En el otro lado, los detractores de la ampliación, entre quienes se contaba a militares estadounidenses, expertos en política exterior (como Paul Nitze o George Kennan) y políticos republicanos y demócratas, creían que no era conveniente que la OTAN se tornara más compleja de lo que ya era. Consideraban que incluir a Polonia, República Checa y Hungría en el proceso de toma de decisiones haría inmanejable a la alianza, por las diferencias históricas entre esos países y otros que, previsiblemente, buscarían ingresar más adelante (Szayna, 2001). Les preocupaba la cohesión moral de la OTAN, que se pondría a prueba cuando los miembros más antiguos tuvieran que luchar por los nuevos, en un eventual conflicto con Rusia o ante manifestaciones tempranas de inestabilidad. Pero la cautela de quienes veían con reserva la ampliación, era aún mayor cuando se trataba de Rusia, que se sentiría amenazada por el nuevo balance de fuerzas convencionales, resuelto a favor de Occidente. En esas circunstancias, Rusia estaría en condiciones de retomar el control de Bielorrusia, Ucrania y los Estados del Báltico para configurar una nueva frontera que dividiría el continente europeo.

Este dilema de seguridad y una suerte de política anti-rusa por parte de la OTAN, era algo que no convenía a las nuevas relaciones entre Europa y Rusia ni a las necesidades de la alianza por atraer a esta última como una gran potencia (por su potencial militar y estratégico y por el carácter esencial de las relaciones con Estados Unidos, en lo relacionado con el mantenimiento de la seguridad internacional) que haría contrapeso a China y sería clave en la lucha contra el islamismo radical a lo largo de Asia Central.

Una forma de conciliar las diferencias entre expansionistas y cautelosos, y de apaciguar a Rusia, fue la creación de la Asociación para la Paz (Partnership for Peace), en 1994, para mejorar la seguridad y estabilidad en Europa y las regiones circundantes. La iniciativa fue acogida por 26 Estados de Europa central y oriental, el Cáucaso y Asia Central, y ha actuado como puente de transición para los países que aspiran a convertirse en miembros de la OTAN, como también ha servido para promover la integración con muchos países que no están interesados en pertenecer a la organización, pero son conscientes de que la Asociación contribuye a su seguridad y estabilidad, aun sin una garantía de que la OTAN se encargaría de darles protección.

LAS RELACIONES ENTRE EUROPA Y ESTADOS UNIDOS EN LA POSGUERRA FRÍA

El fin de la Guerra Fría y la disolución de la Unión Soviética, implicaron cambios relevantes en el vínculo transatlántico. La OTAN continuó su proceso evolutivo que, en los 90, se perfeccionó con el ingreso de Polonia, República Checa y Hungría. La intervención en la Guerra de los Balcanes y el lanzamiento de operaciones fuera de área (Out of Area Operations), determinaron la manera en que la alianza se adaptaría al nuevo escenario. Sin embargo, las diferencias entre las potencias que ejercían un liderazgo natural dentro de la organización, se hicieron notar con fuerza. Asuntos como la competencia económica entre Europa y Estados Unidos, a propósito de la constitución de la Unión Europea en 1992 (con el Tratado de Maastricht); la consolidación de Alemania como motor económico del continente; la posición francesa sobre la situación de los derechos humanos en China (contrastante con la de Estados Unidos); las divergencias sobre el tipo de intervención que la OTAN debía llevar a cabo en los Balcanes o el debate acerca de las implicaciones de intervenir en Irak (el escenario de la Guerra del Golfo Pérsico, en 1991); pusieron a prueba la solidez del vínculo transatlántico (Moore, 2007).

Durante la Guerra Fría, las disputas entre los miembros de la OTAN fueron frecuentes, pero las que tuvieron lugar en los años inmediatos de la Posguerra Fría, sin duda han generado mayores divisiones entre los líderes de la alianza. No obstante, es una ligereza culpar a Estados Unidos o a

Europa del deterioro de las relaciones. En realidad, se trata de un cambio político que trasciende el fin de la Guerra Fría y el colapso de la URSS. Había una presunción de igualdad entre Estados Unidos y Europa, cuando se trataba de disuadir a la Unión Soviética. El primero, en su condición de superpotencia, era el mayor proveedor de recursos y medios de la OTAN, pero ambos se beneficiaron de la relación por partes iguales. Además, había valores e intereses compartidos en la realización de un fin común: asegurar la democracia y evitar la agresión contra Europa (Holmes, 1998).

Con el fin de la confrontación bipolar, algunos fines cambiaron: el mantenimiento de la paz, la resolución de conflictos y la gestión de crisis (concepto estratégico de 1991), se convirtieron en cuestiones prioritarias, mientras que la disuasión y la contención pasaron a un segundo plano. Y la relación de beneficio mutuo sufrió una grave alteración, en particular con la crisis en Bosnia y Kosovo, resuelta por Estados Unidos, aunque éste no tuviera comprometidos sus intereses nacionales, al contrario de lo que sucedió en Irak, Afganistán y Corea del Norte, por ejemplo. Como argumenta Rebecca Moore (2007):

La decisión de los Estados Unidos de diferir a los europeos la responsabilidad, resultó desastrosa. Europa falló en responder decisivamente y la guerra se propagó rápidamente de Eslovenia y Croacia hasta Bosnia, donde se detuvo en 1995. Aunque la OTAN intervino mediante ataques aéreos contra posiciones serbo-bosnias en 1994 y 1995, y lanzó una misión de estabilización y mantenimiento de la paz para hacer cumplir los términos del Acuerdo de Paz de Dayton, el hecho de que cien mil personas hubieran muerto en Yugoslavia, solo promovió la percepción de que la OTAN no estaba preparada para el mundo de la Posguerra Fría y rápidamente se estaba volviendo irrelevante. En parte, las dificultades de la OTAN se debían a una falta de voluntad política de los europeos, que era en sí misma producto de las divisiones internas (p. 21).

Al respecto, las discrepancias en las relaciones entre Estados Unidos y Europa son evidentes: Los estadounidenses sentían, y siguen sintiendo hoy, que los europeos asumieron una actitud vacilante en los Balcanes y que su oposición a las políticas de Estados Unidos en el Medio Oriente era una muestra de su falta de resolución a la hora de tomar decisiones estratégicas. Por su parte, Europa procuró hacerse más independiente en los noventa, con la formalización de la Unión Europea y la creación del

euro como moneda capaz de competir con el dólar, y con la proyección de intereses propios en su política exterior y de defensa. “Sin embargo, los países europeos llevaron a cabo importantes recortes en el gasto en defensa y reducciones en sus fuerzas convencionales, y en consecuencia, se volvieron más dependientes de los Estados Unidos para su seguridad” (Duignan, 2000, p. 68).

Pese a las diferencias y a las rivalidades propias de la competencia por el poder internacional, Estados Unidos y Europa se reconocieron como aliados dentro de la OTAN, y comprendieron la necesidad de adaptarse al mundo de la Posguerra Fría, que exigió mayor disposición para cooperar abiertamente, no solo en el orden militar (compartir responsabilidades en los nuevos escenarios de conflicto o combatir el terrorismo y la proliferación nuclear), sino, también, en la flexibilización de las relaciones comerciales.

¿QUÉ TIPO DE ORGANIZACIÓN ES LA OTAN EN LA ACTUALIDAD?

A lo largo de sus sesenta y dos años de vida, los líderes norteamericanos y europeos han considerado a la OTAN como la alianza militar más exitosa de la historia. Al principio, fue concebida para ser una alianza militar unidimensional, orientada a disuadir un ataque soviético contra Europa Occidental. En consecuencia, muy pocos esperaban que la OTAN sobreviviera a la desaparición de la amenaza que inspiró su creación. John Mearsheimer (1990) planteó un escenario de posguerra fría en el cual la alianza había perdido su razón de ser y, junto con el Pacto de Varsovia, no tendría otro destino que disolverse.

En sus palabras, la Unión Soviética es la única superpotencia que puede superar a Europa; es la amenaza soviética lo que mantiene la cohesión dentro de la OTAN. Quitar la amenaza ofensiva de en medio y probablemente los Estados Unidos abandonarían el continente, después de lo cual la alianza defensiva que han liderado por cuarenta años se desintegrará (p. 52).

Mearsheimer afirmó que tanto la OTAN como el Pacto de Varsovia continuarían existiendo en el papel, pero nunca más como alianzas útiles. Otra visión pesimista sobre el futuro de la alianza en un escenario diferente, es la ofrecida por Owen Harries (1993), quien argumentó que la OTAN

estaba sustentada en una premisa bastante cuestionable: que Occidente seguía existiendo como entidad política y militar. Aún más, afirmó que “el Occidente político” (p. 41) no era una construcción natural, sino artificial, que no se habría constituido sin la amenaza existencial proveniente del “Este” (p. 41).

Aunque la OTAN se ha sobrepuesto al fin de la Guerra Fría y continúa funcionando dos décadas después, expandió su ámbito geográfico, asumió nuevas misiones y, por primera vez, invocó el artículo quinto del Tratado de Washington (que establece el principio de la defensa colectiva), en respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, algunas voces han revivido las predicciones pesimistas de Mearsheimer y Harris. En el contexto de la reanudación de la guerra de Irak, en 2003, y a propósito de las tensiones entre Estados Unidos y Europa, por la oposición generalizada de esta última a la decisión estadounidense de intervenir en ese país, Robert Levine (2003) advirtió que la OTAN se había tornado irrelevante, que se había convertido en una burocracia desactualizada. Preocupación que cobraba sentido por la impresión muy difundida entre los europeos del carácter unilateral de la política exterior de los Estados Unidos, que habían decidido ir a la guerra sin tener en cuenta el papel determinante que la alianza desempeñara en Irak, una actitud interpretada como falta de interés en la Organización.

No obstante, existe una visión alternativa de la OTAN, que no ha hecho depender la integridad de la alianza de la amenaza soviética. Sus exponentes enfatizan en la capacidad de la OTAN por integrar a Europa occidental y a los valores comunes que comparten sus miembros. Desde esta perspectiva, ha servido para atenuar los efectos de la anarquía entre los Estados que la componen y produjeron una estabilidad sin precedentes en la región, en los años de la Guerra Fría y al término de la misma. Como explicaba John Duffield en 1994:

Amortiguando el dilema de seguridad y proveyendo un mecanismo institucional para el desarrollo de políticas de seguridad comunes, la OTAN ha contribuido a hacer del uso de la fuerza en las relaciones entre los países de la región, prácticamente inconcebible. En realidad, la Alianza ha conservado su relevancia en la Posguerra Fría, precisamente por su evolución durante los años de la Guerra Fría, de una tradicional alianza militar para

la defensa colectiva, a una organización político-militar para la cooperación en seguridad, con una burocracia organizada y un complejo proceso de toma de decisiones (p. 15).

Los escépticos, pues, fallaron porque se centraron solamente en la cuestión militar y subestimaron las capacidades políticas de la Alianza Atlántica. Para los optimistas, el éxito obtenido por la OTAN en la pacificación de Europa, puede explicarse si se apela al carácter liberal de los Estados que la componen y a los mecanismos desarrollados para promover la cooperación entre ellos. Según Robert Keohane (1997), tanto la OTAN como la Unión Europea fueron fuentes significativas de estabilidad durante el período de la Guerra Fría, porque el carácter y fuerza de las instituciones internacionales son factores determinantes del comportamiento del Estado. Keohane también sugiere que cuando los Estados siguen las reglas y patrones de las instituciones internacionales, están manifestando su voluntad de continuar en un entorno de cooperación, y por tanto, de reforzar sus expectativas de estabilidad. Y concluye que, si se sostenía la Europa de Posguerra Fría, eso dependería en gran medida de que la primera década del siglo XXI se caracterizara por un “patrón continuo de cooperación institucionalizada” (1997, p. 160).

Los exponentes de la paz democrática sitúan la fuente de estabilidad de Europa occidental durante la Guerra Fría, en la creencia de que los Estados liberales democráticos no se enfrentan en la guerra. Hay algunas explicaciones estructurales y normativas al respecto: mientras que la visión estructural concibe las restricciones institucionales como una causa de la paz, la normativa hace su enfoque en los valores democráticos. Michael Doyle (1983) observa que la unión pacífica se ha mantenido y expandido en Europa occidental, pese a los numerosos conflictos de interés económico y estratégico y sostiene que una paz liberal emana del respeto mutuo que existe entre los Estados que respetan los derechos individuales, así como de las restricciones domésticas asociadas con el recurso a la guerra, inherentes a las sociedades democráticas. La paz liberal está fundada en un sentido de comunidad que, a su vez, encuentra sustento moral, algo que explica con claridad Thomas Risse-Kappen:

En suma, la teoría liberal argumenta que las democracias no se enfrentan entre sí, porque se perciben las unas a las otras como pacíficas. Se perciben

entre sí como pacíficas, por las normas democráticas que rigen sus procesos internos de toma de decisiones. Por la misma razón, forman comunidades plurales de seguridad y de valores compartidos. Porque se perciben pacíficas y expresan un sentido de comunidad, tienen probabilidades de superar los obstáculos contra la cooperación internacional y de formar instituciones tales como las alianzas (1995, p. 9).

De acuerdo con Risse-Kappen, la OTAN constituye este tipo de institución. Dados sus valores compartidos y percepciones de los otros, los aliados formaron una comunidad que no dependió de la amenaza soviética, sino que, más bien, la precedió. Al final, interpretaron a la Unión Soviética como amenaza porque su ideología, junto con el intento de dominar Europa central y oriental, representaba un atentado contra esos valores comunes, pero no fue esa la razón que creó la comunidad al principio. La creencia de que la Unión Soviética abrazó un conjunto de valores en esencia diferentes a los de la OTAN, no solo inspiró una identidad colectiva entre los aliados, sino, también, la percepción de una amenaza. La esencia de esa amenaza no se derivaba únicamente del poder soviético, sino, además, de una ideología que los aliados vieron como peligrosa para la pervivencia de los valores fundantes de la Organización.

En la Posguerra Fría, muy pocos han expuesto con mayor elocuencia la idea de que la OTAN es ante todo una comunidad de valores democráticos, como el disidente y luego presidente de la República Checa, Václav Havel. Havel escribió en 1997, en un artículo en el *New York Times*, titulado *La calidad de vida de la OTAN (NATO's Quality of Life)*¹, que la OTAN debía seguir reconociéndose a sí misma como un instrumento de la democracia, orientado a defender unos valores políticos y espirituales comunes; no como un pacto contra un enemigo más o menos obvio, sino como un garante de lo que él asume como la civilización Euro-Americana. Y Samuel Huntington (1997), siguiendo a Havel, afirma que la OTAN es un “baluarte de la civilización occidental” (p. 307). Y, finalmente, Javier Solana, ex Secretario General de la Alianza, coincide con ellos en que “lo que nos une son los intereses compartidos, no las amenazas compartidas. Es por eso que la Alianza se ha mantenido tan fuerte, más allá del fin de la Guerra Fría” (1999, p. 104).

¹ Havel, V. (1997, May 13). NATO's Quality of Life. *New York Times*.

LA OTAN COMO UN ORDEN LIBERAL DE SEGURIDAD

A partir de 1991, el cometido de la OTAN ya no sería más el mantenimiento del *status quo*. La seguridad europea debía ser entendida como una entidad tangible que habría que construir si se miraba hacia el futuro, no solo defender. La alianza había evolucionado de una organización de defensa pasiva y reactiva, a una que adquirió el compromiso con la construcción del derecho a la seguridad en toda Europa. El nuevo orden de seguridad al cual aspiraban los miembros de la OTAN, poseía todas las características de un orden kantiano: una federación de Estados pacíficos, organizados en torno a los principios democráticos liberales e incorporados a una cada vez más integrada área Euro-Atlántica (Duignan, 2000). Aunque la OTAN siguió comprometida con la defensa colectiva de su territorio, este nuevo concepto de seguridad era menos estado-céntrico, menos deferente con el principio westfaliano de la no intervención (consagrado en el artículo 2º, párrafo 7º, de la Carta de Naciones Unidas) y vinculado de manera sutil a la noción de derechos individuales. De hecho, como lo demostraron las operaciones de la alianza en los noventa, como por ejemplo las misiones de mantenimiento de la paz en los Balcanes, las nuevas asociaciones y la decisión de admitir nuevos miembros, la seguridad para la nueva OTAN no solo abarca los derechos de los individuos, sino que va más lejos y tiene preferencia por la soberanía de los individuos sobre la del Estado (Moore, 2007). Los valores liberales que la OTAN defendió durante la Guerra Fría, ahora se entienden como normas que deben gobernar en el conjunto de Europa, y aún, en regiones que están más allá de sus fronteras.

La crítica realista a la transformación de la OTAN en la posguerra fría, ha tendido con frecuencia a rechazar cualquier relación existente entre los valores de la alianza y sus intereses. Algunos como Michael Mandelbaum (1999), argumentan que la intervención en Kosovo fue un error porque la OTAN libró la guerra anteponiendo sus valores a sus intereses. En ese sentido, la guerra solo contribuyó a deteriorar las relaciones de Estados Unidos con Rusia y China, ambos opuestos a la intervención en los Balcanes. Sin embargo, esta crítica desconoce el carácter crucial que los valores liberales democráticos han tenido para la misión de la OTAN, desde sus inicios y en el escenario de posguerra fría, como también deja de lado la dimensión que esos valores han adquirido en la concepción que de la seguridad ha estructurado esta organización al final de la confrontación bipolar.

La extensión de la comunidad de valores liberales hacia Europa del Este, era un asunto central para el orden de seguridad europeo ideado por los líderes occidentales. Hacia 1990, el continente europeo se había convertido en epicentro de revoluciones políticas, que condujeron a los gobiernos del centro y el este a implementar reformas democráticas, adoptar el pluralismo y asumir el compromiso de “construir sociedades democráticas, basadas en elecciones libres y en el Estado de derecho” (1990, p. 102), como se declaró en la reunión en Copenhague de la *Conferencia sobre seguridad y cooperación en Europa (CSCE)*, en junio de ese año.

Esa asunción de las instituciones democráticas y el Estado de derecho por parte de los Estados nacientes de Europa centro-oriental, reforzó la convicción entre los miembros de la alianza de que los factores políticos, económicos, sociales y ambientales eran cruciales para el nuevo orden de seguridad, que estableció una relación de interdependencia entre todos los países europeos, que en el concierto de Posguerra Fría se convertirían en socios y futuros aliados para el mantenimiento de la seguridad regional.

ESTABILIDAD Y DEMOCRACIA

La intención de la OTAN de proyectar la estabilidad más allá de sus fronteras, viene acompañada del interés por promover las normas y principios democráticos liberales y las prácticas en las que se sustenta dicha estabilidad. El orden de seguridad basado en valores al cual aspiran los aliados, por tanto, funcionará si la OTAN posee la capacidad real de difundir esas normas y prácticas (Moore, 2007). Al respecto, Michael Mandelbaum (1995) sostiene con escepticismo que “la OTAN no solo no es el instrumento más efectivo para promover la democracia, sino que tampoco es, en esencia, una organización para hacerlo. Más bien, es una alianza militar, una asociación de algunos estados soberanos dirigida contra otros” (p. 10). Aún más, los realistas apuntan que la OTAN tuvo muy poca o ninguna influencia en la democratización de Europa central y oriental, basándose en tres argumentos: en primer lugar, que la democratización en esta región se dio por factores diferentes a la ampliación de la OTAN, y que, incluso sin ella, ese proceso habría tenido lugar. Como segunda consideración, que la OTAN no tuvo que ver con la reconciliación y la coopera-

ción que se dio entre los países de la región, pues estaban motivados por otro tipo de objetivos, como la superación de las confrontaciones étnicas, y este asunto no requería de la intervención de ningún Estado u organización externa para resolverse. Y, en último lugar, que la democracia jugó un papel secundario en las consideraciones estratégicas para el proceso de ampliación de la alianza, así como para determinar el comportamiento de los Estados durante la Guerra Fría, lo que les permite dudar sobre su capacidad para promover la democracia en el mundo de Posguerra Fría (Reiter, 2001).

En todo caso, hay una contestación a las impresiones que los realistas se han formado sobre la insistencia de la OTAN en actuar como vehículo para la promoción de la democracia. En general, los realistas estudian la Organización de forma aislada y tienden a desconocer la serie de interacciones que la OTAN estableció con otras instituciones europeas, a partir del fin de la Guerra Fría, para generar nuevas normas orientadas hacia la vigencia del sistema democrático que, a su vez, terminarían influyendo en la manera como los Estados centro-orientales percibían sus intereses nacionales y, en consecuencia, su comportamiento interno y hacia el resto de Europa. En realidad, las reformas que en esa región se llevaron a cabo durante las dos últimas décadas, respaldan la idea de que la identidad de la OTAN, como una alianza que ha construido los medios políticos y militares para defender los valores democráticos compartidos por sus miembros, constituye una fuente de su capacidad para influenciar el comportamiento de los aspirantes a ingresar en la Organización (Szayna, 2001).

Los esfuerzos de la OTAN por democratizar el Este, son anteriores a la decisión de ampliarse. En 1990 trató de impulsar el crecimiento de la democracia hacia sus antiguos adversarios y logró la formación de nuevas instituciones y asociaciones, como la Asociación para la Paz (creada en 1994, para integrar a los Estados no miembros y plantear unas nuevas relaciones con Rusia y el Este). Por otro lado, las iniciativas más recientes, incluyendo la Iniciativa de Cooperación de Istanbul (ICI) y el Diálogo Mediterráneo (MD, o Mediterranean Dialogue), y unas mejores relaciones con los Estados de Asia Central y el Cáucaso, demuestran que la OTAN efectivamente ha incrementado su habilidad como difusor de los valores democráticos más allá de Europa.

EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN SOBRE LA FORMA DE ACTUAR DE LA OTAN

La visión de un nuevo orden de seguridad europeo, se debió en parte a las experiencias vividas por los miembros de la alianza durante la Guerra Fría, como también al carácter de las amenazas que enfrentaron los aliados en los noventa. Además, la derrota del comunismo, la evolución de las normas de la democracia y los derechos humanos, la liberalización económica y la revolución de la información, han influido en la concepción de la seguridad que ha guiado la evolución de la OTAN a lo largo de la última década del siglo XX y comienzos del XXI. En una era de globalización, marcada por fronteras estatales cada vez más permeables, la seguridad no se comprende tan solo en términos Estado-céntricos. Ahora, la seguridad debe concebirse como parte de los intereses vitales de los individuos, al igual que del Estado. No todos los estados aseguran los derechos de sus ciudadanos y, aquellos que no lo hacen, son considerados como fuentes de inestabilidad y, por tanto, entidades de las cuales se presume no ejercen su soberanía o han perdido tal atributo (Zakaria, 2003).

La permeabilidad de las fronteras estatales y la preocupación creciente de la opinión pública por los asuntos de la seguridad, han hecho casi imposible separar los valores de los intereses básicos de seguridad (Moore, 2007), como desearían los realistas. Junto con la naturaleza de los conflictos de la Posguerra Fría, los efectos de la globalización han servido para reforzar la visión según la cual las violaciones de los derechos humanos en determinado Estado, traen implicaciones para el sistema internacional en su conjunto. En abril de 1999, durante su intervención en el *Club Económico de Chicago (Chicago Economic Club)*, Tony Blair, Primer Ministro de Gran Bretaña, relacionó la intervención de la OTAN en Kosovo con el fenómeno de la globalización:

Hace veinte años no habríamos estado luchando en Kosovo... El hecho de que estemos comprometidos es el resultado de una amplia gama de cambios –el fin de la Guerra Fría, los avances tecnológicos, la expansión de la democracia. Pero es más que eso. Creo que el mundo ha cambiado de una manera fundamental. La globalización ha transformado nuestras economías y nuestra forma de trabajar. Pero la globalización no es solo económica. Es también un fenómeno político y de seguridad. Vivimos en un mundo donde el aislacionismo ha perdido su razón de ser. Por necesidad, tenemos

que cooperar con los demás a través de las naciones... Todos somos internacionalistas hoy, gústenos o no. No podemos rehusarnos a participar en los mercados globales, si queremos prosperar. No podemos ignorar las nuevas ideas políticas de otros países, si queremos innovar. No podemos dar la espalda a los conflictos y violaciones de los derechos humanos dentro de otros países, si queremos vivir seguros.

Como propuso Tony Blair, en un mundo cada vez más interconectado, los conflictos que se desprenden de los abusos contra los derechos humanos, rara vez afectan solo al orden interno de un Estado. Más bien, es probable que afecten a otros Estados o causen una crisis de refugiados, por ejemplo, con consecuencias dramáticas para la región circundante. Dado el predominio de los conflictos intraestatales o intrasociales en los noventa (Patiño, 2006), la OTAN tendría pocas posibilidades de continuar siendo importante en el mundo de la Posguerra Fría, si no adaptaba su misión y sus herramientas al contexto. Las nuevas misiones militares y la voluntad de la alianza de condicionar la soberanía estatal en nombre de los derechos humanos, no debería ser interpretada para sugerir que las nociones Estadocéntricas de la seguridad han perdido relevancia. En realidad, desde una perspectiva liberal, el Estado sigue siendo esencial para la protección y preservación de los derechos humanos. Sin embargo, los conflictos en Bosnia y Kosovo, junto con la permeabilidad de las fronteras estatales, hicieron notar que, así como la seguridad de los individuos no siempre es equivalente a la seguridad del Estado, las violaciones de los derechos humanos en cualquier lugar de Europa tienen el poder de amenazar la seguridad de la comunidad en su conjunto. Como señala Axworthy, la OTAN debe orientar su nueva concepción de la seguridad como “un continuo, que comprende tanto las preocupaciones del Estado como las de los individuos” (1999, p. 11).

LA OTAN Y LOS REGÍMENES INTERNACIONALES DE LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

El fin de la Guerra Fría no solo fomentó una nueva comprensión de la seguridad. Como se ha dicho atrás, también permitió a la OTAN promover la extensión de los valores democráticos, con el uso de medios políticos y militares. Desde una perspectiva militar, la retirada de las fuerzas soviéticas de Europa del Este, a finales de los ochenta (con la aplicación, por parte del Pacto de Varsovia, de la estrategia denominada *Suficiencia razonable*), fue el hecho puntual que removió los obstáculos a la interven-

ción de la alianza en esa región. Al mismo tiempo, el colapso del comunismo facilitó la difusión de los objetivos políticos de la OTAN, al desactivarse la confrontación ideológica que establecía la división entre el Este y el Oeste (Huntington, 1994), pues los antiguos enemigos se sumaban ahora a la cooperación para la paz y la seguridad, lo que significó un incremento en las operaciones en la zona.

Aunque el fin de la Guerra Fría no produjo un consenso internacional sobre las condiciones que justificaban o legitimaban la intervención en los asuntos internos de otros Estados, el triunfo de las ideas democráticas en Europa centro-oriental, América Latina, África y Asia, proclamado por académicos y líderes políticos, fue crucial para el surgimiento de normas globales para la democracia y los derechos humanos. El enfoque en valores que la OTAN dio a la seguridad, coincidió con la apuesta en la década de los noventa, de numerosos Estados, instituciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, por afianzar la relación entre la democratización y la construcción de un sistema internacional pacífico (Moore, 2007). En esa vía, los Estados que aspiran a formar parte de la sociedad internacional y convivir en buenos términos con quienes la integran, se hacen conscientes de la importancia de respetar los derechos fundamentales de los individuos y establecen unas reglas básicas de comportamiento hacia sus ciudadanos. Dentro de una sociedad de este tipo, los regímenes autocráticos y totalitarios no pueden alegar la interferencia en sus asuntos internos, cuando se les confronta por las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, lo que representa un gran cambio en los principios que rigen la sociedad internacional, habituada al principio de no intervención como garantía de estabilidad para los Estados (Kaplan, 2003).

Así mismo, el éxito obtenido por la OTAN en la pacificación de Europa occidental durante la Guerra Fría, dio crédito a la noción de la paz liberal y la consecuente evolución de un régimen internacional de la democracia y los derechos humanos. Las normas de ese régimen, a su vez, sirvieron para apoyar los esfuerzos de la OTAN por construir un orden liberal de seguridad, con la premisa de que los derechos humanos deben ser una preocupación de primer orden para las relaciones internacionales. Dicho régimen ha dado legitimidad a la OTAN de Posguerra Fría y, aún más, a la concepción de seguridad sustentada en valores, que surgió a partir del 11 de septiembre de 2001.

CONCLUSIÓN

En la actualidad, al estado de cosas del decenio de 1990 y que aún persiste, se suman las transformaciones del escenario internacional a partir de 2001, aceleradas por la globalización y la emergencia y expansión de nuevas amenazas, como la proliferación de armas nucleares, el carácter difuso del terrorismo (de tipo religioso y político), el auge de la piratería en regiones como el Océano Índico y el Sudeste Asiático, o la multiplicación del crimen organizado internacional. Además, el estancamiento demográfico en la generalidad del mundo occidental y la confusión de la identidad cultural que la inmigración ha producido en Estados Unidos y Europa, afectan los valores que informan la OTAN, pues no es seguro que una mayoría de los nuevos habitantes de estos países sienta hoy simpatía por los objetivos y fines que la organización ha impulsado desde 1949.

La misión de la OTAN para el futuro venidero es más compleja que la de los primeros años de la Posguerra Fría, si se considera que tendrá que contar con el advenimiento de un sistema multipolar en formación, por la consolidación de nuevas grandes potencias en el sistema internacional (Brasil, Rusia, India y China) y el posicionamiento regional de actores que, en el pasado reciente, no poseían gran relevancia estratégica (Colombia, Indonesia, Vietnam, Egipto, Turquía y Sudáfrica). La alianza cuenta hoy con 28 miembros y 22 países asociados, y dentro de su reforma se prevé la inclusión de Ucrania, Georgia y Macedonia, Estados clave en el fortalecimiento político de la organización y en la consecución de un mundo más seguro.

Pero el aspecto crucial, que signará el futuro de la organización y la llevará a mantener su viabilidad y fortaleza, debe ser la profundización de la cooperación transatlántica entre Estados Unidos y la Unión Europea (desde luego, incluidos Canadá y Noruega, dos protagonistas de la cooperación internacional y miembros de la alianza). Además, se mantiene vigente el principio de la seguridad colectiva y se materializa la necesaria unión que debe existir entre éstos. En los años recientes, la percepción desde Rusia y el Medio Oriente, de una competencia en todos los órdenes entre las dos potencias, generó divisiones y debilitó su capacidad para llevar el consenso multilateral a la acción y es probable que allí se encuentre la razón para que el éxito, ya en Afganistán o bien en el Líbano, esté aún lejos de lograrse.

Es cierto que la hegemonía de Occidente enfrenta hoy serios retos, y que incluso se habla de un mundo post-occidental, en el que las nuevas potencias ejercen cada vez mayor influencia internacional, lo cual exige una gran voluntad de poder por parte de la alianza para seguir impulsando sus intereses estratégicos. Pero no debe enfrentarse este desafío con la prevención propia de la época bipolar, sino con una cautela que sugiere promover la colaboración con países que no forman parte del espacio euroatlántico.

REFERENCIAS

- Axworthy, L. (1999). NATO's New Security Vocation. *NATO Review*, 47(4), 8-11. Recuperado de <http://www.nato.int/docu/review/1999/9904-02.htm>
- Blair, T. (1999). *Doctrine of the International Community*. Speech before the Chicago Economic Club, April, Chicago.
- Clarke, J. (1992). The Conceptual Poverty of U.S. Foreign Policy. *The Atlantic Monthly*, 272 (3), 54-66.
- Doyle, M. (1983). Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Part 2. *Philosophy and Public Affairs*, 12 (4), 323-53.
- Duffield, J. (1994). NATO's Function after the Cold War. *Political Science Quarterly*, 109 (5), 767.
- Duignan, P. (2000). *NATO: Its Past, Present and Future*. Stanford (CA): Hoover Institution Press.
- Harries, O. (1993). The Collapse of the West. *Foreign Affairs*, 72 (4), 41.

- Havel, V. (1997, 13 de Mayo). NATO's Quality of Life. *New York Times*. Recuperado de <http://www.nytimes.com/1997/05/13/opinion/nato-s-quality-of-life.html?pagewanted=all&src=pm>
- Holmes, K. (1998). US-European Strategic Bargains: Old and New. *Heritage Lectures*, (627), 2.
- Huntington, S. (1997). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Paidós.
- (1994). *La Tercera Ola: La democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Paidós.
- International Business Publications. (2009). *NATO Handbook: Structure, Policy, Contacts*.
- Kaplan, R. (2002). *El retorno de la antigüedad: La política de los guerreros*. Barcelona: Ediciones B.
- Kapuscinski, R. (1994). *El imperio*. Barcelona: Anagrama.
- Keohane, R. (1997). Response to Back to the Future. In Rose, Gideon. (Ed.). *The New Shape of World Politics: Contending Paradigms in International Relations* (159-60). New York: Foreign Affairs.
- Levine, R. (2003, 24 de Mayo). NATO Is Irrelevant: A Bureaucracy Whose Time Has Passed. *International HeraldTribune*. Recuperado de http://www.nytimes.com/2003/05/24/opinion/24iht-edlevine_ed3_.html
- Mandelbaum, M. (1999). A Perfect Failure: NATO's War Against Yugoslavia. *Foreign Affairs*, 78 (5), pp. 3-5.
- (1995). Preserving the New Peace: The Case Against NATO Expansion. *Foreign Affairs*, 74 (3), 10.

- Mearsheimer, J. (1990). Back to the Future: Instability in Europe after the Cold War. *International Security*, 15 (1), 52.
- Miller, S. E. & Trenin, D. (2004). *The Russian Military: Power and Policy*. Boston: The MIT Press.
- Moore, R. (2007). *NATO's New Mission. Projecting Stability in a Post Cold War World*. Westport (CT): Praeger Security International.
- Patiño, C; Ramírez, L. & Ortiz Lindarte, D. (2006). *Posguerra Fría: Acerca-miento histórico y político*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Reiter, Dann. (2001). Why NATO Enlargement Does Not Spread Democracy. *International Security*, 25 (4), 41-67.
- Risse-Kappen, T. (1995). *Cooperation Among Democracies: The European Influence on U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- Solana, J. (1999). NATO in the 21st Century: An Agenda for the Washington Summit. *Congressional Digest*, 104-6.
- Szayna, T. (2001). *NATO Enlargement 2000-2015: Determinants and Implications for Defense Planning and Shaping*. Santa Monica (CA): RAND, Rand Corporation.
- U.S. Commission on Security and Cooperation in Europe. (1990). *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*. Washington, D.C.
- Zakaria, F. (2003). *El futuro de la libertad: las democracias iliberales en el mundo*. Madrid: Taurus.

EL DERECHO LABORAL, SU GÉNESIS, EVOLUCIÓN Y LOS PODERES DEL JUEZ DE LA MATERIA

THE LABOR LAW, ITS GENESIS, EVOLUTION AND THE POWERS OF THE JUDGE

*José Mauricio Arredondo del Río**

Resumen

La evolución del sistema de derecho laboral es un reflejo de la reivindicación de la clase trabajadora a través de la historia por asegurar un mínimo de equidad y justicia en las relaciones laborales. Para muchos, las prestaciones sociales surgen en el siglo XIV en la Edad media, con el surgimiento de entidades llamadas las “hermandades” (asociaciones de gremios), se protegían unos intereses colectivos. Otros, por su parte, encuentran en el siglo XVI orígenes remotos del derecho laboral en Inglaterra, a través de la denominada “ley de pobres” reguló la mendicidad y determinó, incluso, quiénes la podían ejercer. Sin embargo, más allá de estas discusiones, el concepto de derecho laboral está vinculado con el trabajo y con el hombre en la sociedad. Paralelamente, con el desarrollo humano, es posible afirmar, que existe una conexión indisoluble entre patrono, trabajador y sociedad; una correlación caracterizada por el comportamiento social, la ley y la aplicación por parte de los jueces

Palabras clave: Derecho laboral; Trabajo; Juez; Historia; Poder.

Abstract

The evolution of the system of labor law, is a reflection of the claim of the working class through the history to ensure a modicum of fairness and justice in labor relations. For many, the social benefits arise in the fourteenth century in the middle ages, with the emergence of entities called “brotherhoods” (associations of guilds), which protected a few collective interests. Others, are in the XVI century remote sources of labor law in England, through the so-called “law of poor” which regulated the begging, determining even those who could exercise. However, beyond these discussions, the concept of labor law is linked to the work and the relationship of man in society. Could it be determined that in parallel with the human development, there is an indissoluble connection between employer, employee and society; a correlation determined by the social behavior, the law and the implementation by the judges.

Key Words: Labor law; Labor; Judge; History; Power.

* Abogado Universidad de Medellín, Magíster en Derecho Procesal, Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo – Decano y docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Fundación Universitaria Luis Amigó, Funlam.

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2012 - Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

En diversos espacios, cuando se tratan temas referidos al derecho laboral, se dividen opiniones sobre su importancia; unos lo consideran como algo cotidiano y elemental, sin darle mayor trascendencia, otros al contrario fundamentan su relevancia en la posible afectación de la realidad de miles de personas.

A través de la historia no es posible desconocer que los derechos laborales que se han alcanzado y que se reconocen en favor de los trabajadores, han sido la reivindicación de la lucha de los pueblos y de aquellas personas que han prestado sus servicios personales en pro de otro, que ha pretendido acumular su riqueza soportada en la necesidad de miles de trabajadores que dependen de la venta de su fuerza de trabajo para solventar sus penurias día a día, las que en su gran mayoría, quedan insatisfechas, pero siempre existirá la motivación por un mejor mañana.

Cuando se hace una lectura desprevenida de la consagración del derecho del trabajo en instrumentos como la Carta Política, los tratados, convenios, recomendaciones internacionales y de las normas positivas fijadas en las disposiciones, entre ellas el Código Sustantivo del Trabajo, se concluye que en el tema todo debería estar muy bien, que las normas son claras y los derechos mínimos e irrenunciables están consagrados en favor de los trabajadores. Pero si se hace una lectura cuidadosa de la realidad social, se encuentra que sus dinámicas y relaciones no tienen en cuenta los mínimos derechos, es decir, no es cierto que los consagrados derechos laborales en normas de orden público lleguen a impactar de manera directa y positiva todas las relaciones en las que se encuentre un trabajador dependiente.

Lo anterior desencadena dos momentos de verdad: el primero, que los trabajadores no reclamen sus derechos ante el exagerado formalismo, costo, temor o tiempo y, el segundo, se ejercen las acciones legales mediante el inicio de procesos en los que un juez, que conozca ampliamente las normas sustantivas y procesales, anuncie el derecho en pro de quien demuestre con sus proyectos anticipados de sentencia (demanda y contestación) y apele a la solicitud y práctica de pruebas que le asiste el derecho.

El juez laboral debe velar por el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, no es un deber ser, es el ser que reclama una justicia más efectiva, eficiente y eficaz a la forma propia de un derecho sensible pero prioritario para el progreso de un país y para el bienestar de una sociedad que reclama oportunidades y cree en sus jueces como personajes honorables que son autónomos y respetan los postulados del Estado social y democrático de derecho.

CONCEPTUALIZACIÓN

El derecho laboral no ha sido extraño a los cambios sociales, culturales, económicos y políticos que han marcado la historia, su objetivo es lograr unas condiciones mínimas de respeto, remuneración, prestaciones, descansos y jornadas, entre otros, para la población que presta sus servicios personales para el bienestar de un empleador que cuenta con los medios y el capital para ejercer actividades productivas y cuya finalidad será aumentar su patrimonio e ingresos mediante su explotación y la transformación de materiales en productos más elaborados.

Relación empleador-trabajador que se ha caracterizado por la resistencia de la parte dominante al cumplimiento y observancia de deberes, derechos y obligaciones, por lo cual, en muchos casos, los actores de la relación laboral se apartan de la legalidad y se crean condiciones hostiles de trabajo en las que el resentimiento, el no logro de una debida remuneración o en dar más de lo acordado sin retribución suficiente a cambio, ha creado una lucha constante, desconoce el sentido fraternal y la posibilidad de ayuda mutua de las partes de la relación laboral, para la obtención de mejores dividendos según sean sus intereses y necesidades legítimas.

La historia da cuenta de que en la antigüedad el trabajo era marcado por la relación “señor-esclavo”, en la que los hoy conocidos elementos esenciales de una relación laboral se validaban parcialmente si los llevamos a dicho contexto, pero se excluye cualquier beneficio, llámese retribución o salario para quien entregaba su fuerza física o de trabajo en la actividad encomendada y no se hablaba de parte cuando el esclavo era de propiedad del señor y era considerado como una cosa, es decir, un objeto de derecho, mas no un sujeto con posibilidades y derechos.

Como lo anuncia el profesor Guillermo Guerrero Figueroa:

...Es innegable que el trabajo, en el sistema de la esclavitud constituyó un aporte definitivo para la organización económica de la época, en especial cuando se empleaba en la ejecución de obras públicas como la construcción de caminos, puentes, canales, monumentos, plazas, etc. (2007, p. 9).

En la edad antigua era impensable tener elementos legales para dinamizar las relaciones laborales, situación que es coherente para el momento histórico puesto que consideraba al esclavo como un objeto de derecho, lo que excluía cualquier intervención en su favor para el reconocimiento de garantías mínimas producto de la actividad ejercida. Además, no había un juez para las causas laborales, si bien, nos atenemos a la forma como se desarrollaban las relaciones en aquella época en la que las autoridades estaban instituidas para el recaudo de impuestos para quien ostentaba el poder y decía representar la justicia.

Guerrero Figueroa informa en su texto que:

...La guerra ha sido considerada como la principal fuente de la esclavitud. Pero existieron otros factores de esa condición: la insolvencia del deudor, que convertía a éste en esclavo del acreedor; el nacimiento de madre esclava, que transmitía esa condición a sus descendientes, aun cuando fuera concebida por hombres libres; la condena penal y por disposición de la ley.(...) La dura condición de esclavo se fue suavizando con el correr del tiempo. La figura de emancipación constituye un alivio en su vida, ya que mediante ella adquiere la condición de persona, aunque continúe vinculado a su señor. Envuelve un gran avance social en que la doctrina cristiana tuvo participación definitiva, al dignificar al hombre y considerarlo hijo de Dios... (2007, p.10).

No puede hablarse del desarrollo de la figura del derecho laboral en la época antigua, entendida como la prestación personal del servicio como dependiente y el derecho a recibir una remuneración por la actividad subordinada realizada, por no contar, para dicha época, con el concepto de relaciones laborales y por no existir consagración legal alguna, pero sí pueden extractarse los primeros puntos de referencia de los casos particulares que más adelante estudiaría el derecho laboral, para fijar unas reglas en las relaciones en las que una persona subordinada a otra para la realización de una labor, mediante la aplicación de su fuerza de trabajo, debía recibir a cambio una remuneración justa.

La Edad Media trae otras posibilidades para fijar y sentar las bases en cuanto al desarrollo de las relaciones laborales. Allí surge el feudalismo como figura de explotación de la tierra, para un señor, que era encomendada a esclavos y siervos. En su obra el profesor Guerrero Figueroa anuncia que:

...La situación jurídica del siervo es menos deprimente que la del esclavo; si bien no tiene libertad de trasladarse, tiene la de casarse y el derecho a percibir una participación por los beneficios de la explotación de la finca. Poco a poco la servidumbre se transforma. Al siervo se le otorgan más derechos, adquiere mayor capacidad jurídica, y de la condición de cosa que tenía en la esclavitud, pasa a ser persona libre en el colonato; ya no es el señor que a título de liberalidad cede una parte del producto de la tierra al siervo, sino que el colono explota en su beneficio, dando una participación al dueño del feudo, con base en un contrato celebrado con anterioridad... (2007, p. 10).

Se vislumbra que los elementos que conocemos como esenciales para el establecimiento de las relaciones laborales inician su proceso precario de modelación en cuanto existe una prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración en dinero o en especie, propia de la época feudal porque entregaba al siervo de gleba una mínima parte de lo obtenido o producido en la cosecha como contraprestación de su trabajo.

Posteriormente, se crean los talleres de artesanos, el trabajo manual goza de prestigio social, surgen las corporaciones o gremios para la organización del trabajo como una estructura propia de la época.

Los gremios representan para nuestro tiempo el primer sustento del derecho de asociación para la protección de los intereses comunes de los trabajadores, y en su caso de la actividad artesanal, con influencias en la política y en la economía de la época, que prontamente generaron la reacción de las personalidades más prestantes de la sociedad en su contra y crearon estrategias para desestimular y desaparecer todas las organizaciones de este tipo. Así lo relata en su obra el maestro Guerrero Figueroa:

...Los economistas y filósofos de la época reaccionaron contra el sistema corporativo. Se promulgó el famoso edicto de TURGOT 1776, por medio del cual se suprimieron las corporaciones en Francia. En el primer artículo del mencionado edicto se declaraba la "libertad para ejercer en nuestro reino el comercio, la profesión de las artes y oficios que le plazca y hasta ejercer

varias". El golpe de gracia al régimen fue dado por la ley Chapelier, en cuyo artículo primero establecía: "siendo la anulación de toda especie de corporaciones de los ciudadanos de las mismas clases y condición una de las bases fundamentales de la Constitución Francesa, quedan prohibidas de hecho bajo cualquier pretexto", el artículo segundo disponía: "a partir del primero de abril próximo (la ley fue sancionada el 17 de marzo de 1791) será libre para todo ciudadano el ejercicio de la profesión u oficio que considere conveniente después de recibir una patente y pagar su precio". Esta norma que señala el fin de los gremios, también "prohíbe toda reunión de ciudadanos, de obreros, compañeros o miembros de un arte cualquiera, que no podrán sancionar reglamentaciones acerca de sus pretendidos derechos comunes". O sea que, con el triunfo de la Revolución Francesa, que impuso un liberalismo individualista, no solo se prohibieron los gremios, sino toda clase de asociación tanto de patronos como de trabajadores... (2007, p.11)

En esta época se fueron perfilando unos referentes más cercanos al objeto de estudio del derecho laboral, en cuanto la realidad de los hechos y de las formas como se relacionaban las personas, en razón de sus intereses individuales y colectivos, lo que produjo dinámicas propias que, más adelante, exigieron una reglamentación particular y concreta. Así mismo no aparece la figura de una autoridad ("juez"), que velara por los derechos de la clase trabajadora por no considerarse en un plano privilegiado, en el cual las actividades comerciales eran de más valía o importancia so pretexto de que grandes cambios que se gestaron a través del comercio, se convirtieron en la fuente para producir riquezas, tarea fundamental para el manejo de las relaciones sociales imperantes.

En el individualismo liberal aparece la libertad de trabajo, de establecimiento, de contratación y de elección en los procedimientos técnicos. Se relata que el liberalismo y el maquinismo comparten el mismo período de formación histórica y se da un auge del trabajo de forma dependiente con base en postulados de no aplicación de normas que obliguen a las partes ni haya injerencia estatal, al igual que el desconocimiento de garantías mínimas de las relaciones que pudieran hoy considerarse como laborales. Período histórico en el que hablar de un "juez natural" para las controversias que se suscitaban no era consigna del modelo político económico y social.

El maestro Guerrero Figueroa afirma que:

...Según el liberalismo, debe existir una completa y absoluta libertad individual y suprimirse las trabas sociales que pueden obstaculizar el desarrollo libre de la persona humana. Las corporaciones deben extinguirse porque se las considera atentatorias contra la libertad. El principio de no intervención por parte del Estado, especialmente en las condiciones laborales, se impone; éste toma una actitud de simple espectador, vigilando para que se conserven los principios de libertad y para que no concurren intermediarios en las relaciones socioeconómicas de los particulares. La ley de la oferta y la demanda debe solucionar todos los problemas que llegaren a presentarse en el campo laboral. El trabajo, pues, es considerado una mercancía, como cualquier otra... (2007, p.11).

Se podrían retomar del autor expresiones contundentes para la época y como serios inconvenientes del maquinismo que el trabajador se convierte en un eslabón más de una cadena que, por su poca especialización, fácilmente se le cambia o sustituye, al igual que afirma que nace la clase de los asalariados, la cual tiene, en dicha remuneración, su única fuente de entrada y que es insuficiente para cubrir sus necesidades básicas. Esta nueva clase vive en la más inhumana miseria, sumado a esto, y para agudizar la situación, el Estado no interviene en las relaciones de los particulares, sobre todo en los problemas surgidos en las relaciones laborales.

Un referente positivo para el desarrollo del derecho laboral que se vivió en dicha época, es el de las reclamaciones que presentaron los trabajadores mediante el ejercicio de acciones políticas o de hecho con la finalidad de buscar unas condiciones que permitieran garantizar un trato más favorable y humano.

La edad contemporánea vivió constantes períodos de tensión entre los trabajadores, quienes prestaban sus servicios personales y los empleadores, propietarios de los medios de producción, la tierra y el capital, puesto que no se dieron las condiciones necesarias, entre ellas, un trato respetuoso y no denigrante, el cumplimiento de un horario máximo de trabajo para evitar fatigas y accidentes laborales, la entrega de materiales e implementos apropiados para la tarea encomendada, el calzado y vestido de acuerdo con la función desempeñada, lo que buscaba una eficiente ejecución de las actividades para las cuales había sido contratado; su-

mado a ello, la deficiente remuneración que se recibía por los servicios prestados, que generó enfrentamientos entre las partes (los trabajadores y sus empleadores) y ocasionó la intervención del Estado, que tuvo que dar muestra de autoridad y tomar decisiones para la búsqueda de alternativas que cumplieran con la finalidad de alcanzar un desarrollo armónico y evitar la agudización de problemáticas sociales que empezaban a generar descontento y ponían al Estado en dificultades para mantener el orden.

Como se puede inferir, las problemáticas de ayer se encuentran hoy en el orden del día, en un contexto más reglado que no ha logrado ser la solución para los conflictos laborales por la explotación, la discriminación, el acoso laboral y sexual, el trabajo de menores de edad en actividades consideradas como de alto riesgo y en las cuales está prohibida su participación (trabajo en minas, por ejemplo), el no cumplimiento de una jornada máxima legal y las inadecuadas políticas de contratación que ordenan la práctica de exámenes que atentan contra la dignidad humana.

Según José María Rivas, citado por el maestro Guerrero Figueroa, la intervención del Estado en materia del trabajo atendió:

...a las necesidades estatales, es decir, tratar de proteger la integridad y la seguridad del desarrollo de la clase asalariada, que a la postre se convertirá en mayor número de elementos constitutivos de las fuerzas defensivas. Por eso salvo honrosas excepciones, para nada se tiene en cuenta los salarios, que bajo la oferta y la demanda siguen bajando; el mejoramiento de la retribución se origina en la acción directa de los trabajadores, iniciándose el moderno derecho colectivo de trabajo, así como el derecho individual del trabajo nació del intervencionismo... (2007, p.12).

Clara diferencia se establece en la cita anterior porque reivindica el derecho laboral colectivo en la agrupación de trabajadores en busca de garantías para el desarrollo de su actividad, propende, mediante el reclamo al empleador, aliviar las cargas que rayaban con la vulneración y el desconocimiento de la dignidad humana de la clase trabajadora, la cual, como se anunció, recibía salarios que no cubrían sus necesidades básicas. El derecho individual del trabajo parte de las exigencias que empieza a reconocer el Estado, por parte de los trabajadores, ante sus precarias condiciones y con la intención de proclamar unos derechos mínimos.

La historia del derecho laboral en Colombia, con una reglamentación que reconozca los derechos mínimos de los trabajadores, no cuenta con más de un siglo, tiempo en el cual se ha discutido su consagración legal, más aún, hasta nuestros días la doctrina nacional discute sobre su autonomía como rama del derecho y existen argumentos en favor y en contra que hacen que quienes se inclinen por estudiar dicho derecho guarden reparos para enfrentar una u otra postura.

Se debe recordar que en el mundo entero la sistemática para asuntos laborales y de la seguridad social recibe varios tratamientos y se mira desde diferentes perspectivas legales. Miquele Taruffo, en conferencia realizada en la Universidad de Medellín, en 2008, cuando fue interrogado sobre el manejo de los procesos laborales en su país (Italia), manifestó que se encontraban plasmados en un título como “Procesos especiales” del derecho civil. En algunos países de Suramérica los procesos laborales son establecidos de acuerdo con la profesión y actividad que se desarrolle, pues, existe una ley propia para el manejo de las especialidades. En Colombia existe el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que clasifica los procesos ordinarios y especiales; entre los primeros, hablamos del ordinario laboral a los cuales se les da el trámite de única instancia y de doble o primera instancia, según se determina por el factor objetivo cuantía; en los segundos, encontramos, es decir, en los especiales, el de fuero sindical, ejecutivos, el sumario de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical, el extrajudicial de arbitramento, etc.

Para mayor claridad, cuando se habla de las leyes que en materia procesal laboral se han desarrollado a través de los años con la finalidad de desentrañar el papel juez en cada momento histórico, es preciso citar a Fabián Vallejo Cabrera, quien, de manera extraordinaria y lógica, realiza su reseña así:

...Constitucionalmente fue en el año de 1940 cuando por virtud del acto legislativo número uno se dispuso la creación por ley del Jurisdicción de Trabajo. En 1945 el acto legislativo número uno ratificó aquella decisión.

Con base en las facultades extraordinarias del estado de sitio que originaron los hechos del 10 de julio de 1944, se dictó en ese mismo año el decreto 2350 que se constituyó en la primera regulación legal de dicha rama especializada de la jurisdicción ordinaria. En efecto, en él se dispuso la creación

de los Tribunales Municipales, Seccionales y Supremo del Trabajo, se determinaron una serie de principios que debían de regir los procesos laborales y se ordenó pasar los asuntos laborales que tramitaban los jueces civiles a los nuevos organismos especializados.

En 1945 el Congreso acogió el decreto 2350 de 1944 como legislación permanente por medio de la ley 6a pero le introdujo algunas reformas como la reorganización de sus entidades las que pasaron a ser Juzgados del Trabajo, Tribunales Seccionales del trabajo y Corte Suprema del Trabajo...

En materia procedimental esas actuaciones se cumplieron conforme el procedimiento que regló el artículo 3° de la ley 75 de 1945 ya que no existía Código especializado... (2006, p. 29).

Código Procesal del Trabajo que

...Luego de varios intentos fracasados para adoptar un código de la materia hallándose el país en estado de sitio se dictó por el gobierno nacional el Decreto Legislativo 2158 del 24 de junio de 1948 el cual tuvo como objetivo imponer el Estatuto Procesal del Trabajo.

En esa misma anualidad y con el fin de otorgar vida permanente al mencionado decreto el Congreso autorizó al ejecutivo nacional, por medio de la ley 90 de 1948, alcanzar ese objetivo. En desarrollo de esa facultad el gobierno dictó el decreto 4133 del 16 de diciembre de 1948. Desde luego que el texto original ha recibido reformas sustanciales entre las que podemos mencionar, por vía de ejemplo, el decreto 204 de 1954 que reformó sustancialmente el trámite de fuero sindical, la ley 16 de 1969 y el decreto 528 de 1964, que modificaron el recurso de casación, los decretos 456 y 931 de 1956 que lo adicionaron en materia de competencia y, últimamente, la ley 712 de 2001, la cual le otorgó el nombre de "Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social" (2006, p. 30).

En materia procesal laboral tenemos que citar, además, las leyes 1149 de 2007 y 1395 de 2010, la primera que busca hacer efectiva la oralidad en los procesos laborales y cuya fecha de implementación para que operara en todo el territorio nacional venció en el mes de diciembre del 2011 y la segunda reformó varios artículos del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. La mayoría fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, entre ellos, el que modificaba la cuantía para recurrir en el recurso extraordinario de casación, el que imponía multa a los abogados cuando no cumplían con ciertas técnicas al presentar el anunciado recurso, el que modificaba la competencia por el domicilio, entre otros.

Realmente lo vigente para la materia tratada es muy poco y en materia de cuantía cometió un yerro porque reconoció una disposición que omitió la palabra “NO” y que puede dar lugar a reparos.

El derecho laboral y posteriormente su procedimiento para hacer efectivos los derechos mínimos e irrenunciables, no han sido ajenos a las constituciones del mundo, que históricamente han reconocido la participación de movimientos políticos, económicos, culturales y sociales en la edificación de postulados fundantes que reconocen la multiplicidad de derechos de los asociados.

La importancia de citar algunas normas es evidenciar cómo desde aquellos años se pensó en materia laboral, que luego, con el paso del tiempo, recogió la Organización Internacional del Trabajo –OIT– y que impactan nuestra Carta Política en beneficio de los derechos para trabajadores y empleadores.

La constitución de Francia de la primera República, 24 de junio de 1793 hace referencia a normas del derecho del trabajo, así:

Art. 18. Todo hombre puede contratar sus servicios, su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido, su persona no es una propiedad enajenable. La Ley no reconocerá de ningún modo servidumbre, no podrá existir más que un compromiso de ciudadano y reconocimiento entre el hombre que trabaja y aquel que lo emplea.

Mucho más tarde, en la Constitución del 4 de noviembre de 1848, en la segunda República, se consignó en el preámbulo que la República tiene por base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público.

La misma Constitución, en el capítulo sobre Derecho de los ciudadanos, garantizados por la Constitución, dice que se garantiza a todos los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria.

La Constitución de 1946, corresponde a la Cuarta República de Francia, establece en el preámbulo normas relacionadas con el trabajo. La constitución Francesa de 1958, o sea, de la Quinta República, confirma los principios del anterior sobre el derecho laboral.

Después de Francia, sigue, en proceso de formación del derecho del trabajo, la Constitución de Suiza (1874), en donde se contemplan normas como el art. 34, que reza La Confederación tiene derecho a establecer prescripciones uniformes sobre el trabajo de los niños en las fábricas, sobre la duración en ellas, el de los adultos, así como la protección que deberá dispensarse a los obreros en el ejercicio de industrias insalubres o peligrosas.

La Constitución Rusa de 1918, reformada en 1925, 1935, 1936 y 1977, consigna los derechos atinentes al trabajo en el capítulo titulado Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos.

En Alemania, la Constitución de 1919, de Weimar, estableció un capítulo sobre la vida económica de los alemanes. Más tarde, la Carta Fundamental de la República Democrática Alemana (zona oriental) de 1949, incorpora los derechos del trabajo en los Derechos de los ciudadanos. La República Federal Alemana (zona occidental), de 1949 establece dentro de los Derechos fundamentales, los de protección de la dignidad humana y libertad de asociación.

La Constitución de 1946, de Yugoslavia, modificada en 1953, establece principios de carácter laboral en el capítulo que denominan Ordenamiento Social Económico. Derechos y obligaciones de los ciudadanos.

En Italia, la Constitución de 1947, fija los nuevos principios del derecho laboral en el capítulo de Relaciones económicas. La de Bulgaria establece normas de derecho laboral en el capítulo denominado De la organización y economía.

Inspiradas en las orientaciones de la Constitución de la República Socialista Soviética Rusa, establecen Principios sobre el trabajo las de Rumania, Polonia, Checoslovaquia, Hungría y China.

En América tenemos, guardando un ordenamiento cronológico, las siguientes constituciones que han incorporado normas referentes al derecho del trabajo México, en 1917, contiene un título especial con el nombre del trabajo y de la seguridad social. Esta Constitución fue remontada en los años 1929, 1938 y 1962.

Chile, en la de 1925, en el capítulo denominado Garantías Constitucionales. Fue reformada en 1943.

La de Perú de 1933, con reformas en 1938, 1942, 1952, en el capítulo Derechos, deberes y garantías.

Brasil en 1934, Constitución reformada en 1937 y 1946, en el título del orden económico social.

El Salvador, en la de 1939, con reforma en 1945, establece el título Familia y trabajo. En la reforma de 1950 se amplía con el nombre Régimen de derechos sociales.

Nicaragua, en la de 1939, en el capítulo reformada en 1948, en el capítulo denominado Derechos y Garantías.

Paraguay, en la de 1940, en el capítulo denominado Derechos, Obligaciones y Garantías.

Panamá, en 1940 reformada en 1946, establece el capítulo denominado El trabajo.

Bolivia, en la de 1945, con reformas en 1947, en el capítulo Régimen Social.

Guatemala, en la de 1945, reformada en 1956, en el capítulo llamado Garantías Sociales.

Ecuador, en la de 1947, en el capítulo denominado Preceptos Fundamentales.

Haití, en la de 1946, en el capítulo del Derecho público.

Venezuela, la de 1947, modificada en 1953, en el capítulo Del trabajo.

Argentina, en la de 1853, reformada en 1949 y por medio de la cual se le incluyen dos capítulos llamados Derecho del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y de la cultura y Función social de la propiedad, el capital y la actividad económica (Figueroa, 2007, pp. 58-59).

Es importante anunciar que en la Constitución colombiana de 1886¹, vigente por más de cien (100) años, la concepción del Estado atendía a la denominación de derecho, en la que la primacía de la ley era lo más importante, los jueces se convirtieron en aplicadores de normas y el derecho laboral pertenecía a la clase de menor categoría, sin darle la importancia a las relaciones que reglaba.

Con la Constitución Política de 1991² fue que el tipo de Estado tuvo que ser repensado y el constituyente delegado presentó sus aspiraciones, las cuales fueron acogidas por las mayorías para concebir un Estado social y democrático de derecho, en el cual el centro de la comunidad política es el individuo, es decir, se destacan las libertades y derechos del individuo, prima el individuo sobre todo y se le considera con derechos. El derecho laboral fue elevado a la máxima categoría en la Carta Política de

1991 para sentir que encontraba la aceptación de miles de juristas y estudiosos que reconocían un derecho especial en el cual el Estado debía velar por su cumplimiento y por el reconocimiento de unos derechos mínimos e irrenunciables. Derecho en donde el rol del juez de la materia es protagónico y siempre deberá garantizar que no sean vulnerados los derechos ciertos e indiscutibles que son los únicos que existen como derechos.

El artículo 53 constituye uno de los puntos más altos de referencia para el derecho laboral cuando anuncia que:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y

¹ En Colombia la Constitución de 1886, con reformas en los años de 1910, 1936, 1945, 1957 y 1968. De estas reformas merece especial mención, por consignar los principios básicos orientadores de nuestro derecho de trabajo, la de 1936 que incluyó las siguientes normas en el título III denominado De los derechos sociales, art. 17: El trabajo es una obligación social y gozará de especial protección del Estado; el art. 18 que dice que se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio.

² La nueva Constitución colombiana dio el impulso al derecho laboral (1991). En ella se trata sobre la dignidad del trabajo, como derecho y deber, su protección, derecho al empleo (art. 25, inc. 5° del art. 53, art. 54), la libertad de trabajo (art. 26, 53, inc. 5), los principios fundamentales del derecho laboral (art. 53, inc. 1), el fuero sindical y la gestión gremial (art. 39), derecho a la negociación colectiva (art. 55), derecho de huelga (art. 56). El trabajo es tenido en cuenta, además en el preámbulo y en el art. 1° de dicha Constitución de 1991.

discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Constitución Política de Colombia 1991).

Artículo que debe llevar a conclusiones representativas sobre la validez y pertinencia del derecho laboral y sobre la forma como se debe concebir dicho derecho por quienes se relacionan a diario con esta materia, respetando y acatando su especialidad y reconociendo que no es válido aplicar los postulados clásicos del derecho civil al proceso laboral por no ser igual la renunciabilidad en el primero que la irrenunciabilidad en el segundo, la cual fue establecida para proteger al trabajador de él mismo, puesto que no puede disponer de unos mínimos establecidos en su favor en la Carta Política y en las leyes laborales, cuando se actúa como trabajador dependiente.

Derechos mínimos que deben ser reconocidos al trabajador dependiente como son los pagos que realiza el empleador por los siguientes conceptos: salario (reconocido en dinero o en especie), prestaciones sociales (auxilio de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio -no tienen derecho las empleadas del servicio doméstico, calzado y vestido de labor, subsidio familiar- para quienes obtengan una remuneración previamente establecida, descansos remunerados obligatorios (dominicales, festivos y vacaciones) y las indemnizaciones, en caso de ser procedentes.

Lo que se buscó en la Carta Política de 1991, fue la constitucionalización del derecho ordinario y muestra de ello es un artículo de la reforma introducida con la ley 1.149 de 2007 al Capítulo XI titulado Poderes del juez, en el que se anunciaba: Dirección del procedimiento por el juez. Artículo 48. El juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento,

sin perjuicio de la defensa de las partes. Muy diferente y apropiado para el tipo de Estado que se describe en la Constitución fue la modificación al texto citado por la nueva ley, en su artículo 7, que destaca en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. El juez director del proceso. Afortunada redacción que debe trascender en la tarea misional del juez de la materia, con la finalidad de ser garante, reiteramos, en un derecho tan importante y sensible como el derecho laboral. “...El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”.

Lo anteriormente anunciado me permite destacar, para el momento histórico y el contexto social en el cual se desarrollan las relaciones laborales en la actualidad, la valiosa introducción que realiza Augusto Conti, en el Manual de Derecho Laboral, en su capítulo titulado Los principios del derecho del trabajo y su dimensión democrática. Así:

...La visión reduccionista del problema ha propiciado en los tiempos actuales una gran discusión sobre la validez y en especial sobre la necesidad de estos principios. Los fenómenos característicos del nuevo orden mundial (globalización de los mercados, libre tránsito de personas, difusión global de la información, intervención de los organismos financieros internacionales y consiguiente pérdida de soberanía de las naciones, etc.) también han influido en la comprensión del derecho del trabajo. Ahora por cuenta de estos acontecimientos, el derecho del trabajo se ha vuelto sorprendentemente dúctil y efímero. Los gobiernos y dirigentes del sector privado que tienen el poder de decisión ven en los principios de claro contenido social un estorbo para el desarrollo del capitalismo. En especial cuando se trata de aquellos que acarrear un costo significativo para el Estado o para los grupos que controlan la economía. En un escenario de competitividad exacerbada, no hay espacio para restricciones jurídicas ni para concesiones, por insignificantes que resulten. Todo lo que implique un menoscabo para la educación básica del capitalismo (mínima inversión–máximo rendimiento), debe ser removido de la legislación.

En síntesis, se está en presencia de una realidad sin antecedentes donde las pocas expresiones de derecho social que aún subsisten se menosprecian o se flexibilizan y distorsionan hasta quedar al servicio exclusivo de los más poderosos, con grave peligro para la estabilidad y la paz del planeta... (2008, p. 17).

Después de transcribir tan importantes palabras para el derecho laboral en el contexto actual me referiré a la valiosa experiencia que tuve de escuchar a Adolfo Alvarado Velloso, en su cátedra en la Universidad de Rosario, Argentina, cuando anunciaba como verdaderos procesos los civiles y penales, no consideraba así los laborales por la intromisión del juez de la materia en sus asuntos. Considera que el proceso es de las partes y aquella que se posicione con más argumentos y “armas”, por ser una lucha entre dos, será la que obtenga la victoria sin la intervención de terceros, llámese el juez de la causa. Así lo expuso con vehemencia el presidente del Instituto argentino de derecho procesal garantista, quien, con todo respeto, validaba en su intervención, en nuestro sentir, los postulados clásicos del Derecho Procesal Civil, ya recordados como la libertad contractual, la autonomía de la voluntad, la igualdad de partes y la renunciabilidad, que no pueden constituirse en la óptica para medir las actuaciones laborales y para las decisiones judiciales proferidas en la especialidad.

Otra opción que es válida anunciar:

...La condición del juez como tercero, esto es, extraño a los hechos y al objeto deducido en el proceso, es incompatible con la posibilidad misma que las normas le permitan asumir en el proceso funciones que son propias de las partes (iniciar el proceso, determinar o cambiar el objeto del proceso, apreciar de oficio la existencia de hechos no alegados por las partes). En esa condición de tercero no pueden darse diferencias entre los tipos de procesos (civil y penal), no pudiendo admitirse procesos que puedan calificarse de inquisitivos.

Además de tercero el juez debe ser imparcial, la imparcialidad, que es algo diferente aunque añadido a la condición de tercero, en sentido estricto supone que el juez no puede tener interés ni con la relación a las personas que son parte, ni respecto del objeto del proceso. Es necesario garantizar que en el caso concreto el juicio del juez está determinado sólo por el cumplimiento correcto de su función de tutela de los derechos e intereses de las partes... (Velloso, Ariano, Cipriani, Domínguez, Correia, Monteleone & Montero, 2006)

No comparte Montero Aroca, la más mínima intervención del juez y cuestiona cualquier actividad – “actividad judicial” – que no sea la de garantizar los derechos; así se podría anunciar que las partes son llamadas a lograr la tutela de su “pretensión o excepción” cuando acuden a la vía judicial. El proceso lo circunscribe a dos actores y cuyo resultado solo le

interesa a ellos, por ser un proceso de partes, posición en la cual se asimilaría el juez al árbitro que observa cómo las partes otorgan sus “mejores golpes” y que solo interviene para procurar el cumplimiento de las reglas básicas del pleito “¿procedimiento?”, con la convicción de que su decisión sea la más acertada.

En materia laboral el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social colombiano, en su artículo 54, consagra, de forma antitécnica, la prueba de oficio que requiere del compromiso, manejo, estudio y apropiación del conocimiento en el área laboral de las figuras tanto sustantivas como procesales. De ahí la importancia y valor de su aplicación por parte del juez de la materia para lograr “un mayor grado de certeza sobre la verdad” de lo expuesto por las partes en sus proyectos anticipados de sentencia (escrito de demanda o contestación), prueba de oficio que se anuncia:

...Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar de a costa de una de las partes, o ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos... (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, artículo 54).

La conclusión permite manifestar la posibilidad que tiene el juez cuando lo estime pertinente y garantice el respeto de los derechos de defensa, contradicción y demás fundamentales de las partes, de apropiarse de las herramientas procesales con la finalidad de superar sus contradicciones en relación con el tema objeto de litigio y tomar “(él)” la decisión más acertada y justa porque encuentra en la prueba de oficio el eslabón para unir a las razones de hecho y derecho que cimenten en bases sólidas su sentencia y en donde “el vencido” reconozca que triunfó la realidad y el derecho, es decir, no hay derrotados y sí razones bien fundadas.

No se sustentan posiciones como las de Adolfo Alvarado Velloso, que desconoce que existe un “derecho laboral” y la de Juan Montero Aroca, quien manifiesta que el proceso solo afecta a las partes. Creemos en la validez del derecho laboral para dirimir las controversias propias de su competencia, además que el conflicto trasciende de las

partes a la sociedad y en las decisiones “sentencias” por expertos y estudiosos del derecho procesal laboral, constituye un valioso punto de referencia en la sociedad, en donde las relaciones armónicas en los asuntos laborales serán monitoreadas desde todos los estamentos sociales, para conocer sus consecuencias ante el incumplimiento de parte y, si es así, acudir a su reclamación por las vías judiciales no sin antes abordar la perspectiva del proceso dialógico (Ramírez, 2009).

CONCLUSIÓN

La reivindicación de los derechos laborales no ha sido tarea fácil, más aun, cuando se han tomado acciones de hecho para presionar su reconocimiento, no compartidas por la sociedad en general y se ha olvidado que, a través de la historia, miles de personas han perdido su vida en busca de las garantías, la protección y mejores oportunidades en materia laboral. De allí, la relevancia del juez, sin desconocer normas sustanciales y procesales ni cuestionar su imparcialidad, pero sí aplicar todos los instrumentos legales nacionales e internacionales reconocidos para anunciar el derecho “especial” del trabajo y de la seguridad social.

REFERENCIAS

- Alvarado, A. (2008). *Cautela procesal*. Bogotá: Editorial Juris.
- Conti, A. (2008). *Manual de Derecho Laboral*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Grisol, J.A. (2007). *Laboral (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Guerrero, G. (2005). *Manual de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Jiménez, E. (2007). *Reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- Ramírez, D. (2009). *La prueba de oficio, una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Editores EU. Universidad Externado de Colombia.
- Vallejo, F. (2006). *Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ciudad: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES DESDE LOS DERECHOS COLECTIVOS

CONSUMER RIGHTS FROM THE COLLECTIVE RIGHTS

*Katherine Gómez García**

Resumen

La regulación de la protección a los consumidores ha sido un largo viaje, tanto en Colombia sino en el mundo, por esto resulta pertinente el estudio de los hechos que dan origen a su protección, y la forma en la que la legislación colombiana y las altas cortes, ha hecho parte de este proceso, considerándolo hoy como un derecho colectivo que beneficia la constitución del Estado social de derecho que promulga la Constitución de 1991, esta a su vez, establece una protección especial de estos derechos, que son complementados por diferentes leyes que fortalecen su aplicación y efectividad.

Palabras clave: Consumidores; Derechos colectivos; Regulación; Protección.

Abstract

The consumers protection has been a long journey, not only in Colombia but in the world, its why turns really interesting not only the study of the facts who give rise their protection also the legislation and courts regulates the subject and make them a collective right creating a benefit for the social estate promulgated in the 1991 constitution, this establish a special protection of this rights, which are complemented for different regulations that encourage their application and effectiveness.

Key Words: Consumers; Collective rights; Regulation; Protection.

* Abogada Universidad Pontificia Bolivariana, docente adscrita al Consultorio Jurídico Pío XII de la misma Universidad.

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2012 - Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

El artículo primero de la Constitución Política de 1991, determina que Colombia es un Estado social de derecho, es decir, es un Estado democrático en el que tienen cabida tanto los intereses individuales como los colectivos; posteriormente, se dice que los derechos colectivos prevalecen sobre los individuales, y es ahí donde se encuentra el bien común como uno de los pilares del Estado social de derecho, pues, por estar directamente relacionado con el tema de lo público, se asumen que pertenecen a todos los miembros de la comunidad sin distinción alguna.

El tema se abordará de una manera sintética, se tienen en cuenta los derechos colectivos presentados en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 -Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

Inicialmente, se dará una definición de derechos colectivos, a partir de ello y con los derechos enumerados por la Ley 472, se prestará especial atención a uno de estos derechos que se definirá para buscar jurisprudencia que ayude a establecer la línea que tienen los jueces acerca de la protección o no de este derecho y se hará, además, una breve reseña de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del consumidor, la cual, como es de esperarse, trata de incluir nuevas garantías para los consumidores. Finalmente, se presentarán las conclusiones a que haya lugar.

¿QUÉ SON LOS DERECHOS COLECTIVOS?

Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2010), define los derechos colectivos como

...aquellos de los cuales somos todos titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras del bienestar, salubridad, medio ambiente, la calidad de vida, en fin, de los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional...

La definición anterior puede ser contrastada con lo expuesto por la Constitución Política de 1991, que en el artículo 88 y frente a los derechos colectivos, preceptúa:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella....

Lo expuesto no es una lista taxativa, pues el mencionado artículo presenta algunos de estos derechos a título de ejemplo y establece, a su vez, la forma en la que éstos serán protegidos. Por esto, cuando concluye (...) "y otros de similar naturaleza", se le impone al legislador la tarea de definir cuáles son esos derechos colectivos mediante el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, la cual presenta una lista más extensa de los temas relacionados con intereses colectivos; sin embargo, este artículo tampoco es taxativo y deja la posibilidad de que surjan otros derechos colectivos no contemplados inicialmente por el legislador, pero que tendrán la misma protección de los enunciados.

Solo para dar una idea más clara de cuáles son estos derechos colectivos, se enunciarán algunos:

Goce de un ambiente sano, moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad y salubridad públicas, defensa del patrimonio cultural de la Nación y los derechos de los consumidores y usuarios, entre otros. El último de los derechos mencionados dará inicio a la segunda parte de este documento, pues se realizará un análisis y se presentarán sentencias y estadísticas desde 1998 hasta el año 2008, es decir, 10 años.

Con este recorrido cronológico se pretende esclarecer cómo se ha tratado el tema por los tribunales colombianos y la protección efectiva que dicho derecho tiene en el país.

DERECHO COLECTIVO Y PRONUNCIAMIENTOS DE LAS ALTAS CORTES

La protección a los consumidores y usuarios en Colombia encuentra respaldo constitucional mediante los artículos 334 y 78, al respecto estos artículos señalan:

Artículo 334 consagra la "... intervención del Estado, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes..."

La aplicación de la anterior norma se debe llevar a cabo de acuerdo con el mandato constitucional teniendo en cuenta el artículo 78, el cual establece la protección al consumidor como derecho colectivo, y se deja a la Ley como encargada de fijar los parámetros para regular tal control a los bienes y servicios. El artículo 78 establece:

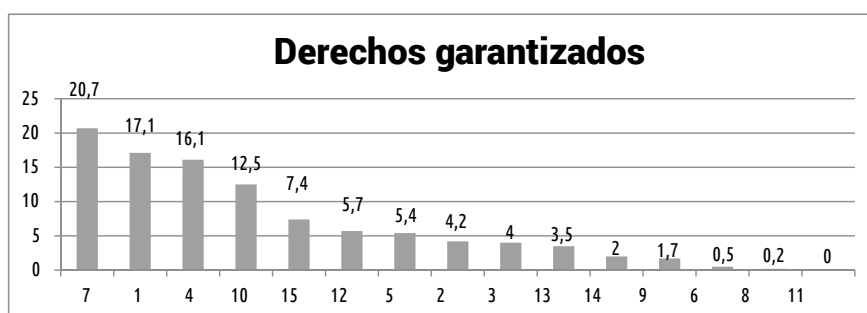
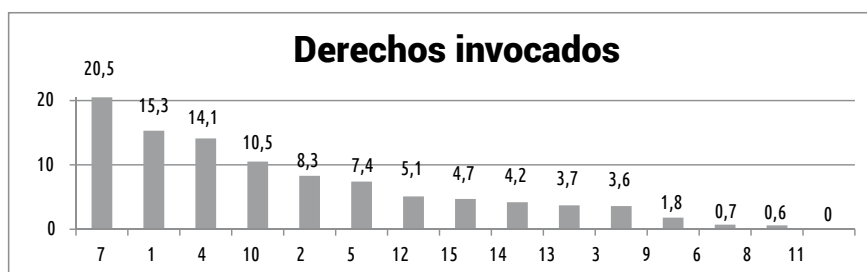
La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Dentro de la ruta de trabajo trazada, se planteó analizar los pronunciamientos de los altos tribunales del país -principalmente Consejo de Estado-. Sobre este tema, se presenta una gráfica en la que se plasma la integralidad en la defensa de los derechos colectivos y su protección por el Consejo de Estado. Se aclara que, aunque el tema central de este documento son los derechos de los consumidores, es importante realizar

algunas comparaciones con los demás derechos colectivos en cuanto a su protección y petición de tutela por parte de la comunidad.

Integralidad en la defensa de los derechos colectivos y su protección Consejo de Estado



1. Goce de un ambiente sano	9. El acceso a una infraestructura de servicios públicos que garantice la salubridad pública
2. Moralidad administrativa	10. Acceso a servicios públicos y a su acceso eficiente y oportuno
3. Existencia del equilibrio ecológico	11. Prohibición de fabricación, armas químicas, residuos
4. El goce del espacio público y su defensa	12. Derecho a la seguridad y prevención de desastres
5. La defensa del patrimonio público	13. Realización de construcciones respetando disposiciones
6. La defensa del patrimonio cultural de la Nación	14. Los derechos de los consumidores y usuarios
7. La seguridad y salubridad públicas	15. Otros derechos
8. La libre competencia económica	

Fuente: La justiciabilidad de los derechos colectivos

En la gráfica se advierte que los derechos de los consumidores no son de los más protegidos, pues el Consejo de Estado solamente llega al 4.2% respecto de los derechos invocados y solamente al 2% de los derechos garantizados; se ve, entonces, que se disminuye en un 50% la real protección de este derecho. Esta cifra es preocupante, pues, respecto a los derechos a la seguridad y salubridad públicas, se tiene el 20,3% de los derechos invocados y el 20,7% de los derechos garantizados, se encuentra en desventaja poco más del 18%. Aunque se debe reconocer que entre los derechos colectivos hay unos que requieren protección con mayor urgencia, no se deben descuidar los demás y, aunque en los últimos años se ha presentado un considerable aumento en la exigencia por parte de los consumidores y la protección de las autoridades competentes, todavía es posible encontrar flagrantes abusos de las empresas que proveen bienes o servicios.

Como primer ejemplo de la garantía y calidad buscada por las autoridades respecto de los bienes y servicios que se proporcionan a la población, se encuentra la sentencia C 1141 de 2000, a través de la cual la Corte Constitucional establece la garantía mínima presunta relativa a calidad y características de bienes y servicios, se demandan los artículos 11° y 29° del decreto 3466 de 1982, los cargos que presenta la demanda están encaminados a la solidaridad que existe entre las personas que participan en la cadena de comercialización del producto. Se dice que, aunque la Constitución contempla esta posibilidad, las normas que reglamentan el asunto no permiten que esto suceda. Finalmente, en este caso, la Corte decide declarar la exequibilidad condicionada de los artículos mencionados “bajo el entendido de que el consumidor o usuario también puede exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos”.

Otra sentencia importante dentro del tema de los derechos del consumidor es la proferida por la Corte Suprema de Justicia el 3 de mayo de 2005, en la que Colombia se acoge a la definición restringida de consumidor con el fin de que se establezca claramente el sujeto legitimado para exigir las conductas de los productores y de la cadena de comercialización de los productos. La Corte conceptúa así:

...en este orden de ideas, para estos efectos estima la Corte que, con estricta, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto- persona, natural o jurídica, persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial -en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social-, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo....

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 14 de junio de 2001, decide el recurso de apelación proferido por el Tribunal Administrativo de Santander. La demanda se fundamenta en las consideraciones del accionante acerca de la vulneración del derecho colectivo de los usuarios del servicio público domiciliario de telefonía a estar debidamente representados en el Comité de Reclamos que la demandada debe tener por mandato expreso del artículo 61 del Decreto Ley 1842 de 1991. Después de una amplia discusión se confirma la decisión del Tribunal, además se aclara al accionante que “Ninguna empresa prestadora de servicios públicos está obligada a crear tales comités, y que los comités de desarrollo y control social, que permiten el ejercicio del derecho colectivo que desea amparar, se conforman “a iniciativa de un número plural de usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios, en todos los municipios...”.

En esta sentencia se puede ver que no siempre la decisión favorable es para el consumidor, pues se confirma la decisión del Tribunal que, además de no considerar que la acción popular sea el mecanismo idóneo para lograr la tutela de los intereses del demandante, realiza algunas consideraciones importantes en relación con la creación de la comisión de quejas y reclamos pretendida por el accionante.

A pesar de que solamente se expusieron tres sentencias, hay muchas más que fueron estudiadas y sumadas a las anteriores, se nota una tendencia a la protección de los consumidores frente a las grandes maquinarias y empresas que proveen los productos, pues el consumidor se encuentra en gran desventaja frente a éstos, por ser no solamente una persona sino la comunidad en general. Es acertado pensar que este derecho colectivo merece una especial protección, puesto que la mala calidad

de los productos no solo afecta a la persona individualmente considerada sino a toda la comunidad y, más aún, afecta la economía y sostenibilidad de las empresas. Por ello, se debe exigir unas calidades mínimas a los productores y un cuidado mínimo a los consumidores.

El tema de los derechos del consumidor ha cobrado importancia, en parte, por el incremento de los reclamos de los consumidores, lo cual ha implicado reacciones de los Tribunales -Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia- o el órgano legislativo -Congreso- que reglamenta la materia. También se ha producido impacto social que, de acuerdo con el balance de la Corporación por Excelencia en la Justicia, en el informe presentado acerca del balance de la ley 472 de 1998 hasta 2008, se pueden encontrar diferentes niveles de impacto en los derechos colectivos. A propósito, el informe concluye:

Se han identificado diferentes niveles de impacto: Impacto difuso: la violación de los derechos colectivos y medidas para conjurar su vulneración tienen impacto difuso. Beneficia a los ciudadanos colectivamente y de manera indeterminada, sin que un grupo específico reciba un impacto directo (ejemplo, recobros al Fosyga) Impacto determinable: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurarla afectan a un grupo de personas determinable, aunque en principio no se encuentre determinado por razones espaciales o geográficas (cobertura universal). Impacto concentrado: la violación de los derechos colectivos y las medidas para conjurarla afectan a un grupo de personas determinadas y claramente identificables, a quienes la protección del derecho les transforma la cotidianidad de manera inmediata (ejemplo, basureros y humedales). Impacto sobre la planeación de la administración: se trata de decisiones que se caracterizan sobre todo por el profundo impacto que tienen sobre las políticas públicas en determinadas materias, creando obligaciones financiera, de ejecución, de planeación, de apropiación, de contratación, etc..

Se debe aclarar que estos niveles de impacto pueden combinarse de acuerdo con el caso concreto, por ejemplo para el tema de los derechos colectivos de los consumidores, es claro el impacto sobre la planeación de la administración, pues, las demandas y derechos tutelados construyen, con el paso del tiempo, una política pública en relación con los derechos de los consumidores; en el caso de los accionantes, tendrá un impacto concentrado, pues se pueden identificar y será un impacto difuso respecto de los posibles futuros afectados por la deficiencia, cualquiera que sea del producto.

Dentro de las sentencias, se encuentra que la mayoría de éstas, aunque ofrecen protección al consumidor, aún son precarias porque en no pocos casos esas garantías no se hacen efectivas y los usuarios se ven envueltos en engorrosos y largos trámites para lograr el reconocimiento de sus derechos ante las empresas -el trámite comienza cuando se hace el reclamo ante el comercializador o productor- y luego deben soportar un largo trámite judicial que termina en los altos tribunales del país.

Se deben fijar pautas claras y políticas de protección a los consumidores que resulten efectivas, para evitar que se vulneren los derechos de los consumidores no solo como personas individualmente consideradas sino como colectividad.

Es importante destacar que existen organismos que defienden los derechos de los consumidores como la Confederación Colombiana de Consumidores. Esta asociación se constituye en la principal autoridad respecto de la promoción y defensa de los consumidores colombianos. Fue creada en el año 1970 y ha conseguido avances en este campo. Dentro de estos entes destinados a la protección del consumidor, se encuentra el Sistema Nacional de Consumo -Congarantía-, que surge como un mecanismo alternativo de la justicia ordinaria y tiene como función principal la resolución de quejas y reclamos de los consumidores.

Finalmente, dentro de las instituciones encargadas de proteger a los consumidores, está la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual posee un amplio espectro en relación con los derechos de los consumidores, pues es considerada como el órgano natural de vigilancia y protección de las relaciones entre productores, proveedores o expendedores de bienes y servicios.

Las dos entidades mencionadas predicen, en principio, que la ley de protección al consumidor tiene por objeto impedir que los fuertes hagan su voluntad -labor que complementa la Superintendencia-.

LEY 1480 DE 2011

Desde su entrada en vigencia, el 12 de abril del presente año, la Ley 1480 de 2011 se proyecta como la norma más importante en materia de protec-

ción a los consumidores colombianos, pues ha sido creada por empresarios, consumidores y académicos, quienes, tras rigurosos estudios, identificaron las situaciones que deben tener un mayor cuidado. Por esto es que, dentro de las principales situaciones identificadas, se encuentra la garantía sobre los productos vendidos y se establece la denominada garantía mínima o garantía legal que los proveedores deben ofrecer a sus clientes. Esta garantía va dirigida hacia la idoneidad y calidad de sus productos. Otro aspecto relevante que debe ser considerado como un gran paso en la protección de los consumidores es que se invierte la carga de la prueba, por tanto, le corresponde al proveedor demostrar su “inocencia” y se tiene al consumidor como sujeto de protección. Este punto es destacable porque ayuda a balancear la relación consumidor-proveedor que durante años, ha estado inclinada hacia el lado del proveedor y, como consecuencia, la Ley 1480 tiene como principal función equilibrar la relación mencionada con beneficios y mayores deberes para los fabricantes, proveedores y demás empresarios que participan en la cadena de producción de los bienes o servicios. El resultado inmediato es una mayor protección para la parte débil de esta relación jurídica.

El concepto de garantía legal que ofrece el nuevo Estatuto del consumidor, se encuentra definido en el artículo 7°:

Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

Parágrafo. La entrega o distribución de productos con descuento, rebaja o con carácter promocional está sujeta a las reglas contenidas en la presente ley.

Este artículo comienza por definir lo que es considerado un aumento de la responsabilidad o vínculo entre el proveedor y el consumidor, pues ahora, al proveedor no le basta con vender determinado bien, debe garantizar, como lo menciona el mismo artículo, la calidad, idoneidad, seguridad, buen estado y funcionamiento de los productos. Se establece una verdadera garantía

para los consumidores porque, aunque no se establezca expresamente la garantía mínima, la ley lo hace y todo proveedor y/o productor debe hacerse responsable de la satisfacción que el consumidor debe encontrar en cada producto. Además, de acuerdo con el artículo 10° de la misma ley, la responsabilidad entre el proveedor y el productor es solidaria, ofreciendo aún más garantías y menos dilaciones en el proceso de hacerla efectiva por parte del consumidor.

Por su parte, el artículo 19° establece uno de los principios fundamentales en la relación productor-proveedor-consumidor, pues introduce el deber de información, que constituye una de las principales obligaciones/deberes en esta triple relación. El artículo dice:

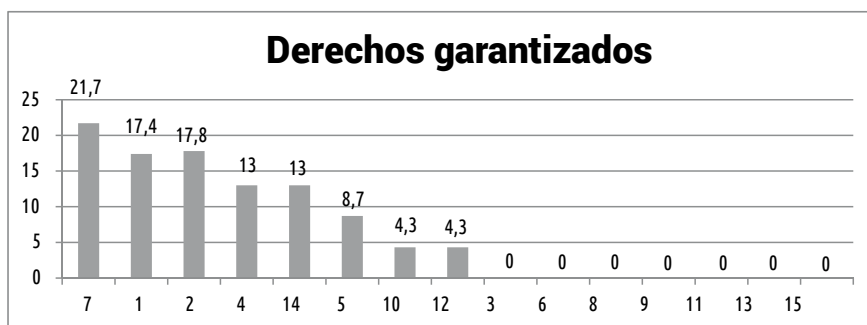
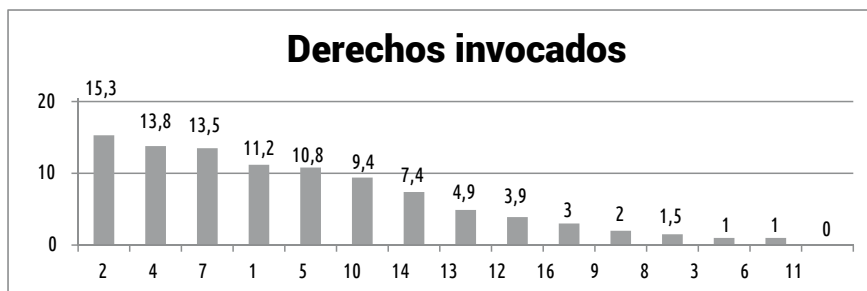
Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional.....

Este deber va más allá de lo expuesto en el artículo, pues está ligado al deber general de información que tienen los proveedores y/o productores de los bienes, es decir, éstos deben informar no solo del estado del producto sino de las posibles consecuencias nocivas para las personas y, en general, todos los detalles que ayuden a mejorar la calidad, funcionamiento y vida útil de tal producto, para que el consumidor tome una decisión informada y responsable acerca de lo que adquiere.

El Estatuto del consumidor resulta pertinente y adecuado para los cambios sociales que se viven. Si bien es cierto que se debe esperar un poco más para evaluar la aplicación y efectividad de la ley, su contenido es más garantista y protege los intereses del consumidor, quien había sido descuidado no solo por las legislaciones anteriores sino que, gracias a su poca eficacia o rigor en las sanciones establecidas para productores y consumidores por la deficiencia en sus productos o servicios, se había fortalecido esta posición y se vulneraba la del consumidor que en la mayoría de los casos, no era un experto en la materia y estaba en desventaja.

CONCLUSIONES

Para finalizar la exposición propuesta, se presenta una gráfica que ilustrativa de la tendencia en cuanto a la protección y tratamiento de los derechos colectivos de los juzgados administrativos en la ciudad de Bogotá.



1. Goce de un ambiente sano	9. El acceso a una infraestructura de servicios públicos que garantice la salubridad pública
2. Moralidad administrativa	10. Acceso a servicios públicos y a su acceso eficiente y oportuno
3. Existencia del equilibrio ecológico	11. Prohibición de fabricación, armas químicas, residuos
4. El goce del espacio público y su defensa	12. Derecho a la seguridad y prevención de desastres
5. La defensa del patrimonio público	13. Realización de construcciones respetando disposiciones
6. La defensa del patrimonio cultural de la Nación	14. Los derechos de los consumidores y usuarios
7. La seguridad y salubridad públicas	15. Otros derechos
8. La libre competencia económica	

Fuente: La justiciabilidad de los derechos colectivos

Como se puede ver, y en comparación con los casos que llegan al Consejo de Estado, se incrementa tanto el porcentaje de derechos invocados como la protección de los mismos. Esta situación, aunada al análisis anterior, deja como conclusión que, aunque este tema de recién tratamiento en la sociedad colombiana, se han hecho esfuerzos significativos que han logrado una mayor protección de los consumidores, y aunque todavía falta mucho por recorrer, se deben expedir leyes más rigurosas y proferir sentencias más garantistas que brinden más seguridad para los consumidores.

El Estatuto del consumidor busca equilibrar las cargas en el mercado y en las relaciones jurídicas nacidas de las actividades propias de cada comerciante con sus consumidores. Se debe destacar, además, que se busca dar mayor celeridad a los trámites para beneficio de los consumidores, pues éstos son vistos como objeto de protección, permitiendo recuperar la confianza de los consumidores en el sector, se dinamice la economía y que productores, proveedores y consumidores sean responsables.

La Ley no solo ofrece una protección individual, pues de ser efectiva, protege a la colectividad. Así mismo, se debe tener en cuenta que la materia que regula la Ley 1480 de 2011 es una de las pocas que reviste interés colectivo tanto en su cuerpo normativo como en sus efectos.

Solo queda esperar a que avancen un poco más los efectos de este nuevo Estatuto para evaluar si sus regulaciones son materialmente efectivas y no terminan beneficiando, una vez más, a las personas equivocadas.

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia 1991.

Congreso de la República de Colombia, Ley 472 de 1998.

Corte Constitucional Colombiana. Bogotá. Sentencia C 1141 de agosto 30 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Bogotá. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Expediente 1999-04421-01. M.P. César Julio Valencia Copete.

Consejo de Estado Colombiano. Bogotá. Sentencia del 14 de junio de 2005. M.P. Alier Hernández Enríquez.

Londoño Toro, B.; Figueredo Medina, G. & González Acosta, A. (2009). *La justiabilidad de los derechos colectivos*. En: Balance de la Universidad del Rosario: ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos? Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Santofimio, J.O. (2010). *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.

GUÍA DE AUTORES

GUIDELINES FOR AUTHORS

GUÍA PARA AUTORES

La revista recibirá aportes teóricos en todas las áreas que, directa o indirectamente, aborden el tema de las ciencias jurídicas y políticas. Para ello, dispone de las siguientes normas de presentación:

1. Formato general del texto

- El texto deberá ser presentado en el formato documento de Microsoft Word, con una configuración de diseño de página en tamaño carta, y con unas márgenes proporcionales de 1" o 2,54 cm en cada uno de los lados de la hoja. El espacio de interlineado debe ser de 1.5, en el tipo de letra Arial tamaño 12.
- Extensión: el número máximo de páginas que debe contener el documento es de 25 páginas, incluidos los cuadros, gráficas, bibliografía y notas.
- El título del texto debe estar en idioma español e inglés.
- Reseña del autor: quien sea el autor del texto deberá redactar, en un párrafo que no supere las 10 líneas, un breve resumen de su hoja de vida, en el que se indique, además de su nombre y apellidos, el último grado de escolaridad e institución a la que pertenece, si hace parte de algún grupo de investigación y cargo que desempeña. Deberá indicar su país de origen y correo electrónico.
- Resumen analítico: los artículos deberán contener un resumen o abstract en los idiomas español e inglés, con una extensión entre 150 y 250 palabras, que sintetice la idea central, los objetivos, la metodología, y las conclusiones.
- Palabras clave: deberán relacionarse cinco palabras clave en los idiomas español e inglés.

2. Criterios de citación

- Las normas de citación utilizadas deberán ser las indicadas por el sistema APA, 6ta versión.
- Las citas deben transcribirse en el mismo idioma en el que fue escrito.
- Las notas de pie de página se emplearán sólo para hacer aclaraciones o aportar datos adicionales. No deben emplearse para referencias bibliográficas.

3. Lista de referencias

- Deben ir en una nueva hoja.
- Deben aparecer al final del texto.
- Orden alfabético por la primera letra de la referencia.
- Obras de un mismo autor se ordenan cronológicamente y se comienza por la más antigua.

4. Proceso de evaluación de las publicaciones

- El autor del texto deberá enviar, vía correo electrónico, una carta dirigida al Director de la revista *Summa Iuris*, en la que garantice la originalidad de su artículo e indicar que éste no ha sido publicado en ningún otro medio de difusión y que no se encuentra postulado simultáneamente para otra u otras revistas.
- El autor o autores a quienes le hayan sido aceptados sus artículos, se obligarán a transferir de manera exclusiva todos los derechos sobre la reproducción impresa y/o digital (incluidos los materiales de prueba y fotografías) en favor de la revista *Summa Iuris*; comprometiéndose, además, para que cuando

se inicia el proceso de evaluación del artículo, no lo retirará hasta la terminación del mismo.

- El Director de la revista dará respuesta de confirmación de la recepción del texto en un máximo de tres días y remite el o los documentos, al Consejo Editorial. Este ente colegiado realizará una evaluación preliminar del texto recibido y determinará la pertinencia de la publicación. Una vez aprobado, se someterá a evaluación por parte de dos árbitros anónimos, quienes establecerán si el material enviado es publicable.
- En el evento en que un árbitro apruebe y el otro rechace el artículo, se nombrará un tercero para dirimir el asunto.
- Se informa a los autores que la revista *Summa Iuris*, constantemente notificará sobre el estado de su artículo. Así mismo, advierte que en ningún caso se devolverán textos originales.

5. Información para el envío

- Los textos pueden enviarse en formato impreso o por correo electrónico a las siguientes direcciones:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Revista *Summa Iuris*.
Fundación Universitaria Luis Amigó.
Transversal 51A #67 B 90 Medellín - Colombia.
Correo electrónico: summaiuris@funlam.edu.co

- Teléfonos: (57) (4) + 448 76 66 – ext. 9602
Fax (57) (4) + 384 97 97
- Nombre del Editor: Luis Eduardo Vieco Maya

ÉTICA DE LA PUBLICACIÓN

- El Comité Editorial, en virtud de la transparencia en los procesos, velará por la confidencialidad de la información que se recibe y la calidad académica de la revista.
- Se consideran causales de rechazo: el plagio, adulteración, invento o falsificación de datos del contenido y del autor, que no sean inéditos y originales.
- En ningún caso, la dirección de la revista exigirá al autor la citación de la misma ni publicará artículos con conflicto de intereses.
- Si una vez publicado el artículo: 1) el autor descubre errores de fondo que atenten contra la calidad o científicidad, podrá solicitar su retiro o corrección. 2) Si un tercero detecta el error, es obligación del autor retractarse de inmediato y se procederá al retiro o corrección pública.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal it would have receive all kind of theorical contributions of different areas that in a direct or indirect way dealing with subject of the political and legal science. In order to achieve this purpose, it dispose of several rules that describe below:

1. General text´s format:

- The text must be submitted in Microsoft Word Format, with an specific configuration of page design in letter size and with a reasonable or proportional margins of 1" or 2, 54 cm in each side of the page. The space between lines it must be 1.5 and the type of the script it must be Arial 12.

- **Extension:** The maximum limit in number of pages that must have the document, is 25 pages, including tables, graphics, bibliography and notes.
- The title of the text it must be in Spanish and also in English language.
- **Review's author:** The author of the specific text must draft, in a paragraph not exceeding 10 lines, a brief synthesis of his/her CV, in which includes not only the name and the last names, but also the last course you already fulfill at school that he/she belonged, besides mentionate if he/she belongs to an investigation group and the occupation in this one, indicate his/her natal country and e-mail address.
- **Analytical resume:** The articles must have an abstract in Spanish and English language, with an extension approximately between 150 and 250 words that indicates the main idea, the objectives, the methology and conclusions.
- **Key words:** These ones must be about 5 key words in Spanish and English language.

2. Quotation criteria

- The 6th edition of the APA system will be used for citation.
- The quotations must be transcribed in the same language that these ones had been written.
- The footnotes of pages can be used only for explanations or additional facts.
- These ones may not been used for bibliographic references.

3. References list

- It must be in a separate page.
- It must be appear at the end of the text.
- In an alphabetical order for the first word of the reference.
- It must be works from the same author, organized in a chronological order and starting with the most antique one.

4. Evaluation´s process of publications.

The author of the text must send, by e-mail, a letter to the Director of Summa Iuris Journal, in order to guarantee the authenticity of the article, indicating also that this one has not been published in other magazine or information media, or even select for another journal or magazines.

- The author o authors that have the approbation of their articles, must to compromise to transfer all the rights of the impressed or digital production (including the material proves and pictures) to Summa Iuris Journal, and make sure that during the evaluation process, the article cannot be retired until the termination of this one.
- The head man of the Journal, will send an answer of confirmation of the reception of the text in a maximum period of three days, sending later to the Editorial Council. This committee evaluate, at first, the receiving text and determinate the accurate presentation of this one. By the time of the approbation, the text pass to the anonymous arbitrators, whom determinate if the document is possible to publishing or not.
- In the event that one of the arbitrator accept the text and the another one doesn´t, is necessary to name an impartial person that solve the problem.

- Summa Iuris Journal informed to authors that constantly it will notified about the situation of the article. Otherwise, it advertise that in any case will not return originals texts.

5. Information for the sending text.

- The several articles may send in written format or impressed or even by e-mail to the following address:

Law and Political Science Faculty
Summa Iuris Journal
Fundación Universitaria Luis Amigó
Transversal 51A N° 67B-90 Medellín-Colombia
E-mail address: summaiuris@funlam.edu.co

- Numbers: (57) (4) + 448 76 66 – ext. 9602

Fax. (57) (4) + 384 97 97

- Director revista: Luis Eduardo Vieco Maya

Fundación Universitaria Luis Amigó
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Transversal 51A 67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia
Tel: (574) 448 76 66
www.funlam.edu.co