

Revista de Derecho Summa Iuris



Presentación

Presentation
Milton César Jiménez Ramírez

Editorial

Una evaluación jurídica en competencias debe corresponder a una formación jurídica en competencias.
María Teresa Carreño Bustamante

Estudios Jurídicos y/o de la Teoría del Derecho

El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano
Administrative precedent in the colombian legal order
Jesús David Londoño Bedoya

Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales
Literary jurisprudence in Colombia: the uses of Literature in Judicial Decisions
Juan Francisco Soto Hoyos

Kirchmann contra el Derecho: la necesidad de reevaluar una ciencia social rendida
Kirchmann against Law: the need to reassess a rendered social science
Jorge Vásquez Santamaría

El principio de la autonomía territorial de los municipios y departamentos en Colombia, análisis y perspectivas desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2012
The principle of territorial autonomy in Colombia, analysis and perspectives from the Constitutional Court jurisprudence 1992-2012
Juan Pablo Rodríguez Cruz

Estudios Socio Jurídicos

El trabajo decente: un objetivo a alcanzar para mejorar significativamente la calidad de vida en América Latina, Colombia y específicamente en la comuna San José en Manizales
Decent work: a goal to reach to significantly improve the quality of life in Latin America, Colombia and specifically the San Jose commune in Manizales
Adriana Cutiva Suárez

Pedagogía, Derechos Humanos y toma de conciencia para una intervención interpretativa de la comunidad IUE, en la clave de Paulo Freire. Aspectos metodológico-conceptuales
Pedagogy, Human Rights and the development of awareness regarding an interpretive intervention in the IUE community, in Paulo Freire. Methodological and Conceptual issues
Pablo Andrés Garcés Vásquez

Puntos críticos en el control y prevención de la trata de personas en el departamento de Caldas, Colombia
Critical items in the control and prevention of human trade in Caldas Colombia
William Narvaez Solarte, José Ferny Higueta López, Rodrigo Giraldo Quintero

Reseña

Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política
Paramilitarism in Colombia. Beyond the phenomenon of political violence
Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

©Fundación Universitaria Luis Amigó

Summa Iuris

Vol. 2, No. 2, julio-diciembre de 2014

ISSN: 2339-4536

Rector

Pbro. José Wilmar Sánchez Duque

Vicerrectora de Investigaciones

Isabel Cristina Puerta Lopera

Decana Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Mónica Lucía Granda Viveros

Jefe Departamento de Fondo Editorial

Carolina Orrego Moscoso

Diseño y diagramación

Arbey David Zuluaga Yarce

Corrector de estilo

Rodrigo Gómez Rojas

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

Mg. Milton César Jiménez Ramírez

Comité Científico

PhD. Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid, España.

PhD. María del Carmen Barranco Avilés, Universidad Carlos III de Madrid, España.

PhD. Carmen Fernández Rodríguez, Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED-, España.

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

PhD. Rodolfo Arango Rivadeneira, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

PhD. Porfirio Cardona Restrepo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

PhD. Polina Golovátina Mora, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

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

Comité Editorial

PhD. Edgar David Serrano Moya, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

PhD. Javier Gonzaga Valencia, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

PhD. Ricardo Castaño Zapata, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

PhD. Eduardo Lindarte Middleton, Universidad Autónoma de Manizales, Manizales, Colombia.

PhD. Guillermo Calvo Mahé, Universidad Autónoma de Manizales, Manizales, Colombia.

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

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

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

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

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

Árbitros

- PhD. Carlos Alberto Agudelo, Docente Investigador Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- PhD. Garrett Thomson, Docente The College of Wooster, Ohio, Estados Unidos.
- PhD. Porfirio de Jesús Cardona, Docente Investigador Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.
- Mg. Juan Sebastián Ceballos Bedoya, Magistrado Auxiliar Corte Constitucional de Colombia.
- Mg. Augusto Ramón Chávez Marín, Magistrado Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, Manizales, Colombia.
- Mg. Catalina Chica Vargas, Directora de Planeación, Instituto Sinchi.
- Mg. Julián Gaviria, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España.
- Mg. Luisa Fernanda Gómez, Docente Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- Mg. Alejandro Guzmán Rendón, Docente Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- Mg. Claudia Munevar, Docente Investigadora Universidad de Manizales, Caldas, Colombia.
- Mg. Manuel Ricardo Laverde Enciso, Magistrado Auxiliar Consejo de Estado de Colombia.
- Mg. Carolina Valencia Mosquera, Directora Maestría en Derecho Público Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- Esp. Luz Adriana Cardona Jiménez, Asesora jurídica SENA y maestranda en Derecho Público Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- Esp. Carmen Cecilia Moreno Vergara, Coordinadora oficina de control interno disciplinario Banco Agrario, Manizales, Colombia.
- Esp. José Fernando Marín, maestrando en Derecho Público Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- Esp. Mauricio López Ciuffetelli, maestrando en Estudios Políticos Universidad de Caldas y docente Fundación Universitaria Luis Amigó, Manizales, Colombia.
- Esp. Gustavo Restrepo Pérez, ex defensor del pueblo regional Caldas y docente Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
- Esp. Enrique Quintero Valencia, docente Universidad de Manizales y experto jurista, Manizales, Caldas, Colombia.
- Abg. Sandra Viviana Romero Obando, funcionaria Rama Judicial y Escritora, Pereira, Risaralda, Colombia.
- Filosofo. Miguel Ángel Palacio, coordinador académico Escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez, Manizales, Caldas, 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. 2, No. 2, julio-diciembre de 2014

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

Presentation

Milton César Jiménez Ramírez

Editorial

Una evaluación jurídica en competencias debe corresponder a una formación jurídica en competencias 190

María Teresa Carreño Bustamante

ARTÍCULOS

Estudios Jurídicos y/o de la Teoría del Derecho

El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano ... 195

Administrative Precedent In The Colombian Legal Order

Jesús David Londoño Bedoya

Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales 217

Literary Jurisprudence In Colombia: The Uses Of Literature In Judicial Decisions

Juan Francisco Soto Hoyos

Kirchmann contra el Derecho: la necesidad de reevaluar una ciencia social rendida 252

Kirchmann Against Law: The Need To Reassess A Rendered Social Science

Jorge Vásquez Santamaría

El principio de la autonomía territorial de los municipios y departamentos en Colombia, análisis y perspectivas desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2012 275

The Principle of Territorial Autonomy in Colombia, analysis and perspectives from the Constitutional Court jurisprudence 1992-2012

Juan Pablo Rodríguez Cruz

Estudios Socio Jurídicos

El trabajo decente: un objetivo a alcanzar para mejorar significativamente la calidad de vida en América Latina, Colombia y específicamente en la comuna San José en Manizales 304

Decent Work: A Goal To Reach To Significantly Improve The Quality Of Life In Latin America, Colombia And Specifically The San Jose Commune In Manizales.

Adriana Cutiva Suárez

Pedagogía, Derechos Humanos y toma de conciencia para una intervención interpretativa de la comunidad IUE, en la clave de Paulo Freire. Aspectos metodológico-conceptuales 334

Pedagogy, Human Rights And The Development Of Awareness.

Regarding An Interpretive Intervention In The Iue Community, In Paulo Freire. Methodological And Conceptual Issues

Pablo Andrés Garcés Vásquez

Puntos críticos en el control y prevención de la trata de personas en el departamento de Caldas, Colombia 363

Critical Items In The Control And Prevention Of Human Trade In Caldas Colombia

William Narvaez Solarte

José Ferney Higueta López

Rodrigo Giraldo Quintero

RESEÑA

Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política 389

Paramilitarism in Colombia. Beyond the phenomenon of political violence

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

PRESENTACIÓN

PRESENTATION

REVISTA SUMMA IURIS VOL. 2 / N° 2

La revista Summa Iuris es una publicación digital semestral de carácter académico, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó, que promueve la difusión del conocimiento científico, relacionado con el Derecho y temas afines de carácter socio jurídico, político y filosófico, entre otros.

Esta nueva publicación constituye un esfuerzo académico, una parte del camino de cualificación trazado con el objetivo de motivar deliberación y síntesis en nuestra comunidad académica, y por supuesto, de participar activamente de esa práctica. Se trata de un fin que no puede descuidarse, más cuando son necesarias nuevas divulgaciones y propuestas que generen la interacción de distintas escuelas del Derecho y de otros estudios, lo que al final facilitará la existencia de una academia más crítica y propositiva.

Como corresponde, cada uno de los artículos ha pasado por un proceso de evaluación especializada, por lo que el contenido de la revista es un adecuado insumo para docentes, estudiantes, investigadores y especialistas de los estudios socio jurídicos.

A modo de sencilla presentación, en esta edición, contamos con los siguientes escritos.

En primer lugar, el editorial denominado: "Una Evaluación Jurídica en Competencias debe Corresponder a una Formación Jurídica en Competencias", autoría de la doctora María Teresa Carreño Bustamante; quien reflexiona acerca de las principales competencias que debe desarrollar el profesional del Derecho. La experta nacional en este tema, promueve un análisis sobre la relevancia de la construcción de las competencias técnicas, pero especialmente de la competencia ética, como expresión del aporte que los abogados pueden hacer a la sociedad.

En materia de artículos, se encontrarán dos (2) ejes. Uno, jurídico o relativo a la teoría del derecho; y, el segundo, relativo a estudios socio jurídicos.

Dadas las cosas, el primer componente estará integrado por el artículo del profesor Jesús David Londoño Bedoya, titulado El Precedente Administrativo en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. El autor presenta algunos argumentos que hacen admisible una teoría del precedente en Colombia, pero especialmente su carácter vinculante para las decisiones judiciales y jurídicas en general. Este estudio es relevante en nuestro contexto, particularmente porque persiste la lucha por la consolidación de una nueva cultura jurídica, más dinámica y congruente con el respecto de los derechos de las personas; ámbito en el cual el precedente es un instrumento trascendente, especialmente por su garantía del derecho a un igual tratamiento en casos similares.

Seguido se presenta, de autoría del abogado Juan Francisco Soto Hoyos, Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales. Un apasionante texto en el que se invita a contemplar la literatura como un insumo de las decisiones judiciales; a acabar con el carácter monopólico y excluyente de la norma jurídica y a concebir nuevas realidades. Asimismo, el texto brinda referentes literarios que evidencian la unión entre Derecho y Literatura, tanto que hacen pensar en elementos como los que brindó Dworkin en su hipótesis de por qué el Derecho se parece a la Literatura; o en las angustias jurídico literarias de Kafka.

A continuación, el profesor Jorge Vásquez Santamaría titula Kirchmann contra el Derecho: la necesidad de reevaluar una Ciencia Social Rendida, texto en el que la reflexión sobre el derecho y la necesidad de una nueva tópica son el eje central, una tópica que supere las previsiones de Kirchmann sobre la preponderancia del legislador en la fijación del significado y alcance del derecho. Es una reflexión pertinente sobre la necesidad de que nuestra comunidad jurídica conozca y debata más la teoría del derecho, pues solo así descubrirá qué derecho requiere.

Por ultimo en este apartado, se expone El Principio de la Autonomía Territorial en Colombia, análisis y perspectivas desde la Jurisprudencia de La Corte Constitucional, por el maestrando Juan Pablo Rodríguez Cruz. Se plantea el reconocimiento del alcance del principio constitucional de autonomía territorial, partiendo desde las definiciones jurisprudenciales del defensor de la Constitución. Propuesta que da lugar a pensar en la deuda existente respecto al ejercicio de la autotomía, tanto como derecho y deber, y a la par, en su relevancia para la construcción de una nación más estructurada.

Ahora, en el segundo componente, sobre los estudios sociojurídicos se relaciona lo siguiente:

La profesora Adriana Cutiva Suárez, propone una reflexión crítica desde su artículo: El trabajo decente: un objetivo a alcanzar para mejorar significativamente la calidad de vida en América Latina, Colombia y específicamente en la Comuna San José en Manizales. Acertado enfoque, pues los problemas que señala, tanto la pobreza y la exclusión urbana a partir del caso de la Comuna San José, de pleno reconocimiento nacional, poseen entendimiento y solución desde la categoría-derecho, trabajo. Solo un derecho al trabajo exigible, ejercido con responsabilidad, pero accesible y en condiciones dignas, puede ayudar a la recomposición social. No solo un trabajo de subsistencia, o un trabajo desfigurado (como el que ofrece la flexibilización), sino un trabajo vivo, que permita que las personas encuentren su desarrollo humano.

Posteriormente, el profesor Pablo Andrés Garcés Vásquez, aporta su estudio: Pedagogía, Derechos Humanos y Toma de Conciencia. Para una de intervención interpretativa de la comunidad de la Institución Universitaria de Envigado (IUE), en la clave de Paulo Freire. Aspectos metodológico-conceptuales; en el que examina una relación básica para la vida universitaria, para la academia en general, la de los derechos humanos y la educación. Pero aún más clave es la falta de comprensión o de conciencia sobre esta relación, y las exigencias discursivas y prácticas que implica. Para relatarnos parte de estos panoramas, el autor parte de algunas obras de Paulo Freire, consiguiendo un escrito que revela un ejercicio de discernimiento en su comunidad universitaria.

Finalmente, en Puntos Críticos en el Control y Prevención de la Trata de Personas en el Departamento de Caldas, Colombia, William Narváz Solarte, José Ferney Higuera López y Rodrigo Giraldo Quintero, describen algunos aspectos básicos sobre el flagelo de la trata de personas, al efecto, partiendo de una serie de casos que describen el desconocimiento de los derechos mínimos de la persona, de su dignidad, y la esclavizan. Fenómeno mediado negativamente por la ineficacia del derecho penal para rebatir esta dura realidad.

Adicional a los artículos, se encuentra la reseña Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política, en la que el investigador Paulo Bernardo Arboleda Ramírez, nos introduce a las principales problemáticas que analiza el libro del Profesor Germán Ayala Osorio, tales como la cooptación del Estado; también se ofrece una sana y analítica crítica a la obra, así como se identifican temáticas que pudieron complementar la obra.

Lo que se presenta en esta edición de la revista Summa Iuris está a disposición de los deliberantes, para su crítica y réplica; para sus sugerencias, análisis y estudio. Es lo necesario en la academia.

Es menester agradecer a todos los que participaron en la construcción de esta edición, sin su contribución, paciencia y razonabilidad no podrían elevarse estos aportes. Este arduo y largo camino requiere de tales virtudes.

Milton César Jiménez Ramírez
Director Editor Revista Summa Iuris

EDITORIAL

UNA EVALUACIÓN JURÍDICA EN COMPETENCIAS DEBE CORRESPONDER A UNA FORMACIÓN JURÍDICA EN COMPETENCIAS*

*María Teresa Carreño Bustamante***

Forma de citar este artículo en APA:

Carreño Bustamante, M. T. (julio – diciembre, 2014). Una evaluación jurídica en competencias debe corresponder a una formación jurídica en competencias. *Summa Iuris*, 2(2), 190-193

En los últimos años se discute en los programas de Derecho de Colombia la necesidad de una formación en Competencias, debate alentado con mayor ahínco a partir del establecimiento de las Pruebas Saber Pro por parte del ICFES y los programas de Derecho del país, quienes a través de una investigación participativa propusieron los lineamientos de la evaluación en estas pruebas.

Llama la atención que en los grupos focales realizados con docentes, en ocho regiones del país con la participación de más de 80 programas de Derecho, haya sido tan unánime el requerimiento de una formación ética, investigativa, comunicativa y en administración de la gestión del conflicto, obviamente dentro del marco del conocimiento jurídico, lo que generó la competencia cognitiva, presentándose una tendencia mayoritaria que impulsó la propuesta de una prueba saber pro en estas competencias; las competencias y los desempeños¹ propuestos por la comunidad, sistematizados por el grupo de expertos propuestos por la Asociación Colombiana de Facultades de Derecho (ACOFAD), son:

COMPETENCIA COGNITIVA JURÍDICA

Entendida como la capacidad para comprender los principios y conceptos básicos del Derecho y del sistema jurídico y aplicar dichos conceptos en la argumentación y toma de decisiones. A partir de esta concep-

¹ Para este escrito solo se tiene en cuenta uno de los desempeños inherentes a la competencia.

* Escrito que deviene de la investigación: Marco de referencia de Competencias Específicas para los programas de Derecho en Colombia, en que la autora participó como investigadora; dado que se firmó cláusula de confidencialidad, se aclara que se usan datos generales liberados por el ICFES en la página web en diferentes presentaciones. www.icfes.gov.co

** Abogada, Docente Titular de la Universidad de Manizales. Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Directora del grupo de investigación Derecho y Sociedad. Correo electrónico: mariateresacarrenob@gmail.com

ción, se espera que el abogado logre hacer un aprendizaje significativo que le permita no solo memorizar conocimientos propios de la profesión, sino problematizar un saber que se pueda luego contextualizar en circunstancias de la vida práctica. Según el grupo de expertos que realizó la investigación, uno de los desempeños que deberían estar asociados a esta competencia es establecer relaciones sistemáticas y pertinentes entre los conceptos en función de una problemática específica. Significa esto que el aprendizaje del estudiante de Derecho requiere una contextualización, y se hace con un propósito específico: poder leer la realidad que le circunda, comprender las circunstancias de cada situación y ofrecer respuestas a partir de su formación.

COMPETENCIA EN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Capacidad para comprender el proceso de investigación científica en el ámbito jurídico para la solución de problemas de naturaleza jurídica y socio jurídica. Es interesante la distinción que se hace en la investigación entre lo jurídico y socio jurídico, y en esta última categoría se hace alusión nuevamente a la sociedad como uno de los enfoques que debe tener el profesional del Derecho, énfasis que se identifica en el desempeño de aplicar el proceso de investigación a partir de la identificación de problemas, solucionarlos y/o generar nuevos conocimientos.

Esto implica que el estudiante debe terminar sus estudios con *herramientas* que le permitan, a través de la investigación, potenciar su ejercicio profesional; busca esta competencia que al menos pueda identificar y plantear problemas de investigación, que reconozca hipótesis, diseñe proyectos, analice información, entre otras actividades básicas de investigación.

COMPETENCIA COMUNICATIVA

Capacidad para redactar y argumentar jurídicamente de forma coherente, clara y precisa. Entre sus desempeños se encuentra: potenciar habilidades para comprender la problemática de los protagonistas de una situación jurídica. Esta competencia está referida a conocimientos y actividades básicas que debe tener un abogado; es claro que en la profesión

del Derecho se trabaja con el discurso jurídico, discurso que hace parte de una práctica social. Si en general el discurso puede tener esta connotación, aún más el jurídico pues entraña el debate de los derechos que son inherentes individual y colectivamente a una sociedad.

Es necesario además en esta competencia comprender la especificidad del discurso jurídico, en este sentido se ha planteado la trascendencia de comprender que la argumentación que debe facilitar o enseñar en las facultades de Derecho no es la misma argumentación básica, exigible para otras disciplinas. Así, la utilización y distinción de lenguaje, la elaboración de premisas, verbos rectores, la identificación de falacias, la expresión, pertinencia y coherencia del discurso, tanto oral como escrito, son evidencias de la especialidad de nuestras competencias jurídicas.

COMPETENCIA PREVENCIÓN E INTERVENCIÓN JURÍDICA DEL CONFLICTO

Capacidad para prevenir, gestionar y resolver el conflicto jurídico, mediante el uso de mecanismos alternativos y jurisdiccionales del mismo. Como desempeño se propone intervenir como mediador para la resolución de conflictos mejorando el desarrollo de una cultura de paz. Se direcciona esta competencia a la necesidad de formar un abogado que aplique de manera práctica su conocimiento para la prevención del conflicto; más allá de la capacidad de litigar, conciliar y transar, entre otras, se refiere a la habilidad de impactar la realidad con sus prácticas, con innovaciones del discurso y de opciones que recompongan las diferencias.

COMPETENCIA ÉTICA Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Capacidad para ejercer la profesión de la abogacía de una manera leal, diligente y transparente. Uno de sus desempeños es promover la dignidad humana como uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales. Esta competencia se centra en las respuestas personales y jurídicas que puede ofrecer un abogado en la vida real, frente a un caso, tanto desde lo comportamental como en lo jurídico; su actitud, sus fundamentos, sus principios,

según los lineamientos éticos de la profesión y las restricciones en el ejercicio de la profesión. Esto es especialmente importante, pues nuestros abogados deben ser abanderados de la lucha contra la corrupción, lo que solo puede hacerse si contamos como profesionales íntegros, con bases éticas irrenunciables. Por ello, la evaluación de esta competencia debe abordar casos y prácticas que permitan analizar de forma objetiva la adquisición de esta competencia. Como lo enseñaban en la antigua Grecia, el bien debe ser una vocación, hacerlo es la práctica de la virtud.

Las competencias descritas, hacen parte de la evaluación en *Pruebas Saber Pro* que está realizando el ICFES a los estudiantes de Derecho del país que las inscriban como parte del examen, y están contenidas en los módulos de: comunicación jurídica, investigación jurídica y gestión del conflicto. Este ejercicio ha desatado expectativa en los programas de Derecho, que buscan mejorar el desempeño de los estudiantes en la evaluación, como un indicador de calidad académica y humana.

Para alcanzar logros importantes en la prueba es necesario pensar el proceso de formación de los estudiantes, pues no se trata de prepararlos técnicamente para un examen; el resultado exitoso de la prueba depende directamente de una formación rigurosa articulada entre teoría y práctica que permita a los estudiantes culminar sus estudios con las competencias necesarias para desempeñarse profesionalmente.

Es necesario que los currículos de los programas de Derecho trasciendan el cúmulo de papel que contiene sus principios, objetivos y promesas de formación e intervenga en las prácticas de los estudiantes y futuros profesionales; es necesario trabajar por la coherencia entre la teoría y la práctica para lograr no solo buenas notas en el examen Saber pro, sino para garantizar una efectiva intervención en la práctica social. Solo así el Derecho podrá ayudar a transformar realmente la sociedad.

ARTÍCULOS
ARTICLES

ESTUDIOS JURÍDICOS Y/O DE LA
TEORÍA DEL DERECHO

EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO*

ADMINISTRATIVE PRECEDENT IN THE COLOMBIAN LEGAL ORDER

*Jesús David Londoño Bedoya***

Fecha de recepción: 24 de abril de 2014 - **Fecha de aprobación:** 01 de agosto de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

Londoño Bedoya, J. D. (julio – diciembre, 2014). El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. *Summa Iuris*, 2(2), 195-216.

Resumen

El presente artículo pretende demostrar el carácter vinculante que posee el Precedente Administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. El cual, a través de la aplicación de los principios generales del Derecho consagrados en la Constitución, la interpretación que de ellos realiza la Corte Constitucional, y algunos desarrollos legales, encuentra aplicación en la actividad administrativa desarrollada por los órganos del Estado. En cuanto a la metodología empleada en el artículo, se realizó un rastreo bibliográfico a través de diferentes autores, algunas sentencias de la Corte Constitucional y algunas leyes colombianas. Esto hace del artículo un trabajo de carácter descriptivo, en el cual se concluye finalmente, que el Precedente Administrativo encuentra en el sistema jurídico colombiano los fundamentos suficientes para demostrar su existencia y su vinculatoriedad en las entidades administrativas del Estado.

Palabras clave: Precedente Administrativo, Discrecionalidad Administrativa, Principios Generales del Derecho, Precedente Judicial Administrativo, Fuerza Vinculante.

* Este artículo fue desarrollado en el marco de la investigación denominada el Precedente Administrativo en Colombia, realizada con el fin de optar al título de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Externado de Colombia.

** Abogado, Universidad de Caldas (2010); Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia (2013); Docente catedrático de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó - Sede Manizales. Correo electrónico: jdlb_89@hotmail.com

Abstract

The following article pretends to demonstrate the binding character of the Administrative precedent in the Colombian judicial order. In which, through the application of the general principles of the law embodied in the constitution, the interpretation made by the constitutional court, and some legal developments, there is the application of the administrative activity developed by the state. As for the methodology employed in the article, there is a bibliographic analysis of different authors, some verdicts of the constitutional court and some Colombian laws. Thus, this article is descriptive, and it concludes that the administrative precedent finds in the Colombian judicial system, the enough grounds to demonstrate its existence and its binding force in the state administrative entities.

Keywords: Administrative Precedent, Administrative Discretion, General Principles of the Law, Judicial Administrative Precedent, Binding Force.

INTRODUCCIÓN

Es difícil encontrar en la doctrina nacional un amplio desarrollo sobre el tema del Precedente Administrativo, de ahora en adelante P.A.; en términos de Santofimio Gamboa (2010), puede sostenerse que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas del derecho administrativo. Sin embargo, vale rescatar frente al P.A., dos trabajos recientes que han elaborado algunos nacionales, y a los cuales me referiré más adelante, como son los trabajos de Ortiz Vaquero (2010) y Jaramillo Hoyos (2011).

Aun así, se pretende mediante el presente escrito, elaborar un análisis de la figura del P.A. en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta su desarrollo legal, jurisprudencial y en el caso de las anteriores referencias, doctrinal. Por lo cual, se propone entonces, revisar detalladamente la discrecionalidad administrativa y los principios constitucionales del ordenamiento jurídico colombiano. Analizar los aportes que la jurisprudencia y la ley han traído frente a la misma figura, realizando un análisis de lo que diferentes autores han referenciado acerca del mismo tema. Y por último, llegar a lo que considero, constituye la teoría del P.A. en nuestro país.

1. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

La discrecionalidad administrativa y el P.A. son dos instituciones del derecho administrativo que se encuentran muy relacionadas. Puede afirmarse que el ejercicio de facultades discrecionales de la administración, se convierte en el ambiente ideal para la aplicación del P.A.

En el ejercicio de la discrecionalidad administrativa es donde el P.A., tal cual lo afirma Diez Picazo (1982), actúa como un instrumento al servicio de los principios generales del derecho, con el propósito de controlar la actuación de la administración en medio de esta discrecionalidad, de esta manera se puede realizar un control de legalidad a la administración, evitando la arbitrariedad.

Así pues, la discrecionalidad administrativa según Giannini (1993) es aquel poder que tiene la administración, de determinar en cierto margen decisonal una posible solución que debe basarse en el interés público para un caso en concreto. Esto constituye una libertad de apreciación, que el ordenamiento jurídico permite a la administración al decidir un asunto.

Ahora bien, a pesar de que son bastantes las definiciones que se tienen sobre la discrecionalidad administrativa, se ajusta mejor al concepto de la misma aquella que señala Marín Hernández (2007) en su trabajo, según la cual, la discrecionalidad administrativa hace referencia a un

margen de relativa libertad decisonal que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos -aún de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico (p. 177).

Esta definición es la que permite identificar claramente los elementos más importantes que definen la discrecionalidad administrativa, entre ellos el margen de libertad decisonal que tiene la administración, para resolver un caso concreto, y en el cual debe tener muy en cuenta el interés público.

De acuerdo con lo anterior, a la administración pertenece cierto espacio de decisión que sin un control efectivo por parte de alguna figura jurídica puede desbordarse y desembocar en la arbitrariedad. He aquí el momento en el que la doctrina del P.A. se hace necesaria para garantizar la eficacia de los derechos de los administrados, máxime cuando en nuestro país como lo señala el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA (Ley 1437, 2011, art. 44), “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Cabe recordar que toda norma del ordenamiento jurídico debe estar adecuada

a los fines y principios de la Constitución, es decir los mismos que referenciaremos en el presente trabajo como los fundamentos del P.A. De esta manera, el P.A. se convierte en un límite al margen de apreciación que tiene la administración dentro del ejercicio de las facultades discrecionales.

La discrecionalidad administrativa se convierte entonces en el caldo de cultivo en donde la figura del P.A. aparece como la más eficaz alternativa para favorecer el respeto por los principios constitucionales, entre los cuales se encuentran el principio de igualdad ante la ley, la confianza legítima de los administrados, seguridad jurídica y el principio de buena fe.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONSAGRADOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Dentro de la normatividad que rige todo Estado de Derecho existen gran cantidad de principios que ayudan a integrar las normas del ordenamiento jurídico y cuya función puede resaltarse mejor en el caso que existan lagunas dentro del ordenamiento jurídico, las cuales deben ser llenadas a través de la interpretación que se realice de los mismos. Los principios generales del Derecho, como se desprende de la lectura que se realice a Díez Picazo (1982, p. 9), estén consagrados o no, tienen el carácter de ser informadores del ordenamiento jurídico, y constituyen criterios básicos de interpretación, de lo cual adquieren su valor vinculante.

En nuestro ordenamiento jurídico, puede verse la estipulación de diversos principios generales del Derecho. De un vistazo a la Constitución Política (1991) podemos extraer: primero, en su Preámbulo, la consagración expresa de algunos principios como el de Igualdad, el cual debe ser asegurado por parte del Estado a través del ordenamiento jurídico. Segundo, en su artículo 2, se prevé la garantía de los principios, como fines esenciales del Estado: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Y seguidamente, en diversos artículos, en donde se consagran derechos fundamentales, también se evidencia la tipificación de algunos principios generales del Derecho, como principios constitucionales.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho administrativo los principios constitucionales son fundamentales para garantizar al administrado el respeto de sus derechos, máxime cuando la administración en muchos casos se ve investida de potestades discrecionales, en donde los principios constitucionales actúan como garantías y mecanismos de control frente a dichas potestades.

En Colombia, de acuerdo al CPACA (Ley 1437, 2011, art. 2), que rige para todas las actuaciones administrativas de las entidades públicas, “todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales”. Así mismo, se dispone que “las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

El P.A. como figura autónoma, que como se indicó en el capítulo anterior, encuentra en la discrecionalidad administrativa la posibilidad de surgir, reporta gran utilidad a la hora de amparar principios constitucionales como la igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima.

Según Diez Picazo (1998, p. 10), la mayor parte de la doctrina española coincide en afirmar que el fundamento del carácter vinculante del P.A. radica en el principio de igualdad y otros complementarios.

A través de la doctrina, se han relacionado gran cantidad de principios que nos pueden llevar a la fundamentación de la doctrina del P.A. y que coadyuvan al reconocimiento de dicha figura dentro del ordenamiento jurídico a pesar de no contar con expresa consagración legal. Sin embargo, para el caso colombiano de acuerdo con la sentencia C-537 de 2010, los principios por medio de los cuales se fundamenta la figura del P.A., como se verá más adelante son: igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

Así pues, con base en los principios anteriormente relacionados y en la regulación que a través de la Ley 1340 de 2009 se dio a la figura del P.A., es que se pretende hablar en el presente trabajo de la consolidación de dicha figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

3. LA SENTENCIA T- 545 DE 2004 Y SU APORTE A LA TEORÍA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

El papel que desempeña esta jurisprudencia en el desarrollo de una teoría sobre el P.A. en nuestro país es fundamental. Puede decirse que ha sido de los primeros desarrollos que permiten verificar la existencia de la figura en nuestro ordenamiento jurídico.

Como pudo verse en líneas anteriores el desarrollo más grande a nivel jurisprudencial y doctrinal, sobre la teoría del precedente, había recaído específicamente sobre la consolidación de un precedente jurisprudencial en nuestro país. Sin embargo, en la sentencia T-545 de 2004, tal cual ocurrió en la sentencia T-334 de 1998, la Corte Constitucional habla de la existencia de la figura jurídica que pretendemos analizar mediante el presente trabajo, el P.A. Sólo que en esta oportunidad la desarrolla más a fondo, y no sólo la enuncia como ocurrió en el año 98.

La sentencia a la que hacemos referencia, es decir, la T-545 de 2004, es producto de la acción de tutela instaurada por el señor José Alirio Gonzales Muñoz, quien fuera trabajador oficial del INVÍAS, en contra de la misma entidad. Por medio de esta acción el señor Gonzales Muñoz demandaba, entre otras, un trato igualitario por parte del INVÍAS, en cuanto al reconocimiento de su pensión. Pedía que su derecho se reconociera de la misma manera en que se le había concedido el derecho de pensionarse al señor Ramón Morera Rojas tiempo atrás. Esto por cuanto 6 meses antes, la entidad había reconocido la pensión al señor Morera Rojas, interpretando el requisito de los 28 años de servicio establecido por la convención colectiva que lo cobijaba, contando los años como si tuviesen 360 días, para todos los efectos laborales y prestacionales; lo cual resultaría de multiplicar los doce meses del año por 30 días que tiene cada mes. Así las cosas, los 28 años de trabajo requeridos implicarían un total de 10.080 días laborados para acceder a la pensión. Sin embargo, el IN-

VÍAS en el caso de Gonzales Muñoz acogió una interpretación diferente, indicando que los años se componen de 365 días, por lo cual los 28 años de servicio requeridos para pensionarse debían sumar un total de 10.220 días, por esta razón el señor Gonzales Muñoz, que había trabajado la cantidad de 10.163 días, no pudo acceder a la pensión y le fue negada por el INVÍAS. Esto según el señor Gonzales Muñoz vulneraría su derecho a la igualdad por parte de la administración, ya que no fue cobijado por la misma interpretación acogida para conceder la pensión al señor Morera Rojas, puesto que de habersele dado un trato igualitario, sí habría tenido derecho a disfrutar de su pensión. El anterior, constituye el típico caso en el cual existe un P.A., es decir, en el cual la administración ya tomó una decisión en el pasado frente a una situación fáctica similar que se da en el presente, y que por lo mismo debería recibir idéntico trato. Tanto el caso de Gonzales Muñoz como el de Morera Rojas se encontraban en las mismas circunstancias fácticas, esto es, ambos como ex trabajadores del INVÍAS solicitaron la pensión y se encontraban cobijados por la misma convención colectiva de trabajo. Por ende, so pena de infringir el artículo 13 de la Constitución Política, a menos que se logre justificar de manera adecuada el trato diferenciado, no debería existir divergencia alguna en la respuesta a lo solicitado.

La Corte Constitucional (Sentencia T 545, 2004) en el presente caso señaló que era indudable la existencia de un trato diferente por parte del INVÍAS, a una misma situación de hecho: la solicitud de reconocimiento de pensión convencional elevada por dos ex trabajadores oficiales de la Entidad en circunstancias muy similares. Sin embargo, la interpretación de las disposiciones de la convención colectiva en relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de pensiones convencionales sí cambió. Esto como consecuencia de haber acogido un concepto jurídico distinto al que se acogió con anterioridad para conceder la pensión al primero de los trabajadores que la solicitó. Adicionalmente, señala la Corte que:

La diferencia en el trato ante el cambio del precedente administrativo tiene una justificación plausible, y es que en el interregno de los seis meses (situación que consulta un elemento de temporalidad, y desecha la presencia de un cambio súbito de la posición de la administración) que separan las fechas de las dos resoluciones (la de Morera Rojas y la de Muñoz González),

el INVÍAS, ante las vicisitudes interpretativas que aparejaba la convención colectiva, reunió un comité especial integrado por profesionales del derecho, miembros de la oficina jurídica y de la secretaría administrativa de la entidad, para definir el punto de la correcta interpretación del término de los 28 años (Sentencia T 545, 2004, p. 19).

Así las cosas, es evidente que ante los casos que se presentaron en el INVÍAS, habiéndose encontrado ambos casos dentro de las mismas circunstancias fácticas, se actuó de manera diferente, desatendiendo el P.A. Sin embargo, esto es perfectamente posible dentro de una teoría que propende por el respeto de la figura del P.A., si se reúnen algunas características esenciales que la misma Corte señala.

Para la Corte Constitucional:

Así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores bajo ciertos requisitos, es también posible que la administración varíe sus posiciones jurídicas en determinados eventos.

En efecto, esta situación es perfectamente plausible en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que con ello necesariamente se presente un desconocimiento al derecho a la igualdad de trato o a la igualdad ante la ley. Sin embargo, ello no significa que exista una habilitación absoluta para que la administración decida en cada caso y según su parecer los asuntos sometidos a su competencia.

Por el contrario, cuando los funcionarios administrativos se vean enfrentados a esta eventualidad, deberán (I) aplicar la misma línea conductora exigida por la jurisprudencia constitucional para el cambio de los precedentes judiciales, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas situaciones, (II) ser conscientes de que el cambio en la interpretación debe estar correctamente sustentado y motivado: el funcionario administrativo debe hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la hermenéutica anterior, (III) omitir modificaciones súbitas o descontextualizadas: de una parte, el funcionario no puede cambiar la interpretación de repente, y de la otra, debe permanecer atento al cambio de las circunstancias históricas o de la situación socioeconómica del país, es decir, debe atender el contexto en que operará su determinada aplicación del derecho; y por último, y obviamente (IV) consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho y en las interpretaciones de los tribunales encargados de la unificación (Sentencia T 545, 2004, p.18).

Ahora bien, para el caso concreto:

La Corte no advierte como tal un trato discriminatorio frente a Muñoz González; la diferencia en el trato ante el cambio del precedente administrativo tiene una justificación plausible, y es que en el interregno de los seis meses (situación que consulta un elemento de temporalidad, y desecha la presencia de un cambio súbito de la posición de la administración) que separan las fechas de las dos resoluciones (la de Morera Rojas y la de Muñoz González), el INVÍAS, ante las vicisitudes interpretativas que aparejaba la convención colectiva, reunió un comité especial integrado por profesionales del derecho, miembros de la oficina jurídica y de la secretaría administrativa de la entidad, para definir el punto de la correcta interpretación del término de los 28 años. Una vez celebrada esta reunión se decidió, con fundamento en la Ley 153 de 1887 y en el Código del Régimen Político y Municipal y con una presentación explícita de los argumentos, aceptar una de las interpretaciones posibles, como la posición de la entidad (situación que consulta el elemento de la corrección y suficiente motivación en la nueva interpretación de la administración). Ante la presencia de estas razones, es posible afirmar que se disuelve cualquier idea de trato discriminatorio frente a Muñoz González aunque se haya presentado, en el caso, una diferencia de trato entre él y Morera Rojas (Sentencia T 545, 2004, p. 19).

Así pues, para la Corte Constitucional, en el caso de referencia, si bien se presentaron las mismas circunstancias fácticas entre el señor Gonzales Muñoz y Morera Rojas, el INVÍAS justificó de manera adecuada el cambio de criterio adoptado al conceder la pensión, ya que en el primero de los casos la interpretación de la norma estipulada en la convención colectiva fue producto de un concepto emitido por la oficina jurídica de la entidad en el mes de enero de 2002, y en el segundo caso, la interpretación siguió la fundamentación dada, con posterioridad a la resolución de pensión del señor Morera Rojas de junio de 2002, por un grupo de profesionales del derecho convocado por la oficina jurídica y la secretaría administrativa de la Entidad, al haberse presentado controversia sobre la correcta interpretación y aplicación de la norma convencional. Ambos casos entonces fueron resueltos basados en conceptos jurídicos distintos.

De esta manera vemos como, para modificar o adoptar un criterio diferente al P.A., aun siendo legítimamente válido el nuevo criterio, deben exponerse las razones que motivaron el cambio de orientación.

Resulta entonces sumamente importante el aporte que trae en esta sentencia la Corte Constitucional dentro de la teoría del P.A. Por un lado implica la existencia del mismo, teniendo en cuenta que la prédica de la figura del precedente no es exclusiva de los órganos judiciales del Estado. Y por otro, señala la existencia del deber de respeto frente a dicha figura, teniendo en cuenta que las entidades públicas tienen la obligación de motivar el cambio de criterio en cuanto a sus decisiones, ratificando lo señalado en la sentencia T-334 de 1998.

De lo anterior, podemos extraer el carácter *prima facie* vinculante de los P.A. y el fundamento de la posibilidad que tiene la administración de separarse de los mismos, ya que según la sentencia T-545 de 2004, así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores, también puede la administración variar su posición jurídica en determinado caso.

4. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO ESPECIAL. UN APOORTE DE LA LEY 1340 DE 2009 Y LA SENTENCIA C-537 DE 2010 COMO A LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

En el sinnúmero de entidades de derecho público que existen en nuestro país, puede presentarse la figura del P.A. como garantía de respeto de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados. Sin embargo, aún falta mucho para que dicha figura se consolide dentro de la actividad de todas aquellas entidades.

No obstante lo anterior, dicha figura ya dio sus primeros pasos en el ordenamiento jurídico colombiano como se vio anteriormente, lo cual constituye un gran punto de partida para su desarrollo al interior de toda la administración pública.

Ahora bien, un hecho que podría afirmarse ha incidido en forma clara sobre la doctrina del P.A. en nuestro país es sin duda la expedición de la Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”.

Según esta Ley, en su artículo 24: “La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”. Este concepto de doctrina probable nos llevará a verificar la existencia de un tipo especial de P.A. en nuestro país.

Ahora bien, el concepto de doctrina probable en el ámbito del derecho administrativo no tuvo una fácil aceptación luego de haber sido expedida la Ley 1340 de 2009. Tanto así que dicha norma fue demandada mediante acción de inconstitucionalidad por parte de algunos juristas, los cuales indicaron que el artículo 24 de dicha Ley era violatorio de la Constitución, por cuanto se refiere tanto a las funciones administrativas como a las judiciales que tiene en cabeza la Superintendencia de Industria y Comercio, de tal manera que la doctrina probable sería vinculante también para los jueces de la República, lo cual estaría en contravía con el principio de la separación de poderes por cuanto la rama ejecutiva del poder público estaría teniendo injerencia dentro de la administración de justicia.

A pesar de lo anterior, de la sentencia C-537 de 2010, por medio de la cual se resolvió la demanda de inconstitucionalidad del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, puede decirse que constituye un gran avance en lo que es la construcción de una sólida teoría sobre la figura del P.A. en nuestro país, ya que de acuerdo con la interpretación que realizó la Corte Constitucional de la Ley 1340, se pueden ilustrar varios de los conceptos y componentes que diferencian la figura.

De acuerdo con el análisis realizado por la Corte, como lo señala Ortiz Vaquero (2010, p. 5), se concluyó que en el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, cumple solamente funciones de carácter administrativo, por tal motivo la figura de la doctrina probable se aplica únicamente a las decisiones adoptadas por la SIC en el ejercicio de las funciones administrativas. Así pues, la doctrina probable de la SIC no estaría vulnerando los principios constitucionales que regulan la independencia judicial o la

separación de poderes, pudiendo coexistir con las decisiones adoptadas por los jueces en materia de libre competencia sin que se vean limitadas las potestades y autonomía de los mismos.

Teniendo en cuenta las conclusiones anteriores, la Corte procedió a elaborar un análisis de la figura de la doctrina probable. Según este análisis, los argumentos que dan sustento a la figura de la doctrina probable en sede jurisdiccional, sirven también para dar fundamento a la doctrina probable en sede administrativa. Según la Corte Constitucional, los lineamientos que dio la sentencia C-836 de 2001, para establecer la proveniencia de la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, deben ser tenidos en cuenta para la interpretación del apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, ya que no existe prohibición constitucional para que la Ley establezca la figura de la doctrina probable de carácter administrativo.

Ahora bien, es de aclarar que frente a la figura del P.A., la Corte no enfatiza demasiado como sí lo hace frente a la figura de la doctrina probable, la cual, como señaló en sentencia C-836 de 2001:

Tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia (Corte Constitucional, sentencia C 836 de 2001, p.16).

No obstante lo anterior, la Corte calificó a la doctrina probable como una técnica de vinculación al precedente, admisible tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo. Esto quiere decir que la Corte Constitucional al hablar de doctrina probable hace referencia a la vinculación de las entidades públicas a la doctrina del P.A. “En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo”. Al respecto, Ortiz Vaquero (2010, p. 17) señala que la Corte reconoció valor normativo al P.A. a través de la figura de la doctrina probable, es decir, de la misma forma en que se reconoció fuerza vinculante al precedente judicial común, de acuerdo con los postulados de la sentencia C-836 de 2001, siendo necesaria la reiteración. Lo cual según la autora, no era del

todo necesario, por cuanto el término doctrina probable se ha de utilizar en la mayoría de los casos dentro de un contexto jurisdiccional y bastaba con hacer referencia al P.A. como figura autónoma.

Frente a lo anterior, debo decir que la Ley 1340 de 2009, representa la aparición de una especie de P.A., que se presenta específicamente al interior de la actividad administrativa desarrollada por la Superintendencia de Industria y Comercio¹. Puede afirmarse entonces que la doctrina probable a la que hace referencia la Ley 1340 de 2009 es una especie, dentro del género del P.A. Lo anterior, por cuanto resulta válido que el legislador regule sobre una figura que viene abriéndose camino hacia su consolidación en nuestro ordenamiento jurídico, en este caso de manera especial. Esta vez, el Congreso de la República, por medio de la Ley referida, le otorga mayor formalidad a la figura del P.A., cuando este se presenta en sede de la SIC, es decir, al Precedente Administrativo Especial. Ahora bien, como se dijo anteriormente, para la Corte Constitucional los argumentos que dan sustento a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, es decir aquellos en los que se sustenta la teoría del precedente judicial común, son aplicables a la doctrina probable que aplica la SIC, es decir, aquellos que sustentan la vinculación de esta entidad pública al Precedente Administrativo Especial. Estos sustentos, como bien señala Ortiz Vaquero (2010, p. 21), son expuestos en la sentencia C-836 de 2001 referenciada algunos capítulos atrás. En esta providencia se indicó que:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, p. 25).

Para la Corte, según la sentencia C-537 de 2010, tratándose de la doctrina probable que se presenta en la SIC, se cumple la condición 1 por cuanto la SIC es una autoridad creada en la Constitución. Las condiciones

¹ En lo sucesivo se utilizará la sigla SIC para referirse a la Superintendencia de Industria y Comercio.

2 y 3 se cumplen de la misma manera por cuanto en la aplicación de la doctrina probable como técnica de vinculación al precedente administrativo especial², se han de tener en cuenta los principios de buena fe, igualdad ante la ley, y confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado. Ahora bien, Ortiz Vaquero (2010), anota que la condición 4, a la que la Corte no se refirió, de igual manera se cumple, ya que la SIC posee un amplio recorrido en los temas de libre competencia, los cuales por la naturaleza de sus funciones le corresponden.

De esta manera puede evidenciarse, como bien lo indica Ortiz Vaquero (2010), que el Precedente Administrativo Especial, P.A.E., el cual se presenta en sede de la SIC y el Precedente Judicial Común, comparten gran parte de los argumentos que les sirven de fundamento para demostrar el carácter vinculante que poseen dentro del ordenamiento jurídico, entre estos puede destacarse que tanto el uno como el otro revisten seguridad jurídica al ordenamiento, y que para que la entidad pueda apartarse de seguirlos debe justificar adecuadamente su decisión. Esto es señalado también mediante la sentencia T-545 de 2004, que como se vio anteriormente indicó la existencia del P.A. en nuestro ordenamiento jurídico, de la cual puede extraerse que así como se acepta en el ámbito jurisdiccional la posibilidad de que los jueces se aparten de sus interpretaciones anteriores o de las interpretaciones de sus superiores, también puede la administración variar su posición jurídica en determinado caso.

En concordancia con lo anterior, la sentencia a la que se hace referencia en este capítulo, estima que “la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar esta por parte de la entidad supervisora en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima” (Corte Constitucional, C-537, p. 43).

En el sentir anterior, anota Marín Hernández (2007, p. 388), que una vez adoptado un criterio de actuación por parte de la administración, su modificación o la adaptabilidad de un criterio diferente, aun siendo legítimamente válido, debe exponerse con las razones que motivaron el cam-

² En lo sucesivo se utilizará la sigla P.A.E. para referirse al Precedente Administrativo Especial.

bio de orientación, pues de no hacerse de esta manera se violarían todos aquellos principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, principios que en el presente trabajo se exponen como fundamentos del P.A.

Señala Ortiz Vaquero (2010, p. 23), citando a Diez Sastre (2008), que el P.A. constituye un factor de mayor seguridad y confianza para los administrados, que conociendo las decisiones previas de la entidad pueden prever con un cierto margen de certeza el resultado de un procedimiento. Al respecto cabe adicionar que esos resultados que pueden esperar los administrados constituyen expectativas legítimas, las cuales son objeto de protección del principio de confianza legítima, que para que sean válidas requieren que la palabra dada por la administración sea ratificada por medio de pronunciamientos posteriores coherentes, tal como fue referido en líneas anteriores.

Contrario a lo que piensa Jaramillo Hoyos (2010, p. 123), el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, no perjudica el principio de confianza legítima, por el hecho de requerir tres decisiones uniformes sobre un mismo tema para que se constituya la doctrina probable, que derive en el respeto del P.A.E. Se piensa que estamos frente a un caso en el cual se garantiza la seguridad jurídica y la confianza legítima de los administrados, teniendo en cuenta que es indubitable que algunas normas del ordenamiento jurídico admiten más de una interpretación ajustada a la legalidad, tal cual sucede en el ámbito de la discrecionalidad administrativa; sin que esto implique que las entidades administrativas estén creando normas, como lo afirma Jaramillo (2010, p. 123). Habrán por supuesto algunos casos en los que las normas no admitan sino una interpretación porque el halo de incertidumbre en su aplicación es demasiado estrecho, dejándole a la discrecionalidad administrativa un margen muy ajustado para desarrollarse; sin embargo habrán ocasiones en donde dicho margen se amplíe y se permitan varias interpretaciones cuyo resultado sea el que la administración tenga la posibilidad de adoptar decisiones distintas para un mismo caso.

Es allí en donde el P.A. cumple su mayor propósito de asegurar el respeto por los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados; en términos de Ortiz Díaz (1957, p. 94) opera en el ejercicio

de la potestad discrecional. Adicional a lo anterior debe decirse que la confianza legítima se ve favorecida con la reiteración de pronunciamientos que se presenta en el P.A.E., ya que como se indicó anteriormente la confirmación de la palabra dada es uno de los elementos requeridos para la configuración de la confianza legítima.

El respeto por el P.A., materializa los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que rigen en nuestro ordenamiento, tanto en los casos en que se requiera de la reiteración de los pronunciamientos (P.A.E.) o en los que no.

En Colombia, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, se exige un número plural de pronunciamientos en el mismo sentido para que opere la doctrina probable como técnica de vinculación al P.A., esto es el P.A.E., el cual se presenta cuando la actividad administrativa se desarrolla en sede de la SIC. Por lo anterior, debe tenerse en cuenta la reiteración de estos pronunciamientos para que se constituya un P.A.E. y este sea vinculante. Lo cual no es incompatible con los principios referidos.

En el mismo sentir anterior, afirma Marín Hernández (2007, p. 389) que la resolución de casos de características similares durante un tiempo genera no únicamente una práctica y unos antecedentes que no solo orientan sino que también vinculan la solución de nuevos casos posteriores.

El P.A. aplica, pues, en términos generales a todas las entidades públicas, por cuanto están sometidas al respeto de sus propias decisiones, y están en la obligación de motivar aquellas que contraríen decisiones anteriores o las inaplique, teniendo en cuenta la obligatoriedad de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Ahora bien, en el caso de la SIC, aplica el P.A.E., el cual necesita de ella reiteración para poder configurarse.

En muchos casos, como sucede con la doctrina probable de la SIC, ha de aplicarse la vinculación al precedente de la propia entidad o dependencia, por cuanto no existe inferior o superior jerárquico con los cuales formar una línea de decisión. Así pues, vale la pena pensar como lo señala

Ortiz Vaquero (2010, p. 25), que en ocasiones se estaría frente a un caso de auto precedente administrativo como ocurre con los precedentes de la SIC.

Por último, en cuanto a lo que se refiere a la reiteración de pronunciamientos en una misma línea, me permito anotar que aunque la doctrina a nivel mundial señala que para que el P.A. pueda operar no requiere de reiteración, bastando tan sólo un pronunciamiento para que pueda aplicarse y para que la administración se encuentre en la obligación de motivar sus decisiones cuando sean emitidas de manera contraria a las anteriores. En nuestro país se exigen “tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto” (Ley, 1340, 2009, art. 24), para que la administración, en el caso de la SIC se vincule al P.A., como un caso especial del mismo. En los demás casos no hay necesidad de reiteración.

Así pues, si lo que se pretende es vincular a la SIC, como entidad administrativa, al P.A., debe tenerse en cuenta que es necesario aceptar que en el Derecho colombiano se requiere que se emitan tres decisiones uniformes de la manera en que se especifica en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 y en la sentencia C-537 de 2010.

De la misma manera hay que tener en cuenta que la exigencia en la reiteración de los pronunciamientos por parte de la ley y la jurisprudencia en el caso de la doctrina probable, es compatible con el principio de confianza legítima, puesto que la reiteración favorece la generación de las expectativas legítimas, que en últimas se traducirían en la espera porque el P.A. sea respetado y acatado para la futura decisión que adopte la administración.

CONCLUSIONES

Luego de haber analizado los diferentes puntos del presente artículo, conviene extractar lo que en particular representa el concepto de P.A. en nuestro país.

En primer lugar que, en ningún momento el ordenamiento jurídico colombiano hace referencia a la figura del P.A. con el mismo nombre. Por el contrario, este concepto que ha sido muy tratado por parte de la doctrina a nivel mundial, tiene una figuración marginal en Colombia. Su presencia puede extraerse de manera tácita de algunos apartes del ordenamiento jurídico y de la misma manera puede demostrarse su existencia dentro del mismo. Así pues, su no consagración expresa no impide que se demuestre su existencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, del P.A. en Colombia puede decirse que es aquella figura jurídica que en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, igualdad, y confianza legítima, vincula a la administración, y la obliga a seguir una línea de decisión cuando se resuelvan conflictos por vía administrativa, siempre y cuando subsistan las mismas circunstancias de Hecho y de Derecho.

Este tipo de precedente encuentra como mejor escenario para su desarrollo el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración, en donde esta puede tener cierto margen de decisión; dentro del cual el P.A. actúa basándose en los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima; para favorecer y defender los derechos de los administrados y ofrecer seguridad jurídica a los mismos, afianzando las bases del Estado de derecho.

En el caso Colombiano, aparte del P.A. general, existe una especie al cual se vincula la administración en virtud de la denominada doctrina probable, el P.A.E. Esto ocurre en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, tal cual lo definió la Ley 1340 de 2009, y como fue ratificado por la sentencia C-537 de 2010. En este tipo de vinculación al P.A.E., se exige la reiteración de pronunciamientos. Así pues, se requieren tres decisiones uniformes sobre un mismo asunto, para que la administración tenga la obligación de seguir la misma línea de decisión, y fundamentar y sustentar de la mejor manera el hecho de apartarse de la misma.

Ahora bien, en cuanto a su modificación o la adopción de un criterio diferente al P.A. o al P.A.E., tenemos que, aun siendo legítimamente válido el nuevo criterio, deben exponerse las razones que motivaron el cam-

bio de orientación. El no hacerse de esta manera, violaría todos aquellos principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, principios que en el presente trabajo se exponen como fundamentos del Precedente Administrativo. Esto de acuerdo a los postulados expuestos en la sentencias T-334 de 1998 y T-545 de 2004.

En cuanto a su carácter vinculante debe decirse que el P.A., realmente obliga a la administración, al punto que, los administrados están en condiciones de solicitar por vía de la acción contenciosa administrativa, si aún no ha caducado, como medio ordinario de defensa, o por vía de la acción de tutela en los casos en que no existan medios judiciales de defensa o pueda producirse un perjuicio irremediable.

Así pues, el P.A., en sus dos manifestaciones, encuentra en nuestro sistema jurídico colombiano los fundamentos suficientes para demostrar su existencia y para poder afirmar sin lugar a equívocos que sí tiene fuerza vinculante dentro del ordenamiento.

REFERENCIAS

Colombia, Corte Constitucional (1998, 6 de julio). "Sentencia T-334". En el proceso de acción de tutela instaurada por Jairo Hernán Tavera Villalba. Magistrado Ponente Barrera Carbonell, A., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-334-98.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2001, 9 de agosto). "Sentencia C-836". Magistrado Ponente Martínez Caballero, A., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2004, 28 de mayo). "Sentencia T-545". En el proceso de acción de tutela promovido por el señor Jesús Aliario Muñoz González. Magistrado Ponente Montealegre Lynett, E., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-545-04.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2010, 30 de junio). "Sentencia C-537". Magistrado Ponente Henao Pérez, J. C., Bogotá. [En línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-537-10.htm>

Colombia. Congreso de la República (2009, 24 de junio). Ley 1340 del 24 de julio de 2009 "por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia". [En línea] Disponible en el link alojado en la página de internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2009/ley_1340_2009.html

Colombia. Congreso de la República (2011, 18 de enero). Ley 1437 del 18 de enero de 2011 "por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". [En línea] Disponible en el link alojado en la página de internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1437_2011.html

Díez Picazo, L. (1982). La Doctrina del Precedente Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 2 (98), 7-46.

Giannini, M. S. (1993). *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè.

Jaramillo Hoyos, A. (2011). El precedente Administrativo en la Ley 1340 de 2009. *Revista del derecho de la Competencia*, 7(7). Recuperado de: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5elprecedente.pdf.

- Marín Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz Díaz, J. (1957). El Precedente Administrativo. Universidad de Sevilla. [En línea] Disponible en la página de internet alojada en el link: <http://www.cepc.gob.es/eu/argitalpenak/aldizkariak/aldizkari elektronikokoak?IDR=1&IDN=24&IDA=21996>
- Ortiz Vaquero, I. (2010). El precedente administrativo en el ámbito del derecho de la competencia. Comentario a la sentencia de la Corte Constitucional C-537 de 2010. *Revista e-Mercatoria*, 9(2). Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.icle&op=view&path%5B%5D=2623&path%5B%5D=2260>.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA LITERARIA EN COLOMBIA: LOS USOS DE LA LITERATURA EN LAS DECISIONES JUDICIALES *

LITERARY JURISPRUDENCE IN COLOMBIA: THE USES OF LITERATURE IN JUDICIAL DECISIONS

*Juan Francisco Soto Hoyos ***

Fecha de recepción: 19 de agosto de 2014 - **Fecha de aprobación:** 30 de septiembre de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

Soto Hoyos, J. F. (julio – diciembre, 2014). Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales. *Summa Iuris*, 2(2), 217-251.

Resumen

Durante las últimas décadas han surgido múltiples estudios sobre las posibles relaciones entre el derecho y la literatura. Si bien el debate no es nuevo –ya Platón había dado cuenta de la relación entre los poetas y La República- parece que está ganando espacio en las Facultades de Derecho e incluso en la práctica legal. Este artículo presentará cómo algunos jueces colombianos del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional usan recursos literarios en sus decisiones dándole existencia a la jurisprudencia literaria en Colombia. A partir de ello, y con apoyo en distintas teorías acerca de la literatura y el derecho, se buscará comprender dichos recursos y proponer algunas respuestas acerca de por qué lo hacen y qué efectos pueden tener en las decisiones judiciales. Así como interpretar algunos casos en específico a la luz de diferentes ideas acerca de si la literatura puede tener cabida en el derecho.

Palabras clave: Literatura y Derecho, Jurisprudencia Literaria, Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Colombia.

Abstract

The last decades developed multiple studies on the possible relations between law and literature. While the debate is not new –Plato had already noticed the relation between poets and the Republic- it seems to be gaining ground in law schools and even in the legal practice. This article will present how some Colombian judges of the State Council, the Supreme Court and the Constitutional Court use literary resources in their decisions,

* El presente artículo es producto de una investigación y revisión independiente del autor.

** Abogado egresado de la Universidad del Rosario. El autor es servidor de la Comisión Colombiana de Juristas y la Universidad del Rosario. Correo electrónico: sotohoyos@gmail.com

opening a way to literary jurisprudence in Colombia. From this context and with the support on various theories about law and literature, this text will try to understand these resources and will propose some answers about why they do it, and what effects those resources could have on judicial decisions. So to interpret some specific cases in the light of different ideas about whether literature can be accommodated into the law.

Keywords: Law and Literature, Literary Jurisprudence, State Council, Supreme Court of Justice, Constitutional Court, Colombia.

INTRODUCCIÓN

Existe, quizás, una imagen común acerca del juez. En ella, sentado en su silla, vistiendo la toga, unas gafas gruesas y, con un gesto pensante frente a un escritorio atiborrado de papeles, leyes y expedientes, observa cuidadosamente un papel. Tras del juez reposa su biblioteca pocas veces pequeña. Allí, lo acompañan los libros. Pero ¿qué clase de libros? Muchos de ellos serán jurídicos: tratados sobre derecho, ensayos académicos, compilaciones de jurisprudencia y códigos. Sin embargo, también habrá algunos volúmenes de literatura que comparten el espacio con los de derecho. Una edición de *Don Quijote de la Mancha*, una novela de Dickens o de Kafka. ¿Son parte de su trabajo o sólo literatura para sus días libres o para las noches en los que el derecho toma su descanso? ¿Tendrán relación con sus vecinos jurídicos o tan sólo se encuentran en el espacio común de las estanterías? ¿Serán en ocasiones material de consulta para interpretar o analizar ese caso que estudia en su escritorio? De serlo ¿Podrá este juez usarlos para ese fin y qué implicación tendría ello?

La exclusión de los poetas que hace Platón en *La República*¹ y con ella las ideas de incompatibilidad entre la razón y la emoción² o la literatura y el derecho, podrían llevar a muchos a concluir que ese juez no puede usar la literatura de su biblioteca en su trabajo. Ejemplo de ello fue la reacción negativa de muchos juristas peruanos cuando el juez Miguel Torres Méndez, de la Corte Superior del Callao, usó un pasaje de *Alicia en el país de las maravillas* en una sentencia de la Sala Civil. Entre otras cosas algunos de los críticos afirmaban que resultaba gracioso que un cuento infantil terminara siendo una especie de fuente del derecho³.

Pero desde autores como Martha Nussbaum (1995) el juez podría hacer uso de la totalidad de su biblioteca no sólo porque los recursos literarios no resultan incompatibles con los argumentos racionales, sino, por

¹ Uno de los pilares de *La República* está en la expulsión de los poetas de la *Polis* sobre todo por el carácter imitativo de la poesía, argumento desarrollado en los libros III y X. Así mismo Platón critica la posibilidad que tiene la poesía de poner vicios en los dioses en el libro II. (Candel, 2011).

² Para profundizar en las discusiones acerca de razón y emoción en el contexto de derecho y literatura ver: Smith A. (2005). Great Judicial Opinions versus Great Literature: Should the Two Be Measured by the Same Criteria. *McGeorge Law Review*, (4), 57-779.

³ Para ver un análisis completo del caso, consultar el artículo de Leysser L. León *Derecho y Literatura: La cultura de los juristas y la llamada "jurisprudencia literaria"* en (Leysser, 2004).

el contrario, pueden enriquecerlos. Ese juez será para Nussbaum el “*juez poeta*” quien no negará la influencia de las emociones en su trabajo (p. 67) y que utilizará los aportes imaginativos de la literatura en sus decisiones, no reemplazando -sino nutriendo- los argumentos jurídico racionales (p. 120).

Por su parte Kenji Yoshino (2005) propone una tesis reconciliadora entre la expulsión de los poetas por parte de Platón y el uso de recursos literarios en decisiones judiciales. Para el autor esta reconciliación se da por medio de la aplicación del *paradigma platónico* que supone que la poesía es admisible en el Estado si no entra en conflicto con las funciones básicas de este; si no evade sus responsabilidades bajo el supuesto de que siempre existirá; y en la medida en que se defiende a partir de la demostración de que no entra en conflicto con dichas funciones (p. 1840). Es decir, comprende los motivos por los que Platón quería excluir a los poetas pero a la vez señala que a partir de esos requisitos estos pueden ser reincorporados. Para demostrarlo analiza jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos acerca de la inclusión de las declaraciones de impacto de la víctima en juicios y de la narración de historias.

En este escrito se mostrará que en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombianas se utilizan recursos literarios, especialmente citas de obras de la literatura nacional e internacional, y por tanto que esos jueces sí usan los volúmenes literarios en su trabajo jurídico dándole una respuesta práctica a la pregunta de si pueden o no usar la totalidad de sus bibliotecas. Sin embargo, el uso de estos recursos puede ser entendido a partir de distintas posibilidades teóricas, entre otras las ya presentadas, que supondrán que estos pueden ser vistos como enriquecimiento de la justicia y de la argumentación judicial; también como ornamento o retórica que bien diluye la esencia del fallo -y debe ser evitado- o puede tener efectos positivos de persuasión; o que el recurso es una contradicción con los principios básicos del Estado y por tanto no puede ser admitido y ese juez se ha debido abstener de utilizarlo.

Se sostendrá, entonces, que la inclusión de recursos literarios en los fallos judiciales presentados, dependiendo de la manera en la que se realiza y el contexto del caso, podrán ser observadas bajo cualquiera de los tres supuestos anteriores. Es decir, pueden enriquecer la jurisprudencia, ser ornamentos o contrariar los principios del Estado. Para ello, en primer lugar, se expondrán ciertas teorías de las relaciones que se pueden dar entre el derecho y la literatura con el fin de enmarcar el presente estudio en una de ellas. En segundo lugar, se presentarán algunas de las sentencias que contienen citas o recursos literarios a la vez que los métodos de hallazgo y los resultados obtenidos.

En tercer lugar, se propondrán respuestas a por qué lo hacen y qué efectos pueden tener con soporte a teorías acerca del derecho y la literatura, en especial a aquellas que se refieren a la literatura en el derecho. En cuarto lugar, se analizarán tres sentencias en las que existen recursos como ejemplos de enriquecimiento de la jurisprudencia, mero ornamento o retórica o contradicción con los principios básicos del Estado con el fin de constatar la tesis propuesta.

Por último, se presentarán algunas conclusiones respecto al uso de recursos literarios en la jurisprudencia colombiana y también acerca de cómo la literatura en el derecho puede incentivar a jueces, abogados y demás implicados del mundo jurídico a usar su biblioteca completa.

1. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y LITERATURA

La *Iliada* o la *Odisea*, *Antígona*, *El Mercader de Venecia*, *Anna Karenina*, *La Casa desolada* o *Crimen y castigo*, son algunos títulos que pueden no resultar ajenos para un abogado o para ciertas cátedras impartidas en las facultades de Derecho. Saber que Kafka trabajaba como abogado para una agencia de seguros, que Luis Cernuda o Federico García Lorca estudiaron derecho o que Rubem Fonseca fue juez, son evidencias de la relación histórica que ha existido entre los abogados y la literatura, una relación muchas veces acrecentada por las anécdotas y por la cultura popular⁴.

⁴A propósito de las relaciones de autores y el ejercicio del Derecho, consultar Peaguda, G. (2005). Abogacía y literatura. *Lex Nova: La revista* (40) 34-35.

Caminar junto a *Josef K* a lo largo de esos pasadizos laberínticos en búsqueda de alguna respuesta sobre qué se le imputa en *El proceso* o sentarse en la celda de tortura junto a *Winston*, mientras le convencen de la bondad del Gran Hermano, en *1984*, pueden ser herramientas eficaces a la hora de cursar Derecho Procesal o derechos humanos. Estas y otras obras encontrarán espacio en la enseñanza del derecho⁵. Para cualquiera que haya leído algunos de los clásicos de la literatura y estudie derecho, no será difícil encontrar puntos de apoyo y encuentro, complementos tanto para la lectura cuanto para el estudio o descubrir que después de todo sus pasiones literarias no resultan tan incompatibles con su hacer profesional.

No son pocos los trabajos que se han realizado acerca del derecho y la literatura. Hay desde ensayos que analizan elementos jurídicos en obras clásicas, otros que desarrollan una teoría jurídica a partir de una novela, hasta libros completos en los que se exploran los distintos puntos de contacto entre ambos campos⁶. Una parte importante de la bibliografía se ha centrado en el análisis teórico acerca de cómo categorizar las relaciones entre Derecho y Literatura, en ésta han clasificado las relaciones en tres posibilidades principalmente: el derecho *en la* literatura; el derecho *como* literatura y el derecho *de la* literatura⁷. Esta última ha sido entendida como la regulación que el derecho hace de la literatura. Temáticas como la libertad de expresión y los derechos de autor podrían ser parte de esta relación⁸. Por su parte el derecho *como* literatura enmarca las hipótesis que proponen realizar una asimilación de los textos jurídicos (contratos, leyes, sentencias, constituciones) como textos literarios y por ende aplicarles teorías o métodos de interpretación propias de este campo.

⁵ Respecto a la literatura como herramienta pedagógica en el derecho a través de sus distintas relaciones consultar el artículo de Pablo Bonorio, en Bonorio, P. (2011). Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* (4), 73-90.

⁶ Un interesante texto sobre el análisis jurídico a una obra clásica lo realiza Horacio Castro, en Castro Dassen, H. (1953). El derecho en Don Quijote. Buenos Aires: Arayú. En cuanto a la relación de la teoría jurídicas y las novelas ver: Denvir, J. (1991). 'Deep Dialogue'. James Joyce's Contribution To American Constitutional Theory. *Cardozo Studies in Law and Literature*, 3, (1), 1-19. Finalmente uno de los principales textos al respecto de la literatura y el derecho, lo ha escrito el profesor y juez norteamericano Richard Posner (2009).

⁷ Varios son los escritos en los que se proponen esas relaciones. Entre otros: (Calvo González, 2008); (Ost, 2006) y (Botero Bernal, 2008).

⁸ Richard Posner dedica la cuarta parte de su libro a esta relación en cuanto a la protección a los "no escritores" por medio de prohibiciones como las que recaen sobre la difamación así como la protección de "escritores" a partir de los derechos de autor, entre otros. (2009, pp. 497-594).

Finalmente, el derecho *en la* literatura, estudia la manera en la que varios temas o problemáticas jurídicas son tratados por obras literarias. Esta relación, para algunos autores, como José Calvo (2008) también puede ser observada recíprocamente, es decir, como la literatura *en el* derecho. Dicha relación podría entenderse desde distintas perspectivas. Por ejemplo, algunos autores han entendido que el análisis de obras literarias que tratan sobre temáticas jurídicas propiamente, como juicios, historias de abogados, delitos, entre otros, así como la lectura de obras que tratan sobre principios que sostienen al derecho o realidades sobre las que recae como la justicia, el perdón, la verdad o la discriminación de minorías, pueden enriquecer las reflexiones del derecho.

Por su parte Richard Posner (2009, pp. 389-455) propone además que la literatura puede enriquecer la escritura de textos jurídicos, puede ser una fuente de conocimiento complementario para el derecho o, incluso, apoyar la preparación de los casos y las investigaciones. También, siguiendo las propuestas de Martha Nussbaum (1995, p. 43), la literatura puede elevar la capacidad de imaginación de jueces y abogados -incluso del gobierno- y con ello su compasión. Permitirle espacio a la fantasía y a las emociones podrá enriquecer el razonamiento jurídico, en cierto modo, humanizándolo⁹.

De esta manera este estudio, lejos de profundizar en las categorizaciones de derecho y literatura o de teorizar sobre sus posibles puntos de contacto, se enmarcará en la relación derecho *en la* literatura, en especial su visión recíproca, viendo cómo la literatura se hace presente en el derecho no sólo a partir de los aportes pedagógicos o de enriquecimiento personal o técnico que puedan surgir, sino en la presencia misma de esta a través de la citación o referencia de extractos de obras en decisiones judiciales.

⁹Por su parte, Richard Posner niega que el la literatura pueda, efectivamente, humanizar el derecho, entre otras razones porque la finalidad de una obra de arte rara vez es moralizar y las consecuencias de la lectura de una obra no siempre serán similares y muchas veces no podrán visualizarse. (2009, pp. 456-493).

2. JURISPRUDENCIA LITERARIA EN COLOMBIA

Como ya se ha dicho, más allá de entrar en el debate acerca de si existen o no relaciones entre el derecho y la literatura, este artículo pretende mostrar que la jurisprudencia colombiana evidencia la aplicación de recursos literarios principalmente en las consideraciones de fallos del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional así como en algunas demandas o salvamentos de voto¹⁰. Por ello es viable afirmar que en Colombia podemos hablar de la existencia de jurisprudencia *literaria*¹¹.

Se entiende por *jurisprudencia literaria* aquellas sentencias dentro de las cuales se hace uso de recursos literarios, bien sea por la citación de un extracto de una novela, un cuento o un poema, la referencia a alguna obra o personaje, el parafraseo de un hecho propio de una historia de ficción, o cualquier otro medio por el cual se utilice la literatura dentro de los argumentos o hechos jurídicos. No se incluyen, por el contrario, sentencias que han resuelto pleitos que giran alrededor de libros, escritores, editoriales, derechos de autor, entre otras¹². Y es bajo ese entendimiento en el cual se han enmarcado las sentencias que se expondrán a continuación, no sin antes comentar cómo se ha llegado a esta jurisprudencia y los límites de la búsqueda.

¹⁰ Se incluye como parte de la jurisprudencia literaria la existencia de recursos literarios en los alegatos de las partes cuando los jueces se refieren a ellos. También los que se encuentran en salvamentos de voto toda vez que estos hacen parte del cuerpo definitivo del fallo.

¹¹ El término *Jurisprudencia Literaria* ha sido usado por el juez peruano Miguel Torres Méndez en su libro *Jurisprudencia literaria y filosófica: la aplicación del movimiento "Derecho y literatura" en la jurisprudencia* del año 2003, así como por León Leysser (2004).

¹² Aunque bien podrían incluirse dentro del concepto, ya que harían parte de la relación "el derecho de la literatura", no es mi interés, por el momento, analizar cómo se ha aplicado el derecho a los posibles conflictos del mundo literario. Sin embargo, para observar algunos de estos casos consultar: República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-056 de 1995, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 2000, magistrado ponente Fabio Morón Díaz; República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1023 de 2012, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

2.1 METODOLOGÍA Y LÍMITES

Vale la pena enfatizar que la consecución de ciertas sentencias no se realizó a partir de una metodología definida, sino que algunas de estas llegaron por otros caminos. Bien sea porque fueron motivo de análisis durante los estudios en la Facultad o bien porque han sido fuente de trabajo para las actividades profesionales del autor de este artículo.

Por otra lado, otras de ellas sí son el resultado de una búsqueda metodológica. Para ello se delimitó el campo de búsqueda a sentencias de tres altas cortes: el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Así mismo se definió un margen en el tiempo, toda vez que sólo se indagó en la jurisprudencia de dichos tribunales desde el año 1990 hasta el 2013¹³. En cuanto a los términos de búsqueda se centró en algunos autores u obras sobre los que algunos trabajos de derecho y literatura han enfatizado. Ejemplo de ello son: Sófocles; Miguel de Cervantes; Charles Dickens; Franz Kafka; George Orwell; Albert Camus; Gabriel García Márquez, entre otros¹⁴.

A continuación se presentarán algunas de estas sentencias aclarando finalmente que es muy poco probable poder predecir qué libros o qué autores han sido motivo de trato por parte de estas cortes, lo que deriva en la conclusión que bien pueden existir muchas más sentencias que harían parte de la *jurisprudencia literaria*.

2.2 EL CONSEJO DE ESTADO

- a) *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Sentencia del 26 de marzo de 1998, consejero ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

¹³ La principal fuente de búsqueda fueron las relatorias de las cortes consultadas. Para el Consejo de Estado se consultó www.consejodeestado.gov.co; para la Corte Suprema de Justicia www.cortesuprema.gov.co; y para la Corte Constitucional www.corteconstitucional.gov.co. Así mismo se consultaron como fuente secundaria bases de datos como Notinet o Vlex o Juriscol, las cuales facilitan el acceso a la jurisprudencia de las altas cortes, entre otros, especialmente desde 1990.

¹⁴ La consulta de estos autores se guió también por la continua referencia a ellos en los distintos trabajos que son bibliografía del presente escrito.

Las relaciones entre Franz Kafka y el derecho no sólo se dan porque este escritor haya sido abogado, sino porque su obra, en especial *El Proceso*, ha sido ampliamente utilizada por sistemas judiciales¹⁵. La presente sentencia parece no ser ajena a esa realidad. Para concederle razón a la demandante, quien alega se le sustituya (otorgue) la pensión de su hermano toda vez que dependía económicamente de él y sufría de invalidez para trabajar, el juez, dentro de los argumentos encaminados a demostrar la falta de celeridad y eficacia en los servicios del Estado -unas de las causas de la demanda-, afirma que:

Es conveniente advertir también que el sentido y alcance de la ley debe asumirlo el intérprete y el ejecutor buscando su genuino cumplimiento, antes que prefabricando mecanismos de elusión o entramamiento, pues además no estaría bien continuar contemporizando con ese proceder inserto en la historia que narra Kafka sobre el hombre que llega ante el guardián de la ley con el fin de ser admitido, pero que por culminante respuesta sólo recibe una puerta que se cierra (Consejo de Estado, sentencia del 26 de marzo de 1998, p. 7).

La decisión del Consejo es finalmente confirmar la sentencia de segunda instancia en la que se le otorgaba la sustitución pensional a la accionante, la cual, entre otras, encontró apoyo directo en el recurso referido.

b) *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Cuando Camus escribió *El hombre rebelde* quizá no vislumbró que algunas de sus ideas fuesen utilizadas como el encabezado de una sentencia del Consejo de Estado colombiano sobre una acción popular para proteger el derecho colectivo de moralidad administrativa. Sin embargo tal fue el caso de esta sentencia en la que la siguiente cita abre las consideraciones del juez:

¹⁵ Varios estudios y artículos han dado cuenta de la influencia de Kafka en el mundo jurídico. Entre otros: Parker B. Potter Jr. (2005) "Ordeal by Trial: Judicial References to the Nightmare World of Franz Kafka," 3 *Pierce Law Review*, 2005, (2), 195-330; Blackmore, J. (2003). An Examination into the Influence of Franz Kafka on American Jurisprudence. *Journal Jurisprudence*. (1), 307-322.

El nosotros define paradójicamente un nuevo individualismo... Cada acción colectiva, cada sociedad suponen una disciplina y el individuo, tal ley, no es sino un extraño doblado por el peso de una colectividad enemiga. La sociedad y la disciplina pierden su dirección si niegan el “nosotros”. En cierto sentido, yo en solitario soporto la dignidad común que no puedo dejar que se rebaje en mí ni en los otros. Este individualismo no es gozoso, siempre supone lucha y, a veces, una alegría sin igual, resultado de una compasión fiera (Consejo de Estado, sentencia del 6 de septiembre de 2001, p. 10).

Consideraciones que en su primera parte se encaminaron a exponer los elementos y la importancia de las acciones populares y los derechos colectivos dentro del ordenamiento jurídico colombiano en concordancia con la idea del *nosotros* dentro del constitucionalismo colombiano. Y que, en conjunto con el análisis concreto del caso, llevaron al Consejo de Estado a atender las pretensiones del accionante.

c) *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, consejero ponente Enrique Gil Botero.*

Una vez más el Consejo de Estado hace uso de *El Proceso* de Kafka en una de sus sentencias pero esta vez dentro de una acción de reparación directa en contra de la Fiscalía General de la Nación, puesto que al accionante se le privó de la libertad durante más de dos años a pesar de que resultó inocente en juicio. Dentro de sus consideraciones, apoyando el argumento de que toda persona puede demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de haber estado vinculada a un proceso penal independientemente de si hubo privación de la libertad como medida de aseguramiento, la sala citó el siguiente extracto:

¿Quieres acaso perder el proceso? ¿Sabes lo que eso significaría? Significaría sencillamente quedar anulado, al igual que tus parientes o, por lo menos, estos quedarían humillados hasta el suelo. ¡Josef recóbrate! Tu indiferencia me saca de quicio. Al mirarte podría afirmarse la verdad del proverbio: **“Sufrir un proceso es casi haberlo perdido”**¹⁶ (Consejo de Estado, sentencia del 9 de junio de 2010, p. 23).

¹⁶ La Corte Constitucional también hace referencia a *El Proceso* relacionando con el debido proceso y el acceso a la justicia. Ver: República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-913 de 2009, magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Esta consideración fue punto de apoyo y referencia en el análisis concreto que hizo el Consejo acerca de la responsabilidad que tiene el Estado cuando somete a una persona a un proceso y lo extiende, sin fundamento alguno, causándole un daño antijurídico. Su decisión, por tanto, fue conceder la correspondiente indemnización.

d) *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, consejero ponente Enrique Gil Botero.*

Pero no son sólo los escritores y escritos que más relación se les ha dado con el derecho los que pueden hacer parte de esta jurisprudencia literaria. En la presente sentencia la sala utiliza un fragmento de un poema de Jorge Luis Borges para enfatizar en el concepto de la dignidad humana y cómo la vulneración de este en una persona implica la amenaza de la vida y la libertad humana en general. Lo hizo dentro de una acción de reparación directa por un caso de "limpieza social" por parte de la Policía Nacional.

Refiriéndose entonces a la dignidad humana dijo y citó el Consejo:

Así lo pone de presenta de forma majestuosa el vate universal de Jorge Luis Borges en su canto a la vida Remordimiento por cualquier muerte:

"Libre de la memoria y de la esperanza/ ilimitado, abstracto, casi futuro, / el muerto no es un muerto: es la muerte. Como el Dios de los místicos, / de quien deben negarse todos los predicados, el muerto ubicuamente ajeno / no es sino la perdición y ausencia del mundo. Todo se lo robamos, / no le dejamos ni un color ni una sílaba: aquí está el patio que ya no comparten sus ojos, / allí la acera donde acechó sus esperanzas. Hasta lo que pensamos podría estarlo pensando él también; / nos hemos repartido como ladrones / el caudal de las noches y de los días." (Consejo de Estado, sentencia del 4 de mayo de 2011, p. 33).

Las consideraciones hechas al respecto de la dignidad humana reforzaron en este caso la decisión de la sala de reconocer el daño antijurídico causado en contra de los accionantes, la violación de sus derechos y las respectivas reparaciones, toda vez que el Consejo entendió que más allá de los perjuicios físicos y morales causados, se vulneró la dignidad humana de las víctimas y, con ello se afectó a la sociedad en su conjunto.

2.3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

a) *Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de abril de 2000, magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón*

La inclusión de recursos literarios en el derecho no sólo proviene de los jueces. En este caso -un recurso de casación contra una condena por el delito de tentativa de homicidio- es el recurrente quien alega, basándose en *Romeo y Julieta* de Shakespeare, que el juez de segunda instancia desestimó una “regla de la experiencia”, la cual utilizó para demostrar que los hechos eran causa de una enemistad entre las familias Carreño Larrota y Olarte Vanegas, por lo que se generó un altercado en el que ambas partes tuvieron lesiones personales y agredieron, mas no solo una, como intento de homicidio, como lo sentenciaron en primera y segunda instancia. Es decir, así como los Capuleto y los Montesco ambas familias generaron la riña por su historia de enemistad.

No obstante la inclusión del recurso literario no siempre es idónea, y para la Sala de Casación Penal del recurso usado por el recurrente no se deriva una regla de la experiencia. Por ello, para negar el valor probatorio de una obra de ficción, afirmó lo siguiente:

La fundamentación que proporcione el casacionista debe evidenciar un error protuberante del Juez y la trascendencia del mismo en la ley sustancial. Ese propósito no se logra diciendo, por ejemplo, como lo hace el demandante, que una regla de la experiencia, la que denomina “de la enemistad”, enseña que las malas relaciones anteriores de dos familias indican que en el futuro necesariamente se produzca un desenlace en el mismo sentido y, menos, que esa regla pueda ser demostrada por la “literatura”, al estilo de Shakespeare en *Romeo y Julieta* (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de abril de 2000, p. 10).

b) *Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de junio de 2005, magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón*

En el presente caso la Corte analiza un recurso de casación contra la condena impuesta a un fiscal por el presunto delito de prevaricato. En su análisis la sala expone que para configurarse tal delito es necesario que se haya actuado con dolo, razón por la cual analiza la conducta y personalidad del fiscal para profundizar en los posibles motivos que lo

llevaron a alejarse de la aplicación objetiva de un mandato legal. Dentro de las pruebas estudiadas por la sala se contempla el siguiente aparte del diagnóstico psicológico del imputado:

El doctor Velásquez García a lo largo de su existencia se ha refugiado en su mundo de creencias, de ideales, esto le permite tener una seguridad, una protección frente a las amenazas que surgen de su interior y que percibe en el mundo exterior. Ha encontrado en la figura del Quijote de la Mancha una persona con la cual él se identifica plenamente, percibe en este personaje el ideal de los principios, de la ética y la moral que a él le deben de guiar en esta tierra, idealiza el mundo, el entorno y él mismo, ve en personajes históricos como Simón Bolívar personas las cuales él debe seguir como modelos dignos de identificarse (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de junio de 2005, p. 34).

Lo que lleva a la sala a concluir, en concordancia con el recurso literario expuesto en el diagnóstico psicológico, y como argumento para desvirtuar la existencia de dolo en el actuar del fiscal y revocar el fallo condenatorio, lo siguiente:

Sea, pues, porque su rigidez ética y ontológica lo lleva como Quijote redivivo a imponer su particular visión de lo justo suprimiendo la conciencia de la ilicitud que significa adoptar decisiones que contrarían la ley pero reivindicar su noción de justicia, o porque en el medio jurídico en el que transcurría su quehacer judicial negar la libertad provisional en las condiciones en que lo hizo no constituía proceder inusual o reprochable, lo cierto es que el doctor VELÁSQUEZ GARCÍA actuó con la convicción de hacerlo dentro de los marcos de la juridicidad, error que excluye la “culpabilidad” o, si se prefiere, la verificación positiva del “tipo subjetivo” (p. 35).

c) Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de abril de 2006, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla

En este caso la Corte Suprema nuevamente utiliza como recurso la figura de Don Quijote, pero esta vez no lo hace para justificar los alegatos de una de las partes sino para rechazarlos. El pleito se origina porque terceros ajenos a un contrato de compraventa de inmueble consideran que este es nulo absolutamente puesto que su objeto es ilícito. Sin embargo, tanto el juez de primera como el de segunda instancia, desestiman la demanda toda vez que concluyen que la parte demandante no solo es ajena al contrato sino que carece de interés jurídico. En el recurso de casación los demandantes invocan que aún si se les niega su condición de terceros interesados, no se les puede negar la posibilidad de alegar la nulidad absoluta de un contrato

en defensa de la moral y la ley. Sin embargo el juez, una vez expuestos los requisitos para considerar a un tercero como un “tercero con interés”, recalca lo siguiente:

Carece de razón el recurrente en este planteamiento de última hora, pues los terceros extraños al contrato no podrán asumir la tarea que la ley confió al Ministerio Público -y cuando hay proceso al juez-, **ya que no es cierto que los particulares puedan andar por ahí cual Quijote al cuidado del ordenamiento jurídico**, demandando la nulidad absoluta de cualquier acto en que nada tienen que ver, pues de ese modo irrumpirían en el territorio reservado a las partes, al juez, a los terceros con interés y al Ministerio Público. Piénsese por un momento en el alud de demandas y de medidas cautelares eventuales, si cualquiera por entero ajeno al contrato pudiera solicitar la declaración de nulidad absoluta (...). (Negrilla fuera de texto). (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de abril de 2006, p. 7).

La Corte, finalmente, desestima el recurso de casación, principalmente bajo el enunciado argumento de que un tercero sin interés no puede alegar la nulidad de un contrato privado.

2.3 CORTE CONSTITUCIONAL

a) *Sentencia T-611 de 1992, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo*

George Orwell es otro de los nombres que ha sido ligado al derecho, en especial por su obra *1984*, y, al igual que Kafka, ha tenido fuerte influencia en la jurisprudencia, no sólo colombiana, sino también estadounidense, tanto desde sus obras cuanto desde la utilización de la palabra *orwelliano*¹⁷. La presente sentencia es prueba de la influencia de Orwell en el escenario jurídico¹⁸.

Dentro de la revisión de una tutela presentada en contra de unos medios de comunicación para proteger el derecho a la intimidad, al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos de los niños,

¹⁷ En su artículo *Citing Fiction*, M. Todd Henderson (2008) realiza una investigación cuantitativa de la citación de literatura en las *judicial opinions* de las Cortes Federales de EE.UU. Dentro de sus parámetros de búsqueda incluyó términos como orwelliano o kafkiano..

¹⁸ En la sentencia C-301 de 1993 los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, en su salvamento de voto incluyen la siguiente frase de Orwell de *Animal Farm* : “Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros”. República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

la Corte Constitucional refuerza su argumentación de la intimidad como uno de los posibles límites a la libertad de expresión y prensa, a partir de una cita de 1984:

La descripción de Orwell en el campo literario muestra con nitidez el efecto que se produce en el ánimo del individuo como consecuencia de la total exposición a la vigilancia de otros inclusive en lo que atañe a los más insignificantes actos de la vida cotidiana: *“Siempre los ojos que os contemplaban y la voz que os envolvía. Despiertos o dormidos, trabajando o comiendo, en casa o en la calle, en el baño o en la cama, no había escape. Nada era del individuo a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo”* (Corte Constitucional, sentencia T-611 de 1992, p. 17).

La resolución del caso, en el que se tutelan los derechos invocados, da uso entonces de la cita al considerar que la libertad de prensa y de expresión no son absolutas y encuentran como límite el derecho a la intimidad, entre otros.

b) *Sentencia C-074 de 1993, magistrado ponente Ciro Angarita Barón*

En su fallo respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el decreto-ley 1755 del 4 de julio de 1991 “por el cual se dictan disposiciones sobre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero”, la Corte Constitucional encontró pertinente realizar un análisis sobre la *modernidad* y la *modernización* a la luz de la Carta de 1991 y, a partir de ello, estudiar la idoneidad de las medidas establecidas para reformar la “Caja Agraria”. Dentro de dicho análisis la Corte se apoya en diferentes fuentes doctrinales, tratados de historia, de sociología o economía, pero también lo hace en el discurso de aceptación del Nobel de literatura Octavio Paz. De esta manera cita la Corte:

Conscientes de que la poesía se enamora del instante que se hace poema, sus cultores han ido en pos de la modernidad -figura que consideran magnética y elusiva a la vez- con resultados sorprendentes y hasta desconsoladores si hemos de reparar en la experiencia de seres tan vitales, actuales y cercanos como Octavio Paz, cuando escribe:

“¿Qué es la modernidad? Ante todo, es un término equívoco: hay tantas modernidades como sociedades. Cada una tiene la suya. Su significado es incierto y arbitrario, como el del período que la precede, la Edad Media. ¿Si somos modernos frente al medioevo, seremos acaso la Edad Media de una futura

modernidad? ¿Un nombre que cambia con el tiempo, es un verdadero nombre? ¿La modernidad es una palabra en busca de su significado: es una idea, un espejismo o un momento de la historia? Nadie lo sabe a ciencia cierta. Poco importa: la seguimos, la perseguimos. (. .) Simultaneidad de tiempos y de presencias: la modernidad rompe con el pasado inmediato sólo para rescatar el pasado milenario y convertir la figurilla de fertilidad del neolítico en nuestra contemporánea. Perseguimos a la modernidad en sus incesantes metamorfosis y nunca logramos asirla. Se escapa siempre: cada encuentro es una fuga, La abrazamos y al punto se disipa: sólo era un poco de aire. Es el instante, ese pájaro que está en todas partes y en ninguna. Queremos asirlo vivo pero abre las alas y se desvanece, vuelto un puñado de sílabas. Nos quedamos con las manos vacías.” (Corte Constitucional, sentencia C-074 de 1993, pp. 27-28).

Sin embargo, la extensión de la referencia doctrinal dentro del caso, hace difícil seguir el rastro de este recurso y su relación con el cuerpo resolutorio.

c) *Sentencia T-049 de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero*

Dentro de los estudios de derecho y literatura es casi imprescindible hablar de Charles Dickens, no sólo por la constante aparición de abogados, jueces, cortes o pleitos en sus novelas sino también por su relación personal con el mundo jurídico. Dickens trabajó para oficinas de abogados y también fue reportero en las cortes¹⁹. Posner (2009, p. 187) afirma que los Jueces recurren en ocasiones a *Casa Desolada* cuando quieren realizar un alegato en contra de las demoras y los costos en el litigio. Sin embargo, esa no es la única herramienta que puede derivarse de sus obras²⁰. En esta sentencia, la Corte hace alusión al mundo cruel y desolado en el que se encuentran algunos personajes infantiles de Dickens. De este modo, en su argumentación acerca de los deberes de una Beneficencia y de los hogares para menores, afirma:

Si un establecimiento público, como es una Beneficencia, incumple con sus obligaciones, y lo que es más grave, permite que los niños estén en circunstancias peores a las narradas por Charles Dickens, ofendiendo la majestad

¹⁹ Así lo narra Joseph Tartakovsky en su artículo para el New York Times “Dickens v. Lawyers”. En The New York Times, opinion pages, EE.UU, 2012, en www.nytimes.com consulta del 5 de junio de 2013.

²⁰ En sentencia C-1068 de 2002 la Corte Constitucional, para soportar un argumento acerca de la personalidad de los niños, hace alusión a un conmovedor discurso de Dickens en “Oliver Twist” que, sin embargo, no cita. Ver: República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1068 de 2002, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.

de la existencia humana, la sociedad no puede permanecer impasible, la Procuraduría puede y debe tomar la vocería de los desamparados y la justicia tiene la obligación de tutelar con rapidez y energía (Corte Constitucional, sentencia T-049 de 1995, p. 16).

Ello permitió a la Corte no sólo reafirmar los derechos tutelados en el fallo revisado, sino enfatizar en el deber -no sólo el derecho- de la Procuraduría de instaurar acciones de tutela -como fue el caso- en aras de proteger los derechos de los menores.

d) *Sentencia C-152 de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa*

En esta sentencia los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, salvan parcialmente su voto frente a la decisión de la Corte de declarar exequible la expresión “Ley María” del cuerpo legal que rige las licencias de maternidad y paternidad por considerar, al contrario de lo expuesto en la decisión, que esta expresión vulnera, entre otros, los principios de pluralidad y de libertad religiosa, así como la laicidad del Estado. Para finalizar su argumentación hacen alusión a *Ensayo sobre la ceguera* de José Saramago:

Por lo dicho, salta entonces de bulto la inconstitucionalidad de la expresión “Ley María”. No lo vio así la Corte, tal vez rindiendo, sin quererlo, aquí sí, un homenaje a los enfermos de “La Ceguera” de Saramago que, pudiendo ver, no vieron. Por ello salvamos nuestro voto (Corte Constitucional, sentencia C-152 de 2003, p. 53).

e) *Sentencia SU 383 de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis*

La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana -OPIAC- interpuso tutela con el fin de proteger

los derechos a la vida, a la existencia comunitaria, al medio ambiente sano, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, tutela que imputan con motivo de la fumigación de cultivos ilegales en los territorios que ellos habitan (Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003, p. 138).

La Corte, en su decisión, tuteló “los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana.” (p. 138), pero denegó la protección a la vida, la salud y el goce de un ambiente sano.

Dicha decisión llevó al magistrado Álvaro Tafur Galvis a salvar su voto ya que en su criterio también se han debido proteger los derechos a la vida y a la integridad personal en conexidad con los derechos a un ambiente sano y a la salud de las comunidades, afirmando además que esa protección debiese haber derivado en la suspensión inmediata de las fumigaciones que motivaron la acción. Dentro de su argumentación el magistrado recurre a *Cien Años de Soledad*, de Gabriel García Márquez, con el fin de atacar las fumigaciones aéreas, y de *Los Viajes de Gulliver* de Jonathan Swift, con el fin de refutar las declaraciones del Presidente de la República en lo referente a las fumigaciones de cultivos ilícitos.

No podemos aceptar que los colombianos seamos como dijera Gabriel García Márquez en *Cien Años de Soledad*, una estirpe condenada a combatir el narcotráfico únicamente por medio de las fumigaciones aéreas. Deben existir otras formas de combatirlo como, por ejemplo, la erradicación manual u otras que no afecten la vida, la integridad personal o el medio ambiente y es deber de las autoridades buscar esas otras alternativas.(...) Es reprochable la actitud del Gobierno, quien por conducto del Presidente ha afirmado que mientras él lo sea seguirá fumigando, pues esto lo que denota es que si los jueces ordenan la suspensión, el Gobierno ya anunció el desacato a una decisión judicial y demuestra una actitud autoritaria y prepotente que es lo que yo denomino mentalidad de Gulliver, el personaje de Jonathan Swift, que era enano en tierra de gigantes y gigante en tierra de enanos; un Gobierno soberbio ante las humildades y humilde ante los soberbios extranjeros (pp. 144-146).

f) *Sentencia C-551 de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett*

Así como el Consejo de Estado, la Corte Constitucional recurre a Borges con un extracto del libro *El Hacedor*. En este caso la Corte estudiaba la constitucionalidad de notas introductorias en los textos de un referendo constitucional convocado mediante la Ley 796 de 2003. Se preguntaba si estas notas vulneraban, entre otros, la libertad del elector y si ponían en

riesgo la seguridad jurídica. Dentro de su argumentación para declarar inexecutable dichas notas introductorias en el texto que se votaría, la Corte afirmó lo siguiente:

La anterior consideración se encuentra vinculada al dilema que atraviesa a esas notas introductorias, y es el siguiente: si el título y la pregunta no logran captar toda la densidad normativa del artículo a ser aprobado, entonces violan la doble exigencia de lealtad y claridad; pero si realmente reproducen ese contenido, entonces se tornan inocuos pues prácticamente equivalen a una repetición del texto a ser aprobado. El siguiente relato de Borges pone en evidencia esa dificultad:

“En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Siguiendo entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y de los inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas.” (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003, p. 151).

g) Sentencia T-1060 de 2006, magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández

En este caso, tras una acción de tutela invocando los derechos a la vida, a la seguridad y a la protección personal, la accionante considera que, tras haber sido testigo de los autores de una bomba en un establecimiento público, necesita protección especial por parte del Estado, en especial, de la Fiscalía General de la Nación. Dentro del análisis que hace la Corte acerca de qué tipos de riesgos existen y sobre cuáles de estos debe mediar la protección del Estado, hace alusión al riesgo ordinario, el cual, para la Corte, es aquel que todos corremos por el mero hecho de vivir en sociedad. En nota al pie sobre la definición de dicho riesgo, agrega la Corte lo siguiente:

Quizá el mejor ejemplo de este nivel de riesgo lo ofrezca la novela Robinson Crusoe del escritor británico Daniel Defoe. El protagonista de la aventura, confinado a una isla solitaria, está expuesto a un riesgo mínimo, antes de la aparición del personaje llamado viernes. Con la entrada en escena de éste, el riesgo ya puede ser calificado como ordinario (Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2006, p. 12).

En su decisión de no tutelar los derechos invocados, la Corte no sólo estimó, además de la improcedencia de la tutela, que tal como ya lo había establecido la Fiscalía General de la Nación, no existía riesgo distinto al ordinario que involucrara la necesidad de protección especial.

h) *Sentencia T-1037 de 2010, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio*

Dentro de esta sentencia la Corte estudia si se vulneraron los derechos a la libertad de expresión, a la información y al pluralismo jurídico a un grupo de ciudadanos que promovía la revocatoria del mandato de un alcalde mediante una manifestación en la plaza pública, en la cual las autoridades decomisaron el megáfono con el que protestaban con motivo de proteger el orden público.

En la exposición que la Corte hace de la importancia de la veracidad dentro del derecho a la información recalca que a diferencia del ámbito de las artes, donde la mentira, la falsedad o la fantasía pueden ser fácilmente la materia prima de producción, en el ámbito de la ciudadanía no puede ser de esa manera ya que el artículo 20 de la Constitución Política hace referencia al derecho de recibir información veraz e imparcial. Al terminar su afirmación la Corte recurre a una nota al pie, donde recalca las palabras del escritor Harold Pinter en su discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura:

Con ánimo de acentuar lo afirmado, es pertinente recordar las reflexiones del escritor británico Harold Pinter, realizadas en el discurso de agradecimiento por el Nobel de Literatura de 2005, cuando al inicio del mismo, manifestó: “En 1958, escribí lo siguiente: ‘No hay distinciones concretas entre lo que es real y lo que es irreal, ni entre lo que es verdadero o falso. Una cosa no es necesariamente verdadera o falsa; ya que puede ser al mismo tiempo verdadera y falsa’. Creo que estas aseveraciones aún tienen sentido y aún aplican a la exploración de la realidad por medio del arte. Entonces, como escritor las mantengo, pero como ciudadano no. Como ciudadano debo preguntar: ¿Qué es cierto? ¿Qué es falso?” (Corte Constitucional, sentencia T-1037 de 2010, p. 22).

Sin embargo, en el análisis concreto del caso, la Corte encuentra vulnerada la libertad de expresión por el hecho de haberse decomisado el megáfono, mas no hará referencia alguna a la temática de veracidad de la información ni lo utilizará como argumento central en su decisión.

i) *Sentencia C-249 de 2012, magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez*

Tras una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 4 de 2011 que modificaba la Constitución Política, en cuanto al acceso a cargos públicos y al concurso de méritos, la Corte desarrolla, con soporte en la doctrina jurídica, la filosofía y la literatura, si dicho acto sustituye o no la carta constitucional y la discusión acerca de la tensión entre los principios de supremacía de la constitución y el principio democrático. Dentro de las concepciones que dan muestra de la dificultad jurídica cuando una iniciativa popular o ley choca contra un principio constitucional la Corte recuerda la diferenciación entre los *Nomoi* y las *Psegismata* que hizo Aristóteles en su obra *La Política*:

Aristóteles en su obra la Política, diferencia entre la democracia legal y la democracia no legal. En la **democracia legal**, se establece la idea de limitación del poder popular con base en la diferenciación entre los *Nomoi*, aquellas normas naturales y racionales en donde se asienta la vida de la comunidad, y aquellas normas *Psefismata* que por no tener un rango superior podían ser objeto de discusión en la asamblea (Corte Constitucional, sentencia C-249 de 2012, p. 16).

Después de profundizar entre esa distinción aristotélica de normas, la Corte recurre a la tragedia griega, en este caso a *Antígona* de Sófocles, para evidenciar esa tensión, afirmando lo siguiente:

Los *Nomoi* que se implementaron en la democracia ateniense tenían relación íntima con una serie de leyes que provenían de la costumbre y de las tradiciones, que se referencian algunas veces en las tragedias griegas, como la *Antígona* de Sófocles. En dicha tragedia *Antígona* arguye que tiene el derecho a enterrar a su hermano Polinices a pesar de la prohibición decretada por Creonte, ya que existen unas leyes inveteradas e inmodificables -*Nomoi*- que “no son de hoy ni son de ayer, sino que se encuentran en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron” (p. 16).

Incluso, dentro de la misma referencia a *Antígona* de Sófocles, la Corte incluye un pie de página en el que hace alusión a doctrina de derecho y literatura, citando lo siguiente:

Sobre la relación entre la Antígona de Sófocles y el derecho, ver el artículo de Carlos Restrepo Piedrahita titulado “Los derechos de los muertos. De la Antígona de Sófocles a la Baader-Meinhof Bande en Stuttgart”, en: Revista de Derecho del Estado, No 3, Bogotá, diciembre de 1997, pp. 155 y ss. (p. 16).

La Corte, finalmente, declaró inexecutable el referido Acto, entre otros argumentos, por evidenciar la sustitución de los principios de igualdad y mérito que rigen la carrera administrativa, dándole así relevancia a su indagación teórica acerca de la tensión entre principio de supremacía constitucional y principio democrático.

j) *Sentencia T-603 de 2012, magistrada ponente Adriana María Guillén Arango*

El caso que revisa la Corte versa sobre una acción de tutela presentada por una persona reclutada por las Fuerzas Armadas en búsqueda de proteger su libertad de conciencia contra el servicio militar obligatorio. Dentro del estudio que realiza la Corte analiza la desobediencia civil. En este la Corte se refiere a la amplia doctrina que no sólo ha desarrollado el tema de desobediencia civil sino que también la ha legitimado. Tras esa afirmación incluye el siguiente pie de página en el que no sólo se hace referencia a algunos escritores y líderes políticos sino también a la ya referida obra de Sófocles, *Antígona*:

Sin duda, el asunto en comento se relaciona de manera inmediata con nombres de pensadores como Gandhi, León Tolstoi, Martin Luther King, Jean Marie Muller, Johan Galtung, Gene Sharp, Bertrand Russel, o Henry Thoreau, para mencionar solo algunos. O con obras como Antígona de Sófocles, tragedia que relata la tensión entre normas estatales que se consideran injustas y normas superiores, que se suma a la conciencia ética frente a la ley positiva. Esto, muestra la complejidad y diversidad de elementos que pueden estudiarse al momento de tratar el asunto de la desobediencia al derecho y de la objeción de conciencia, que también conllevan la necesidad

de restringir los temas a tratar en la presente sentencia, dado que se hace imposible abarcar la totalidad de sus elementos en una providencia (Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2012, p. 20).

Sin embargo, a pesar de esa indagación, en el caso en concreto, la Corte se centra únicamente en si procedía o no la objeción de conciencia presentada por el accionante a partir de su comportamiento y antecedentes. Haciendo parecer su indagación teórica inocua hasta cierto punto como se verá en la cuarta parte de este escrito.

2.4 RESULTADOS

Como se pudo ver en la exposición de jurisprudencia, los tres tribunales referidos tienen sentencias en las que se ha dado uso de recursos literarios, bien sea en las motivaciones, en la respuesta de uno alegado en los argumentos de las partes o en los salvamentos y aclaraciones de voto. Obras de autores como Sófocles, Miguel de Cervantes, Franz Kafka, George Orwell y Jorge Luis Borges son utilizadas en más de una ocasión y con distintas finalidades. Algunos de estos recursos son citas textuales de los autores, otros son parafraseo o ideas derivadas de su lectura o analogías con situaciones y personajes de estos. No sólo se hace uso de novelas, también de ensayos literarios, discursos de escritores e incluso, poemas.

Las temáticas jurídicas dentro de las que se presentan son variadas, puesto que hay desde casos de derechos humanos hasta pleitos civiles, penales o administrativos. Razón por la cual se puede concluir que la jurisprudencia literaria no es propia de una rama del derecho en particular y que su presencia -y en ocasiones utilidad- puede existir en los más variados campos jurídicos. Estos recursos literarios, como se expondrá en la tercera parte, pueden tener distintos objetivos y efectos, y dependerá del análisis de cada caso en concreto comprender su incidencia y razón. Sin embargo, como se propone en este escrito, se pueden observar bajo tres posibilidades: a) el recurso como enriquecimiento de la jurisprudencia; b) el recurso como ornamento y figura retórica y c) el recurso como contradicción a los principios del Estado. En la cuarta parte del escrito se mostrarán en tres ejemplos esas posibilidades y cómo pueden ser identificadas puesto que un análisis particular de cada uno de los casos reseñados superaría los objetivos de este escrito.

3. POSIBLES RAZONES Y CONSECUENCIAS DE LA *JURISPRUDENCIA LITERARIA*

Al principio de este artículo se plantearon las preguntas de por qué y qué efectos podían tener dentro del derecho el uso de recursos literarios. A continuación se esbozarán algunas respuestas que sirvan como herramienta de interpretación frente a la jurisprudencia presentada en la segunda parte.

Después de haber incluido el pasaje de *Alicia en el país de las maravillas* dentro de los motivos de una sentencia²¹ el juez Miguel Torres Méndez (2003, p. 204) explicó el porqué de ese recurso de la siguiente manera:

Trasladando esta solución [la cita literaria] al derecho ella es ilustrativa en el sentido de que cuando alguien se encuentra en una situación grave de injusticia, lo cual es perjudicial, cualquier vía puede ser válida y pertinente. Cuando existe entonces una vía paralela a la vía judicial, la cual es la vía administrativa, a cualquiera de estas vías puede acceder el particular para interponer su pretensión y hacer valer su derecho. No cabe, no es posible jurídicamente, que se le prohíba el acceso inicial a la vía judicial, pues ello implicaría privarle del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual, pues, constituye una violación constitucional, todo un absurdo legal.

De este modo, se puede ver cómo la literatura puede ser un apoyo ilustrativo de un concepto jurídico abstracto, como es, en el caso reseñado, la situación de Alicia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La ejemplificación con historias concretas puede generar en la argumentación una mayor claridad a la hora de exponer interpretaciones normativas así como familiarizar al lector.

Pero el motivo no será únicamente ilustrativo, Martha Nussbaum (1995) sostiene que los recursos literarios en la sentencia no sólo sirven para ello, sino también para crear empatía con el lector (pp. 30-31), por una parte, y por la otra para ampliar las perspectivas en el juez, permitiéndole, a través de una ficción, acrecentar las posibles preguntas o soluciones (pp. 41-43).

²¹ El pasaje utilizado fue el siguiente: “-¿Puedes decirme, por favor, qué camino puedo tomar para salir de aquí?; -Ello depende del lugar a donde quieras ir- contestó el Gato; -Me da lo mismo cualquier lugar- dijo Alicia; -Entonces no importa el camino a seguir- dijo el Gato (“Alicia en el País de las Maravillas” Capítulo VI, Lewis Carroll)”. En República del Perú, Corte Superior del Callao, Sala Civil, Sentencia del 12 de agosto de 2012, magistrado ponente Miguel Torres Méndez, Expediente N° 636-2002.

Sin embargo, en muchas ocasiones estos recursos parecen, como afirma Henderson (2008) responder a una herramienta retórica con el fin de cautivar al lector, o a las partes, y persuadirles. De esta manera el recurso literario visto como una figura retórica, podrá generar un aporte a la argumentación del juez, si, tal como lo expone Chaim Perelman (1997), logra una adhesión del auditorio o, por el contrario, como lo afirmaría Pedro Tavalera (2006, p. 59), ser un mero ornamento, “un simple juego de erudición, destinado a enriquecer con citas literarias la extrema formalidad del lenguaje jurídico”.

Por otro lado, la utilización de recursos literarios en la jurisprudencia puede responder a la posibilidad que brinda la literatura como espacio de reflexión filosófica acerca de diferentes temáticas del mundo jurídico (Talavera, 2006). Las cuales se pueden hacer explícitas en el cuerpo de una sentencia si el juez considera pertinente exponer dichas reflexiones, dentro de las cuales también pueden existir referencias a la doctrina legal o de otra índole. Así mismo estos recursos pueden evidenciar el soporte cognitivo que algunas obras dan a problemáticas jurídicas (Posner, 2009), como se ha visto en el uso de libros como *El Proceso o 1984*, para que desde allí se estructure una lógica argumentativa.

El riesgo de utilizar novelas u otras obras de ficción como soporte cognitivo o como guía para abordar una temática -aun cuando haya un imaginario colectivo compartido frente a una novela, como el caso de la administración de justicia y el debido proceso en el libro de Kafka- es que la interpretación de un texto puede derivar en infinitud de caminos, por lo que el mensaje que pretende darse dentro de una sentencia a través del recurso literario, como lo proponen algunos autores (Martinez, 1999), puede ser interpretado desde otro camino, con diferentes resultados o, incluso, ser confuso.

En ese mismo sentido, el poder de un poema puede ser más incidente en un lector que el de un análisis técnico jurídico, o, la simpatía que se puede tener con un personaje de ficción ser mayor que la que se tiene con una de las partes involucradas en el proceso. De tal modo que al incluir un

recurso literario el juez puede correr el riesgo de dejar la sensación de que su decisión está soportada más en esas herramientas literarias que en la interpretación normativa y judicial²².

Sin embargo, cada una de estas posibilidades y efectos pueden ser guías interpretativas mas no son las únicas respuestas, no sólo porque es imposible conocer con exactitud las motivaciones que llevan a un juez a utilizarlos sino también porque cada caso en concreto puede arrojar distintas tesis acerca de los recursos literarios que se encuentren. Por tanto, a continuación se realizará un breve análisis sobre dos de las sentencias ya referidas y una tercera que permitirán no sólo evidenciar los porqués y los efectos, sino cómo, dependiendo de cada caso, puede ser entendida la *jurisprudencia literaria*, así como si esta tiene o no cabida a la luz del derecho.

4. ENRIQUECIMIENTO, ORNAMENTO Y CONTRADICCIÓN

Para esta parte se retoman dos de las sentencias ya expuestas en la segunda y se incluye una tercera sentencia que, por los motivos que se expondrán más adelante, no fue presentada con anterioridad.

4.1 ENRIQUECIMIENTO: EL QUIJOTE Y LA JUSTICIA

Como se dijo anteriormente, las relaciones entre *Don Quijote de la Mancha* y el derecho han sido materia de estudio o utilización. Ese fue el caso de la sentencia presentada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 22 de junio de 2005, donde, a partir de esa idea quijotesca de una lucha individual y acérrima por la justicia, se entendió que el imputado no había actuado con dolo y, por tanto, no se configuraba el delito de prevaricato. En cierto modo, a través de ese imaginario de la literatura, se comprendió la actuación del funcionario, quien, al igual que el Quijote, no dio otra interpretación a las normas con la intención de causar daño sino bajo la convicción de que su proceder “velaba” por su la justicia.

²² Martha Nussbaum (1995) es enfática en recalcar en varios pasajes de su libro *Poetic Justice* que la literatura no puede reemplazar los argumentos jurídico-racionales ni mucho menos el precedente o la ley. No se trata pues de sustituir el uno por el otro, sino de enriquecerlos mutuamente. Por su parte M. Todd Henderson (2008, pp. 172-173) afirma que una de las posibles razones de por qué muchos jueces no recurren a la literatura en sus decisiones es porque se preocupan por los efectos que pueden tener estos en los litigantes.

Dicha asimilación de la Corte le permitió ir más allá y ubicarse en la situación del imputado para comprender su actuar y desvirtuar la presencia de dolo, evidenciando, así, una de las posibilidades que se exaltan de las relaciones del derecho y la literatura. En ese sentido, Beatriz Espinosa (2008, p. 361) afirmó:

La literatura permitiría a los magistrados ponerse en el lugar del otro al momento de definir parámetros de ética y dignidad humana para fallar, porque en lo literario la mirada cubista, desde muchos ángulos, es posible, y no lo es si nos quedamos con la lectura objetiva y neutra que pretendemos es la única posible en el derecho.

Sin embargo, vale la pena aclarar, y como se verá con más precisión en el tercer caso, que la mirada literaria sólo procederá en la medida en que concuerde con los principios básicos del Estado y no implique la violación de estos. Prueba de ello, y desde el otro ejemplo del Quijote traído a colación en el escrito, fue el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 25 de abril de 2006, donde, a diferencia de una interpretación positiva de la actitud quijotesca de ser “paladín de la justicia” la Corte afirmó que no podían los terceros sin interés, ajenos a un contrato, andar “cual Quijote al cuidado del ordenamiento jurídico” toda vez que existen límites para el acceso a la justicia en aras de proteger la seguridad jurídica así como su eficacia y competencia.

4.2 LOS RECURSOS LITERARIOS COMO ORNAMENTO: RETÓRICA Y *OBITER DICTUM*

En *El Derecho de los Jueces*, Diego López (2006, p. 219) define el *obiter dictum* como “todos aquellos pasajes de las sentencias en los que, por la abundancia argumentativa propia del derecho jurisprudencial, se dicen cosas “de pasada” o incidentalmente, sin que constituyan el meollo del asunto jurídico que se está resolviendo”. Este tipo de argumentación en las sentencias puede ser útil como soporte de la decisión así como un elemento retórico en aras de persuadir a una audiencia. Sin embargo, en otras ocasiones, por ser generalmente “superabundantes, eruditos y de mera referencia” (López, 2006) pueden confundir al lector, ser ornamentos que más allá de sumar a la decisión judicial le restan en claridad y contundencia.

Tal parece ser el caso de la sentencia T-603 de 2012 de la Corte Constitucional donde se realiza un largo análisis de la desobediencia civil y, dentro de este, se recurre a *Antígona* de Sófocles. Esa fue la opinión del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza en su aclaración de voto, toda vez que afirmó:

La ponencia realiza un ejercicio de reflexión académica, en mi opinión bastante disperso, en el que se abordan temas como la desobediencia civil y la resistencia que, creo, son ajenos a lo que se debate en este caso(...) Creo que sobran las reflexiones teóricas en los aspectos comentados y que las motivaciones de la decisión debieron centrarse en la objeción de conciencia relacionada con la prestación del servicio militar con lo cual bastaba para concluir con la decisión que en últimas sí compartimos (Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2012, p. 48).

4.3 IMPROCEDENCIA DE LOS RECURSOS LITERARIOS POR CONTRADICCIÓN: LA BIBLIA

En su sentencia T-453 de 2012 la Corte Constitucional, tras la revisión del fallo de primera instancia, encuentra que en este se citó el siguiente fragmento de la Biblia: “Tratándose de la justicia, no favorecerás ni siquiera al pobre. Éxodo 23:3”²³ (Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2012, p. 12), situación que la llevó a afirmar lo siguiente:

A juicio de la Sala, tal alusión resulta inadmisibles en un documento que, al haber sido suscrito por una autoridad pública, debe estar desprovisto de cualquier expresión que permita suponer un sesgo fundado en las creencias religiosas o en las convicciones personales del funcionario judicial que lo profirió.(...) Independientemente de que eso haya podido ocurrir en el caso fallado -los argumentos jurídicos plasmados en la sentencia lo descartan- cierto es que la sola mención de una cita bíblica en el auto admisorio de una acción de tutela, en la sentencia que la decide (...) puede dar una idea equivocada acerca de los criterios que guiaron la labor de administrar justicia en el caso concreto. (...). Eso explica por qué no pueden tener cabida (...) las estipulaciones ajenas al problema jurídico planteado por las partes. Mucho menos, cuando estas dan cuenta de convicciones particulares que

²³ Esta sentencia no fue incluida en la segunda parte ya que la cita no proviene de un fallo de las cortes investigadas (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional) sino de un juez de circuito en primera instancia. Sin embargo la utilizó toda vez que la consideró prueba de los límites de la literatura en el derecho a la luz de lo planteado en el artículo acerca del recurso literario como contradicción con los principios básicos del Estado. Más cuando esa perspectiva la plantea una de las Cortes reseñadas.

no tienen por qué ir más allá del fuero interno del juez, ya que este, como autoridad pública, solo está sujeto a los principios propios de su investidura (p. 12).

Como se puede ver, la Corte rechaza de plano la inclusión de una cita bíblica por la laicidad del Estado y por la posible confusión que podría derivar un texto que para muchos tiene un valor que trasciende lo literario. De este modo podemos evidenciar el caso en el que un recurso literario entra en conflicto con los principios del Estado y por lo tanto resulta improcedente. Lo anterior da prueba de la aplicabilidad del ya referido paradigma platónico.

Quedará sin embargo como cuestión hasta qué punto la inclusión de un recurso literario no comparte características con uno bíblico o de otro texto religioso, toda vez que la Corte, en este caso, afirma que no pueden tener cabida las estipulaciones ajenas al problema jurídico planteado por las partes ni tampoco sus convicciones personales. En todo caso, cualquiera de estos recursos, bien la biblia o el uso de obras literarias, tal vez podrían generar un enriquecimiento de la decisión judicial.

5. CONCLUSIONES: EL RETORNO DE LOS POETAS

Claudio Magris, en *Literatura y derecho ante la ley* (2008), afirma que “la literatura -que debe obedecer a su naturaleza irresponsable y exenta de deberes morales y obediencia a códigos- revela así su profunda y contradictoria esencia moral; enemiga de la ley abstracta y descarnada, ella es una encarnación de la ley”. Quizás por eso, por esa naturaleza libre, que le permite ir a lo concreto sin pretensión de juzgamiento, sino de entendimiento, muchos la han distanciado del mundo jurídico, entendiendo estos dos como irreconciliables. También, por su parte, la pretensión objetiva, abstracta y genérica del derecho, cuanto su práctica cargada de formalismos y delineamientos, ha hecho que muchos escritores y amantes de la literatura, desprecien lo jurídico. Sin embargo, y afortunadamente, la realidad parece ser otra. Tanto el mundo literario se puede enriquecer a partir del jurídico cuanto el jurídico del literario. Es en las grandes temáticas del derecho donde pueden reposar historias particulares que indaguen los

distintos caminos que pueden surgir a partir de esos conceptos. Y es en esa encarnación que de ellos hace la literatura donde el derecho puede encontrar un polo a tierra para su aplicación.

Como fue expuesto, tanto en la evidencia de las sentencias cuanto en los resultados propuestos, dentro de la jurisprudencia colombiana de los últimos 23 años se ha abierto en algunas ocasiones la puerta a los poetas. Se ha permitido que la literatura haga parte del ejercicio del juez. En ocasiones esa puerta abierta ha enriquecido su labor, ha profundizado sus posibilidades jurídicas, nutriendo la jurisprudencia. En otras, la puerta parece que fue abierta forzosamente, incorporando ese recurso de manera inocua, como un adorno mal puesto. Y en unas últimas, la puerta ha sido cerrada, impidiéndole el ingreso con el fin de proteger los principios básicos del Estado.

Aunque este estudio puede ser suficiente para comprobar la existencia de la jurisprudencia literaria en Colombia, queda aún mucho camino por recorrer, no sólo en la ampliación de la búsqueda acá realizada sino dentro de otras instancias judiciales y otros años. También en la legislación, en la fundamentación de políticas públicas o en los debates conceptuales que van definiendo los rumbos del derecho. Será una tarea que difícilmente encuentre fin, ya que en muchas ocasiones los caminos de los poetas y su cruce con otros, son silenciosos, acaso invisibles, pero rara vez inexistentes.

Decía Magris (2008, p. 84), también, que “los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no casualmente muchos mitos expresan que los poetas también fueron los primeros legisladores”. Y los poetas estarán allí, salvaguardados en los libros, de poemas, de cuentos o de una novela, en la biblioteca de ese juez que está frente a ellos analizando un caso; dispuestos a acompañarlo, a ser refugio o descanso, pero también a ser materia de estudio y soporte de sus libros vecinos, a retornar en el momento en que sean necesarios si quizá alguien los abandonó pensando en su impertinencia dentro del mundo jurídico. Estarán allí, para que el juez pueda darse vuel-

ta y saber que esa biblioteca tras de él, contiene no sólo el rigor que su trabajo requiere, sino también la imaginación que muchas veces le puede hacer falta.

REFERENCIAS

- Botero Bernal, A. (2008). Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso. En Calvo González, J. *Implicación Derecho y Literatura* (pp. 29-40). Granada: Editorial Comares.
- Calvo González, J. (2008). Derecho y Literatura. Intersecciones: instrumental, estructural e institucional. En *Implicación Derecho y Literatura* (pp. 2-38). Granada: Editorial Comares.
- Candel, M. (2011). Introducción. En *Platón, La República o El Estado* (p. 20). Madrid: Austral.
- Espinosa Pérez, B. (2008). Narraciones en el campo jurídico. En *Implicación Derecho y Literatura* (p. 361). Granada: Editorial Comares.
- Henderson, M. T. (2008). Citing Fiction. *The Green Bag An Entertaining Journal Of Law*, 11(2), 171-185.
- Leysser, L. (2004). Derecho y Literatura: La cultura de los juristas y la llamada "jurisprudencia literaria". *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 6(35), 81-127.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Magris, C. (2008). *Literatura y derecho ante la ley*. Madrid: Sexto Piso.
- Martinez, G. A. (1999). Philosophical Considerations and the Use of Narrative Law. *Rutgers Law Journal* (3), 68-706.

Nussbaum, M. C. (1995). *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Bacon Press.

Ost, F. (2006). El reflejo del derecho en la literatura. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 333-348.

Perelman, C. (1997). *El imperio retórico*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Posner, R. A. (2009). *Law and Literature*, (third edition ed.). Cambridge-London: Harvard University Press.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (1998, 26 de marzo). Sentencia del 26 de marzo de 1998. Consejero Ponente Orjuela Góngora, C. A., Bogotá.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (2001, 6 de septiembre). Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Consejero Ponente Carrillo Ballesteros, J. M., Bogotá.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2010, 9 de junio). Sentencia del 9 de junio de 2010. Consejero Ponente Gil Botero, E., Bogotá.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2011, 4 de mayo). Sentencia del 4 de mayo de 2011. Consejero Ponente Gil Botero, E., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (1993). "Sentencia C-301". Magistrado Ponente Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (1995). "Sentencia T-049". Magistrado Ponente Martínez Caballero, A., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (2003) "Sentencia C-551".
Magistrado Ponente Montealegre Lynett, E., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (2006). "Sentencia T-1060".
Magistrada Ponente Vargas Hernández, C. I., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (2009) "Sentencia SU-913".
Magistrado Ponente Henao Pérez, J. C., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (2010) "Sentencia T-1037".
Magistrado Ponente Palacio Palacio, J. I., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (2012) "Sentencia T-603".
Magistrada Ponente Guillén Arango, A. (e), Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional (2012) "Sentencia C-249".
Magistrado Ponente Henao Pérez, J. C., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1992). "Sentencia T-611".
Magistrado Ponente Hernández Galindo, J. G., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1993) "Sentencia C-074".
Magistrado Ponente Angarita Barón, C., Bogotá.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2003). "Sentencia C-152".
Magistrado Ponente Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2000, 24 de abril). Sentencia del 24 de abril de 2000. Magistrado Ponente Pérez Pinzón, A. O., Bogotá.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2005, 22 de junio). Sentencia del 22 de junio de 2005. Magistrado Ponente Pérez Pinzón, A. O., Bogotá.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2006, 25 de abril). Sentencia del 25 de abril de 2006. Magistrado Ponente Villamil Portilla, E., Bogotá.

República del Perú, Corte Superior del Callao, Sala Civil (2012, 12 de agosto). Sentencia del 12 de agosto de 2012. Magistrado Ponente Torres Méndez, M. Expediente N° 636-2002.

Talavera, P. (2006). *Derecho y Literatura*. Granada: Editorial Comare.

Torres Méndez, M. (2003). *Jurisprudencia literaria y filosófica: la aplicación del movimiento "Derecho y literatura" en la jurisprudencia*. Lima: Grijley.

Yoshino, K. (2005). The City and the Poet. *The Yale Law Journal*, 114(8), 1835-1896.

KIRCHMANN CONTRA EL DERECHO: LA NECESIDAD DE REVALUAR UNA CIENCIA SOCIAL RENDIDA*

KIRCHMANN AGAINST LAW: THE NEED TO REASSESS A RENDERED SOCIAL SCIENCE

*Jorge Vásquez Santamaría***

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2014 - **Fecha de aprobación:** 31 de octubre de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

Vásquez Santamaría, J. (julio – diciembre, 2014). Kirchmann contra el Derecho: la necesidad de reevaluar una ciencia social rendida. *Summa Iuris*, 2(2), 252-274.

Resumen

El artículo inicia con una introducción que describe en términos generales la problematización que dio lugar a la indagación de posturas críticas sobre el estatus científico del Derecho, y la razón por la cual se selecciona entre ellas la expuesta por Julius Hermann Von Kirchman en el siglo XIX. Dicha postura se trabaja como una fuente de indisciplina del saber jurídico, lo que exige presentar tanto la referencia teórica de la categoría indisciplina como de la categoría ciencia, por ser esta el cometido de la primera. Para ello se acoge una metodología basada en el paradigma de investigación mixto, con prevalencia del modelo cualitativo de investigación, apoyado en el enfoque histórico hermenéutico, lo que permite entremezclar posturas doctrinales con críticas originales de Kirchman sobre el Derecho, haciendo especial énfasis en aquellas por medio de las cuales estima que el Derecho se opone al progreso del conocimiento debido a que analiza con categorías muertas del pasado la realidad contemporánea; el trabajo del jurista se limita al comentario de la ley, y finalmente cuando destaca la naturaleza esotérica de la ciencia jurídica, pues genera una disociación entre el sentimiento jurídico del pueblo y el Derecho manejado por jueces y juristas.

* Producto final del proyecto de investigación: “Indisciplinar el derecho: fundamentos orientadores pedagógicos, jurídicos y fácticos para una ciencia social rendida”, adscrito a la línea de investigación “Cultura Latinoamericana, Estado y Derecho”, Grupo de Investigaciones Ratio Iuris de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. El proyecto fue financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana, donde el autor participó como coordinador e investigador principal.

** Abogado y Magister en Derecho, Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Funlam. Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana en el Grupo de Investigaciones Ratio Iuris, Coordinador de la línea de investigación “Cultura Latinoamericana, Estado y Derecho”. Correo electrónico: jorge.vasquez@unaula.edu.co

Palabras clave: Kirchman, Indisciplina, Ciencia, Derecho, Contradicción.

Abstract

The article begins with an introduction to describe, in broad terms, the problematization that led to the investigation of critical positions on the scientific status of Law, as well as explaining the reason to include Julius Hermann Von Kirchman's ideas presented in the nineteenth century. This position will work as a source of indiscipline in legal knowledge, requiring a presentation of both theoretical reference of both indiscipline and science categories. This paper is based on mixed research paradigm, favoring the qualitative model, under a historical hermeneutical approach, which allows the researcher to mix doctrines along with Kirchman's original criticisms on Law, especially those that consider that Law opposes knowledge progress since it analyzes current reality with past categories, which could be considered dead. The lawyer's job seems to be limited to making comments on the judicial science, since he or she generates dissociation between the juridical feeling of the people and Law is controlled by judges and lawyers.

Keywords: Kirchman, Discipline, Science, Law, Contradiction.

INTRODUCCIÓN

Como promotor irremplazable del proceso cognitivo, el hombre ha dedicado su evolución a los avances de aquello que denominamos ciencia, reconociendo mas no asumiendo en medio del trayecto la desigualdad entre los conocimientos exactos y los sociales, discrepancia que en nuestra época parece no ser superada, y por el contrario, evidencia un abismo abierto que no encuentra canales en los cuales la desventaja de una frente a la otra sea saldada para caminar de forma equitativa.

El denominado grupo de ciencias exactas es resultado de un proceso mucho más confiable y sólido que acapara desde hace décadas los principales intereses y la confianza de la comunidad internacional, gracias al rigor y fiabilidad de sus procesos y sistemas metodológicos; distinto a lo sucedido en el grupo de las ciencias sociales, las cuales si bien tienen un admirable recorrido en la indagación de la acción humana en sus diversos contextos y manifestaciones, se ven relegadas a la desconfianza y volatilidad de sus procesos y resultados por la carga de subjetivismo y mutabilidad en las que ellas se desarrollan.

En este último grupo de ciencias se encuentra el Derecho, el cual desde algunos sectores, lo limitan a ser una disciplina social que no tiene elementos para ser catalogado como ciencia, mientras que desde otras perspectivas se ve como un caso especial de una ciencia social en la que se conjuga el estudio de la acción humana con la norma jurídica como elemento que es posible consolidar y determinar desde el fuero interno, un supuesto debido realizable que se manifiesta en la exteriorización del comportamiento.

Desde estos debates históricos, estimar la finalidad que tuvo y tiene el Derecho en las sociedades civilizadas es una labor compleja en la que no siempre se es consciente de la cantidad de valoraciones y componentes que giran y se desprenden alrededor de la ciencia jurídica al momento de estimarla y describirla como ciencia y profesión social.

Sea que se defina como un instrumento consensuado para la regulación de las conductas en relación intersubjetiva, destinado a garantizar la convivencia entre los seres humanos, el cumplimiento y respaldo de un conjunto de principios y valores, que propenda por la materialización de la justicia y la equidad por medio de instrumentos que garanticen la seguridad y confianza entre sus creadores y destinatarios; y fuera de asumir su indefinido estado científico, el Derecho carga con pesados estigmas que lo han convertido, más que en un mecanismo de soluciones, en un peso social relegado a la falta de compromisos de sus actores.

Desde allí el Derecho ha tomado formas propias que se han marcado con el trasegar de la producción jurídica, generando a su vez, vacíos y debilidades que han alimentado posturas críticas a su alrededor y del ejercicio de sus profesionales.

Entre esas posturas figura la formulada por Julius Hermann Von Kirchman (1847), quien cuestiona el Derecho como ciencia, y desde allí, expone una serie considerable de razones en las que el profesional del Derecho resulta como uno de los motivos para no catalogar el Derecho como tal. Plantea Kirchman que la jurisprudencia tiene que aprehender su objeto, descubrir sus leyes, crear conceptos hasta sus últimas implicaciones, darse cuenta de la afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras, y finalmente ensamblar su saber en un sistema sencillo, algo que el autor consideraba que no se había hecho ni se hacía por la concepción imperante.

Si bien estas razones se dirigen a la justificación de porque no se debe considerar el Derecho como ciencia, los postulados expuestos por Kirchman terminan por encontrarse y vincularse con el profesional del Derecho, y con él, con la tradición de su educación, su ejercicio y su pensamiento frente al mismo, lo que acarrea una mirada al sujeto, el objeto, el método, el escenario y los desafíos que el Derecho no puede alejar como área de conocimiento humano.

En esta perspectiva la postura de Kirchmann (1847) es una confrontación al estatus científico del Derecho desde el cual se construyó la problematización del proyecto de investigación *Indisciplinar el Derecho*:

fundamentos orientadores pedagógicos, jurídicos y fácticos para una ciencia social rendida, que como se menciona, propone la necesidad de un ejercicio de indisciplina conducente a la revaluación del Derecho desde escenarios que le sirven de constructo cotidiano como hacer científico en lo social.

METODOLOGÍA

Para el trabajo de la pregunta problema se propuso un diseño metodológico estructurado en el paradigma de investigación mixto o cuantitativo, en el que tiene prevalencia el modelo cualitativo de investigación, apoyado en el enfoque histórico hermenéutico. De manera particular para el desarrollo de la postura crítica de Kirchman como insumo de la indisciplina del Derecho, se empleó un trabajo documental sobre bibliografía especializada a partir del cual se implementaron el método descriptivo y el método hermenéutico.

El modelo cualitativo facilitó un trabajo soportado en la categorización, donde cada una de las figuras previamente seleccionadas fue un elemento o dimensión de la variable investigada que sirve para agrupar, a partir de ellas, las diversas unidades de información que fueron abordadas. Las categorías permitieron la organización y desenvolvimiento de los avances descriptivos y hermenéuticos, toda vez que en el marco de la investigación cualitativa centrada en el pensamiento de Kirchman la investigación determinó con claridad el sujeto y su contexto.

A continuación el escrito presenta la referencia teórica de la categoría indisciplina como acción por medio de la cual se apuesta a la acreditación de lo jurídico como un saber científico; seguidamente hace lo propio con la categoría ciencia, para finalmente introducirse en las críticas de Kirchman, y llegar a algunas conclusiones.

LA INDISCIPLINA Y LA CIENCIA DEL DERECHO

Se habla de indisciplinar para reevaluar, en la medida en que desde la Filosofía del Derecho, e incluso desde la Teoría General del Derecho, este ha sido objeto de estudio de interminables discusiones frente a su natu-

raleza y solidez como ciencia social. Por ello, para orientar la acreditación de la naturaleza científica del Derecho, se propone un ejercicio holístico de indisciplina, en el sentido contrario de lo que significa la disciplina.

Disciplina, explica Beltrán (1987) puede ser una herramienta no consciente a través de la cual, el individuo junto con otros individuos, consiguen a través de ella unos fines. Para Curwin y Mendler (1983) la disciplina está relacionada con una tensión entre las necesidades del grupo y el individuo. Se trata de una serie de necesidades insatisfechas, de prioridades distintas a las del colectivo.

Es así como la indisciplina del Derecho va dirigida a posicionar las necesidades insatisfechas de aquel como ciencia, y a partir de allí ser revaluado. Busca promover su sinergia, desorden, desencuentro, contraste entre su esencia y su deontología, postulando por ejemplo varios de los problemas que Cubero Vanegas (2011) define como problemas de la disciplina, consistentes en la situación de conflicto de un grupo con una autoridad, traducido para el caso del Derecho entre el grupo de sujetos cualificados y especializados que entran en conflictos teóricos y académicos frente a la naturaleza científica del Derecho.

Se promueve la indisciplina del Derecho desde la valoración en la cual una persona entra en conflicto con el grupo, donde el debate debe ser propuesto y mantenido como medida evaluativa y constructiva de concertaciones; cuando hay luchas entre subgrupos y de estos con la autoridad, fenómeno presente en eventos y cursos académicos, que no obstante exhibirse cotidianamente en el debate jurídico, no ahondan las falencias más profundas del Derecho como ciencia, persistiendo la necesidad de indagar la satisfacción e insatisfacción de las respuestas que el mismo Derecho debe propiciar.

Para indagar las falencias que se atribuyen al Derecho como ciencia, y así poder emprender actos profundos de indisciplina, es necesario recordar que la ciencia es una amplia categoría que abarca reflexiones de una experiencia acumulada en la historia del ser humano. Quizá para em-

pezar vale explicar la ciencia como se explica el arte, y en ello Silvia Bravo describe de forma clara un desafío tan amplio como el objeto mismo que encierra:

Tratar de describir la ciencia y cómo hacerla es como tratar de describir la música y cómo hacerla. Se pueden dar lineamientos generales, se pueden destacar fundamentos básicos, se pueden dar consejos basados en la experiencia, se pueden destacar peligros que dificultan o eliminan la posibilidad de lograrla. Pero no hay una definición precisa de música ni existe un manual que enseñe a ser un Mozart. Al arte como a la ciencia, como a todos los quehaceres creativos de la humanidad, les queda chico cualquier recetario y en eso precisamente radica la importancia de su desarrollo y su práctica, puesto que de una manera ilimitada representan el ejercicio de la sensibilidad y la inteligencia (Bravo, 1997, p. 9).

Si bien no tiene un concepto unívoco que englobe la totalidad de su alcance, la ciencia permite una aproximación que objetiva su naturaleza, componentes y devenires. Así, a lo largo de la historia la ciencia ha sido objeto de fundamentación y teorización, actividad que ha variado con la evolución misma de la humanidad, permitiendo evidenciar cada momento histórico en particular, sus avances, desafíos, logros y variaciones. Desde allí se aprecia como la ciencia puede ser definida de múltiples maneras; por ejemplo, Bravo explica que es “un conjunto de conocimientos ordenados y de reglas de interacción (...) la ciencia no es un conjunto de conocimientos independientes sino que están interrelacionados entre sí (...)” (1997, p. 9).

De ello vemos como punto de partida el objeto de la ciencia, el conocimiento, y en ella, adquiere las características de orden, sistematización, especialización, articulación y progresión. Con ello, la ciencia es naturaleza humana, y esa naturaleza se ubica en realidades y contextos que han estado delimitados por intereses y necesidades humanas; la ciencia es la forma y mediatización del hombre en el mundo, su relación metódica con las realidades de su interés.

Alan F. Chalmers parte de la concepción popular del rasgo distintivo de la ciencia consistente en los hechos. Afirma que la ciencia es especial porque se basa en los hechos, lo que supone que son afirmaciones acerca del mundo que pueden ser verificados directamente por un uso cuidado-

so y desprejuiciado de los sentidos, en esa orientación si se realiza una observación de la realidad de modo cuidadoso y no prejuizado, los hechos establecidos así constituirán una base segura y objetiva de la ciencia (Chalmers, 2006, p. 1).

Para Mario Bunge la ciencia es un conocimiento racional, sistemático, exacto y verificable, y por consiguiente falible, porque es el resultado de una operación mental, y detalla que es sistemático por ser un conocimiento ordenado estructurado que busca fines y objetivos específicos sobre la realidad social; es exacto por ser un conjunto de leyes y teorías que interpretan correctamente los fenómenos que se nos parecen; verificable en el sentido de poder ser objeto de prueba y experimentación por investigadores que utilicen el método científico en diferentes circunstancias, épocas y geografías; y falible, por estar sujeto a revisión a partir de nuevos datos (1958, p. 12).

Según Khun, la ciencia es un cuerpo teórico, un modelo, paradigma construido desde supuestos epistemológicos que permiten explicar un conjunto de fenómenos y que descartan otros por no considerarlos relevantes conforme al principio de donde se parta (1971).

John Ziman define la ciencia como una institución social, lo que para él supone que hay un buen número de personas que ejercen labores concretas que se coordinan cuidadosamente en esquemas más amplios, y si bien todas esas personas están dotadas de libertad en su hacer, la labor solo tiene sentido en el seno de una sociedad. Como institución la ciencia produce conocimiento, y este es el principal producto y propósito de las investigaciones (1998, p. 16).

La ciencia es también vista como una práctica del pensamiento en la que se relacionan el sujeto de conocimiento con un objeto y unas determinadas estructuras para obtener la representación de los procesos que se desean obtener (García y Bernal, 2003, p. 12). Citando a Suárez de la Cruz, García y Bernal estiman que es un conjunto de conocimientos que permiten lograr las representaciones de las leyes referentes a los procesos delimitados como objeto de estudio, para obtener explicación de los aspectos generales y particulares de la realidad (García y Bernal, 2003, p. 12).

La ciencia es también definida como un conjunto de principios y leyes inducidos en la realidad empírica, mediante la aplicación de un método que se define en función de la naturaleza misma del objeto de conocimiento, y que puede ser verificado en esa misma realidad (Giraldo & Giraldo, 2002, p. 1).

Por ello, la ciencia exige definiciones claras, también crea lenguajes artificiales, símbolos que se les atribuye en un significado que debe ser el más simple posible; la ciencia trabaja con base en modelos, es decir, representaciones propuestas para sistemas o relaciones que simplifican la comprensión de un problema dado (Bravo, 1997, p. 9).

De este panorama resulta que no tenga sentido debatir la naturaleza científica del Derecho sin antes someterlo a un acto de indisciplina en el que se determinen los fundamentos que deben orientar su reevaluación para acreditar su pertinencia como ciencia social en un sistema jurídico como el imperante en Colombia, y en ello, la postura crítica e incisiva de Kirchmann resulta determinante.

Si bien la discusión en torno a la ciencia del Derecho recae sobre la especificidad de su método y la delimitación de su objeto de conocimiento, las críticas frente a esta consideración del Derecho encuentran argumentos desde siglos anteriores que amplían sus componentes de problematización, afectando el estatus científico que se afirma tiene el Derecho.

DE KIRCHAMNN PARA EL DERECHO

Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, significa "La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia", denominación de la magistral conferencia que en 1847 ante la academia jurídica de Berlín pronunció Von Kirchmann para contrarrestar la naturaleza científica del Derecho.

Su crítica se propone principalmente desde dos puntos: el primero de ellos radica en que al estimarse el Derecho como ciencia, este no impacta ni influye significativamente en el contexto, lo que podemos aducir como una desconexión entre el saber y la realidad, y entre el sujeto científico y el saber; y segundo, no tiene el Derecho un criterio o carácter que defina

a nivel teórico su naturaleza científica, esto es, más allá de la coherencia entre el ejercicio práctico como construcción científica, no hay una elaboración teórica que acredite la naturaleza científica de la jurisprudencia, falla que se concentra principalmente en el sujeto cognoscente.

Kirchmann no reduce el problema del estatus científico del Derecho a uno de esos dos postulados, pues ambos son argumentos necesarios de su crítica, que se disgrega en un cúmulo de factores representados en la mucha producción humana imperfecta y no perfectible, la inseguridad del saber especializado, el problema de la justicia, y la realización del Derecho a cargo del Estado.

De allí que Kirchmann proponga como reto para el Derecho la definición de su objeto, de manera libre y autónoma; postura que a nuestro criterio podrá ser analizada desde dos puntos contrarios. A favor, la recomendación de Kirchmann sobre el objeto de conocimiento propende por la demarcación concreta y definida de la relación que desde el sujeto frente a un objeto construye saber de tipo científico, develando una clarificación más uniforme sobre el Derecho, la norma jurídica, la justicia y la conducta humana, que facilite el ejercicio especializado del profesional del Derecho.

En contra, Kirchmann contrapone la definición de ese objeto a un plano en el cual se puede hacer comprensible o no, lo cual no tiene sentido y es inverso a las leyes de la lógica que rigen la actividad del pensamiento humano. En la misma tendencia restringe el objeto del Derecho a lo natural, desconociendo otras acepciones y su manifestación positivista.

La crítica contra el objeto de la jurisprudencia se enfoca en la forma cómo se conoce y se construye saber a partir del objeto, lo cual a criterio de Kirchmann se limita a un conocimiento de tipo popular, lo que se estima, no va más allá de lo vulgar, pues no pasa del sentimiento frente a cada caso individual, algo que dentro de la postura científica de Kirchmann es intolerable, toda vez que solo es cognoscible lo general. Es por ello que de la crítica de Kirchmann se identifique que el problema de la naturaleza científica de la jurisprudencia radique inicialmente en su objeto de estudio e indagación, y no en el sujeto que produce saber en lo jurídico.

En el Derecho para Kirchmann tiene cabida lo natural, pero valora el cambio del Derecho sin estimar sus posibles efectos, algo que no es propiamente científico, con lo cual está desconociendo la esencia irrenunciable del Derecho como objeto variable. Pretender comprender el Derecho como un objeto propiamente natural implica desnaturalizar las propiedades de las leyes que lo componen. El descubrimiento de las leyes naturales difiere de la necesaria creación o reconocimiento de la ley del comportamiento destinada a la regulación de la vida social.

Desde la postura de Kirchmann se insinúa que el Derecho no se traduce en una o varias leyes válidas, por ser creadas por el hombre, mientras que la natural sí, por el hecho de garantizar su permanencia y solidez. Pero debe recordarse que el Derecho tiene una ley progresiva y cambiante a partir de las transformaciones que se generan en la interacción humana como objeto de regulación, cambio que se sustenta y no desecha los antecedentes y figuras del pasado que le sirvieron de sustento constructivo en un proceso histórico.

Este jurista es referenciado por Alberto Calsamiglia (1986) en su obra *Introducción a la Ciencia Jurídica*, reflexión en la que toma como punto de partida al conocimiento, el cual afirma que aumenta si se exponen aquellos presupuestos y reglas de juego de una sociedad constituida que desarrolla la actividad de la dogmática jurídica.

Calsamiglia (1986, pp. 55-57) asegura la existencia de la ambigüedad del término Derecho, y de allí, establece la diferencia que se presenta entre el Derecho y la ciencia del Derecho como acepción de aquel. Dentro de esa ambigüedad destaca como Kirchmann señalaba la existencia de limitaciones en el saber jurídico, razón por la cual propone nuevos modelos de saber alternativos, fundamento que resulta de un ejercicio de contraste entre la jurisprudencia y la ciencia.

La crítica de Kirchmann frente a la ciencia del Derecho encuentra entre sus fundamentos la generalidad de que la ciencia produce verdadero conocimiento, mientras que en la jurisprudencia esto no es posible, pues su naturaleza es cambiante; y como bien los científicos encuentran oca-

siones en las cuales deben transformar sus tesis por la aparición y validación de razones meritorias, no puede esperarse que la jurisprudencia tenga carácter científico con la frecuencia intrépida de sus cambios.

Ello conduce a que Kirchmann extienda su fuerte señalamiento más allá de la pérdida del estatuto científico para la dogmática, pues ante la naturaleza ontológica del Derecho, a criterio del jurista, este no cumple ni siquiera con el estatus de técnica (Calsamiglia, 1986, pp. 55-57).

Eloy Emiliano Suárez destaca como Kirchmann se opone al modelo dogmático naturalista, haciendo célebre su expresión “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”, refiriéndose a que si la ciencia jurídica tiene por objeto sólo las normas positivas, el carácter contingente y variable de estas será un obstáculo para sostener un saber universalmente válido (2004, pp. 44-45).

Adicionalmente en su examen científico del Derecho Kirchmann ataca la propuesta metodológica inductiva. Plantea que el único método válido para producir conocimiento científico es el experimental, pues como se destacó, aquello que es singular o particular para él es incognoscible, pues su propia naturaleza no permite valoraciones científicas; aferrándose al objeto de conocimiento cambiante del Derecho, critica la imposibilidad de establecer conocimiento científico a partir de estudios particulares sometidos a la transformación permanente; solo en lo general está la ciencia, y el Derecho para Kirchmann no conduce a generalidades.

Este argumento da lugar a una contra-crítica a la tesis propuesta por el jurista, pues bien el Derecho se enfrenta a un objeto cambiante, que por sus condiciones ontológicas promueve una clasificación de los objetos de conocimiento, enmarcando la conducta humana exteriorizada como un objeto de la esfera cultural, distinto a los objetos naturales, ideales y metafísicos.

La volatilidad de la conducta humana exteriorizada en una sociedad estando regulada por la norma jurídica implica la exteriorización de una subjetividad que no puede ser generalizada, lo que mantiene al Derecho en un escenario primordialmente inductivo donde cada conducta es un

caso particular frente al ordenamiento jurídico que la regula. Más bien la norma jurídica se consagra como la consolidación de un sentir objetivo que busca encauzar el deber ser obligatorio del comportamiento de cada individuo.

Esta manifestación de la realidad cognitiva del Derecho es valorada por Kirchmann como un círculo vicioso en el que no existe progreso, al enfrascarse en discusiones que son replanteadas ante cada caso particular, sin que exista una aproximación a verdades científicas.

De ello se propone una nueva contra-crítica, pues de pretenderse trasladar al Derecho como ciencia social a una modalidad metodológica generalizable, implicaría reemplazar la funcionalidad de las normas del comportamiento regidas por el principio de imputabilidad a una ciencia social regida por el principio de causalidad, donde por medio de la experimentación de una conducta en el escenario social, fuera posible establecer leyes válidas inmutables y universales, aplicables a los casos de exteriorizaciones comportamentales similares sin importar la carga cultural y social, mucho menos la autodeterminación de la persona y la valoración para la concreción de la misma.

Calsamiglia (1986) describe como Kirchamnn afirma también que la jurisprudencia presenta retrasos debido a la incapacidad del sujeto cognoscente -jurista- y a la contingencia y variabilidad de su objeto de estudio -la conducta humana- y con ella, agregamos la norma jurídica destinada a regularla.

Amplía estas afirmaciones asegurando que la ciencia jurídica se opone al progreso del conocimiento debido a que analiza con categorías muertas del pasado la realidad contemporánea; el trabajo del jurista se limita al comentario de la ley, función estimada como "irrelevante" por los vicios y lagunas que aquella presenta, y finalmente destaca la naturaleza esotérica de la ciencia jurídica, pues genera una disociación entre el sentimiento jurídico del pueblo y el Derecho manejado por jueces y juristas.

En los tres juicios propuestos por Kirchmann se considera pertinente reconocer la debilidad funcional del Derecho al remitirse a acumulados históricos para explicar la realidad actual, dinámica que ejemplifica la inseguridad del conocimiento trabajado por los actores jurídicos de esta área del saber, quienes de manera aún más evidente, convierten al escenario pedagógico en espacios de retransmisión de figuras, teorías e instituciones jurídicas históricas que en cantidad de ocasiones carecen de un componente crítico o pragmático que redimensione el Derecho en su contenido frente a las necesidades sociales actuales, motivo que justifica e impulsa la indisciplina del Derecho.

Frente al comentario de la ley a cargo del jurista se propone una profunda discrepancia al juicio de Kirchmann. Bien puede presentarse dentro del estudio científico del Derecho una labor dialógica y reflexiva, pero como insumo y orientación académica e ilustrativa del Derecho, sea en sentido formal o material, este es altamente interpretado por los juristas, verdadera acción que debe orientar la labor de los actores jurídicos, y que dista mucho de un mero comentario como lo afirma Kirchmann.

El comentario, como manifestación unilateral del individuo, se encasilla en un ejercicio discursivo, no sometido a debate ni contradicción, factores altamente atacados desde Sócrates quien arremetiendo a la actividad sofista, defiende la argumentación como un ejercicio de construcción a partir de un debate de posturas contrarias en la que debe prevalecer una de ellas.

La enseñanza socrática remite a la tragedia, al costo de la libertad, pues la filosofía griega fue trágica en la medida que no contó con un referente absoluto de algo o para algo, factor que es causado por la libertad de pensamiento para explicar el mundo, y en ello, de la infinita capacidad de posibilidades para hacerlo.

Desde Estanislao Zuleta la tragedia se traduce en dos potencias que se encuentran y no logran una síntesis, no llegan al punto de conclusión, chocando entre sí, dejando una circunstancia sin respuesta.

Como ejemplo Sócrates afirmaba que acataría todas las leyes de Atenas desde que él considerara esas leyes como justas (Zuleta, 2001, pp. 15-17) algo que no genera conflicto alguno frente a la imposición del mandato.

En el ejemplo se somete la validez y la objetividad de la ley a la conciencia y el racionalismo de una sola persona, derivando dos posturas potenciales frente al hecho de acatar las leyes por su naturaleza justa: actuar frente al acatamiento de las leyes por el propio principio de la conciencia, el criterio y evaluación personal, haciendo que la ley en sí no valga; o no atender en lo absoluto los mandatos de la conciencia, desatender siempre a la razón, lo que degenera en una esclavitud de la ley, que resulta independiente de la carga deontológica que la misma pueda tener.

Donde hay dos potencias y no hay una síntesis se da la tragedia, donde hay un referente absoluto no hay tragedia, pues ese referente absoluto fija lo bueno y lo malo sin dejar abierto un margen de libertad al pensamiento, realidad que en el Derecho no opera, y que desde la actividad del actor jurídico desencadena el ejercicio argumentativo de la contradicción para desentrañar los sentidos y significados de los comportamientos en sociedad regulados por la norma jurídica.

Zuleta (2001, pp. 16-18) describe cómo la postura socrática implica que el discurso científico demuestra a los demás, sin limitarse a la argumentación, sino tomando la argumentación como elemento accesorio de la demostración. Esa demostración se hace en condiciones de igualdad, aceptando la duda, las hipótesis, los cambios, las evaluaciones, no busca dominarlo, busca ser reconocido por su demostración lógica, invitándolo y orientándolo para formular nuevas hipótesis y dudas, sin imponerse en su forma de pensar, pues no puede obligar a los demás a pensar de igual manera, porque a un igual no se le puede obligar a pensar igual.

Este legado es trascendental para el Derecho en su trabajo dialéctico, en su labor hermenéutica, pues el método empírico inductivo comienza a fundamentar los pilares de su naturaleza dialéctica en una argumentación demostrativa de las particularidades de la realidad que debe ser construida desde la horizontalidad del debate de sus sujetos cognoscentes especializados.

Debe resaltarse que la labor del jurista frente al objeto de estudio es empírico inductiva y de carácter dialéctico, en sentido hermenéutico, no limitado al ejercicio interpretativo del texto normativo, sino también al ejercicio interpretativo y comprensivo del contexto social propuesto por Gadamer (2005) para las ciencias del espíritu.

Con él, queda superada la idea de que la labor del jurista se centra en comentar la norma, reafirmando la interpretación como componente metódico de construcción, a partir no solo de la elaboración de Gadamer, sino también de la dialéctica Hegeliana (1976) y el materialismo dialéctico de Marx (1976).

Hegel propone la dialéctica como el método dirigido a trascender las oposiciones de dos términos, tesis-antítesis, en uno nuevo, la síntesis (Larroyo, 1973).

De su parte Marx critica el modelo dialéctico de Hegel y propone un materialismo dialéctico en el cual solo existe una realidad material que posee un carácter dialéctico, donde la causa de los cambios radica en la lucha de contrarios inherente a la materia y su contradicción.

Iribarne (1971) estima que el materialismo dialéctico de Marx tiene dos componentes, siendo el primero de ellos el que denomina primado de contenido, en donde “el materialismo afirma esencialmente que el ser descubierto y probado como contenido, sin que se le pretenda definir a priori, y agotarlo, determina el pensamiento” (pp. 164-169). Un segundo componente es el análisis del contenido, donde los conceptos son hipótesis que deben ser verificadas en la práctica, siendo la hipótesis siempre un punto tanto de llegada como de partida, debido a que siempre requiere de una verificación del contenido por medio de la práctica (Iribarne, 1971, pp. 164-169). En orden a las posturas planteadas que se encuentre razón aquí para proponer que el juez es en la actualidad el actor jurídico con mayor responsabilidad en un Estado como el colombiano, donde las ataduras a la legalidad marchan con la necesidad de procurar la garantía de los postulados propios del Estado Social de Derecho, lo que deja aislada una tarea meramente comentadora de

la ley, dando lugar obligado a un ejercicio permanente de hermenéutica legal y social, dirigida a la interpretación para la comprensión de un activismo creciente.

Por último hemos de referirnos a la naturaleza esotérica de la ciencia jurídica que genera una disociación entre el sentimiento jurídico del pueblo y el Derecho manejado por jueces y juristas. Este tercer juicio de Kirchmann es propuesto como el fundamento problemático del escenario fáctico o social para indisciplinar el Derecho como ciencia.

Sin una valoración desmedida, Kirchmann apunta a una de las grandes debilidades tradicionales del Derecho, sobresaliente en el sistema de corte romano germánico, consistente en la “disociación”. Se estima en este punto que al lenguaje duro propuesto por Kirchmann le faltó agresividad para describir la realidad apremiante por medio de la cual el lenguaje científico del Derecho inicia un proceso de segregación de los conocimientos que polarizan al sujeto especializado y al sujeto destinatario del conocimiento elaborado.

La disociación derivada de un esoterismo jurídico se traduce en una característica permanente que se ajusta a los desarrollos propios que tiene el Derecho como conocimiento que impacta la realidad social; veamos algunos casos:

En el escenario pedagógico se produce un primer quiebre en la comunicación como elemento que mantiene la transparencia y comprensión en la relación del acto pedagógico, toda vez que la primacía de la teorización académica abstrae a un sujeto común (aprendiz) de una realidad social que habla un lenguaje cotidiano para explicar la aparición, evolución y consecuencias de los flagelos que atentan contra el bienestar, la convivencia y el orden. El aprendiz es subsumido en un lenguaje artificial impuesto sobre los derroteros comunes de la memorización, la repetición, el formalismo y la adopción de un rol legalista asistencialista de la sociedad que habla desde ese momento un lenguaje ordinario.

El lenguaje se convierte en un primer elemento que contraría la finalidad del Derecho, debido a que la especialización técnica de los contenidos jurídicos son acogidos en el escenario pedagógico alejado a la sociedad, lo que genera la inclinación altamente diferencial de la relación profesional del Derecho con su destinatario cuando aquel está listo para actuar en esta ciencia.

Con ello el estudiante de Derecho se ve enfrentado en el escenario pedagógico a un nuevo dialecto que será aprehendido durante los años de formación, sin que se transmita la forma cómo debe ser llevado, traducido, incorporado a los destinatarios de su hacer, lo que desencadena otras disociaciones que afectan el Derecho.

La incompatibilidad del lenguaje técnico y especializado del profesional del Derecho busca abordar un objeto problemático en términos que no se acomodan por completo a la realidad vivida y narrada por el destinatario del servicio del profesional del Derecho, lo que conlleva al surgimiento de dos visiones sobre un mismo tema, de las cuales será primordialmente abordada la construida por el actor jurídico a partir de los elementos ofrecidos por el usuario, en la medida en que es él el científico.

La situación puede ser más compleja cuando por la variabilidad del objeto de estudio tratado y la posible ausencia de un sendero sólido y certero para dar respuesta eficaz a la problemática, el profesional del Derecho consulta su visión del problema con otros profesionales, generando tantas visiones como actores consulte. Este propósito que bien busca asegurar el ejercicio del actor jurídico, en nuestro caso acrecienta las posibilidades de un conocimiento que se difumina en certeza y probabilidad.

Para ello la respuesta comienza a ser buscada en las denominadas categorías muertas del pasado, toda una reconstrucción reiterativa en la cual las figuras e instituciones del Derecho son renombradas para extraer de ellas componentes que den una imagen de fuerza y respaldo a un problema particular contemporáneo. A su vez, estas categorías son citadas de fuentes de terceros, y el sentir inicial del destinatario que

requiere de la intervención del Derecho es reemplazado por el sentir que han manifestado otros actores jurídicos que no fueron víctimas de las realidades complejas que fueron su objeto de valoración.

El sentimiento del destinatario ha quedado atrás en medio de su visita al profesional del Derecho; la orientación especializada del actor jurídico que lo asiste, al igual que la multiplicidad de opiniones ofrecidas por otros profesionales no le son comprensibles, su sentir trata de encontrar compatibilidad en alguna de las extrañas palabras que le prevén un proceso de luchas y trámites, donde si hay algo cierto es la incertidumbre del desenlace, la posibilidad de valoración de la autoridad de una manera distinta a la esperada.

¿Qué sería de la medicina si operara como lo hace el Derecho? hablamos de una ciencia que también comienza de un caso particular que ofrece una descripción fenomenológica, pero donde el sentir del paciente es la guía básica para la aplicación del conocimiento científico, donde el profesional si bien consulta entre sus iguales, el concepto se emite con mayor uniformidad, acudiendo a la experiencia ofrecida por la práctica impartida desde el momento inicial del proceso formativo, lo que contrarresta la disociación entre el sentir del enfermo y el médico que lo asiste; no podrá el médico llevar más allá la interpretación del malestar de su paciente, pues de ser así, aumenta la posibilidad del sacrificio del bien valioso protegible con su acción.

La disociación de la cual habla Kirchmann incluye la por él denominada incapacidad del jurista de abordar y conocer su objeto de estudio; esa disociación clarifica la distancia entre el Derecho como ciencia y la sociedad como destinataria, una dualidad que no ha procurado superar el abismo para conectar dos elementos que deben estar compenetrados por naturaleza.

CONCLUSIONES

Las críticas de Kirchman influyeron en pensadores como García Máynez, quien centrado en los estudios axiológicos del Derecho, abre un espacio de su vida a los estudios de la ontología jurídica. El tema de la negación del carácter científico de la jurisprudencia fundamentado en la mutabilidad del Derecho expuesto por Kirchman, condujo a Máynez a proponer obras como “Libertad, como derecho y como poder”, donde expone la existencia de legalidades como verdades de la razón que expresan conexiones de esencia entre las varias formas de conducta que el Derecho regula (Fernández Suárez, p. 56).

La influencia de Kirchmann impacta las reflexiones sobre el carácter científico del Derecho desde mediados del siglo XIX cuando pronunció su famoso discurso *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. En él se refleja una carga social e histórica relevante para las condiciones de la época en la que florecía el ideal comunista en las voces de Engels y Marx, se consolidaba la clase proletaria, y el avance de la ciencia continuaba amparado en el positivismo como instrumento para la formulación de leyes universales por medio de las cuales era posible conocer.

No obstante debe decirse que Kirchmann sobrepasó las consideraciones para proponer una negación al estatuto científico de la dogmática; incurrió en el exceso de considerar que la ciencia se define por un concreto y casi invariable objeto de conocimiento (Sastre Ariza, 2001, p. 596) la ciencia tiene más que ver con la metodología empleada en el conocimiento de aquello que se delimita como objeto.

Por eso, estipular que el Derecho *no es o no cuenta con* objeto científico no ayuda a aclarar las cosas, ya que lo importante es si es posible abordar su estudio desde un enfoque que pueda ser considerado científico (Sastre Ariza, 2001, p. 596). La crítica de Kirchmann debe descartarse por el modelo científico desde el cual propone la negación del estatuto científico al Derecho, sin embargo, su reflexión mueve los más profundos cimientos frente a la comprensión de la naturaleza del objeto

de estudio de lo jurídico, el rol deslegitimado de los sujetos cognoscentes de aquel objeto, y ante todo, del método que debe ser defendido como medio objetivable para dinamizar científicamente el Derecho.

La crítica de Kirchmann es el principal detonante para avanzar frente a la experiencia de la investigación jurídica en Colombia. Si el conocimiento científico deviene de un trabajo *transversalizado* por la aplicación del método científico, es la investigación el medio por excelencia para conducir la elaboración, reformulación, perfeccionamiento y validación de ese tipo de conocimiento.

REFERENCIAS

- Beltrán & Col. (1987). *Psicología de la Educación*. Madrid, España: UNED.
- Bravo, S. (1997). La ciencia. Su método y su historia. En *Cuadernos del instituto de geofísica*, (7). Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Bunge, M. (1958). *La ciencia, su método y su filosofía*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nacionales.
- Chalmers, A. F. (2006). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Madrid, España: Siglo XXI.
- Calsamiglia, A. (1986). *Introducción a la Ciencia Jurídica*. Madrid, España: Editorial Ariel.
- Cubero Vanegas, C. M. (2011). Docencia, disciplina y la convivencia escolar. En: *II Congreso Internacional de Investigación Educativa*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Recuperado del sitio web <http://congreso.inie.ucr.ac.cr/memoria/documentos/5/la%20disciplina%20en%20el%20aula%20y%20la%20conducta%20del%20maestro-Carmen%20Cubero.pdf>

- Curwin, R. & Mendler, A. (1983). *La disciplina en clase. Guía para la organización de la escuela y el aula*. Madrid, España: Narcea S.A. de Ediciones.
- Fernández Suarez, J. A. (1991). *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*. Oviedo, España: Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones.
- Gadamer, H.G. (2005). *Verdad y Método*. Salamanca, España: Ediciones Sígueme.
- García Pacheco, D. M. & Bernal García, M. J. (2003). *Metodología de la investigación jurídica y socio jurídica*. Tunja, Colombia: Uniboyacá.
- Giraldo Ángel, J., Giraldo L. M., & Giraldo L. A. (2002). *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Iribarne, E. P. (1971). *Marx, científico de la revolución*. Madrid, España: Editorial Pomaire.
- Khun, T. (1971). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México: Editorial Fondo de la Cultura Económica.
- Kirchmann, J. H. Von (1961). *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- Larroyo, F. (1973). Estudio introductorio al análisis de la obra. En Hegel, G. W. F. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. México: Porrúa S.A.
- Sastre Ariza, S. (2001) Algunas Consideraciones sobre la Ciencia Jurídica. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), Alicante, España.

Suárez, E. E. (2004). *Introducción al Derecho*. Santa Fe, Argentina: Universidad del Litoral.

Ziman, J. (1998). *¿Qué es la ciencia?* Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

Zuleta, E. (2001). *Arte y filosofía*. Medellín, Colombia: Hombre Nuevo Editores.

EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA TERRITORIAL DE LOS MUNICIPIOS Y DEPARTAMENTOS EN COLOMBIA, ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 1992-2012*

THE PRINCIPLE OF TERRITORIAL AUTONOMY IN COLOMBIA, ANALYSIS AND PERSPECTIVES FROM THE CONSTITUTIONAL COURT JURISPRUDENCE 1992-2012

*Juan Pablo Rodríguez Cruz***

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2014 - **Fecha de aprobación:** 15 de diciembre de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

Rodríguez Cruz, J. P. (julio - diciembre, 2014). El principio de la autonomía territorial de los municipios y departamentos en Colombia, análisis y perspectivas desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2012. *Summa Juris*, 2(2), 275-302.

Resumen

En el presente texto, se discute el concepto de *Autonomía* como concepto básico del desempeño de los Municipios y Departamentos como entidades territoriales, teniendo en cuenta la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el sistema de principios, presupuestado de manera amplia desde 1992 hasta el 2012. Dicho concepto ha sido estudiado objeto de diversos pronunciamientos; no obstante, su influencia en el plano práctico ha sido mínima. Colombia todavía depende de un esquema institucional unitario y centralista, lo cual es muestra de un desarrollo regional interrumpido, tanto en asuntos fiscales como gubernamentales. Esto evidencia un fuerte contraste entre un estatismo casi osificado y una sociedad política y culturalmente activa y diversa.

Palabras Clave: Autonomía, Entidades Territoriales, Descentralización, Principio Constitucional, República Unitaria, Municipios, Departamentos.

* El Presente artículo es resultado de la investigación realizada por el autor en el marco de la especialización en Derecho Administrativo.

** Abogado, especialista en Derecho Administrativo, estudiante de Maestría en Derecho Público y docente catedrático de la Universidad de Caldas. Correo electrónico: juanprodriguez24@hotmail.com

Abstract:

In this paper, we discuss the concept of “autonomy” as a basic concept of the decentralized territorial entities performance of municipalities and Departments, from the Constitutional Court’s Precedents and the Principle system, founded on a wide realm since 1992. This concept has been studied in a deep way; but it hasn’t much influence in many practical cases. Colombia still relies on a pro-unit centralist and institutional outline, which is evidence of an interrupted regional development (in issues such as taxes and government subjects). Therefore, there is a strong contrast between an almost ossified statism and a very political and multifaceted society, an active society that doesn’t stop.

Keywords: Autonomy, Territorial Entities, Decentralization, Constitutional Principle, Pro Unit Republic, Municipalities, Departments.

INTRODUCCIÓN

La búsqueda por implantar un modelo político, administrativo, institucional y gubernamental óptimo y eficiente ha sido una constante preocupación de las sociedades modernas. Sin embargo, se han adoptado las más disímiles y particulares instituciones político-jurídicas, determinadas por los intereses, la idiosincrasia y la tradición histórica local.

Colombia no ha sido la excepción: el país ha dirigido sus esfuerzos por encontrar la fórmula que permita responder, satisfactoriamente, a las necesidades sociales y administrativas del Estado y la Nación. Lo anterior parte de un supuesto infundado: la adopción de modelos jurídico-políticos foráneos -supuestamente exitosos y característicos de culturas sociopolíticamente diferentes- originarían *per se* un Estado capaz de responder a sus cometidos institucionales.

Igualmente, el país se encuentra sometido a los preceptos de la Constitución Política de 1991: según lo establece el título I -“*De los principios fundamentales*”, artículo primero- tanto el modelo de república unitaria, como el principio de la autonomía de sus entidades territoriales (municipios y departamentos) son pilares fundamentales de su estructura político-institucional y territorial.

Sin embargo, una lectura desprevenida, aislada y asistemática de esta normativa induce a considerar que la fórmula de “república unitaria con autonomía de sus entidades territoriales” es una contradicción. Por lo anterior esta disertación tiene como objetivo analizar esa relación entre el principio de república unitaria y la autonomía de los municipios y departamentos, por vía de la interpretación que de ella ha hecho el máximo Tribunal Constitucional Colombiano desde 1992 hasta el 2012, advirtiendo desde ya que el presente escrito es producto de una investigación teórica realizada en la época para efectos de desarrollar el trabajo de grado de especialización cuyo eje central es el mismo. Así, se comprenderá el alcance de las tareas conferidas a las prerrogativas estatales -que buscan conciliar la diversidad cultural de la nación con los desafíos jurídicos e

institucionales de las primeras décadas del Siglo XXI- , propiciando un escenario de respeto, resignificación y reivindicación de los principios constitucionales, en el ejercicio de la administración pública.

Estos principios constitucionales están sometidos a una dinámica social acelerada, que impone retos interpretativos sustanciales. Pese a ello, se puede hacer un rastreo jurisprudencial que llegue a unas conclusiones parciales de lo que se concibe como “autonomía de las entidades territoriales” y sus implicaciones en Colombia, con fundamento en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En suma, el presente escrito se ocupará, como ya se dijo, de resaltar los principales análisis de las implicaciones y el alcance del principio de la autonomía de los municipios y los departamentos, entendidos como entidades territoriales en Colombia, recopilados en el mentado trabajo investigativo.

Ahora, para auscultar la posición de Corte Constitucional en esa materia se rastreó año por año, desde 1992 hasta el año 2012, las diferentes providencias de constitucionalidad que hicieran alusión al tema de la autonomía territorial, con fundamento en la base de datos web¹ de esta misma Corporación, y de allí se resaltaron las que por su importancia jurídica fuesen más relevantes. Lo anterior significa que en un trabajo de esta naturaleza no pueden abarcarse, como se quisiera, todas las providencias, como sí ocurrió dentro de la investigación del que este artículo es tan solo uno de sus productos.

¹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/providencia.php>

ANTECEDENTES

Los antecedentes históricos de la autonomía territorial se relacionan directamente con el surgimiento y la consolidación histórica del municipio, como primera entidad territorial que se puede rastrear en la bibliografía².

Como consecuencia del arribo de los españoles a nuestro continente, en las tradiciones del sistema gubernamental del país ibérico residió el origen de los modelos organizativos de América (Faya Viesca, 1987; Martins, 1951; Altamira, 1946). Hispanoamérica debe, por tanto, la consolidación de la idea primigenia de *municipio* a la influencia del sistema político español, fortalecido por el régimen colonial implantado en América. En la época republicana, la alternancia entre el centralismo y el federalismo, estuvo matizada por cortos períodos de una organización descentralizada.

En el siglo XIX, con la declaración de independencia de la Nueva Granada, se dio un fenómeno incipiente de vida municipal. Los diferentes modelos de organización estatal fueron razones para que surgieran constantes disputas en una nación tan joven como Colombia. La divergencia entre el federalismo y el centralismo impidió la rápida consolidación del principio de la autonomía territorial y las controversias bélicas, dadas para implantar uno u otro modelo y que marcaron la historia política del país, produjeron intermitente poder regional (Henaó, 1993).

Hasta 1983, como consecuencia de las necesidades estatales que se acentuaban cada vez más, se logró avanzar significativamente hacia una reestructuración del andamiaje orgánico colombiano, puesto que se consolidó una descentralización del poder bajo sus tres manifestaciones principales: política, fiscal y administrativa.

² Henaó Hidrón (1993), en una de las primeras obras que en la materia se pueden rastrear, advierte que, en sentido lato, puede hacerse referencia al municipio de la época primitiva; no obstante, el tipo de municipio que conocen los países civilizados, se le atribuye a la antigua Roma. Con el paso del tiempo, la consolidación de esta institución político-administrativa tuvo altibajos, marcados por las luchas tras la obtención del poder y la influencia de los diferentes acontecimientos históricos de la humanidad. La revolución francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América, fueron hitos que determinaron la edad moderna, frutos de las más disímiles consecuencias sociales, políticas y sociológicas en la sociedad, ante los cuales la concepción de “municipio” no pudo permanecer inamovible (Posada, 1979).

Es aquí donde se resalta el primer paso hacia la consolidación real del principio de la autonomía territorial, puesto que, desde el ordenamiento jurídico, se implantan medidas en materia de impuestos municipales, la elección de los alcaldes por voto popular y la expedición de normas específicamente aplicables a las entidades territoriales. El reconocimiento de los derechos y de las garantías institucionales -para el ejercicio de las funciones que, por naturaleza, se le atribuyen a las entidades territoriales- surge en los primeros años de la década de los ochenta.

La promulgación de la Constitución de 1991 legitimó la necesidad de una transformación institucional, así como un cambio en la estructura orgánica del Estado y de su organización territorial. Con este acontecimiento se consolidó la autonomía territorial en Colombia. Colombia, en el ámbito territorial, optó por implantar la descentralización administrativa y la autonomía de sus entidades territoriales, como esfuerzos por modernizar su estructura político-administrativa. A su vez, se institucionalizó en Colombia el Estado Social de Derecho, junto con la implantación de un contenido *principalístico* o axiológico que orientara e inspirara el futuro de la nación. Lo anterior implicó el establecimiento de verdaderas herramientas para la protección de los derechos fundamentales de los asociados y la satisfacción oportuna de las necesidades sociales; ya no como una simple muletilla retórica, sino como la connotación orientadora del Estado colombiano.

Aceptar que la Constitución de 1991 ostenta un alto contenido axiológico implica admitir la existencia de un ordenamiento jurídico inspirado en principios: el contenido normativo de la constitución no es más que la expresión o materialización del contenido principalístico de la misma. Así las cosas, el andamiaje orgánico constitucional se estructuró en la división del territorio en departamentos y municipios, encargados principalmente de la prestación oportuna y efectiva de los servicios públicos a cargo del Estado, como máxima expresión de reconocimiento de las identidades de los pueblos y de la existencia de un crisol cultural, que no es más que la suma de un número significativo de pequeños territorios, por naturaleza disímiles, que conforman una unidad. Su eje central se aparta de la antigua discusión entre el Estado federal y el centralista, para dar paso a la legitimación del poder gubernamental sobre la base de la consolidación

de la autonomía territorial³. En este sentido, la Corte en sentencia C-506 de 1995 manifestó al respecto: “Estado Social de Derecho”, “democracia participativa” y “autonomía territorial” no son más que expresiones de un único fin: el desarrollo integral del hombre dentro de su contexto social”.

Finalmente, la consolidación de la autonomía de las entidades territoriales fue resumida por esta Corporación judicial en providencia C-127 de 2002 así:

(La) territorialidad y (la) unidad nacional (son) dos elementos teleológicamente inescindibles, ontológicamente diferenciables a partir de su materialidad geográfica, con unos destinatarios comunes -los habitantes del país-, y por entero, instancias orgánicas y funcionales de un mismo mecanismo estatal: el de la República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

LA AUTONOMÍA TERRITORIAL COMO PRINCIPIO Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Sobre la definición del principio de la autonomía territorial la Corte resaltó la calidad de *autonomía* propio de quien “decide por sí mismo”, sin ser este concepto sinónimo de *soberanía* o de “grado máximo de libertad”. El concepto de autonomía “hace(n) referencia a un cierto grado de libertad en la toma de decisiones por parte de un determinado ente jurídico en relación con otro” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-517 de 1992).

El constituyente definió, como criterio orientador de la división territorial, un postulado cuya naturaleza posee las características de principio: la autonomía territorial, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política de Colombia.

³ La voluntad del querer constituyente se cristalizó en la siguiente intervención (Gaceta Constitucional. N° 19: 7): “Colombia tiene que ser un Estado autonómico, lo cual en manera alguna se opone a que sea una república unitaria. (...) un Estado autonómico, no meramente descentralizado. (...) el vocablo descentralización implica o da por supuesto que el origen del poder, su sede natural y obvia, es el centro, pero por un acto de generosidad, de largueza, es desdoblado para que llegue hasta la periferia. (...) el poder del Estado debe manifestarse en todas sus formas en cada lugar del territorio, tanto en el centro como en el más apartado confin.”

En este entendido, la autonomía actúa como un principio jurídico en materia de organización competencial. Dicho principio deber realizarse en la mayor medida posible, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos. Además, tiene un carácter vinculante y obligatorio, estableciendo deberes y subordinando los demás preceptos del ordenamiento jurídico.

Por esa razón la jurisprudencia constitucional afirmó que las responsabilidades de las entidades territoriales deben ser asumidas por ellas mismas, sin desconocerse el apoyo que les puedan brindar las autoridades nacionales por medio de capacidades compatibles con el “nuevo orden” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-195 de 1997). Lo anterior significa que las entidades territoriales gestionan según sus propios intereses; esto sin ser una mera formalidad sin implicación en el mundo jurídico, sino como una realidad ineludible para los administrados.

Si se trata de instaurar un Estado donde caben las regiones, nos preguntamos: ¿cómo hacer que ese ideal se materialice y se convierta en una realidad irrefutable para los colombianos? En la Carta Política colombiana, se encuentran disposiciones orientadas a garantizar que el principio de la autonomía de las entidades territoriales sea mucho más que una expresión sin significado ni relevancia jurídica. Tanto el Título XI, Capítulo I. artículos 285 y siguientes -los cuales desarrollan el régimen territorial colombiano- como el artículo 311 -Marco de Funciones Municipales- son recurrentes al conceder facultades a los departamentos y municipios, para ejercer adecuadamente la prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades sociales de sus habitantes. Específicamente, el artículo 311 constitucional se convierte en uno de los pilares fundamentales para la materialización de la autonomía de las entidades territoriales, toda vez que, comparadas la Constitución vigente, con sus predecesoras, se resalta que no se le daba un reconocimiento tan relevante a las entidades territoriales.

Los anteriores planteamientos se fortalecen con lo establecido en el artículo 317 constitucional, cuya intención es robustecer económicamente a los municipios para que la autonomía territorial sea real. Por eso, es claro el planteamiento interpretativo de la Corte al decir que “la autonomía

atribuida a los municipios sólo tiene sentido en la medida en que les permita cumplir las tareas que la Constitución les ha señalado y que tienen por fin el mejoramiento social y cultural de sus habitantes” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-545 de 1993).

La autonomía implica un grado de independencia de las entidades territoriales, ejercida por medio del autogobierno y de la administración de los asuntos que más conciernen a dichas entidades. No hay que olvidar que la autonomía se afianza con el tiempo, por medio de la descentralización y que es concebida, necesariamente, desde el principio democrático, materializada en el municipio como “célula primaria del ordenamiento territorial”, según las voces del artículo 311 de la Constitución Política. Debemos tener igualmente en cuenta que “la distribución de competencias entre el nivel central y el territorial debe establecerse por ley orgánica”, teniendo prelación las disposiciones del orden nacional sobre los organismos representativos regionales. El Tribunal Constitucional resaltó que “si se acepta esta consideración sin matices, la autonomía pierde toda su eficacia, de forma que es preciso establecer los límites impuestos por la Constitución al legislador, en respeto de la autonomía de las entidades territoriales” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 2007).

Debe aclararse que el principio de la autonomía no implica que las entidades territoriales tengan soberanía. La autonomía no es sinónimo de autarquía; es el ejercicio territorial de las competencias asignadas jurídicamente, y que son oponibles ante las autoridades Estatales. La autonomía es resguardada y ejercida conforme a la constitución, y no puede ser restringida injustificadamente por el legislador (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-284 de 1997).

AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN

La Constitución de 1991 incluyó la *descentralización* como concepto fundamental de su estructura. No obstante, ¿cuál es la diferencia y la relación entre el “principio de la autonomía territorial” y la “descentralización territorial”? La respuesta a esta cuestión interesa para los planteamientos de este estudio, ante la estrecha relación que les caracteriza.

El concepto de *descentralización* fue desarrollado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-1258 de 2001. Allí se advierte que la descentralización “se refiere al contenido material, a las competencias y recursos asignados por la Constitución y la ley a los entes territoriales”. Por otro lado, la descentralización “apareja la existencia de la centralización y se concibe como el conjunto de relaciones bilaterales y dinámicas de carácter político, jurídico, económico, administrativo o técnico entre el órgano central y sus entidades descentralizadas” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1146 de 2001).

También ha dado a entender el Tribunal Constitucional Colombiano, en sentencia C-957 de 2007, que la descentralización constituye un ejercicio administrativo en búsqueda de la efectividad del servicio público, amparada en los principios de especialización y proximidad.

De la lectura de la Constitución -y del trasegar histórico-jurídico del país- se resalta la existencia de diferentes modalidades de descentralización, como la territorial y por servicios, que dan lugar a las entidades descentralizadas y constituyen la base de los sectores administrativos en cada uno de los niveles del Estado. Se establecen relaciones entre personas jurídicas: entre la nación y las entidades territoriales y entre la administración central y las entidades descentralizadas, según su jerarquía estatal. Estas relaciones se dan por medio de mecanismos, establecidos constitucionalmente, que garantizan la coherencia y la armonía entre los órganos centralizados y las entidades descentralizadas.

En este hilo argumentativo, autonomía y descentralización son conceptos que se retroalimentan; aunque, desde el derecho, aquel tiene cierta subordinación sobre este⁴. Si la descentralización maneja un contenido material (reunido en las competencias y en los recursos asignados -por la ley y la Constitución- a los entes territoriales), el principio de autonomía,

⁴ Según la Sentencia C-1258 de 2001. (Mg. Ponente: Jaime Córdoba Triviño.) “El concepto de autonomía es nuevo en el constitucionalismo colombiano. Su relación con el concepto de descentralización es evidente lo cual no desconoce su distinción y complementariedad. Ambos conceptos entrecruzan sus mecanismos de acción, pero su perspectiva es diferente: mientras la descentralización, que es una manera de administrar, busca una mayor libertad en la toma de decisiones administrativas de las entidades locales del orden territorial y funcional y como resultado de ello una mayor eficiencia en el manejo de la cosa pública, la autonomía, que es grado creciente de libertad, busca cada vez mayor y mejor autodeterminación de los habitantes del territorio para la definición y control de sus propios intereses y el logro del bienestar general, siempre dentro del marco del Estado unitario”.

por su parte, sirve como límite para la gestión que el constituyente y el legislador han depositado sobre las entidades territoriales, para que “planeen, programen, dirijan, organicen, ejecuten, coordinen y controlen sus actividades, en aras del cumplimiento de las funciones y fines del Estado” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1146 de 2001).

Sin embargo, según la Corporación Constitucional: “No es previsible un régimen de descentralización como forma de organización política de un Estado, en donde no haya autonomía de los entes territoriales” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1146 de 2001).

Así las cosas, es concluyente la línea divisoria que traza el Alto Tribunal, al eliminar cualquier discusión o controversia en torno a las implicaciones que comporta uno u otro concepto, así como la relación inescindible entre uno y otro. De tal forma puede afirmarse que la autonomía exige la implantación de un margen de acción de las entidades territoriales, compuesto de un límite mínimo y un límite máximo, materializados, por orden de la Constitución, en la ley y el marco constitucional mismo:

En tal virtud, el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye su núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1146 de 2001).

En vista de la armonización de principios que defiende la Corte Constitucional, debe admitirse que su tesis debe ser aplicada a la autonomía, la descentralización y la relación intrínseca con la unidad nacional, ante inminentes conflictos interpretativos que llegaren a suscitarse. La descentralización indica un centro, desde el cual viene su sentido, y que se muestra desde diferentes facetas (biológica, política, jurídica, territorial, etc.). En contraste, el principio de autonomía complementa a la descentralización y a sus mecanismos, sin por qué ser confundida con esta: la autonomía es expresada por los entes territoriales al encargarse estos de sus propios asuntos, “afirmando su independencia respecto del centro, merced a un conjunto de derechos que, entre otros aspectos, les permiten darse normas propias, escoger sus autoridades, gestionar sus intereses

y manejar sus recursos” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-373 de 1997). Observamos también que tanto la “Descentralización” como el “Principio de Autonomía” se desarrollan recíprocamente, sin ir a contrapelo de soberanía popular ni de la democracia representativa.

Por lo discurrido, nótese que si bien los límites de los principios están establecidos jurisprudencialmente, se reitera que la *autonomía* y la *descentralización*, reconocidas a las entidades territoriales, no deben ser entendidas en términos absolutos, pues esto llevaría a una incompleta interpretación de aquellos conceptos, lo cual implica una escisión del sistema de principios, garantizado por la Constitución. Según la Corte, “(El) adecuado y cabal sentido no proviene de su entendimiento aislado, sino de su ineludible compenetración sistemática con los restantes” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-373 de 1997).

En este sentido, el artículo 288 Constitucional establece que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales deben ser ejercidas conforme a los principios de “coordinación”, “conurrencia” y “subsidiariedad”, atendiendo a los lineamientos constitucionales y legales. En este entendido, si es clara la importancia de interpretar los preceptos constitucionales, con una mirada integradora y armonizadora, resulta necesaria la inclusión de otros principios, como los de la función pública, contenidos en el artículo 209 constitucional, como lo son los de “colaboración”, “coordinación”, “conurrencia”, entre otros: principios que ofrecen las herramientas necesarias para ejercitar, de la mejor manera posible, las acciones tendientes a la satisfacción de las necesidades sociales.

En suma, Colombia está regida por el imperio principialístico de su Carta Política, que permea cada una de las actuaciones de la estructura estatal e impacta de manera determinante la vida de los asociados. Esto es así porque la “autonomía”, la “descentralización” y la “república unitaria”, consagradas como pilares fundamentales de nuestra organización política y administrativa, irrigan todas nuestras instituciones y se han convertido, para muchos, en instrumentos eficaces para responder a las necesidades sociales.

AUTONOMÍA Y REPÚBLICA UNITARIA

La relación entre los principios Constitucionales, en materia territorial, no es pacífica. Intentaremos, en este acápite dilucidar la posición de la jurisprudencia Constitucional Colombiana, respecto de la tensión que suscita la relación entre el Principio de la Autonomía Territorial y el principio de República Unitaria.

El artículo primero constitucional establece el tipo de Estado que adoptó Colombia y advirtió los principios a los que estaría sometido el mismo. En este sentido, Colombia es un Estado Social de Derecho, bajo el imperio de un régimen territorial autonómico; pero no por esa condición deja de ser una República Unitaria. Y es precisamente en este punto donde existe una prolija discusión en cuanto a la particular condición de un Estado que implanta, como fundamento de su composición territorial, el Principio de la Autonomía y al mismo tiempo instaura los cánones de la República Unitaria.

Recuérdese que el Estado Unitario erige a su centro como motor político y gubernamental, persona jurídica que ejerce el Poder Público, con todos sus atributos y funciones, como único titular. El Estado unitario implica la sujeción de los ciudadanos a una misma autoridad y a régimen constitucional (Burdeau, 1981). También puede ser entendido como una organización del estado con una fuerte autoridades centrales, lo que en la mayoría de los casos puede implicar poca autonomía territorial (Rodríguez, 2012).

Un principio de características centralistas como el del Estado unitario sólo puede coexistir con el de la autonomía, según la Corte Constitucional, si se interpreta desde un punto de vista integrador, en el que un principio no excluye a los demás, sino que se debe conciliar y armonizar en un todo.

Por esa razón la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia, admite que el principio de la autonomía de las entidades territoriales no riñe, de ninguna manera, con el principio de la Unidad Nacional: los artículos, instituciones y principios constitucionales no pueden ser interpreta-

dos de manera aislada, dada la correlación que existe entre unos y otros. Por eso, cuando se aborda la discusión relacionada con la disparidad *-prima facie-* entre la unidad nacional y la autonomía territorial, no debe dejarse de lado lo preceptuado por el artículo 287 de la carta política al advertir que: “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Las entidades territoriales manejan, por tanto, poderes jurídicos, competencias y atribuciones, que no son concedidas por otros órganos estatales, y que les sirve para gestionar según sus propios asuntos e intereses. “De esta suerte, -continúa la Corte- aunque se reconoce la existencia de un ordenamiento superior, igualmente se afirma la competencia de dichas entidades para actuar dentro del espacio que según dicha autonomía se les reconoce” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-346 de 1997).

Debe reconocerse que la intención de la Corporación Constitucional es darle fuerza y sentido al contenido de la Constitución, con miras a garantizar su armonía y a eliminar mensajes equívocos que distorsionan su integridad. En este caso, en principio, se presenta un problema de armonización entre los principios de república unitaria y autonomía territorial (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-579 de 2001).

Por lo anterior, la implantación de una relación armónica entre autonomía y unidad rompe con la concepción tradicional de la jerarquía normativa, debido a la existencia de un ordenamiento jurídico que propugna por el respeto al núcleo esencial de la autonomía, la prohibición al legislador de inmiscuirse en asuntos que escapan de su competencia en virtud de ese mismo principio y la garantía de conservar la unidad de la república.

NÚCLEO ESENCIAL: LÍMITES Y ALCANCES

Los Principios sobre los que se asientan la república unitaria y la autonomía de las entidades territoriales se conciben -según la jurisprudencia constitucional- como límites extremos, dentro de los cuales se construye el Estado Colombiano. La autonomía, vista desde su relación con la unidad nacional y en consonancia con el artículo 287, comporta una línea limítrofe que está marcada por las atribuciones que la Constitución y la ley le confieren y por la coherencia de estas con la orientación nacional

del Estado. Esas competencias, atribuciones o funciones que le asignan la Constitución y la ley constituyen, según el término acuñado por la misma Corte Constitucional, el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales.

Con fundamento en el principio de la autonomía, la doctrina constitucional cumple el papel de marco de referencia dentro del cual las entidades territoriales podrán disponer libremente de ciertas atribuciones para cumplir los encargos propios de su naturaleza. Estas facultades son oponibles a la estructura administrativa nacional, pues ni siquiera el legislador podrá, en aras de la conservación del espíritu constitucional, reformar o derogar las implicaciones mínimas que comportan el mentado principio.

Así las cosas, el núcleo esencial de la autonomía territorial está constituido básicamente por los poderes de acción que las entidades territoriales ejercen con el fin de perseguir sus propios intereses, es decir, se materializan en la autonomía política o de autogobierno y en la autonomía fiscal.

No obstante, como corolario, los principios de república unitaria y de autonomía territorial deben armonizarse, según el artículo 287 constitucional: hay, pues, un reconocimiento de los intereses locales, vinculados al ordenamiento superior, sin que estos sean entendidos como “soberanos”; sino comprendidos dentro de un “contexto unitario”. Ambos principios están limitados: por un lado, por la Constitución y la ley; y por el otro, por el alcance que el mismo principio de Autonomía tiene sobre sí, sin eclipsar la concurrencia de otros principios.

Hay una clara diferencia jerárquica entre lo que atañe a las administraciones y a los gobiernos locales y a lo que tenga un “interés nacional”. No obstante, tal y como ocurre con los derechos fundamentales de los connacionales, el núcleo esencial de la autonomía territorial tiene sus excepciones, fijados por la Constitución. Al mismo tiempo, la Carta Política garantiza el mínimo de autonomía territorial como su núcleo esencial. Este núcleo reúne derechos, atribuciones y facultades, dadas a las entidades territoriales y a sus autoridades, con tal de que estas marchen de la mejor manera posible, en el cumplimiento de sus funciones y en la

“prestación de los servicios a su cargo”. El límite máximo está inscrito en el artículo primero de la Constitución: límite como frontera política cuyo rompimiento implica salirse del Derecho Colombiano (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1258 de 2001).

A pesar de lo anterior, el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales comporta el ejercicio de funciones residuales, que difícilmente podría cumplir un Estado eminentemente centralista. Se podría asumir también, desde un punto menos atrabiliario y más optimista, que el núcleo esencial de la autonomía territorial es la herramienta por medio de la cual se pretende satisfacer las disímiles necesidades de una sociedad multicultural y pluriétnica.

Comúnmente es aceptado que, en el orden constitucional, la autonomía y la unidad son principios que permiten definir las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales, dotando a estas últimas de una especial y amplia competencia para la solución de los asuntos propios conforme a los artículos 287 y 288 de la Constitución (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1258 de 2001). Lo anterior toma un carácter más evidente cuando la Corte advierte sobre la protección de los derechos y las competencias de las entidades territoriales, dada ante cualquier intromisión arbitraria por parte de la Nación, pues son las entidades territoriales las que, por su cercanía, conocen más sobre las necesidades de la comunidad y de la región. La autonomía territorial no puede expandirse más allá de los Principios de Organización del Estado, pues se desligaría de la Unidad a la que pertenecen las entidades territoriales.

Sin embargo, la Corte contempla más allá de la principal manifestación de la autonomía de las entidades territoriales, materializada en la facultad de dirección política, pues las Entidades Territoriales deben concretar sus propios intereses por medio de la dirección administrativa (acorde con el artículo 287 Constitucional). La Autonomía no puede estar desvinculada de la Soberanía Popular ni de la Democracia Participativa, pues la presencia constante de la ciudadanía indica cuáles y cómo deben satisfacerse las necesidades colectivas, (dentro del marco trazado por los primeros tres artículos de la Carta Política). Por tanto, el Poder de Dirección de las Entidades Territoriales -como expresión del Principio De-

mocrático- es la piedra basilar para la consolidación de la autonomía, por medio de la cual la comunidad propone alternativas distintas a las hechas por el centro.

En aras de llegar a unas conclusiones parciales, la concepción de la Corte respecto de la autonomía territorial está orientada hacia un concepto de subordinación o jerarquización de principios: La Corporación concibe la autonomía de las entidades territoriales única y exclusivamente bajo el marco que establezca el legislador. Lo que se observa de las disertaciones de la Corte Constitucional es una especie de subordinación del principio de la autonomía territorial al principio unitario, en una clasificación en orden de importancia, según la principalística Constitucional.

Del análisis -contenido en las disertaciones de la Corte Constitucional- puede concluirse que la autonomía territorial se concreta, principalmente, en el poder de dirección administrativa y fiscal, ya que en materia tributaria se sujetará al tipo de renta de la que se trate. Es decir que, a pesar de la promocionada autonomía de los entes territoriales, la configuración tributaria se deberá hacer con sujeción a lo que la ley prescriba. Incluso, el Congreso de la República, quien determina la configuración tributaria municipal y de manera residual, le encarga a las entidades territoriales la administración de estos recursos. Esta circunstancia no tiene trascendencia: algo semejante ocurre con una renta exógena como los rubros presupuestales dirigidos por la administración central.

Colombia, a pesar de todo, aún se inscribe en un modelo con marcada tendencia centralista, dependiente del poder central a tal punto que este principio unitario desplaza, en asuntos puntuales, las competencias propias de las entidades territoriales. El legislador, de manera paulatina, ha creado figuras de tal tipo que le permiten a las entidades territoriales desprenderse de las funciones que le son connaturales, como la prestación de servicios públicos y la dotación de infraestructura. Así, el alcance del principio de la autonomía territorial no es más que un sofisma de distracción que se mueve bajo las preceptivas constitucionales y legales y que restringen, de manera considerable, el margen de acción de las entidades territoriales. Según la Corte, la Autonomía debe ser entendida de manera relativa -no absoluta- según la visión del Estado Social de Derecho, organi-

zado como República Unitaria (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1187 de 2000). Es concluyente que el ejercicio de las funciones administrativas de las entidades territoriales se da bajo una normativa cuyo contenido puede ser asimilable a la ley, dentro del reducto mínimo que el constituyente y el legislador les han conferido a estas, para proferir actos administrativos cuyo contenido respete la legalidad. No obstante, se regulan aspectos propios de la función administrativa, aspectos en los que al legislador le está vedado entrometerse. Esto implica que la competencia plena que la Carta le entrega al Congreso tiene excepciones. En términos de la Corte Constitucional, esta competencia no es exclusiva ni excluyente, en tanto se trate de distinguir asuntos nacionales de los que puedan involucrar a las entidades territoriales. El funcionamiento de las entidades territoriales se asemeja, de manera particular, a la forma organizativa de la nación, guardadas las proporciones de territorio y presupuesto.

Desde esta perspectiva lo que se advierte es que el criterio que determina, de alguna manera, la radicación de las competencias territoriales reside en la trascendencia territorial del asunto que se pretende regular, es decir: si las decisiones tienen un impacto meramente municipal o departamental, la competencia radicará exclusivamente en el organigrama funcional del respectivo municipio o departamento; si trasciende las fronteras del municipio o del departamento las funciones serán atribuibles a la entidad competente del orden nacional.

Valga decir que, sin importar el alcance de las competencias de la Nación, de los Municipios o de los Departamentos, siempre será necesario hacer uso de los principios del derecho para resolver asuntos que generen discusiones y conflictos; a pesar de tener cada escalón jerárquico acápites constitucionales taxativos, desarrollados por la legislación. Empero, la jurisprudencia constitucional todavía insiste en sostener la necesidad de restringir, limitar o deslindar las atribuciones de las entidades territoriales, para impedir que estas violenten el orden y la unidad nacional, por medio de la legislación, conservando así la autoridad del centro (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-306 de 2009).

AUTOGOBIERNO Y AUTONOMÍA POLÍTICA

En esencia, el autogobierno es la posibilidad que tienen las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias, elegidas a través del voto popular, con independencia de la voluntad de las autoridades nacionales y departamentales. Esta prerrogativa es una condición necesaria para el afianzamiento de la autonomía, puesto que la designación de los dirigentes, desde el centro hacia la periferia (La elección de alcaldes y gobernadores, por parte del Presidente de la República), conllevaba un abuso de poder y en la manifestación evidente de hacer nugatorio un principio constitucional.

Ciertamente, y durante los últimos veintidós años, la elección de gobernadores, alcaldes, asambleas y concejos municipales ha sido una atribución que sin duda ha marcado el devenir de las entidades territoriales. No obstante, las iniciativas -en materia de políticas públicas- deberán adecuarse a los instrumentos de planificación regional, dando como resultado la vigencia de tendencias centralistas, detentadoras de un máximo poder que coarta las iniciativas individuales de las entidades territoriales.

AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA

De la mano de la anterior prerrogativa constitucional, las entidades territoriales tienen la facultad de definir la estructura orgánica del departamento y del municipio, fijando las escalas salariales y, en general, al crear, modificar y liquidar las entidades y los empleos públicos sometidos a su jurisdicción. Resulta claro que la injerencia del poder central en estos asuntos está excluida del ordenamiento jurídico nacional, sin que exista una prolija discusión en torno a las facultades de autogobierno y autonomía administrativa.

Si se parte del supuesto de que no tiene sentido dotar de autonomía a las entidades territoriales, si estas no van a contar con recursos para adoptar las decisiones que, en su criterio, deban efectuarse, ¿cómo se moderniza el situado fiscal de las entidades territoriales para hacer viable la consolidación real del principio de la autonomía territorial?

AUTONOMÍA FISCAL

El constituyente estableció, como fundamento del sistema tributario territorial, una competencia plena para el legislador, con excepción de las contribuciones por valoración y la propiedad inmueble. La competencia residual, atribuible a las entidades territoriales, radica en que estas podrán adoptar, desarrollar e imponer, a través de los actos administrativos correspondientes, los tributos que previamente han sido creados por el Congreso de la República.

Lo anterior no excluye la creación de importantes mecanismos que fortalecen la autonomía fiscal de las entidades territoriales. Con todo, dicha autonomía se encuentra sujeta a los mandatos de la Constitución y la ley, de acuerdo con el principio de legalidad y el artículo 150 constitucional, numeral 12, el cual señala que es función de la ley “establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales”. Igualmente, tanto las asambleas departamentales como los concejos municipales podrán decretar o votar contribuciones o tributos locales de acuerdo con la ley (y en consonancia con la misma Constitución, artículos 300 -numeral 4-, 313 -numeral 4- y 338).

A pesar de lo anterior, y pese a la potestad plena del legislador, el Tribunal Constitucional Colombiano previno sobre la existencia de límites en el ejercicio de la misma. Se prohíbe tanto la existencia, mediante ley, de exenciones o tratamientos preferenciales, relacionados con los tributos de propiedad de los entes territoriales; como de recargos sobre los impuestos, excepto a los referidos -en el artículo 294 constitucional- a la contribución de valorización (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 1993).

En virtud de lo anterior, la Constitución de 1991 le concedió una especial protección a las rentas territoriales, al consagrar reglas como las de la propiedad exclusiva de las rentas y bienes, el no traslado de los recursos de entidades territoriales a la nación y la prohibición de conceder exenciones e imponer recargos en los impuestos. No obstante, siempre se debe tener en cuenta que los municipios, en materia impositiva, no tienen soberanía tributaria para la creación de impuestos, pues dicha autoridad

está limitada, según la Alta Corporación. “Sin embargo - -discurre esta- no se puede desconocer su total autonomía en lo que se refiere a la administración, manejo y utilización de los recursos tributarios que recauden por concepto de impuestos directos e indirectos” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-467 de 1993).

Por otro lado, no puede perderse de vista que, a pesar de las prerrogativas de la Carta en materia tributaria para las entidades territoriales, el estado unitario sigue siendo una de las piedras angulares del Estado Colombiano: La facultad impositiva de las entidades territoriales continúa siendo residual; sin que esto sea contrario a que estas puedan seguir percibiendo rentas por medio de los bienes o de los servicios dados de manera autónoma. Igualmente, las entidades territoriales tienen el derecho -protegido constitucionalmente- a participar en las rentas nacionales.

Tampoco hay que dejar de lado la potestad, por parte de las mismas entidades territoriales, de hacer obligatorios los tributos dentro de su jurisdicción. Dicho poder es manifestación de la autonomía financiera -y de su afirmación, por medio de la adecuación entre las necesidades y los fines de la periferia-: autonomía que se extiende al establecimiento o a la supresión de los tributos, bajo la autorización de la ley (y de acuerdo con los artículos 300 -numeral cuarto- y 313 -numeral cuarto-) (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-219 de 1997).

En materia tributaria las preceptivas constitucionales son enfáticas al establecer que, entre la capacidad impositiva del legislador y la capacidad impositiva de las asambleas y los concejos municipales, existen unas limitaciones recíprocas: las corporaciones territoriales no pueden crear, a su antojo, tributos dentro de sus ámbitos territoriales, sin antes revisar si el legislador autorizó su creación, disponiendo parámetros generales sobre los que debe basarse. A la vez, el legislador tampoco tiene una capacidad impositiva absoluta, como consecuencia de la prohibición de disponer de los bienes y rentas de las entidades territoriales (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-346 de 1997).

Según el panorama anterior, no existe una autonomía fiscal absoluta, por parte de las entidades territoriales. Sin embargo, debe admitirse que el documento constitucional vislumbra una tendencia marcada al reconocimiento de ciertos derechos, en pro de la materialización de la autonomía territorial como principio constitucional fundante del Estado colombiano: circunstancia que posibilita la legitimación del poder autonómico de los entes territoriales. Aun así, la discusión en torno a las facultades impositivas y tributarias de las entidades territoriales no se agota en la limitación recíproca entre estas y el legislador: además, debe incluirse la clasificación de la Corte Constitucional en esta misma materia.

En Colombia, las entidades territoriales no sólo tienen la posibilidad de cumplir sus cometidos, con fundamento en los rubros presupuestales provenientes de las rentas y tributos que, por disposición de la carta, se le atribuyeron. Las entidades territoriales, además, acceden a otros recursos provenientes de la participación de las rentas nacionales: las transferencias, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, entre otros mecanismo diseñados por el legislador. En virtud de estas fuentes de financiación la Corporación Constitucional clasificó las rentas según su origen. Así las cosas, si se trata de recursos propios, fruto de la imposición de tributos territoriales, se conocerán como fuentes endógenas y, si se trata de recursos provenientes de fuentes externas, se conocerán como fuentes exógenas (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. C-447 de 1998).

La utilidad práctica de esta clasificación tiene el fin de determinar la línea limítrofe hasta donde podrá interferir el legislador. Si se trata de recursos endógenos la interferencia del legislador se reduce a su mínima expresión. Lo contrario sucede con los recursos exógenos, los cuales admiten una mayor injerencia, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad de cada medida en concreto (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-035 de 2009).

La jurisprudencia admitió que los elementos de la obligación tributaria sean determinados por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales; pero dentro de unos parámetros mínimos que

deben ser señalados por el Congreso. Estos parámetros mínimos, según se desprende de la jurisprudencia, son dos: (i) la autorización del gravamen por el legislador, y (ii) la delimitación del hecho gravado con el mismo. De irrespetarse ese reducto mínimo de las entidades territoriales se incurriría en la violación de la autonomía territorial en materia tributaria.

El Principio de la Certeza del Tributo -como orientación para la precisión legal de la obligación tributaria y sus elementos- va vinculado al principio de autonomía territorial, al momento de imponer los gravámenes necesarios para la realización de las gestiones de los entes territoriales. A pesar de la tensión formal entre ambos principios, no puede ignorarse la prevalencia de la unidad económica, que integra la fiscalidad entre lo nacional y lo territorial, para que la tributación no se atome⁵.

LA LEY DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

La ley 1454 de 2011 *“por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*, contiene instrumentos que son la ratificación de un modelo de autonomía territorial lleno de buenas intenciones pero aún tímido e incipiente.

En efecto, las cláusulas de ese cuerpo normativo contienen los principios rectores que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia, para departamentos, municipios, que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio. Llama la atención el numeral 2 del artículo 3 cuyo tenor literal señala: *“2. Autonomía. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley”*. Esta preceptiva, confirma el legislador, sigue siendo tímido para dotar a los departamentos y municipios de verdaderas herramientas que faciliten una verdadera autonomía, pues decir que esta se someterá a la Constitución y la ley, implica limitar de alguna manera el avance de esta prerrogativa.

⁵ Para una mayor ilustración ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 2002. (M.P. Jaime Araujo Rentería); Sentencia C-121 de 2006. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Línea jurisprudencial recogida en la sentencia C-414 de 2012. (M.P. Mauricio González Cuervo).

CONCLUSIONES

En la actualidad, es un hecho notorio que las instituciones jurídicas están en constante modernización, en constante cambio. No obstante, pareciera que Colombia estuviera al margen de tales rectificaciones (o dirigiéndose hacia sendas diferentes, que otros países latinoamericanos ya han recorrido).

El país, desde el punto de vista territorial, tiene pendiente la implementación de una reingeniería de algunas de sus cláusulas constitucionales en materia territorial. Actualmente, algunas de las instituciones jurídicas deben ser objeto de revisión, junto con las disposiciones constitucionales que las implantaron, las cuales deben seguir el devenir histórico de la nación -si bien las entidades territoriales autónomas respondieron satisfactoriamente a una coyuntura social y política-.

La Constitución de 1991 fue un avance en temas de suprema importancia; pero sus propósitos, enfocados hacia una mayoría de edad estatal -y afianzados en la organización de Regiones potencialmente aptas, para impulsar la economía de la nación- se han visto truncados. Por el contrario, por su inclinación centralista, la Carta Constitucional ha servido para coartar la libertad de la periferia, generando una dependencia paternalista, en asuntos de hacienda, casi inevitable en el desarrollo vigente de los territorios. Las regiones todavía recurren al Estado Central para -verbigracia- la realización de obras de infraestructura, supliendo la insuficiente capacidad presupuestal en la que se haya la mayoría de las entidades territoriales.

Un modelo que potencie las capacidades de cada región no es contrario a los postulados de coherencia que deben caracterizar a un Estado. El monismo ideológico y metodológico no puede servir de supuesto para el fortalecimiento de las capacidades de los asociados, para el impacto determinante en la calidad de vida de los asociados.

De las discusiones abordadas en este trabajo se concluye que la autonomía residual se funda sobre un andamiaje normativo e institucional, dado a las entidades territoriales, y elaborado para: 1) liberar al Estado

Central de su incapacidad al momento de responder a las necesidades de la periferia y 2) reconocer las disímiles condiciones de cada entidad territorial.

Lo que tenemos en Colombia es un modelo autonómico, pero con tendencia eminentemente centralista, apoyado -de buena fe- por la Corte Constitucional, tratando ella de defender la Carta Política, interpretándola “armónica e integralmente”, al evidenciarse que la autonomía territorial no puede expandirse más allá de los Principios de Organización del Estado, pues se desligaría de la Unidad a la que pertenecen las entidades territoriales. La concepción de la Corte respecto de la autonomía territorial está orientada hacia un concepto de subordinación o jerarquización de principios: la Corporación concibe la autonomía de las entidades territoriales única y exclusivamente bajo el marco que establezca el legislador. Lo que se observa de las disertaciones de la Corte Constitucional es una especie de subordinación del principio de la autonomía territorial al principio unitario, en una clasificación en orden de importancia.

La sociedad colombiana, en relación con los circunvecinos, todavía necesita una mayor modernización de sus estructuras, una modernización constitucional que propenda realmente por el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes de acuerdo con sus paradigmas.

El tipo de Estado en el que vivimos está lleno de matices, de aristas y de una cantidad de principios e instituciones jurídicas que, en ocasiones, lo hacen ininteligible. Para entender el tipo de Estado Unitario que se implantó es necesario comprenderlo desde las instituciones de la descentralización, desde sus diferentes especies (descentralización territorial, por servicios, etc.) y, además, desde los principios de la función pública: de coordinación, transparencia, economía y demás. Tan difícil es el modelo que adoptamos que es necesario acudir a instrumentos complejos de interpretación para entender su alcance, su origen o su dimensión ¿podremos, en definitiva, aceptar que es un modelo avanzado, capaz de resolver los más disímiles conflictos de competencia?

REFERENCIAS

Altamira, R. (1946). *Manual de Historia de España*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Burdeau, G. (1981). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Madrid: Editorial Nacional Cultura y Sociedad Torregalindo.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política, Bogotá: 1991.

Colombia, Congreso de la Republica (2011). Ley 1454, *Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, 15 de septiembre). "Sentencia C-517", Magistrado Ponente Angarita Barón, C., Bogotá. Colombia, Corte Constitucional (1993, 14 de enero). "Sentencia C-004". Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993, 21 de octubre). "Sentencia C-467". Magistrado Ponente Gaviria Díaz, C., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1993, 25 de noviembre). "Sentencia C-545" Magistrado Ponente Arango Mejía, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995, 9 de noviembre). "Sentencia C-506". Magistrado Ponente. Gaviria Díaz, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 17 de abril). "Sentencia C-195". Magistrado Ponente Isaza de Gómez, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 24 de abril). "Sentencia C-219". Magistrado Ponente Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 5 de junio). "Sentencia C-284". Magistrado Ponente Barrera Carbonell, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 22 de julio). "Sentencia C-346". Magistrado Ponente Barrera Carbonell, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, 13 de agosto). "Sentencia C-373". Magistrado Ponente Morón Díaz, F., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998, 26 de agosto). "Sentencia C-447". Magistrado Ponente Gaviria Díaz, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, 13 de septiembre). "Sentencia C-1187". Magistrado Ponente Morón Díaz, F., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001, 5 de junio). "Sentencia C-579". Magistrado Ponente Montealegre Lynett, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia (2001, 31 de octubre). "Sentencia C- 1146". Magistrado Ponente Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia (2001, 29 de noviembre). "Sentencia C- 1258". Magistrado Ponente Córdoba Triviño, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, 26 de febrero). "Sentencia C-127". Magistrado Ponente Beltrán Sierra, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, 18 de julio). "Sentencia C-538". Magistrado Ponente Araujo Rentería, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2006, 22 de febrero). "Sentencia C-121". Magistrado Ponente Monroy Cabra, M. G., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2007, 14 de noviembre). "Sentencia C-957". Magistrado Ponente Córdoba Triviño, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2009, 27 de enero). "Sentencia C-035". Magistrado Ponente Monroy Cabra, M. P., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2009, 29 de abril). "Sentencia C-306". Magistrado Ponente Henao Pérez, J. C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2012, 6 de junio). "Sentencia C-414". Magistrado Ponente González Cuervo, M., Bogotá.

Faya Viesca, J. (1987). *Visión Histórica del Municipio como Institución Política*. En <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/4/aem/aem3.pdf> [Consultado el 23 de Mayo de 2013].

Henao Hidrón, J. (1993). *El Poder Municipal*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Martins, O. (1951). *Historia de la Civilización Ibérica*. Buenos Aires: Imprenta de F. y M. Mecantali.

Rodríguez, L. (2012). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.

ARTÍCULOS
ARTICLES

ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS

EL TRABAJO DECENTE: UN OBJETIVO A ALCANZAR PARA MEJORAR SIGNIFICATIVAMENTE LA CALIDAD DE VIDA EN AMÉRICA LATINA, COLOMBIA Y ESPECÍFICAMENTE EN LA COMUNA SAN JOSÉ EN MANIZALES*

DECENT WORK: A GOAL TO REACH TO SIGNIFICANTLY IMPROVE THE QUALITY OF LIFE IN LATIN AMERICA, COLOMBIA AND SPECIFICALLY THE SAN JOSE COMMUNE IN MANIZALES

*Adriana Cutiva Suárez***

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2014 - **Fecha de aprobación:** 22 de agosto de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

Cutiva Suárez, A. (julio – diciembre, 2014). El trabajo decente: un objetivo a alcanzar para mejorar significativamente la calidad de vida en América Latina, Colombia y específicamente en la comuna San José en Manizales. *Summa Juris*, 2(2), 304-333.

Resumen

Las altas tasas de pobreza y pobreza extrema en América Latina y el mundo, al igual que el incremento de los índices de desigualdad y trabajo precario, expresan los problemas por los cuáles se han venido discutiendo distintas salidas en los últimos tres decenios. En esa medida, se ha propuesto por parte de algunas organizaciones, consolidar en el contexto mundial y latinoamericano, una política pública de superación de la pobreza a través de la generación de trabajo decente como medio eficaz para alcanzar una vida digna.

* Este artículo fue desarrollado en el marco de la investigación sobre el trabajo como categoría para medir la pobreza en la comuna San José del Municipio de Manizales, liderada por el Colectivo de Investigación sobre la Realidad Social Antonio García, del cual hace parte activa la autora.

** Administradora de Empresas, Universidad Nacional de Colombia y Socióloga, Universidad de Caldas; contratista de la Corporación Autónoma Regional de Caldas, docente catedrática y miembro del colectivo de investigación sobre la Realidad Social Antonio García. Correo electrónico: adrianacutiva@gmail.com

La fuerte asociación entre precarización del trabajo y pobreza, advertida en los trabajos académicos y políticos en el continente, ha generado una discusión en torno a los efectos del modelo de desarrollo económico y las alternativas reales que tienen los países para escapar a la pobreza. En el caso Colombiano, la apuesta por la superación de la pobreza y el desempleo, se ha condicionado al desarrollo de políticas macroeconómicas que aún no alcanzan para cumplir las metas de erradicación de la pobreza en el marco de los objetivos del milenio.

En el caso particular de la ciudad de Manizales, el Macroproyecto de Renovación Urbana de la Comuna San José, es uno de los ejemplos de cómo la política pública para superación de la pobreza no se ha encaminado a la generación de trabajo decente. Su mal diseño y peor ejecución ha incrementado por el contrario el empleo informal y el rebusque al tiempo que ha profundizado aún más las condiciones de pobreza por los impactos negativos sobre los habitantes y sus modos de vida.

Palabras Clave: Pobreza Extrema, Trabajo Decente, Política Pública, Renovación Urbana, Empleo Informal, Participación Ciudadana.

Abstract

High rates of poverty and extreme poverty in Latin America and the world, as well as increased rates of inequality and precarious work, expressed the problems which, the last three decades, have been discussing possible ways out. Some organizations have proposed consolidating in the world and in Latin America, a public policy to overcome poverty through the creation of decent work as an effective means to achieve a decent life context.

There has been a warning in academic and policy making environments throughout the continent which has generated a discussion of the effects of the economic development model and the real alternatives for countries to escape poverty. In the Colombian case, the effort to overcome poverty and unemployment, has been conditioned to the development of macroeconomic policies that do not yet meet the goals of eradicating poverty under the Millennium Development Goals.

In the specific case of the city of Manizales, the Urban Renewal Macro project San Jose Commune, is an example of how public policy to overcome poverty is not aimed at creating decent jobs. Poor design and worse performance, on the contrary, has increased informal employment while it has further deepened poverty because of the negative impacts of these on the people and their livelihoods.

Keywords: Extreme Poverty, Decent Work, Public Policy, Urban Renovation, Informal Employment, Citizen Participation.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene el propósito de advertir los efectos de la implementación de la política de renovación urbana en la Comuna San José de la ciudad de Manizales, como un ejemplo de la ineficiencia de las políticas públicas para superar la pobreza, el desempleo y la inequidad, pactadas desde el plano internacional y llevadas a cabo a través de los programas de gobierno en Colombia sin generar cambios estructurales en el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.

Se asume que los cambios deben ser estructurales, la atención a la población de la Comuna debe ser integral, superando las tendencias actuales de asistencialismo del gobierno municipal, del activismo que no remueve las raíces de la pobreza y la pobreza extrema imperantes en la Comuna San José.

El texto se divide en cuatro partes básicas, comenzando por una exposición general de las discusiones frecuentes alrededor de la producción y la superación de la pobreza en América Latina y su relación con el trabajo en los últimos 20 años; en ese marco, han aparecido gran cantidad de discursos, tratados y políticas por parte de organismos internacionales con el propósito de erradicar la pobreza, advirtiendo allí el vínculo crucial que existe entre el trabajo y la posibilidad de lograr una salida digna de la pobreza, siendo esta relación la clave para lograr mejores condiciones de vida, bienestar social y riqueza.

De igual modo se advierte que el aumento creciente de la pobreza y el desempleo, particularmente en los países subdesarrollados de América Latina, ha expresado la poca efectividad que ha tenido el impulso de las políticas promulgadas desde organismos internacionales, precisamente por las dificultades que presenta la construcción de dichas políticas públicas en cada país en donde se soslaya especialmente la necesidad de promover el trabajo decente para que las personas puedan alcanzar una vida digna.

Un segundo momento es dedicado a exponer algunas de las implicaciones generales del modelo económico neoliberal en América Latina y en Colombia en donde la desestabilización de la economía vía flexibilización del mercado y la falta de voluntad política para construir políticas sociales reales, han contribuido a que el proceso para la reducción de la pobreza y la generación de trabajo decente sea un proceso que avanza lentamente.

En tercer lugar, se advierte el papel que ha llevado a cabo Colombia respecto al cumplimiento de los Objetivos del Milenio (ODM) para combatir la pobreza y el desempleo, dando cumplimiento a los pactos establecidos en el contexto de América Latina; sin embargo, las cifras muestran que difícilmente se alcanzarán las metas trazadas para cumplir en el año 2015, especialmente el de reducir la pobreza que afecta a casi la mitad de la población.

En ese sentido, Colombia va rezagada en la tarea de generar empleo decente, siendo el país que ocupa los primeros lugares en América Latina en desigualdad y desempleo. Así mismo, es donde más ha perdido representatividad el empleo asalariado y por lo cual se ha incrementado el trabajo por cuenta propia, con altas tasas de informalidad, precarias condiciones de trabajo y bajo número de cotizantes a la seguridad social.

Posteriormente, el texto presenta la tendencia desde el gobierno colombiano por apostarle a políticas públicas vinculadas con los asuntos de renovación urbana desde el concepto de “ciudades amables” equitativas y sostenibles como motor del desarrollo económico, que permite mejorar la calidad de vida de las personas y por tanto contribuye a la superación de la pobreza y desempleo en el país.

Desde esa perspectiva, en la parte final de este escrito, en su cuarta parte, se presentan los efectos centrales de la implementación del macroproyecto de renovación urbana en la comuna San José de Manizales. En esta última parte se realiza una caracterización de la Comuna, producto de la reciente investigación (2012) realizada por el Colectivo de Investigación sobre la Realidad Social Antonio García en lo concerniente al trabajo como categoría que permite medir la pobreza y calidad de vida de la gente.

La Comuna San José se define en lo esencial por el trabajo precario que realiza la gran mayoría de sus habitantes y que se relaciona directamente con los altos niveles de pobreza y pobreza extrema que allí se encuentran. A pesar de la importancia histórica de este lugar en el proceso de construcción de la ciudad de Manizales, la política pública de renovación urbana no ha sido amable con este sector de la ciudad en tanto ha contribuido a mantener y en algunos casos a empeorar las condiciones de vida de la gente.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TRABAJO Y SU CONTRIBUCIÓN PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA EN EL MUNDO

Entre los asuntos de mayor trascendencia económica, social y política en el mundo durante los últimos 20 años, se han situado los de la producción y superación de la pobreza y desigualdad según informes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Global para el Desarrollo y Lucha contra la hambruna (OXFAM) y el Centro de Información de las Naciones Unidas (CINU). De acuerdo con las estimaciones realizadas, más de 1.200 millones de personas en el planeta viven en situación de miseria¹, sumado los 2.800 millones de personas, cerca del 60% de la población mundial, que vive en la pobreza (CINU, 2012).

En el caso de América Latina, según el mismo reporte del CINU (2012) cerca de 167 millones de personas viven en la pobreza, en tanto que, su poder adquisitivo se estima en dos o menos dólares al día y 66 millones de personas se encuentran en la miseria o pobreza extrema, es decir, que viven con menos de un dólar al día.

Así mismo, en el año 2013 el Foro Económico Mundial situaba el aumento de la desigualdad en los ingresos como una de las mayores amenazas en el mundo. Cerca de la mitad de la riqueza mundial está en manos del 1% de la población, mientras que la otra mitad se reparte entre el 99%

¹ La estimación corresponde a las medidas de pobreza absoluta diseñadas por el Banco Mundial para realizar comparaciones internacionales basándose en el concepto de la mínima subsistencia de vida que puede tener una persona. De acuerdo con el poder adquisitivo per cápita, se estima que son pobres las personas que disponen de solo dos dólares por día, y que están en pobreza extrema, indigencia o miseria las que tienen un solo un dólar.

restante; esta extrema concentración de la riqueza afectará negativamente el crecimiento económico, la reducción de la pobreza y multiplicará los problemas sociales, según indica la OXFAM (2014).

En ese contexto, superar la pobreza y la pobreza extrema en el mundo, se ha convertido en uno de los grandes desafíos por parte de varias organizaciones como la ONU, la OIT y organizaciones en la Unión Europea (UE) que desde hace varios años, específicamente desde la década de 1990 han insistido de manera formal en la necesidad de configurar en todos los países, medios eficaces para acabar con la pobreza. De allí han derivado principalmente dos asuntos; por un lado la declaración de los Objetivos del Milenio de las Naciones Unidas y por el otro, el Pacto Mundial para el Empleo.

Los ocho Objetivos del Milenio pactados en la Cumbre de las Naciones Unidas por 184 países en el año 2000 plantean una serie de metas universales que se esperan alcanzar hacia el año 2015 y que se centran fundamentalmente en la reducción de la pobreza, igualdad de género, garantía de enseñanza primaria universal, combatir la propagación del SIDA y generar sostenibilidad ambiental, entre otras, siendo la reducción de la pobreza uno de los mayores desafíos.

El Pacto Mundial para el Empleo realizado en el año 2009 en la Convención Internacional del Trabajo, consistió en la necesidad de implementar como una política global, la promoción de empleo a partir de la creación de elementos para un *trabajo decente*, como uno de los medios más eficaces para lograr la superación de la pobreza y la desigualdad.

Sobre este concepto de trabajo decente ha trabajado principalmente la OIT (2009) que lo define como:

El amplio objetivo de que mujeres y hombres tengan oportunidades de empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. Su abordaje considera tanto las dimensiones laborales como extra laborales, y establece un puente entre trabajo y sociedad. La meta de fondo es que mejoren las condiciones de vida de todas las personas (p. 24).

Este discurso alrededor de la creación de *trabajo decente* tiene como objetivo fundamental, salir de la pobreza a través de la generación de empleo de calidad, que permita alcanzar mejores condiciones de vida para la gente permitiéndoles vivir tranquilamente, alcanzar una vida digna, disminuir la discriminación y contar con protección social que permita una estabilidad laboral (OIT, 2009).

En ese sentido se ha considerado, desde las producciones académicas² y discursos políticos implementados por las organizaciones mencionadas anteriormente, que el trabajo es el componente más importante de la vida de una persona, en tanto que gran parte de las necesidades materiales básicas como el alimento, el vestido y la vivienda, entre otras, se satisfacen a partir del trabajo; cuando se carece de este, se presentan grandes dificultades para que las personas puedan garantizar esos mínimos vitales³ y otros bienes secundarios⁴ que contribuyan a tener una calidad de vida digna.

De allí, que en varios trabajos, como los realizados por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO finalizando el siglo XX y a comienzos del XXI, indiquen una fuerte articulación entre la producción de la pobreza con el desempleo y la precarización del trabajo, en América Latina y el mundo (Neffa, 2005).

En ese sentido, el objetivo de superar la pobreza por medio de la creación de trabajo decente implica uno de los mayores desafíos por parte de los países del continente, al tener que asumir compromisos políticos y económicos que se validen alrededor de una política sostenible en el tiempo de lucha contra la pobreza, siendo en esta parte donde se encuentran grandes dificultades para aplicarla y concretarla (OIT, 2003, p. 24).

² Se hace referencia a los estudios e investigaciones generadas desde la CEPAL, la ONU y la OIT sobre la pobreza en el mundo y las estrategias para su erradicación, principalmente desde los años 1990, propiciando sendas investigaciones sobre el tema por parte de otras instituciones como CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales).

³ Se caracterizan como aquellas cosas que son necesarias para garantizar la supervivencia de las personas.

⁴ Se entienden como aquellos bienes que no son vitales pero que llegan a ser necesarios para el desarrollo de una persona, como por ejemplo, la educación.

LOS PRINCIPALES PROBLEMAS PARA CONSTRUIR POLÍTICAS CONTRA LA POBREZA

Son varios los problemas que se presentan a la hora de formular políticas públicas para erradicar la pobreza, de acuerdo con lo planteado por Kliksberg (2000). El autor, destaca entre otros, su continua minimización como problema social, el condicionamiento de su éxito a políticas económicas y la desvalorización de la sociedad civil como actor fundamental en la construcción de dichas políticas.

En el primer caso, el problema de la pobreza se ha convertido en la mayoría de los casos, en un asunto de resolución de necesidades básicas o de supervivencia de la población, que si bien es cierto hacen parte de la solución, desconoce conceptos importantes en el marco de la política social como el bienestar, progreso, calidad de vida y desarrollo social, que suponen romper con los ciclos reproductivos de la pobreza. Es decir, desconoce la necesidad de trabajar de manera estructural en la erradicación de las causas de generación de la pobreza (Álvarez, 2005).

En el segundo caso indica el autor, la orientación de la mayoría de políticas públicas se ha anclado en el crecimiento económico; en varias evaluaciones realizadas sobre la pobreza, durante estas décadas⁵, distintos organismos coincidían en que el crecimiento económico era una de las salidas a la pobreza en tanto garantizaba mayores empleos, mejor productividad, salarios elevados y distribución funcional del ingreso, lo que se expresaría luego en bienestar para la gente (Kliksberg, 2000). De ese modo, la política pública para superar la pobreza ha venido relegándose como complemento de otras políticas económicas en donde se condiciona su éxito, al buen funcionamiento de la economía. Sin embargo, advierte Neffa (2005) que durante el mismo periodo y comenzando el siglo XIX, al contrario de lo que se esperaba, el crecimiento económico en el continente latinoamericano estuvo a la par con el desempleo, el subempleo, la precariedad y la proliferación de los empleos en sectores informales, intentando demostrar con esto que la superación de la pobreza no necesariamente estaba asociada al éxito económico.

⁵ El autor hace referencia a finales de los años 1990.

En ese sentido, dada la relevancia que se le ha otorgado al factor económico como motor para la superación de la pobreza, por parte de algunos gobiernos, se ha venido desvalorizando la participación de la sociedad civil y la apertura de escenarios democráticos que le permita a los ciudadanos ser actores fundamentales en la construcción de salidas a los problemas sociales presentes en los distintos países.

2. IMPLICACIONES GENERALES DEL MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA: REESTRUCTURACIÓN DEL TRABAJO Y REPRODUCCIÓN DE LA POBREZA

Algunas referencias principalmente del siglo XXI, indican que la mirada de los discursos académicos desde CLACSO-CROP, así como los especialistas en economía de la CEPAL, por ejemplo, giraron en torno a examinar las condiciones económicas, políticas y sociales que han propiciado de alguna manera la producción y aumento de la pobreza en el mundo y especialmente en América Latina.

En ese escenario, se han tenido en cuenta principalmente los efectos producidos en momentos importantes dentro del escenario latinoamericano tales como, el proceso de industrialización conocido también como el modelo de sustitución de importaciones y el proceso de modernización relacionado con los discursos sobre el desarrollo del momento. De allí se derivaron cambios sustanciales para los países del continente que favorecieron en alguna medida el desarrollo de la pobreza (Álvarez, 2005, p. 20).

Se advierte además, que para el desarrollo de la pobreza hubo cierta contribución desde los discursos económicos y de los entes gubernamentales producidos principalmente finalizando la década de los años 1970, que consideraron la pobreza tan solo, como una situación, que implicó una serie de políticas orientadas a la compensación de asuntos básicos para la supervivencia; situación que se originó, según plantean, por los efectos no queridos, de las reformas políticas y económicas del momento y que, reprodujeron la pobreza (Álvarez, 2005, p. 21).

Sin embargo, la mayoría de los análisis que tratan de explicar la producción de la pobreza en América Latina han volcado su mirada al modelo de producción capitalista como el gran propiciador, y muy especialmente a la condición del trabajo bajo esta estructura, que ha implicado una reformulación de las condiciones laborales.

Este modelo comenzó como el motor del progreso para varios países en Europa que fueron implementando su desarrollo económico, en la medida que hubo inclusión de la tecnología y las innovaciones científicas, como fue característico desde mediados del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX. Esto no solo contribuyó al progreso en términos productivos, sino que además generó importantes cambios en la concepción del trabajo y la estructura organizacional de las empresas (Neffa, 2005, p. 194).

Sin embargo, los efectos producidos por la crisis de los años setenta, generada por la crisis energética, debilitó seriamente, lo que había logrado hasta el momento en la política social del sistema de bienestar. Esta situación provocó una crisis que afectó el sistema político, facilitando la cabida de las premisas neoliberales, que consideraban incompatibles los principios del Estado de Bienestar con el progreso económico (González, 2009).

También en los años ochenta, especialmente para los países de América Latina, se requirió la aplicación de ajustes macroeconómicos con el fin de generar mayor estabilidad económica, ante el periodo largo de recesión. Estos cambios forzados además, por la necesidad de insertarse a la lógica del mercado internacional⁶, dependiendo de la mejora en las condiciones económicas internacionales para garantizar en parte el crecimiento económico nacional.

Ante estos procesos de ajuste⁷, el trabajo y las condiciones del empleo se vieron fuertemente afectados; lo que habían logrado los países latinoamericanos en términos de estabilidad, en décadas anteriores, co-

⁶ Finalizando los años ochenta, fueron también importantes para América Latina, los efectos producidos por las políticas económicas instauradas por organismos financieros internacionales, a través del llamado “Consenso de Washington” que pretendía en esencia, liberalizar el mercado como mecanismo para lograr el desarrollo económico de los países latinoamericanos.

⁷ Las formas precarias de contratación que se expresan en la insuficiencia de salarios, falta de seguridad social y cortos periodos de duración de los empleos.

menzó a reestructurarse generando la crisis del trabajo que condujo finalmente a un problema generalizado que se expandió a la mayoría de países: la pobreza.

Sin embargo, el problema de la pobreza no necesariamente está asociado a las condiciones de desempleo de la población de un país, así sean de algún modo promovidas desde allí. Según datos de la OIT en 2012, en América Latina hay 127 millones de personas trabajando en condiciones de informalidad, la cual se asocia directamente con la pobreza y desigualdad.

En algunos de los estudios revisados por Neffa (2005) se concluye que

la inmensa mayoría de los pobres tiene problemas de empleo, ya sea porque han sido despedidos, porque sólo han transitado entre empleos precarios y temporales, o simplemente porque nunca pudieron acceder a un empleo debido a su bajo nivel de instrucción, la falta de formación profesional, la discriminación con respecto a su origen geográfico, sexo, raza, su bajo "capital social" (p.202).

Pero cada vez más se está en presencia de "pobres que trabajan" (*working poors*), o mejor dicho de personas que "son pobres a pesar de que trabajan" (Neffa, 2005, p. 203).

Esta situación se produjo por los procesos de desindustrialización y tercerización de la economía por efectos de la globalización, que generó cada vez menor cantidad de empleos estables con buenos salarios que garantizaran al trabajador su bienestar. Por un lado, la disminución de la oferta de empleos desde el Estado, y por el otro, las pocas alternativas que ofrece el sector privado para contrarrestar las falencias del aparato estatal (Ziccardi, 2002).

De ese modo el empleo informal, se convirtió en la única posibilidad de encontrar o crear fuentes propias de ingresos, obligando a las personas a emplearse en trabajos de mala calidad, inestables, con bajos ingresos y sin protección social incrementando con esto la informalidad en los países latinoamericanos.

3. COLOMBIA Y LOS OBJETIVOS DEL MILENIO PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA

En el año 2000, Colombia hizo parte del grupo de países del mundo que asumieron el gran desafío de erradicar la pobreza en el mundo antes de 2015. Se comprometieron a cumplir con los ocho objetivos de desarrollo del milenio (ODM) trazando metas específicas en reducción de la pobreza, educación, salud, equidad de género, sostenibilidad ambiental y alianzas para el desarrollo. Sobre la base de estos pactos, cada país construyó la línea base de su realidad nacional y definió las dimensiones sobre las cuales trabajaría para lograr los propósitos expuestos.

Dentro de los propósitos considerados en Colombia respecto al cumplimiento de estos ODM, se planteó la construcción de una metodología que hiciera seguimiento a la pobreza y buscara alternativas para erradicarla que se puedan ajustar al marco de las políticas públicas. De allí nació precisamente la MESEP⁸ que se encargó de plantear las metas y estrategias para llevar a cabo a partir del año 2005.

La base fundamental para el cumplimiento de este objetivo por parte de la MESEP, se orientó hacia la consolidación de una política macroeconómica que contribuyera al aumento sostenido de la productividad del país y por tanto, creara el escenario propicio para la generación del empleo.

En ese sentido, las políticas públicas en el país para la superación de la pobreza se enmarcaron más bien en el fortalecimiento de una política económica; la creación de trabajo decente, más allá de lo que se plantean en el plano internacional, no aparece como un objetivo explícito ni una política pública específica, sino más bien, el resultado de un buen manejo de la política macroeconómica que traiga consigo crecimiento económico y aumento de la productividad, que permita por tanto generar puestos de trabajo.

⁸ Misión para el Empleo de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad.

Sin embargo, el país aún no avanza de manera significativa en la superación de la pobreza, como tampoco en la generación de trabajo decente. En el año 2012 según el DANE la tasa de pobreza se ubicó en el 32.7% en comparación con el año anterior que fue de 34.2%; así mismo, la pobreza extrema pasó del 10.6% al 10.4% en 2012. Para el 2015 se estima en Colombia una tasa de 28% de pobreza y 8,8% de pobreza extrema.

Por otro lado, el país para el año 2013 tuvo la tasa de desempleo más alta en América Latina con el 10.6%, a pesar de que ha venido disminuyendo en los últimos años. Esto contrasta con el aumento acelerado de la informalidad laboral que para el año 2013 se ubicó en el 68% de la población que trabaja, es decir, que más de la mitad de los ocupados del país trabajan por su propia cuenta en labores de baja producción y sin recibir beneficios como salud y pensiones (OIT, 2013).

Los efectos de la adopción del modelo neoliberal han generado importantes consecuencias para el país desde los años 1990 en donde el fenómeno de la informalidad en el trabajo se ha venido manifestando fuertemente. El empleo informal está absorbiendo mano de obra que antes estaba en el sector formal o se vinculó allí directamente. La incapacidad del Estado colombiano para resolver los asuntos del trabajo ha obligado a las personas a vincularse a la informalidad como mecanismo para lograr el sostenimiento de sus familias contribuyendo a mantener los índices de pobreza y desigualdad en el país.

LOS MACRO PROYECTOS DE RENOVACIÓN URBANA: UNA POLÍTICA PARA SUPERAR LA POBREZA EN COLOMBIA

En el marco de políticas públicas que se han considerado desde el Estado colombiano, se implementó desde el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez a través del Plan Nacional de Desarrollo, la política de “Ciudades Compactas y Sostenibles”, también llamada Ciudades Amables para superar *la pobreza, el desempleo y la inequidad* (Departamento Nacional de Planeación, 2006).

La estrategia sobre la cual se soporta esta política ha consistido esencialmente en considerar la ciudad como foco para el desarrollo y el crecimiento económico del país, que permite generar bienes y servicios para mejorar la calidad de vida de las personas y su capacidad de generar ingresos; todo esto con el fin de superar la pobreza.

De acuerdo con ello, el objetivo de la política es evitar que las grandes ciudades sigan creciendo sin la planificación adecuada, consolidar una red de servicios sociales para las ciudades intermedias y mejorar las condiciones de vida de las pequeñas. Para tal fin, la estrategia de construcción de una ciudad más equitativa y solidaria, se plantea a partir de “la adecuación del espacio donde habitan y se relacionan los ciudadanos” (Departamento Nacional de Planeación, 2006).

De acuerdo con lo que plantea la Política, el proyecto de ciudades amables, debe tener como fundamento un modelo de desarrollo urbano planificado y de uso eficiente del suelo, con el fin central de incluir los habitantes, de garantizar el desarrollo de sus actividades en el territorio, según sus potencialidades en la búsqueda de un desarrollo sostenible. Se ha pretendido con esta clase de políticas, que las ciudades sean generadoras de riqueza y crecimiento económico, motivadoras de inclusión social, organizadas institucionalmente, capaces de gestionar sus recursos y territorio (Departamento Nacional de Planeación, 2006).

Los principales problemas de las ciudades del país, desde la formulación del Plan Nacional, sobre el cual se apoya la política de ciudades amables como estrategia para la superación de la pobreza son: 1. Alta incidencia de asentamientos precarios, especialmente en las áreas periféricas de las ciudades. 2. Escasez de suelo urbanizable (definido por los POT), deterioro de las áreas consolidadas y suburbanización no planificada de las periferias. 3. Baja calidad y cantidad de espacio público. 4. Baja capacidad institucional de las administraciones locales (Departamento Nacional de Planeación, 2006).

A partir de ese diagnóstico, se plantean dos pilares fundamentales relacionados con la vivienda para la estrategia de ciudades amables. Desarrollo Urbano: Ciudades Compactas y Sostenibles, y Vivienda: Soluciones

al Alcance de Todos. Sobre la base de estos componentes, se definió e implementó la política de Renovación Urbana, como instrumento para llevar a cabo las acciones planteadas en el marco de las Ciudades Amables (Plan Nacional de Desarrollo, 2006).

La referencia a esta política pública de ciudades amables, tiene relevancia en tanto que la generación de empleo, o más bien, el objetivo de erradicar el desempleo para superar la pobreza, aparece relegado al desarrollo económico que se propicie a partir de la transportación del espacio urbanístico de las ciudades.

4. LA COMUNA SAN JOSÉ DE LA CIUDAD DE MANIZALES: UN ESCENARIO DE POBREZA Y TRABAJO INFORMAL

La Comuna San José de Manizales es la comuna más antigua de la ciudad; por allí se dio el paso de la colonización antioqueña a finales del siglo XIX y con el paso del tiempo fue constituyéndose como un lugar preciado para vivir, especialmente después de los incendios del decenio de los años 1920 que destruyeron el centro de la ciudad.

La Comuna esta bordeada por la ladera Norte de la ciudad y la subcuenca de la quebrada Olivares; cuenta con una de las áreas más planas de la ciudad de Manizales, en el sector de la Avanzada y está ubicada estratégicamente en la parte central de la ciudad, limitando también con la vía que conecta a otros municipios del Departamento.

Desde el año 1951 la Plaza de Mercado se ubicó en la Comuna, siendo desde entonces un lugar de gran importancia para sus pobladores por las opciones de empleo que ha generado y por las actividades económicas y comerciales que allí se desarrollan. El Parque y la Iglesia de San José, son también reconocidos por sus habitantes como lugares de gran importancia histórica.

La Comuna con una población de 26.789 habitantes y 6.648 hogares (Según datos del SISBEN, año 2007) está conformada por los siguientes barrios o vecindades: San José, San Ignacio, San Vicente, Delicias, Colón,

Avanzada, Rincón Santo, Tachuelo, Camino del Medio, Asís, Jazmín, Galán, Holanda, Maizal, Estrada y Sierra Morena; los últimos siete barrios se ubican en la zona de ladera de la Comuna.

Esta comuna es una de las más pobres de la ciudad y actualmente es objeto de intervención por parte del macro proyecto de renovación urbana para llevar a cabo la política de ciudades amables que tiene por objetivo superar la pobreza y el desempleo.

4.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL TRABAJO EN LA COMUNA SAN JOSÉ AÑO 2012

En el reciente estudio realizado por el Colectivo de Investigación sobre la Realidad Social Antonio García (2012) se midió una serie de variables para determinar la condición socioeconómica de los hogares de la Comuna San José, su relación con la pobreza y el efecto de la implementación de la política de renovación urbana sobre los modos de vida de la gente que habita la Comuna.

Sobre la pregunta ¿a qué dedica la mayor parte de su tiempo? El 43% de las personas de la Comuna afirmaron que el trabajo es la actividad de mayor ocupación, seguido del 24% que se dedica a los oficios de su propio hogar, siendo estos últimos realizados esencialmente por mujeres. Lo anterior muestra que el mayor uso del tiempo es destinado para el trabajo, incluso el de las mujeres que se dedican a los oficios del hogar; ello es coherente con el 47% de los hogares de la Comuna San José que tienen jefaturas femeninas.

De las personas de la Comuna que se dedican a trabajar, el 57% son empleados/obreros, mientras que el 40% trabaja por cuenta propia. Las actividades que estas personas realizan en sus respectivos trabajos, fueron clasificadas de acuerdo con la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones⁹ creada por la OIT en su última versión del año 1988 (CIUO-88) y que fue adaptada para Colombia por el DANE.

⁹ La Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones es una herramienta para organizar los empleos en una serie de grupos definidos claramente en función de las tareas que comporta cada empleo.

La estructura de la clasificación se enmarca en nueve grandes grupos o categorías en donde se agrupan todas las ocupaciones de acuerdo con el nivel de competencia o especialización necesaria para desempeñar las tareas u oficios inherentes a determinado trabajo; estas categorías a su vez se despliegan en los diferentes subgrupos haciendo referencia más detallada de los empleos que se contemplan allí.

En el caso de la Comuna San José, de acuerdo con la clasificación de los nueve grandes grupos, la distribución del tipo de ocupación se concentra en los Trabajadores de los servicios y vendedores (33%) y los Trabajadores no Calificados (32%) que según la CIUO-88 no se requiere de altos niveles de competencia para desempeñar esos empleos.

Lo anterior se encuentra asociado a los bajos niveles de escolaridad que persisten en la Comuna San José. El 54% de los jefes de hogar tiene entre primaria completa e incompleta; la secundaria completa solo fue alcanzada por el 15% y el 7% no tienen ningún grado de escolaridad, es decir, el 61% de los jefes de hogar tienen la primaria completa como el más alto nivel educativo alcanzado. Niveles superiores de formación como el técnico, tecnológico o universitario, caen al 1% (Cantor, 2009).

Si se observan las cifras de asistencia escolar a establecimientos educativos por edades la situación no difiere de lo anterior. Cerca del 60% de las personas que tienen entre 15 y 24 años de edad, no asiste a ningún establecimiento educativo, siendo este el rango de edad en el que normalmente más se debería estar estudiando.

Esta tendencia aumenta con las personas entre los 25 y 34 años de edad, en donde el 94% tampoco asiste a ningún establecimiento educativo, lo cual permite advertir la ausencia de políticas públicas que garanticen el acceso a la educación en cualquier momento de la vida como un asunto central para la superación de la pobreza (Cantor, 2009).

Lo indicado anteriormente reafirma lo expresado por el 82% de los trabajadores de la Comuna San José en el año 2012, quienes consideraron que las actividades y tareas que realizan al interior de sus trabajos,

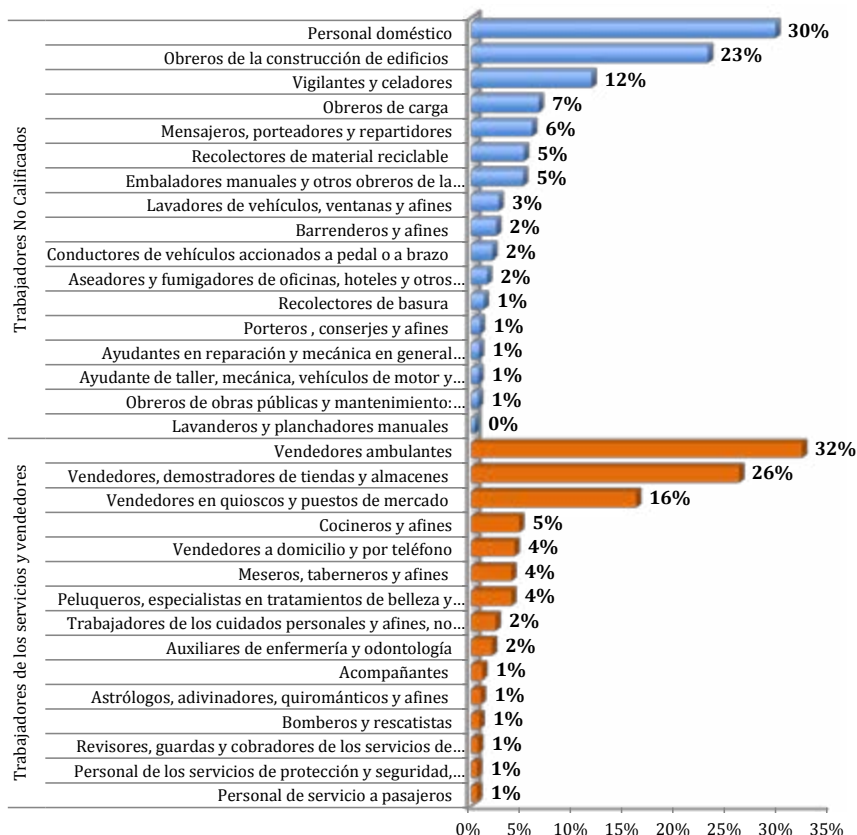
se encuentran acorde con sus procesos de formación y/o conocimientos adquiridos. Es decir, que los bajos niveles educativos evidencian las tendencias al trabajo precario que por lo general no requiere mayores grados de formación, pero que son determinantes de las condiciones de pobreza.

Es así como los conocimientos necesarios para realizar las tareas de las ocupaciones relacionadas en el grupo de trabajadores de servicios y vendedores (33%), de acuerdo con la CIUO-88, son los obtenidos en un grado de competencia de segundo nivel, es decir, los adquiridos durante los 6 años de enseñanza de la básica secundaria. Las ocupaciones de esta categoría que más se presentan en la Comuna San José son, los vendedores ambulantes (32%); vendedores de tiendas o almacenes (26%); y vendedores en puestos de mercado (16%).

En la categoría de los trabajadores no calificados, según la CIUO-88, se ubican las ocupaciones que requieren para su desempeño un escaso conocimiento y experiencia básica para llevar a cabo tareas sencillas y rutinarias realizadas con herramientas manuales para las cuales se requiere, a veces, de un esfuerzo físico considerable y, salvo raras excepciones, escasa iniciativa o capacidad de juicio.

El grado de competencia que se requiere para desempeñar este tipo de ocupaciones es de primer nivel, es decir, el obtenido durante el ciclo de la básica primaria que va desde el preescolar hasta el quinto año. En el caso de la Comuna San José, las ocupaciones de esta categoría que más se presentan son: personal doméstico (30%); obreros de la construcción de edificios (23%) y vigilantes y celadores (12%).

Gráfico No. 1. Distribución de los tipos de ocupación más frecuentes en la Comuna San José.



Fuente: Elaboración propia: Colectivo de Investigación sobre la Realidad Social Antonio García, datos 2012.

Los niveles tan precarios de escolaridad presentes en la Comuna San José, muestran las altas limitaciones que existen para acceder a un empleo de calidad, como de hecho lo muestran los tipos de ocupaciones en las cuáles se están empleando la mayoría de personas de la Comuna con muy pocas posibilidades de modificar esa realidad.

Desde la CEPAL uno de los indicadores para medir el umbral mínimo de pobreza latinoamericana, está asociado precisamente a los niveles de educación y la proyección que puede tener sobre los ingresos. La cantidad de años de escolaridad son fundamentales para que la educación pueda cumplir un papel significativo en la reducción de la pobreza. Si el nivel de

formación es inferior a los 10 años las posibilidades de salir de la pobreza a través de mejores ingresos son muy escasas. En el caso de la Comuna, el promedio de escolaridad en años de los jefes de hogar es de 6 años.

Lo anterior se relaciona además con la tendencia generalizada en el país, a constituir empleos precarios que no requieren mayores niveles de formación; desde la lógica económica nacional que acentúa el modelo neoliberal, se impulsa como gran motor para el desarrollo del país proyectos asociados con la construcción de hidroeléctricas, la minería y la agricultura de plantación para abastecer mercados extranjeros, en donde no se requiere mano de obra con mayores niveles de instrucción ni tampoco exigen mejorar sus niveles académicos.

Igualmente en el plano local de la ciudad de Manizales desde el gobierno de Juan Manuel Llano entre el 2008 y el 2011 se impulsaron fuertemente políticas de empleo asociadas a la creación de los Call Centers para generar desarrollo en la ciudad, para lo cual tampoco se exige mano de obra especializada ni contribuye a que la población profesional se involucre en empleos de calidad asociados realmente con su formación.

Los trabajos con bajos niveles de instrucción indicados anteriormente, también reflejan el monto de los ingresos que perciben los trabajadores de la Comuna. El 69% de las personas que trabajan reciben hasta un salario mínimo, en donde cerca de la mitad está precisamente por debajo del salario, seguido del 26% que gana entre 1 y 2 salarios mínimos. Desde la perspectiva del Banco Mundial teniendo en cuenta el nivel de ingreso como indicador para medir pobreza¹⁰ cerca del 95% de las personas de la Comuna con estos niveles de ingreso estaría entre la pobreza y la pobreza extrema.

Considerando que el nivel de ingresos de las personas y los hogares es fundamental para determinar los niveles de calidad de vida, el 58% de las personas de la Comuna, un poco más de la mitad, expresó que los in-

¹⁰ Medida que considera como pobres a los hogares que conformados por 4 personas tengan un ingreso mensual inferior a los 1.1 millones de pesos. En condiciones de pobreza extrema o miseria aquellos que tengan un ingreso mensual inferior a los 400 mil pesos y no puedan adquirir la canasta básica de alimentos.

gresos sólo alcanzan para cubrir los gastos mínimos¹¹, seguidos del 35% que indicó que sus ingresos ni siquiera son suficientes para cubrir los gastos mínimos. Lo anterior refleja los altos niveles de precariedad en los que vive la gente, en donde se restringen de manera importante los consumos para sobrevivir e incluso para malvivir.

La distribución de las ocupaciones en las que se emplean las personas de la Comuna también encuentra relación con la cantidad de tiempo que se dedica diariamente a las actividades del trabajo. El 55% de los trabajadores indicó que destina entre 8 y 10 horas diarias a trabajar, mientras que el 33% reportó más de 10 horas, llegando incluso hasta las 18 horas diarias. Estas extensas jornadas de trabajo, como llama la atención Marx en *El Capital*, inciden en los bajísimos niveles de desarrollo educativo y cultural de las personas.

Esto se vincula necesariamente con la forma de los empleos que son más frecuentes en la Comuna, como es el caso de las ventas ambulantes o en puestos de mercado, que dependen de unas ganancias mínimas diarias que debe lograr el trabajador, casi obligándolo a permanecer trabajando durante el tiempo que sea necesario para obtener lo mínimo requerido.

Lo anterior expresa la imperante necesidad que representa para los trabajadores que viven en la pobreza, obtener un ingreso para sobrevivir más allá de las condiciones del trabajo y de la cantidad de tiempo invertido. Las responsabilidades que se deben asumir al interior del hogar, han condicionado el escenario mismo del trabajo, en donde lo importante es “rebuscarse” lo necesario para vivir apenas al borde del mínimo lo cual no tiene ninguna relación con el trabajo decente.

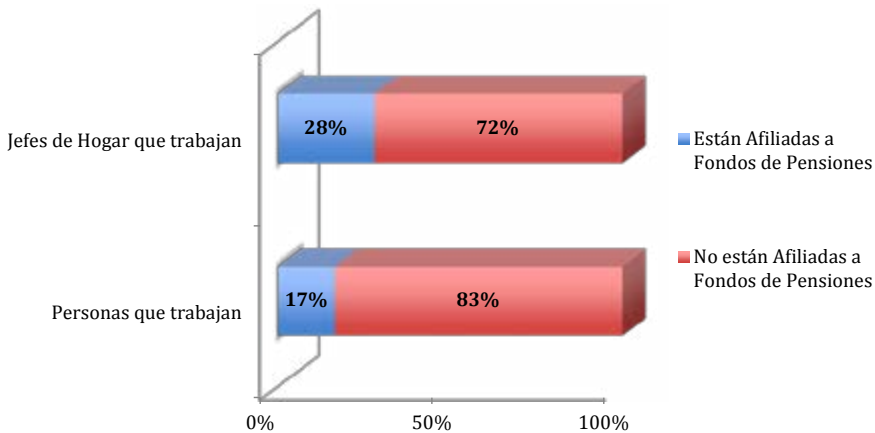
Otra de las características del trabajo precario en la Comuna San José, es el deficiente sistema de seguridad social que dejó de convertirse en responsabilidad del Estado y pasó a ser un asunto de las mismas personas producto de la informalidad del trabajo.

¹¹ Estos ingresos son destinados en su mayoría para gastos en alimentación y servicios públicos; el 75% de las personas (incluidos los estratos 1, 2 y 3) gasta hasta 470 mil pesos en alimentos y hasta 160 mil pesos en servicios públicos, prácticamente invierten todo su salario para adquirir los bienes básicos de supervivencia. Estos productos se obtienen a través del “menudeo” (aceite, arroz, chocolate en sobres y pastillas) lo cual hace que todo sea más costoso.

Aquí el establecimiento de un sistema de seguridad social, como principio básico para contrarrestar la pobreza, permitiéndoles a las personas más allá de su nivel de bienestar, la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado, tampoco hace parte de las políticas sociales para mejorar la calidad de vida de las personas.

Otras posibilidades de ingreso para los hogares que viven en la pobreza serían sustanciales para tener un nivel de vida que no esté siempre en el borde del mínimo. El trabajo decente tiene que ver precisamente con la necesidad de contar con sistemas efectivos de salud, pensión y protección social adecuada; al contrario de eso, el 83% de los trabajadores de la Comuna no se encuentran afiliados a ningún fondo de pensiones; la misma tendencia aparece en los que son jefes de hogar, en donde la mayoría está afiliado.

Gráfico No. 2 Afiliación a fondos de pensiones en jefes de hogar y resto de personas que trabajan en la Comuna San José



Fuente: Elaboración propia: Colectivo de Investigación sobre la Realidad Social Antonio García, datos 2012.

4.2 EL MACRO PROYECTO DE RENOVACIÓN URBANA DE LA COMUNA SAN JOSÉ EN LA CIUDAD DE MANIZALES

En el año 2008 durante la administración del alcalde Juan Manuel Llano se dio inicio a la implementación del Macro proyecto de Renovación Urbana de Interés Social Nacional en la Comuna San José de la ciudad de Manizales, en concordancia con la política de Ciudades Amables concebida desde el Plan Nacional de Desarrollo del entonces Presidente Álvaro Uribe Vélez y que se justificó sobre la base de mejorar las condiciones de vida de las personas que allí habitaban.

Los proyectos contenidos en esta política de renovación urbana ofrecidos para la Comuna San José fueron entre otros, la generación de vivienda de interés social y prioritario (4.500 unidades), la reubicación de viviendas en zonas de alto riesgo, el par vial Avenida Colón, la renovación del sector Galerías, un megaparque recreo-deportivo, el centro integral de servicios comunitarios (CISCO), un megacolegio y un edificio de servicios de Call Center.

Sin embargo, el desarrollo del macro proyecto se ha realizado de manera accidentada por la falta de planificación incumpliendo con los objetivos propuestos inicialmente. En ninguna fase del proceso ha habido claridad respecto a la cifra de apartamentos a construir y los gobiernos locales que han administrado la ciudad en los últimos 6 años cada vez más van menguando la cifra propuesta.

De los 4.500 apartamentos prometidos en el 2008 durante el mandato del Alcalde Juan Manuel Llano, se pasó a 3.500 para el año 2011. Posteriormente, la administración del Alcalde Rojas en el año 2012 sólo se responsabilizó con 380 apartamentos en todo su periodo. Al terminar el primer trimestre de 2014, después de 27 meses de administración de la ciudad, no ha sido entregado ni un solo apartamento.

La misma situación ocurrió con la construcción del par vial Avenida Colón del cual se dijo inicialmente que su trazado era de 4 kilómetros, sin embargo, hasta junio del año 2012 se habían construido tan sólo 800 metros y desde entonces la obra se encuentra suspendida porque no se ha podido terminar de comprar los predios involucrados en el trazado.

Desde que arrancó el proyecto no se ha entregado el primer apartamento, el megaparque, el megacolegio, el par vial Avenida Colón ni el CISCO. Si bien es cierto que este tipo de políticas se fijan a largo plazo para su cumplimiento, en el transcurso de los últimos 6 años de intervención sólo se han comprado los predios de manera desordenada y demolida las casas por parte de la Empresa de Renovación Urbana (ERUM).

Esta situación ha propiciado la salida forzada de quienes tuvieron que vender y salir a vivir a otros lugares de la ciudad alterando sus dinámicas de trabajo y convivencia. Otros, se vieron obligados a desplazarse por el incremento de la inseguridad; demoliciones mal planificadas de predios sin los respectivos cierres de seguridad y dejando viviendas en pie, en medio de la desolada manzana, lo cual incidió también en el aumento del consumo de drogas y comercio de microtráfico; el incremento de la contaminación por efecto también de las demoliciones y la proliferación de plagas, que todo junto, creó un escenario inadecuado para vivir.

Todo lo anterior ha contribuido con el deterioro de la Comuna y ha ocasionado varios impactos al interior de la población que ha vivido allí durante mucho tiempo; el más directo, ha sido el cambio abrupto del espacio físico y con ello la alteración de todas las dinámicas propias de los barrios que hay en la Comuna, especialmente, el rompimiento de las redes vecinales y sociales que se han construido con el tiempo.

Esta política de renovación urbana se ha manifestado por su ausencia en el mejoramiento de las condiciones de trabajo de la gente, el acceso a la educación, la garantía de una vivienda digna y un entorno ambientalmente sano, todo ello como asuntos mínimos para salir de la pobreza y vivir dignamente.

CONCLUSIONES

Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) plantean reducir a la mitad la proporción de personas que viven en la pobreza extrema para 2015, sin embargo estos objetivos desarrollados no son suficientes para erradicarla ya que ignoran las profundas causas de los problemas en cada país. Sólo a partir de esta cumbre, el asunto de la pobreza comienza a figurar claramente en la agenda gubernamental de los distintos países, incluido Colombia

El trabajo precario en la Comuna San José se caracteriza por su bajo nivel de calificación y productividad, bajos ingresos, largas jornadas de trabajo y ausencia de sistemas de seguridad social, lo cual reafirma que el vínculo entre la pobreza y el trabajo informal se hace cada vez más fuerte. Es decir, que el trabajo decente en condiciones de productividad, seguridad, libertad y dignidad que puede garantizar mejores condiciones vida no aparece en la Comuna.

El alto porcentaje de jóvenes (59%) entre los 15 y 25 años de edad que no asisten a ningún establecimiento educativo, motiva que ante la falta de oportunidades para acceder a la educación superior, o incluso para terminar los años de secundaria, estos jóvenes terminen empleándose en similares condiciones de trabajo de las de sus padres o simplemente en empleos informales contribuyendo a mantener y reproducir el ciclo de la pobreza.

Es probable que las mismas condiciones de existencia cotidianas en la Comuna San José, con la posibilidad de vivir al día mediante la diversidad de empleos informales ofrecidos en el ámbito de la Plaza de Mercado e incluso con ingresos provenientes de acciones delictuosas vinculadas especialmente con el micro tráfico de drogas, hacen que las gentes se acostumbren a la marginalidad, reproduciendo tales características generación tras generación.

El proyecto de Renovación Urbana, como política pública que lleva cinco años de implementación en la Comuna San José, hasta ahora, no ha logrado llevar a cabo los componentes del desarrollo urbano para lo cual fue creada en el marco de las Ciudades Amables como motores del desarrollo económico que logren superar la pobreza y el desempleo.

Las condiciones de vida de los hogares, la mayoría pobres, se han mantenido exactamente iguales mientras que, en otros casos, han empeorado. Es decir, la gente sigue siendo pobre o más pobre. Esto reafirma la crítica originalmente formulada, en el sentido de que el Macro proyecto de Renovación Urbana modifica o interviene el espacio, pero no contribuye con el mejoramiento de las condiciones de pobreza y pobreza extrema.

En ese sentido, la política pública para superar la pobreza y el desempleo en el caso de la ciudad de Manizales, como los Call Centers, o el Plan de Renovación Urbana para la Comuna San José, al contrario de eso, lo que han hecho es perpetuar en el círculo vicioso de la pobreza a quienes no tienen posibilidad de acceso a la educación superior y se ven obligados a ocupar trabajos precarios y por tanto, percibir igualmente ingresos precarios.

Es necesario reafirmar que se requiere reformular el Proyecto de Renovación Urbana en la Comuna San José. Se requiere un proyecto de renovación urbana, pero no el que está en vigencia, muy mal planeado, ejecutado de cualquier manera, con tendencias al estancamiento de su desarrollo en toda la administración actual del alcalde Eduardo Rojas, caracterizado por la vulneración de los derechos humanos, el desconocimiento de la propiedad privada y la participación ciudadana reducida al activismo realizado por el gobierno municipal directamente o a través de ONG's.

La democracia, caracterizada por la participación ciudadana y el control político realizado por el Concejo Municipal, acompañada por una gestión de la ERUM que escuche las voces de la comunidad académica presente en la Comuna San José, pueden ser una salida a los problemas de falta de planeación, irrespeto de los derechos individuales y comunitarios y el estancamiento del proyecto, asumido como política por la Alcaldía Municipal.

REFERENCIAS

- Álvarez Leguizamón, S. (2005). *Trabajo y producción de la pobreza en América Latina y el Caribe. Estructuras, discursos y autores*. Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO.
- Cantor, F. (2010). *El Carácter Social de la Comuna San José en Tiempos de Renovación Urbana*. Manizales: Universidad de Caldas.
- Centro de Información de las Naciones Unidas (2012). *Informe sobre Pobreza en América Latina*. México. Recuperado de: <http://www.cinu.mx/temas/desarrollo-social/>
- Departamento Nacional de Estadística DANE. (2012). *Boletín Resultados de Pobreza monetaria y Desigualdad 2012 por departamentos*. Recuperado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/cp_pobreza_departamentos_2012.pdf
- Departamento Nacional de Planeación. (2006). *Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006. Hacia un Estado Comunitario*. Bogotá. Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>
- Departamento Nacional de Planeación. (2006) *Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Estado Comunitario: desarrollo para todos*. Bogotá. Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>
- González, J. A. (2009). *La Crisis del Petróleo de los años 1970. Consecuencias Políticas y Sociales*. Recuperado de: <http://www.ojosdepapel.com/Index.aspx?blog=973>

Kliksberg, B. (2000). *Diez Falacias sobre los Problemas Sociales de América Latina*. Washington: Centro de Documentación en Políticas Sociales.

Marx, Karl. (1974). *El capital, crítica a la economía política*. Volumen I. México: fondo de la Cultura Económica.

Neffa, J. C. (2005). Pobreza y Producción de la Pobreza en América Latina y el Caribe. En *Trabajo y producción de la pobreza en América Latina y el Caribe. Estructuras, discursos y autores*. Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

OIT y PUND. (2009). *Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Global para el Desarrollo y Lucha contra la Hambruna. (2014). *Gobernar para las élites Secuestro democrático y desigualdad económica*. Oxford. Recuperado de: http://www.oxfam.org/es/search/apachesolr_search/gobernar%20para%20las%20elites

Organización Internacional del Trabajo (2009). *Pacto Mundial por el Empleo*. Recuperado de: <http://ilo.org/jobspact/lang-es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo (2013). *Tendencias Mundiales del Empleo ¿Hacia una recuperación sin creación de empleo?*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/global-employment-trends/lang-es/index.htm>

Ziccardi, A. (Coordinadora) (2002). Las ciudades y la cuestión social. En *Pobreza, Desigualdad Social y Ciudadanía. Los Límites de las Políticas Sociales en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.

Gorki, Máximo. (1975). *La Madre*. Moscú: Editorial Progreso.

- Gogol, Nikolay. (1964). *El Capote. Obras Completas*. Madrid: Aguilar.
- Castro, Beatriz. (2007). *El Tratamiento de la Pobreza en Colombia 1870-1930*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Samper, Miguel. (1969). *La Miseria en Bogotá y otros Escritos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bazdresch, Miguel. (2002). *Educación y Pobreza: una relación conflictiva*. En: Pobreza, Desigualdad Social y Ciudadanía. Los Límites de las Políticas Sociales en América Latina. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO.
- Lomelí, Leonardo. (2008). *La Pobreza en los orígenes del pensamiento económico*. En: Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI. México: Siglo XXI editores.
- Almagro, Francisco. Y Vásquez, Oscar. (2011). *Alcances y Limitaciones del PIB como medidor del Crecimiento económico Bienestar y Desarrollo*. México: Eseeconomía.
- Sabogal, Julián. (2008). *El Desarrollo Humano y la Teoría Económica*. En: Enfoque sobre Desarrollo Humano, conceptos y dimensiones. San Juan de Pasto.
- Sen, Amartya. (1996). *La calidad de Vida*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Tilly, Charles. (2000). *La Desigualdad Persistente*. Buenos Aires: Manantial.
- Lora, Eduardo. (2009). *Tendencias en la medición y análisis de la calidad de vida*. En: Nuevas tendencias en la medición y análisis de la calidad de vida: aplicaciones e implicaciones de política. Manizales: Centro de Estudios Regionales Cafeteros y Empresariales. CRECE.

Vélez, Eduardo. (2009). *Pobreza Monetaria en Colombia: Nueva metodología y cifras 2002-2010*. Bogotá: DNP.

González, Jorge Iván. (2011). *Línea de Pobreza y Retos de la Política Pública*. Bogotá: Universidad Nacional.

Ortiz, Isabel. (2007). *Guías de Orientación de Políticas Públicas*. Política Social. New York: Organización de Naciones Unidas. ONU.

Baldi, Graciela. (2011). *Percepción de la Calidad de Vida en una muestra de individuos residentes en Córdoba Argentina*. Argentina: Universidad Nacional de San Luis.

Reygadas, Luis. (2008). *Tres Matrices Generadoras de Desigualdades*. En: Pobreza, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI. México: Siglo XXI editores.

Pineda, Javier. (2008). *Informalidad de Calidad de Empleo*. En: Vías y Escenarios de la Transformación Laboral. Aproximaciones Teóricas y nuevos problemas. Bogotá: editorial Universidad del Rosario.

Ramírez, Manuel y Guevara, Diego. (2006). *Mercado de Trabajo, Subempleo, Informalidad y Precarización del Empleo: Los efectos de la Globalización*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

PEDAGOGÍA, DERECHOS HUMANOS Y TOMA DE CONCIENCIA PARA UNA INTERVENCIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMUNIDAD IUE, EN LA CLAVE DE PAULO FREIRE. ASPECTOS METODOLÓGICO-CONCEPTUALES*

PEDAGOGY, HUMAN RIGHTS AND THE DEVELOPMENT OF AWARENESS. REGARDING AN INTERPRETIVE INTERVENTION IN THE IUE COMMUNITY, IN PAULO FREIRE. METHODOLOGICAL AND CONCEPTUAL ISSUES

*Pablo Andrés Garcés Vásquez***

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2014 - **Fecha de aprobación:** 24 de noviembre de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:
Garcés Vásquez, P. A. (julio – diciembre, 2014). Pedagogía, Derechos Humanos y toma de conciencia para una intervención interpretativa de la comunidad IUE, en la clave de Paulo Freire. Aspectos metodológico-conceptuales. *Summa Iuris*, 2(2), 334-362.

Resumen

En el presente artículo se exploran elementos de dos obras de Paulo Freire –Pedagogía del oprimido y Pedagogía de la esperanza– que propician alternativas de reflexión respecto a la vivencia de los derechos humanos en un contexto de educación superior, caso específico de la Institución Universitaria de Envigado (IUE, en lo sucesivo).

Finalmente, se plantea una nueva dimensión de la pedagogía en Derechos humanos como transformadora de la realidad comunitaria de la Institución Universitaria de Envigado (IUE).

* El presente artículo es producto de la investigación realizada en el marco de la Maestría en Educación y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana, titulada “Dignidad humana: hacia su comprensión desde las representaciones sociales en la Institución Universitaria de Envigado (IUE)”.

**Abogado. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Jurídicas de la Institución Universitaria de Envigado. Maestrando en Educación y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Doctorando en Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del grupo de investigación Auditorio Constitucional. Correo electrónico: pablogarces.derecho@gmail.com; pablo.garces@iue.edu.co

Palabras clave: Pedagogía, Derechos Humanos, Conciencia, Método.

Abstract

This article explores two elements present in Paulo Freire's- Pedagogy of the oppressed and pedagogy of hope- which provide alternatives to reflect on exercising human rights in higher education settings, specifically the case of the Institución Universitaria de Envigado (IUE).

The notions that allow the structure of such dimension are: the introductory concept of a horizontal pedagogy that does not allow traditional imbalances in the professor-student relationship, the capacity of creating a university community through reflection, in this case on human rights; self conditioning and silence as methodological challenges; narratives as a mechanism to promote awareness; the practical and concrete consequences of the transformation based on reflection; Freire's objections to the focal method and the reinterpretation of it; as well as its inclusion as a link between theory and pedagogical practices.

Finally, there is a new pedagogical dimension on human rights as a transformation of the community reality at the Institución Universitaria de Envigado (IUE).

Keywords: Pedagogy, Human Rights, Awareness, Method.

INTRODUCCIÓN: UNA PEDAGOGÍA HORIZONTAL

El pedagogo brasileño Paulo Freire asegura que “humanización y des-humanización, dentro de la historia, en un contexto real, concreto, objetivo, son posibilidades de los hombres como seres inconclusos y conscientes de su inconclusión” (Freire, 1970, p. 24). En efecto, “es preciso que nos convenzamos de que las aspiraciones, los motivos, las finalidades que se encuentran implícitos en temática significativa, son aspiraciones, finalidades y motivos humanos” (Freire, 1970, p. 90). Los Derechos Humanos (DDHH) en general y la libertad en particular, establecen el enlace entre la temática elegida y el marco teórico y metodológico propuesto por Freire, pues, en efecto, los hombres “viven una relación dialéctica entre los condicionamientos y su libertad” (Freire, 1970, p. 82).

Para que lo anterior sea consistente y auténtico, se debe realizar un proceso pedagógico, pero tal pedagogía, dice Freire, con el participante y no para el participante (Freire, 1970, p. 26). El mismo Freire la puso en práctica: “repitiendo el camino tradicional del discurso *sobre*, que se hace a los oyentes, pasé al debate, a la discusión, al diálogo en torno a un tema *con* los participantes” (2005, p. 41).

No obstante, en este punto no se puede seguir al pie de la letra al pedagogo, pues la actividad pedagógica misma -en la cual no se puede separar lo teórico de lo metodológico sin forzar la estructura- requiere de un *facilitador*. Freire exige que “la metodología de la investigación sea también concienciadora” (Freire, 1970, p. 94). El reto es, por tanto, de un tipo diferente: que ese facilitar no sea un simple ejercicio de opresión o de imposición metodológica, pues ya que “la libertad, que es una conquista y no una donación, exige una búsqueda permanente” (Freire, 1970, p. 28), los grupos focales propiciarán una reflexión que le permita al grupo de personas elegido narrar espontáneamente su experiencia, pues es preciso que los participantes “se entreguen a la praxis liberadora” (Freire, 1970, p. 30).

Lo anterior solo puede ser posible en la medida en que los participantes, los habitantes diversos de la comunidad IUE, dejen de percibir la diferencia como lo más importante y reconozcan que lo que tienen en común

es su pertenencia a la comunidad misma que ellos constituyen. Y eso sólo es posible gracias a la *solidaridad*: “Solidarizarse no es tener conciencia de que explota y ‘racionalizar’ su culpa paternalistamente. La solidaridad, que exige de quien se solidariza que ‘asuma’ la situación de aquel con quien se solidarizó, es una actitud radical” (Freire, 1970, p. 20).

Freire (1970) plantea así la posibilidad de una “transformación objetiva de la realidad opresora” mediante una praxis objetiva, “que es reflexión y acción de los hombres sobre el mundo para transformarlo” (p. 32). Esto solo es posible si se hace explícito el tema, si se le saca del trasfondo que lo hace invisible y se le da la forma de un concepto problemático por identificar, describir y reconstruir. Esto, gracias a la toma de conciencia:

la conciencia es producto social, esta vincula tanto lo racional como lo sensorial haciendo posible en los adultos las motivaciones hacia un conocimiento que reconoce las caracterizaciones de la totalidad social. Este reconocimiento, es despertar que se vincula a diversas vivencias en el desarrollo de la vida (Pérez & Sánchez, p. 327).

Los grupos focales pueden propiciarla: “en el proceso de búsqueda de la temática significativa, ya debe estar presente la preocupación por la problematización de los propios temas. Por sus vinculaciones con otros. Por su envoltura histórico-cultural” (Freire, 1970, p. 91).

Esa labor se puede denominar *fenomenología pedagógica*, pues Freire mismo se refiere a Husserl (1970, p. 64), el filósofo fundador de la corriente fenomenológica contemporánea, cuyo propósito fundamental es *develar, poner en primer plano, poner de relieve*. Y esto se logra, de acuerdo con Husserl, por medio de la *vivencia intencional* (2009, pp. 475-487). Ese vínculo le permite afirmar a Freire algo como lo siguiente:

Desde el punto de vista del investigador, importa, en el análisis que se haga en el proceso de investigación, detectar el punto de partida de los hombres en su modo de visualizar la objetividad, verificando si durante el proceso se observa o no alguna transformación en su modo de percibir la realidad (1970, p. 90).

Se debe proponer, por tanto, un *trabajo educativo* y no una *educación sistemática* (Freire, 1970, p. 35), pues herramientas interactivas como el grupo focal y el diálogo semiestructurado pueden propiciar que un grupo reconozca cómo percibe la vivencia de los DDHH en su comunidad: “El diálogo no impone, no manipula, no domestica, no esloganiza” (Freire, 1970, p. 153). El propósito no es simplemente preguntarle de modo directo a cada grupo: “¿Piensan ustedes que en la IUE hay educación en derechos humanos?”, sino hacer una invitación: “Queremos saber cómo es que viven ustedes los derechos humanos en la IUE”, o “Reflexionemos juntos respecto al empleo que hacemos en la IUE del derecho a la libertad”.

Si se trata de una *teoría de la acción dialógica*, la cual busca “superar las contradicciones antagónicas para que de ahí resulte la liberación de los hombres” (Freire, 1970, p. 166) no cabe duda de que se debe tener una razonable precaución con la información que, de entrada, se le proporcione a los grupos focales, pues existe el riesgo de que supongan irreflexivamente que tienen claro el tema, es decir, que su propia iniciativa los puede poner en una situación de dependencia conceptual, lo que, de acuerdo con Freire, equivaldría a una dominación. Esta acción dialógica es una variante pedagógica de la acción comunicativa (Mardones, 2007, pp. 114-122).

Por lo que se debe tener precaución con la manera de fomentar la disposición narrativa, la cual no tiene nada que ver con el engaño, sino con la preservación contra una posible influencia contaminante: la participación debe ser *pura*, entendiendo por esto que debe ser franca, auténtica, dada por cada participante sin sentir que se espera algo específico de él, que diga algo que se da por supuesto.

LA AUTO CONFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD DE LA IUE A TRAVÉS DE LA REFLEXIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Por lo anterior, la toma de conciencia que recomienda el pedagogo demostrará que una cosa es suponer que se tiene claro el tema y otra ser capaz de tratarlo teóricamente -es decir, *conscientemente*- con un mínimo de propiedad. Será trabajo educativo porque una simple suposición heurística permite afirmar -a modo de hipótesis falsable, por supuesto- que

los grupos tendrán una dificultad inicial para decir cómo es su vivencia, y que el silencio es un reto por superar. Se espera fomentar precisamente la toma de conciencia de parte de la comunidad, que se ponga de manifiesto que la pregunta por los derechos humanos tiene múltiples niveles de respuesta, pues no se trata simplemente de un requisito académico, sino de que el ambiente mismo de la interacción cotidiana de la comunidad *los presupone*.

Esta toma de conciencia es valiosa como punto de partida para posicionar a la IUE como promotora de la formación en DDHH. Y la toma de conciencia de sí misma de esta comunidad educativa hace posible esta reflexión *a partir de la misma comunidad que la plantea*. Es una demostración de consistencia teórica y de compromiso práctico. Se trata de una revolución hacia adentro que, de ser exitosa y al acontecer en un ámbito académico, fomentará la libertad, el derecho más fundamental, en un marco institucional que garantice el fortalecimiento de la institución misma.

Dado que “la vocación ontológica e histórica de los hombres” es, de acuerdo con Freire, “ser más” (1970, p. 36), en nuestro caso, el propósito es *ser más conscientes del papel fundamental que cumplen los derechos humanos y su pedagogía en la comunidad IUE*. Es el derecho a educar en derechos, el cual presupone la vivencia y percepción plenamente conscientes de que esos derechos no están fundados de una vez y para siempre, sino que están atravesando constantemente por crisis de reivindicación de diversos niveles de complejidad, los cuales van desde las condiciones laborales hasta el respeto a la vida y la integridad.

Freire habla de que el hombre nuevo no es el oprimido que se libera para pasar a ser un opresor, sino que el hombre nuevo es el hombre liberándose (Freire, 1970, p. 37), lo cual quiere decir que se trata de un proceso permanente de toma de conciencia, y no un estado de cosas al que se llega para estacionarse de modo definitivo. De ser así, la pedagogía no sería necesaria. La libertad -tal vez el mayor de los DDHH- es un proceso permanente, no un estado inerte. En ese sentido, es semejante a la educación: “se rehace constantemente en la praxis. Para ser, tiene que estar siendo” (Freire, 1970, p. 65).

El problema que se plantea aquí, no es el que enfrenta al comunismo y al capitalismo -los cuales no son contradictorios, como lo demuestra la China, que es las dos cosas al mismo tiempo-, sino que la reflexión propuesta a partir de Freire también quiere hacer frente a uno de los mayores problemas que tiene Colombia como Estado social de derecho: la violencia, es decir, el incumplimiento arbitrario de los derechos humanos. Porque no se trata solo de la violencia activa de quien mata o roba -de hecho, estas dos acciones no son rechazadas y condenadas solo por el Derecho, sino por el cristianismo, que tiene dos mandamientos que las prohíben-, sino la violencia pasiva y gris de lo consuetudinario, de lo que pasa tantas veces, siendo una violación a los DDHH porque se la asocia con las cosas que siempre pasan.

La libertad tiene muchos niveles, y es erróneo caer en el lugar común típico que la ve como una especie de patente de corso para hacer lo que a uno se le antoje. De hecho, la pregunta por la libertad puede ser la directriz que mueva el diálogo de los grupos de estudio. Porque ese ejercicio puede llevar a la toma de conciencia y esta, a su vez, a algo que Freire parece plantear de modo implícito pero que Foucault trata con mucho detenimiento: el cultivo y el cuidado de sí (2005, pp. 38-68).

Conviene, por tanto, propiciar un entorno en el que los diversos habitantes de la comunidad IUE relaten su percepción sobre la vivencia y pedagogía de los DDHH, de modo que hagan posible el reconocimiento de los síntomas que permitan indicar la presencia de los mismos y si existe el riesgo de que se normalice algún tipo de violencia pasiva. Un ejemplo simple es el de la relación del personal logístico con el académico, pues a modo de hipótesis se puede plantear que el primero puede experimentar algún tipo de distorsión en el criterio de igualdad, el cual no puede desaparecer porque el segundo tiene un tipo de responsabilidad diferente, lo cual no le da, ante la vivencia de los DDHH, ningún tipo de superioridad.

El reto es que, por medio de la narración de la vivencia se logre una *toma de conciencia*, que aplicada a una comunidad como la IUE, tiene interesantes alternativas de logro en el nivel micro. Las aspiraciones pedagógicas

gicas de Freire pueden explorarse a nivel comunitario. Y que Freire insista en el “ser más” (1970, p. 45) hace que quede planteada aquí una pregunta, y es: *qué significa ese intensificador ontológico*.

De lo que se trata es de que las personas empiecen a *ser más* mediante el reconocimiento, la toma de conciencia de su propia ignorancia. Percatarse del no saber es ya el primer paso para empezar a saber: “El camino para la realización de un trabajo liberador ejecutado por el liderazgo revolucionario no es la ‘propaganda liberadora’”, sino “en el hecho de dialogar” con quienes deben comprender la libertad misma (Freire, 1970, p. 47). El pedagogo aspira a que este diseño reivindique lo que Kant ya planteó: la dignidad humana consiste en *no ser para otro*, sino en *ser en sí y para sí*.

DOS RIESGOS METODOLÓGICOS: EL AUTO CONDICIONAMIENTO Y EL SILENCIO

Ahora bien, el propósito con los grupos focales no es que los participantes tengan algún tipo de “convencimiento de la revolución”, como dice Freire, pues no se trata de una lucha política por la reivindicación, sino de una reflexión respecto a la vivencia de una comunidad académica. Es decir, que el reto es el de reducirle la escala a las aspiraciones pedagógicas de Freire, de modo que sea consistente con el propósito que se busca.

A este respecto, es fundamental que los participantes en los grupos focales no se sientan intimidados por la figura de autoridad que los invita, que la situación se facilite lo suficiente para que no se pre condicionen respecto a lo que “deben” o “pueden” decir. No deben sentir en ningún momento que el docente o el Decano esperan que den una respuesta específica. Si se quiere cambiar el convencimiento por la confianza, no se deben hacer preguntas directas marcadas por el “Usted qué piensa”, pues sin duda la respuesta se asemejará en gran medida a lo que Freire tiene por opresión, de acuerdo con lo cual los participantes tratarán de contestar lo que creen que la figura de autoridad espera que contesten, y esto no será más que propaganda opresiva (Freire, 1970, p. 47). El solo planteamiento de este concepto de toma de conciencia de la vivencia es lo suficientemente revolucionario -como entiende Freire el término-, pues la IUE está

dispuesta a comenzar un proceso de transformación por medio de una actividad de autocrítica y autorreconocimiento respecto a la percepción de la vivencia y pedagogía en DDHH.

El riesgo que corre el grupo focal como método dialogal es, por tanto, que la sola presencia del propiciador pre condicione y manipule (Freire, 1970, p. 48), aún sin proponérselo, las respuestas de los participantes, o que el grupo se *auto manipule* (pp. 132-137), llevándose a sí mismo a decir lo que cree que el facilitador quiere oír.

Es fundamental fomentar la confianza que les permita narrar su propia experiencia. Por eso es recomendable que, en lugar de una pregunta, se empleen directrices abiertas, referidas a situaciones concretas, nunca sobre conceptos abstractos: “Cuéntenme”, “Díganme”, “Conversemos acerca de”, así se fomenta la confianza necesaria. La narración de los participantes es el insumo del que parte el proceso de intervención, así que debe ser auténtico. El reto es garantizar tal autenticidad:

Tanto como la educación, la investigación que a ella sirve tiene que ser una operación simpática, en el sentido etimológico de la palabra. Esto es, tiene que constituirse en la comunicación, en el sentir común de una realidad que no puede ser vista, mecanicistamente, separada, simplistamente, bien ‘comportada’, sino en la complejidad de su permanente devenir (Freire, 1970, p. 91).

Por lo anterior, se debe tener presente que hay otro riesgo, y es que los participantes confundan la actividad con una que podría hacerse en las jornadas de bienestar institucional, o que en un primer momento, los participantes confundan las preguntas con respecto a la percepción de los DDHH con una charla sobre clima laboral; o que los participantes lleguen a sentirse como objetos y, por tanto, corrompan su participación como lo señala Freire (Freire, 1970, p. 91), aunque no se lo propongan. Sin asumir que los aportes son incorrectos -y no pueden serlo si surgen en un contexto solidarizado-, se deben aprovechar para darle una orientación adecuada a los diálogos de los grupos focales.

Los participantes no pueden sentirse forzados a responder explícitamente por los DDHH, pues existe la posibilidad de que los reconozcan de modo indirecto, como en una actividad de bienestar o de ambiente laboral, por lo que a la pregunta directa por los DDHH no sabrán qué responder o buscarán una respuesta que crean satisfactoria para el facilitador del grupo focal. Así pues, no se espera contestar con un sí o un no a la pregunta: “¿Hay DDHH en la comunidad IUE?” sino que se espera que los participantes relaten la percepción que tienen de la vivencia y pedagogía de los DDHH en la comunidad IUE.

Otro riesgo es que el grupo focal caiga en el silencio. El facilitador debe anticiparlo, y debe saber reaccionar a él, tal como lo logró Freire (2005, pp. 64-69). Es fundamental estar debidamente apertrechado con técnicas que rompan el silencio y hagan posible la confianza. El juego planteado por Freire puede ser una clave para alentar a los participantes a que no caigan en la práctica bancaria de asumir que el que sabe es el que los invitó a participar de la actividad dialogal. Los dos juegos -el del partido de fútbol intelectual y el de la cadena de preguntas que empiezan siempre con un ¿por qué?- le permitieron romper el prejuicio que llevaba a sus interlocutores a considerar que ellos no sabían y él sí. Ese mecanismo es llamado por Freire adherencia. Y un discurso auténtico lo tiene que evitar: “La falta total de sentido sería que después del silencio que interrumpió bruscamente nuestro diálogo yo hubiera pronunciado un discurso tradicional, con frases hechas, vacío, intolerante” (Freire, 2005, p. 69).

Freire (2005) relata la experiencia dialogal con tres grupos diferentes, que él considera que obedecen a un tipo social, pero que responden al formato metodológico del grupo focal: “El ‘miedo a la libertad’ marcaba las reacciones en las tres reuniones. La fuga de lo real, la tentativa de domesticarlo mediante el ocultamiento de la verdad” (p. 77). Todas esas experiencias tuvieron como característica un incómodo momento de silencio que el educador, o mejor, el facilitador, aprovechó para generar la toma de conciencia: “Hubo silencios, susurros, cambios de opinión. Finalmente vino la manifestación del grupo” (p. 77). Pero tal manifestación debe seguir siempre una directriz básica: “no es posible que el educador desconozca, subestime o niegue los ‘saberes de experiencia hechos’ con

que los educandos llegan a la escuela” (p. 80). El facilitador del grupo focal no puede subestimar ni negar las experiencias que los participantes están en capacidad de narrar por sí mismos.

A pesar de que puede parecer que, en un primer momento, se apela a una generalidad y por tanto a una imprecisión conceptual respecto a la autoridad y el tema, no es conveniente que los grupos focales tengan planteado el tema directamente, pues no deben pre condicionarse. Así se evita el error que Freire señala, y por el cual se terminaría convirtiendo la actividad de intervención en una mera propaganda por medio de la cual el grupo dirá lo que considera que el facilitador quiere escuchar. El éxito de la intervención depende de que las participaciones sean espontáneas y auténticas: “los investigadores necesitan obtener que un número significativo de personas acepte sostener una conversación informal con ellos y en la cual les hablarán sobre los objetivos” (Freire, 1970, p. 94).

Freire (1970) considera que en esa conversación “explicarán el porqué, el cómo y el para qué de la investigación que pretenden realizar y que no pueden hacer si no se establece una relación de simpatía y confianza mutuas” (p. 94). El facilitador de la actividad debe tener siempre en mente que no está sustraído, que no es un simple observador, que también está siendo influenciado en la medida en que influencia. La actividad será un nutrimiento mutuo, y se evitará el riesgo mayor que tienen los grupos: que la actividad se convierta, aún sin intención, en una «educación bancaria», es decir, la que hace simples depósitos o transferencias de datos discretos, totalmente fijados, de una fuente autoritaria -el educador- unos simples recipientes irreflexivos -los educandos- (pp. 51-52).

LA NARRACIÓN COMO MECANISMO DIALOGAL

En esta propuesta de intervención no se puede aceptar la crítica que Freire parece hacer, en general, a la narración, pues la impresión de que por esta el pedagogo brasileño entiende la simple transmisión de un saber fijo, cuando realmente narrar es un proceso discursivo mucho más complejo y rico.

Por ejemplo, el *story telling* fue empleado por el mismo Freire en *Pedagogía de la esperanza*, como cuando, por ejemplo narra por qué decidió no ser nunca abogado (2005, pp. 31-35), cuando cuenta la importante lección que un campesino le dio (pp. 40-46) o las razones de su depresión (pp. 47-49). Es más, no es exagerado afirmar que *Pedagogía de la esperanza* es un *story telling*: Freire hace una narración de su experiencia, de cómo, dónde y por qué escribió *Pedagogía del oprimido*. Por eso, al narrar no se repite de modo irreflexivo un texto que ya está fijo. Freire tiene razón en lo siguiente:

No es de extrañar, pues, que en esta visión 'bancaria' de la educación, los hombres sean vistos como seres de la adaptación, del ajuste. Cuanto más se ejerciten los educandos en el archivo de los depósitos que le son hechos, tanto menos desarrollarán en sí la conciencia crítica que resultaría de su inserción en el mundo, como transformadores de él (p. 53).

Sin embargo, debe tenerse presente que la narración tiene otro aspecto, que el pedagogo parece no tener presente, y es que es *fuerza de dinamismo*, en la medida en que puede ser vehículo de la autoexpresión de una persona que ha estado siempre en la actitud pasiva del que recibe y repite sin reflexionar. En efecto, *la toma de conciencia también se puede realizar a través de la reflexión que exige ser fuente de una narración al narrarse*. El mismo Freire lo atestigua:

En mi caso, que acabo de relatar, poner al descubierto la razón de ser de mi experiencia de sufrimiento fue suficiente para superarlo. En este sentido, indudablemente me liberé de una limitación que incluso perjudicaba mi actuación profesional y mi convivencia con los demás. Y terminaba por limitarme también políticamente (p. 49).

Los educandos también pueden tener un poder creador anti bancarización *por medio de la narración*, si son ellos mismos quienes la construyen. El mismo Freire permite que se haga esta salvedad, cuando tiene en cuenta el testimonio de Ernesto Guevara y se refiere al "estilo inconfundible al narrar los momentos de su experiencia" (1970, p. 156). El pedagogo confía en el testimonio de Guevara, y en esa misma medida se confiará en el testimonio de los participantes de los grupos focales.

El propósito es, por tanto, no donar ni entregar conocimientos, sino de propiciarlos, de hacerlos posibles: en eso consiste una verdadera formación humanista para Freire (1970, pp. 54-55). La liberación auténtica, para Freire, es *praxis* (p. 60), pues nadie puede imponerle a nadie la libertad.

Su enlace con la educación es, por tanto, indisoluble:

La educación que se impone a quienes verdaderamente se comprometen con la liberación no puede basarse en una comprensión de los hombres como seres 'vacíos' a quien el mundo 'llena' con contenidos; no puede basarse en una conciencia espacializada -sometida al espacio físico-, mecánicamente dividida, sino en los hombres como 'cuerpos conscientes' y en la conciencia como conciencia intencionada al mundo. No puede ser la del depósito de contenidos, sino la de la problematización de los hombres en sus relaciones con el mundo (Freire, 1970, p. 60).

Es posible que uno de los elementos más importantes de esa relación del mundo que implica una apropiación del mismo y no un simple padecimiento, sea la reflexión en torno a los DDHH.

Para Freire, el diálogo es el mecanismo fundamental para superar la contradicción educador-educandos y la educación bancaria que los seculariza (1970, pp. 60-61). Esta alternativa es de suma importancia para el planteamiento pedagógico que se está proponiendo aquí. Pero lo que sorprende del pedagogo es su concepción tan pobre de la narración, hasta el punto de que la considera un mero mecanismo de transmisión, cuando la narración misma puede ser uno de los posibilitadores más importantes del diálogo y de la indudable toma de conciencia que él mismo pre condiciona y permite incentivar. Cuando en los grupos focales se haga la invitación de "Cuénteme", no será el contar típico cuantitativo de unidades discretas y almacenables, sino el contar descriptivo-cualitativo de quien toma la palabra y expresa en la forma del relato lo que ha vivido, lo que piensa, lo que le parece -en la medida en que tal actividad sea espontánea, no condicionada por los supuestos que el narrador tiende a poner en quien lo escucha-.

Freire tiene razón al asegurar que el diálogo elimina las jerarquías y promueve la confianza. Pero el método no es método si no establece un patrón en la actividad. Es cierto que la verticalidad pedagógica es un ejer-

cicio de autoridad, pero en ciertos momentos da la impresión de que Freire asume que la coordinación didáctica se dará de modo espontáneo. El grupo focal no puede permitirse tener esa estructura. Debe existir una figura que no produzca intimidación pero que tenga la suficiente fuerza para ser atendida como el moderador de las intervenciones de los participantes, de nuevo, en la medida en que tal figura no lleva a los participantes a pre condicionarse o a decir lo que piensa que el moderador quiere que digan.

Ese es el reto que Freire señala de modo pertinente, y en el que se le debe decir: “estimado participante, cuénteme su experiencia porque es interesante para mí. Se trata de su visión de una comunidad en la que todos estamos incluidos”. Tomar la palabra será, en los grupos focales, una toma de conciencia como la que propone Freire: “El antagonismo entre las dos concepciones, la ‘bancaria’, que sirve a la dominación, y la problematizadora, que sirve a la liberación” se encuentra en que “mientras la primera, necesariamente, mantiene la contradicción educador-educandos, la segunda realiza la superación” (Freire, 1970, p. 61). O más bien, que la segunda dispone un escenario en el que la situación pedagógica deja de ser un bancarismo sectarista.

No hay que olvidar que el formato en el que piensa el pedagogo brasileño es político-social, es decir, a gran escala, y que la intervención pedagógica que se sugiere aquí está diseñada para una comunidad pequeña que quiere tratar el tema específico de la pedagogía en DDHH, de modo que se estudie la posibilidad de convertir el circuito IUE-pedagogía-DDHH en un aspecto distintivo que abra la comunidad a los ámbitos local, nacional e internacional.

LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS Y CONCRETAS: EL DINAMISMO DE LA REALIDAD

Dado que Freire asegura que “ahora, ya nadie educa a nadie, así como tampoco nadie se educa a sí mismo, los hombres se educan en comunión, y el mundo es el mediador” (Freire, 1970, p. 61), no puede convertirse a la preservación del conocimiento en el pretexto para impedir que se fomente

la búsqueda del conocimiento nuevo, y en eso Freire tiene toda la razón. El reto es convertir tanto a los educadores como a los educandos en investigadores críticos (p. 62).

Esta última expresión es de una importancia que todavía no se ha sabido valorar ni en pedagogía, ni en investigación ni en metodología. Freire plantea la palabra crítica en términos muy cercanos a los de Kant: "la educación problematizadora, de carácter auténticamente reflexivo, implica un acto permanente de descubrimiento de la realidad" (Freire, 1970, p. 62).

Para un tema como los DDHH -en lo que respecta a su pedagogía y a su vivencia- el planteamiento de Freire es más que afortunado: es el que se le acomoda de modo perfectamente armónico. La mejor reflexión para una toma de conciencia y un cambio en las prácticas pedagógicas es la vivencia misma de los DDHH. Como se decía anteriormente, puede ser algo tan simple y consuetudinario como el trato cotidiano entre los diversos habitantes de la comunidad IUE, como los grandes y complejos problemas que tiene el país, que llegan a los extremos de las masacres y el desplazamiento. Pero a nivel micro, es de suma importancia convertir la pregunta por la libertad como el paso inicial para instaurar una pedagogía interactiva en DDHH.

Lo anterior es, no obstante, el propósito final de la intervención. Se requiere de un paso inicial, y es lo que se espera propiciar, analizar e interpretar a partir de la experiencia de los grupos focales.

Se presenta aquí otro problema con el planteamiento de Freire, y es que si bien "la educación como práctica de la libertad" para el pedagogo brasileño "implica la negación del hombre abstracto, aislado, suelto, desligado del mundo" y "la negación del mundo como una realidad ausente de los hombres", se presenta aquí una crisis metodológica y teórica. Objetar la abstracción como una especie de obstáculo epistemológico que se tiene que superar o hacer a un lado no sólo es inexacto con respecto a todo esfuerzo por plantear una hipótesis, sino también inadecuado en lo que atañe a toda construcción comprometida en términos reflexivos.

¿Cómo aceptar, por tanto, la premisa de Freire -el hombre concreto es el que ejerce la educación como práctica de la libertad- sin prescindir de las exigencias técnicas que la fundamentación teórica -que por necesidad es abstracta- de todo proyecto de investigación? El mismo Freire escribió una teoría, así que el problema no es tan radical como puede parecer a primera vista. Pero, para el autor, toda investigación “implica necesariamente una metodología que no puede contradecir la dialogicidad de la educación liberadora” (Freire, 1970, p. 79). El diálogo -tanto el del ban carismo como el de la práctica de la libertad- requiere de las estructuras y recurrencias del lenguaje, ese “camino de invención de la ciudadanía” (Freire, 2005, p. 59). En efecto, dice Freire,

lo que se pretende investigar, realmente, no son los hombres, como si fueren piezas anatómicas, sino su pensamiento-lenguaje referido a la realidad, los niveles de percepción sobre esta realidad, y su visión del mundo, mundo en el cual se encuentran envueltos sus temas generadores (pp. 79-80).

Por eso, cuando se dice “hombre” se está planteando un concepto, pero un concepto que no se toma simplemente como una generalidad abstracta que se encuentra por fuera de la realidad y de la dinámica de lo que Freire llama “el mundo”. Hay un “mundo” porque hay hombres que lo habitan, que lo generan al habitarlo. Por eso, no hay que ver el reproche de Freire a la abstracción como un rechazo del esfuerzo reflexivo, sino más bien de las prácticas discursivas que se desprenden de la exigencia de ser posible en un tiempo y en un lugar determinados.

Así, pues, no se rechaza la abstracción, en la medida en que siempre dependa de un lugar del espacio y de un momento en el tiempo, ambos específicos, verificables -cuando se realizan diagnósticos, descripciones o formulación de hipótesis-, o al menos posibles -cuando se plantean alternativas a futuro, tanto en el corto, como en el mediano y largo plazo-. Tal es el caso del esfuerzo que se realiza en esta propuesta de intervención: no se queda en una mera generalidad abstracta, por lo que es de suma importancia fundar ese “espacio histórico” (Freire, 1970, p. 81). Y no es otro que la precisión de las coordenadas de tiempo y lugar de la investigación, es decir, que sea específica, y esté debidamente delimitada, es decir, que no se petrifique, que se reconozca su dinamismo concreto: se trata de la comunidad IUE en el año 2014.

La pregunta, o mejor, el reto dialogal, es la vivencia y pedagogía de los DDHH: “La tendencia, entonces, tanto del educador-educando como de los educandos-educadores es la de establecer una forma auténtica de pensamiento y acción. Pensarse a sí mismos y al mundo, simultáneamente, sin dicotomizar este pensar de la acción” (Freire, 1970, p. 64).

La realidad, por tanto, cambia de significación, lo que explica la importancia de la palabra (Freire, 1970, p. 70). No se hereda, ni está dada, ni es impuesta. La realidad se construye, y se la construye, en primera instancia, percatándose de la situación en el mundo. La invitación que se hará en los grupos focales para reflexionar sobre la vivencia y pedagogía de los DDHH, buscará precisamente determinar qué niveles de percepción tienen los habitantes -y, por tanto, conformantes- de la comunidad IUE y, con ello, fomentar esa toma de conciencia, que se perfila como uno de los aspectos más importantes de la intervención que se pueda proponer.

La realidad es historia, por lo que debe aceptarse como inacabada (Freire, 1970, p. 65), pero esa misma característica permite que se la modifique. Si bien estamos marcados por las historia, somos nosotros mismos quienes la hacemos (Ricoeur, 2006, pp. 946-949), Y el primer paso es la toma de conciencia, pues existe un riesgo asociado con esa posibilidad que surge de que la historia que está por hacer, y es que lo diferente y lo mejor no coinciden, por lo que la realidad solo llega a acomodarse a las aspiraciones de un modo aproximado.

De acuerdo con lo anterior, la realidad es, por tanto, una construcción que preexiste a esa toma de conciencia solo como un mundo por descubrir; que, de hecho, afirmar la preexistencia de una realidad por modificar es *ya* una toma de conciencia respecto de la propia historia, y *un modo de empezar a transformarla*: es el primer indicador de que la auto conciencia ha comenzado. De lo que se trata en este proceso de reflexión sobre la vivencia de los DDHH de la comunidad IUE es de:

Pensar que percibe la realidad como un proceso, que la capta en constante devenir y no como algo estático. Una tal forma de pensar no se dicotomiza a sí misma en la acción y se empapa permanentemente de temporalidad, a cuyos riesgos no teme (Freire, 1970, p. 75).

Resulta significativo que Freire considere que el diálogo no es posible en la educación estática y *bancarizada*, la que considera que la realidad está dada y sólo se puede aceptar, es decir, que ni se la puede interrogar ni se la puede modificar. Y el agente que hace posible la modificación de la realidad es el diálogo. El diálogo, para el pedagogo brasileño, es un mecanismo transformador. Esto quiere decir que el planteamiento que comienza con los grupos focales es, en sí mismo, el comienzo de un proceso de transformación. No obstante, se elige solo un aspecto específico de la realidad misma, la cual se presenta como un ámbito de interacciones muy complejo: en nuestro caso, es la vivencia y percepción de la pedagogía en DDHH.

Así, pues, “si diciendo la palabra con que al pronunciar el mundo los hombres lo transforman, el diálogo se impone como el camino mediante el cual los hombres ganan significación en cuanto tales” (Freire, 1970, p. 71), entonces “el diálogo es una exigencia existencial” (p. 71), porque es el primer motor del cambio, en la medida en que hace posible la toma de conciencia, el reconocimiento y, por tanto, la salida de la ignorancia. Es revolucionaria en la medida en que los participantes aprendan a preguntar por qué (Freire, 1970, p. 68).

Pero en el caso del presente planteamiento metodológico y conceptual, que no tiene la envergadura sociopolítica que Freire tiene presente en su obra, sino que su alcance es académico, pedagógico y comunitario, así que preguntarse por qué proporciona alternativas heurísticas, es decir, de anticipación o de suposición razonable respecto al futuro: “La educación problematizadora no es una fijación reaccionaria, es un futuro revolucionario. De ahí que sea profética y, como tal, esperanzada” (Freire, 1970, p. 66).

Ya que tomar conciencia de la propia situación, hacerse concreto, reconocer la propia ignorancia, es una situación que involucra todos los aspectos de la persona, puede llegar a ser un golpe emotivo. De ahí que Freire plantee la esperanza como la confianza activa en el cambio por venir. Es preferible hablar de alternativas de cambio respecto a la vivencia y pedagogía de los DDHH en la comunidad IUE. Es necesario tener siempre

presente que la diferencia de los formatos -el que tenía en mente Freire frente al que se tiene en mente en el presente marco teórico- hace que esta interpretación sea razonable.

El reto permanente que se tiene que enfrentar para hacer admisible el planteamiento de Freire, es que el pedagogo lleva las dimensiones de su propuesta a un nivel muchísimo mayor que el que se busca comprender; de hecho, se puede decir de la propuesta del pedagogo brasileño que plantea un *deber-ser*, una deontológica, una situación por venir que debe postularse siempre hacia el futuro posible, aunque improbable. Los participantes de los grupos focales proporcionarán la información básica para proponer las alternativas pedagógicas más estructuradas, más académicas, que le quedarán a la IUE como la herencia de este esfuerzo teórico.

Es crucial permitir que el ejercicio sea dialogal, horizontal y, por tanto, revolucionario en el sentido en el que Freire entiende esa palabra. El problema real se encuentra en que se incurra en una práctica opresiva, es decir, en que los participantes no se sientan en un entorno acogedor, solidario y compartido. Se trata de, como dice el filósofo norteamericano Richard Rorty (1991), *una ampliación del nosotros*, una inclusión comunitaria activa:

Nuestro sentimiento de solidaridad se fortalece cuando se considera que aquel con el que expresamos ser solidarios, es «uno de nosotros», giro en el que «nosotros» significa algo más restringido y más local que la raza humana. Esa es la razón por la que decir «debido a que es un ser humano» constituye una explicación débil, poco convincente de una acción generosa (p. 209).

Es decir, que la solidaridad debe comprenderse, valorarse y estimularse en términos micro antes de que se pueda buscar que valga para un grupo más grande, o para el grupo total de los seres humanos.

Por tanto, no es posible aplicar el método de Freire al pie de la letra (Freire, 1970, p. 90), pero pues los participantes de los grupos brindarán su experiencia en el diálogo por lo que es ineludible que la participación deba darse bajo las condiciones de solidaridad, diálogo y ejercicio de la libertad que Freire exige. En el mejor de los casos, los participantes sal-

drán teniendo conciencia de que la vivencia y ejercicio de los DDHH es la primera manifestación de pedagogía. En el peor, sentirán haber pasado un agradable rato de charla sobre las condiciones laborales. Pero ambos resultados serán exitosos en la medida en que sea resultado del esfuerzo reflexivo de cada participante y no el condicionamiento pericial de una figura que asuman como autoritaria.

LA PEDAGOGÍA DE FREIRE FRENTE AL FOCALISMO

A partir de lo anterior, el reto que le quedará planteado a los autores es el siguiente:

Este movimiento de ida y vuelta, de lo abstracto a lo concreto, que se da en el análisis de una situación codificada, si se hace b[i]en la descodificación, conduce a la superación de la abstracción con la percepción crítica de lo concreto, ahora ya no más realidad espesa y poco vislumbrada (Freire, 1970, p. 88).

Los participantes de los grupos focales proporcionarán la diversidad de sus experiencias para ayudarles a los autores a proponer alternativas en lo que respecta a la vivencia y pedagogía de los DDHH de la comunidad IUE.

En nota al pie, Freire hace una importante aclaración conceptual: “La codificación de una situación existencial es la representación de esta, con algunos de sus elementos constitutivos, en interacción. La descodificación es el análisis crítico de la situación codificada” (Freire, 1970, p. 88). Es decir, que la reflexión basada en las experiencias y en el diálogo debe producir consecuencias que vuelvan a la realidad que las motivó. Y tales consecuencias pueden ser desde medidas simples de mejoramiento de la vida comunitaria hasta estructuraciones complejas que, dentro de un rango razonable de tiempo, generen modificaciones curriculares. No se puede olvidar que el término *pedagogía* es interactivo y no meramente académico, y que este esfuerzo por fundamentarlo metodológica y conceptualmente quiere hacer de la reflexión pedagógica en DDHH un rasgo distintivo de la vivencia de los mismos en la IUE.

Si bien es cierto que Freire (1970) critica el focalismo (p. 91), sin embargo, su planteamiento tiene dos características que permiten superar este aparente problema. La primera es que plantea un mecanismo de interacción humana que es lo suficientemente versátil como para que se le emplee a nivel micro: *se aspira a emplear la manifestación dialogal solidaria como experiencia de la libertad como el escenario en el que se hará una reflexión sobre los DDHH*. La segunda, es que es precisamente su holismo, su aspiración a la totalidad, lo que resulta siendo un aspecto proyectivo de su teoría, es decir, su carácter deontológico o de *deber ser*. Si Freire no considerara a los hombres como criaturas históricas, inconclusas y, por tanto, abiertas hacia el futuro y capaces de cambiar para ser más, su planteamiento podría ser visto como una ingenuidad dictada por un comunismo irreflexivo. El focalismo no se queda mirándose el ombligo. Pero hay que comenzar por hacer un diagnóstico del contexto comunitario inmediato antes de aspirar a tener la autoridad para proponerle algo al municipio, al país y al mundo.

El estar en situación (Freire, 1970, p. 92) ya no es algo de lo que se encargarán los participantes de los grupos focales. La contribución es, sin duda alguna, de la comunidad, tal como lo exige el mismo Freire. Pero no es posible que sean partícipes de la generación de las alternativas de cambio en la propia concepción de la función que cumplen los DDHH. Por lo que se corre el riesgo de violentar la propuesta de Freire y de caer en la educación bancaria, en la intransigencia y en la objetivación de los participantes, pues se puede plantear la objeción de que se están planteando alternativas pedagógicas y vivenciales que no fueron producidas por la comunidad.

Pero lo anterior es inexacto. La participación de la comunidad en los grupos focales hace que todo el planteamiento y toda la propuesta se realice con ella y nunca a través de ella, porque será ella, finalmente, la que recibirá las propuestas y la que decidirá si las acepta y las integra o no. Es responsabilidad investigativa de los autores llenar ese hiato, que Freire podría no aceptar, pero que se puede explicar a partir de su obra. El planteamiento es realizado por los autores en la medida en que hacen parte de la comunidad, sin sustraerse jamás de ella como figuras de autoridad paternalista, y teniendo siempre la actitud de crítica investigativa y de toma

de conciencia que Freire exige: “es en este sentido que toda investigación temática de carácter concienciador se hará pedagógica y toda educación auténtica se transforma en investigación del pensar” (Freire, 1970, p. 93).

Además de lo anterior, el pedagogo asegura que “cuanto más investigo el pensar del pueblo con él, tanto más nos educamos juntos. Cuando más nos educamos juntos, tanto más continuamos investigando” (Freire, 1970, p. 93). El contenido “ha de estar siempre ampliándose y renovándose” (p. 93). De ahí el reto que implica la labor comunicativa de poner por escrito la experiencia, de hacer un esfuerzo académico que surja de la experiencia y busca transformar esa experiencia.

LA INCONCLUSIÓN FOCAL COMO ENLACE ENTRE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA PEDAGÓGICAS

Con lo anterior se explica la importancia del carácter inconcluso de la persona humana y de su esfuerzo permanente por concienciarse, que exige esperanza. Deben ser los mismo participantes iniciales los que, al final de la intervención, manifiesten en qué medida las herramientas propuestas por la investigación se acomodan a la narración que proporcionaron al comienzo de la misma, no tanto como un juez que dicta sentencia, sino como un par comunitario que reconoce la pertinencia de un mecanismo que surge de su propia inquietud. Que los participantes estén al comienzo y al final del proceso puede permitir que se cumpla con la exigencia de Freire que haya un diálogo “sin rodeos” y “entre todos” (Freire, 1970, p. 94). En este punto es, por tanto, necesario apartarse del proceso que Freire recomienda, debido a las ya referidas diferencias de formato (Freire, 1970, pp. 94-109) entre esa intervención rural de gran escala que el pedagogo tiene en mente, y la intervención académica que se quiere fundamentar metodológica y conceptualmente.

Freire está influenciado por el exilio. De ahí que en su proyecto de metodología pedagógica sea tan importante el postulado de la ausencia de figuras autoritarias: todos enseñan porque todos aprenden. El educador que se considere a sí mismo como un producto ya acabado o como alguien que no tiene nada que aprender es, para Freire, una contradicción

en los términos. Será un sectario o un opresor, pero nunca un pedagogo. Es, posiblemente, una de las consecuencias más desafortunadas de la bancarización educativa que el mismo Freire encuentra tan lesiva.

Ahora bien, la inconclusión no es un simple estado de neutralidad o indiferencia teórica. Es un estado de, en términos de Heidegger (2003), *apertura*:

Estar abierto al mundo y al otro, con el componente pedagógico adicional dado por Freire a esa apertura: de que el otro y el mundo también están abiertos a uno, o mejor, al yo. Lo importante es que la apertura de Freire es una forma de cuidado de sí que también es cuidado del otro, a pesar de la angustia o desazón de lo que es incierto (pp. 206-213).

Lo que Heidegger ve como una situación de despojamiento o vulnerabilidad, Freire lo considera la mejor de las oportunidades: estar abierto es estar inconcluso. Pero la inconclusión no es un defecto para Freire, sino un estado de cosas propio de lo humano y, por tanto, pedagógicamente rescatable y aprovechable.

Pero si las ideas, las posiciones que había que expresar, explicar, defender en el texto venían naciendo en la acción-reflexión- acción en que participamos, tocados por recuerdos de sucesos ocurridos en viejas tramas, el momento de escribir se constituye como un tiempo de creación y de recreación, también, de las ideas con que llegamos a nuestra mesa de trabajo. El tiempo de escribir, además, va siempre precedido por el de hablar de las ideas que después se fijarán en el papel (Freire, 2005, p. 74).

Ahora, bien, hay que tener presente permanentemente la insistencia de Freire en el significado de la educación:

No hay cómo no repetir que enseñar no es la pura transferencia mecánica del perfil del contenido que el profesor hace al alumno, pasivo y dócil. Como tampoco hay cómo no repetir que partir del saber que tengan los educandos no significa quedarse girando en torno a ese saber. Partir significa ponerse en camino, irse, desplazarse de un punto a otro y no quedarse, permanecer. Jamás dije, como a veces insinúan o dicen que dije, que, debemos girar fascinados en torno al saber de los educandos, como la mariposa alrededor de la luz (2005, pp. 92-93).

En línea con esa reflexión, Morin (2011) plantea sus siete saberes, dentro de los que se encuentra la necesidad de enseñar la condición humana (pp. 49-63), pero basándola en unos principios (pp. 37-38) que garanticen su pertinencia para un esfuerzo conceptual que parte de ella y debe volver a ella, pero que no puede reducirse a ella.

Se trata de un saber de experiencia vivida, que Freire ejemplifica empleando una metáfora culinaria:

Para los campesinos, los educadores estaban perdiéndose en la visión que suelo llamar *focalista* de la realidad, mientras que ellos lo que querían era la comprensión de las relaciones entre las partes componentes de la totalidad. No negaban la sal, pero querían entenderla en sus relaciones con los demás ingredientes que en conjunto componían la *sazón* (2005, p. 94).

El mecanismo de Freire es versátil, por lo que es viable emplearlo en un proyecto académico e institucional como el que se busca fundamentar conceptualmente aquí. La focalización, que puede verse como un reproche a nivel macro, es un buen indicador en el nivel micro. En efecto, es *un problema focalizado* porque la intervención no puede ser holística, es decir, no puede dar cuenta de ninguna totalidad. Es necesario establecer una panorámica general -por ejemplo, la que da el PEI, la que establece la misión y la visión institucionales- pero únicamente para adoptar una perspectiva comprensiva de la situación concreta respecto a la cual se propiciará la reflexión sobre los DDHH.

CONCLUSIONES A MANERA DE PROPUESTA METODOLÓGICA: HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA PEDAGOGÍA EN DDHH EN LA IUE

Conviene hacer aquí una aclaración de carácter conceptual de suma importancia. El término pedagogía no se emplea de modo exclusivamente académico. La lectura del texto de Freire expresa que es un mecanismo transformador que atraviesa todas las situaciones que se pueden denominar *humanas*. De ahí que se considere valioso hacer un ejercicio con los grupos focales que incluya a todos los habitantes de la comunidad, pues

si bien el tratamiento que se le da al tema *tiene que ser académico* -no puede ser de otro modo cuando se trata de una maestría-, su significado es vivencial.

Por vivencial se debe entender que tiene incidencia en la existencia y aspiraciones de personas reales que tienen preocupaciones y dinámicas que están expuestas al riesgo, a la incertidumbre y al temor, es decir, a los conflictos que la libertad le plantea a quienes pueden ejercerla. Freire es por esto de enorme valor, pues si se busca hacer una intervención en la comunidad, tal intervención debe comenzar en los grupos focales y no después de ellos. Los grupos focales solo serán legítimos si propician el diálogo, es decir, si permiten que todos los participantes tengan una interacción espontánea que les permita tomar conciencia de su propia posición respecto a ese aspecto concreto de su mundo, del mundo que construyen y sustentan: la vivencia de los DDHH.

Por lo dicho, la experiencia sólo será exitosa en la medida en que la preocupación académica, la cual es eminentemente teórica, modifique la forma de pensar de los participantes, y por tanto su mundo, lo cual es eminentemente práctico. Sólo en ese sentido será *humanismo* para Freire (1970, p. 76), es decir, un mecanismo liberador, no como el humanismo tradicional, el cual asume la existencia de un modelo abstracto, una especie de formato en el que están reunidos los requisitos que debe cumplir alguien para merecer que se le llame humano (Freire, p. 120).

El planteamiento pedagógico de Freire está en total desacuerdo con esa forma de tratar lo humano, pues no tiene en cuenta la realidad concreta de las personas involucradas en la descripción y reflexión: "No hay ni ha habido jamás una práctica educativa, en ningún espacio-tiempo, comprometida únicamente con ideas preponderantemente abstractas e intocables" (Freire, 2005, p. 101).

El éxito del planteamiento depende de que los grupos focales reconozcan a los participantes gracias a sus particularidades como habitantes de la comunidad IUE, no como simples ejemplares que se tienen que acomodar a un patrón. Son esas particularidades las que deben manifestarse, es decir, hacerse conscientes, en el diálogo que se propondrá respecto a

los DDHH. Porque la pedagogía de Freire está basada en el mayor de los derechos: la libertad, y en este caso concreto, la libertad de palabra, la posibilidad de participar en el diálogo. Si los grupos focales no garantizan este escenario, no cumplirán con la exigencia pedagógica de Freire, pues ¿cómo invitar a los participantes a que cuenten su experiencia de modo auténtico, si se coarta el primero de sus derechos, el de ser discursivamente libres?

Freire asegura que “quien actúa sobre los hombres para, adoctrinándolos, adaptarlos cada vez más a la realidad que debe permanecer intacta, son los dominadores” (Freire, 1970, p. 77), es decir, quienes deciden la imagen de mundo y la imponen sobre quienes no logran reconocerla. El empeño de los humanistas debe centrarse en que los participantes “tomen conciencia” (p. 78) de esa realidad impuesta.

Tal toma de conciencia debe estar fundamentada en el primero de todos los derechos, como lo es la libertad de palabra:

Es por esto que no podemos, a menos que sea ingenuamente, esperar resultados positivos de un programa, sea éste educativo en un sentido más técnico o de acción política, que no respete la visión particular del mundo que tenga o esté teniendo el pueblo. Sin ésta, el programa se constituye en una especie de invasión cultural, realizada quizá con la mejor de las intenciones, pero invasión cultural al fin (Freire, 1970, p. 78).

Freire plantea aquí el que es propiamente el reto de la un método de intervención dialogal como el que se busca proponer. A modo de hipótesis, y teniendo en cuenta el mismo planteamiento del pedagogo brasileño, lo que los grupos focales buscan propiciar es la toma de conciencia de la propia situación de mundo que tienen los participantes en tanto habitantes de la comunidad IUE y en sus interacciones y vivencias, es decir, que se asume que la visión particular del mundo es lo que debe surgir en el diálogo propuesto, y en una gran medida será una construcción creada a partir del diálogo mismo. Es decir, que es posible que tal visión exista, pero bajo la forma de lo encubierto, de lo que no ha sido verbalizado. De ahí que este marco teórico insista en que el riesgo se encuentra en que el

clima del diálogo sea lo suficientemente confiable, solidario, para que los participantes no adquieran prejuicios y, así, se expresen de modo espontáneo y auténtico.

El ejercicio, por tanto, será exitoso si la creación dialogal que propicien los grupos focales permita comenzar con la construcción de la experiencia de los DDHH, de la vivencia de los mismos. Porque el ejercicio debe ser expresión de la existencia, vigencia y realidad de tales derechos. Aún la perplejidad, la confusión o el no saber deben ser tenidos como síntomas favorables de la actividad, pues la invitación a tomar conciencia siempre producirá perplejidad. El coordinador o facilitador del diálogo en el grupo focal debe tener precaución, pues el riesgo permanente será que se pre condicione a los participantes: “¿Cómo puedo dialogar, si alieno la ignorancia, esto es, si la veo siempre en el otro, nunca en mí?” (Freire, 1970, p. 73).

La interacción, por su exigencia teórica y metodológica, debe posibilitar el diálogo. No puede suponer ignorancia, pues en términos académicos, esto no es posible. De nuevo, la expresión de Freire se debe matizar: el propósito aquí es hacer una mediación dialógica solidaria. Se debe evitar, por tanto, el riesgo de sospechar de la confusión inicial de los participantes, pues el pensamiento crítico comienza como perplejidad, así que la misma puede interpretarse como la primera manifestación de la toma misma de conciencia. De hecho, se debe prestar mucha atención a las intervenciones que se manifiesten de inmediato muy conscientes de su propia situación.

En tanto proceso de auto descubrimiento, la toma de conciencia no puede ser inmediata: requiere de la mediación del diálogo, no de rendir indagatoria. De ahí que se considere que es desafortunado que Freire considere que la narración consiste simplemente en la repetición de un adoctrinamiento. Narrar es uno de los mecanismos más productivos en lo que respecta al reconocimiento de la propia situación, en la medida en que narrar interactúe con el dialogar: “El diálogo es el encuentro de los hombres que pronuncian el mundo” (Freire, 1970, p. 72). En efecto, “esta educación, en la que educadores y educandos se hacen sujetos de su pro-

ceso, superando el intelectualismo alienante, superando el autoritarismo del educador 'bancario', supera también la falsa conciencia del mundo" (Freire, 1970, p. 68).

Un esfuerzo académico auténtico, para Freire, debe evitar la caída en el intelectualismo, pero no puede prescindir de su compromiso intelectual. En la medida en que los educadores adquieran conciencia de que se encuentran inmersos en una interacción que también los modifica, propiciarán la experiencia educativa de quienes carecen de cierto tipo de saber, el cual dispone la situación para que la experiencia tome lugar.

Pero esa experiencia es una interacción en la que lo fundamental es la toma de conciencia de la situación, es decir, el reconocimiento inicial de todo auto conformación o auto institución humana: el de la propia ignorancia. Esa es la primera condición de un pedagogo. Se trata de la pregunta por la pedagogía, experiencia y vivencia de los DDHH en la comunidad IUE. Y la libertad de palabra en los grupos focales será una grata experiencia que permitirá el ejercicio del derecho a educar en derechos por medio del mayor de los derechos: la libertad, en una clave pedagógico-discursiva.

REFERENCIAS

- Foucault, M. (2005). *Historia de la sexualidad 3. La inquietud de sí*. México: Siglo XXI.
- Freire, P. (1970). *Pedagogía del oprimido*. Montevideo: Tierra Nueva.
- Freire, P. (2005). *Pedagogía de la esperanza*. Madrid: Siglo XXI.
- Heidegger, M. (2003). *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta.
- Husserl, E. (2009). *Investigaciones lógicas, 2*. Madrid: Alianza.
- Mardones, J. (2007). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos.

Morin, E. (2011). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Bogotá: Magisterio.

Pérez, E. & Sánchez, J. (2005). La educación comunitaria: Una concepción desde la Pedagogía de la Esperanza de Paulo Freire. *Revista Venezolana de Ciencias Sociales*, 9(2), pp. 317-329. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/309/30990205.pdf>

Ricoeur, P. (2006). *Tiempo y narración*. México: Siglo XXI.

Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Madrid: Paidós.

PUNTOS CRÍTICOS EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS, COLOMBIA*

CRITICAL ITEMS IN THE CONTROL AND PREVENTION OF HUMAN TRADE IN CALDAS, COLOMBIA

*William Narvaez Solarte***

*José Ferney Higueta López****

*Rodrigo Giraldo Quintero*****

Fecha de recepción: 17 de julio de 2014 - **Fecha de aprobación:** 30 de septiembre de 2014.

Forma de citar este artículo en APA:

Narvaez Solarte, W., Higueta López, J. F., y Giraldo Quintero, R. (julio – diciembre, 2014). Puntos críticos en el control y prevención de la trata de personas en el departamento de Caldas, Colombia. *Summa Iuris*, 2(2), 363-387.

Resumen

Se realizó un análisis retrospectivo de la dinámica del delito de la Trata de Personas en el período 2007 a 2012, en el Departamento de Caldas, para identificar algunos puntos críticos de las medidas de protección y su impacto sobre la efectividad de la ley en la penalización del delito en mención. Para ello, se llevó a cabo un análisis de fuentes primarias como fueron: sentencias proferidas por responsabilidad en este sentido, estadísticas de los organismos competentes en la investigación y judicialización de este delito.

Los resultados demuestran que no obstante las autoridades contemplen el delito de la Trata de Personas -en un contexto amplio y moderno-, abarcando todas las modalidades de esta conducta; en la región, los casos investigados y judicializados únicamente se refieren a la prostitución como actividad perversa e incompatible con la dignidad y el valor de la persona; y a la incorporación de seres humanos a la prostitución, principalmente,

* Investigación realizada en el marco del semillero de investigación *Ius in Bellum*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Manizales.

** PhD., M.sc. Abogado, Profesor de la Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. Correo electrónico: wnarvaez@ucaldas.edu.co

*** Abogado. Escuela de Cadetes de Policía General Francisco de Paula Santander, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: ferneyhigueta1@hotmail.com

**** Abogado, Magister en Derecho y Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Universidad de Manizales, Manizales, Colombia. Miembro del grupo de investigación Derechos Humanos y Conflicto. Correo electrónico: rodrigogiraldoquintero@hotmail.com

de menores de edad de ambos sexos y mujeres adultas, bien sea en forma voluntaria, o como resultado de la fuerza, el engaño o la coerción para ser violentadas, tanto en el ámbito nacional o como resultado del tráfico ilícito de migrantes.

No se encontraron casos o procesos iniciados por las autoridades judiciales sobre la *trata* para otros propósitos, permitiendo concluir que la ley penal colombiana, como medio de control y prevención del delito de Trata de Personas, en del Departamento de Caldas, es ineficaz.

Palabras clave: Esclavitud, Prostitución, Migración, Explotación Sexual, Trabajo Forzado.

Abstract

A retrospective analysis about the dynamic of People Trafficking crime from 2007 to 2012 was made in Caldas. The intention was to identify some critical aspects regarding protection measures and their impact on the effectiveness of the law in the penalization of this crime. Thus, an analysis of the primarily sources was carried out, such as liability uttered judgments, competent statistic of the expert agencies in the investigation and prosecution of Human Trafficking crime.

Results showed that even though the authorities consider this crime in a wide and modern context including all of its forms of behavior in Caldas, all the cases that were investigated and prosecuted refer to prostitution as a wicked activity incompatible with dignity and the value of the person. Similarly, they refer to the inclusion of human beings to prostitution mainly minors of both sexes and adult women either willingly or as a result of strength, deception or coercion to be forced national level or as a result in of the smuggling of migrants.

Any case or process already begun by the judicial authorities concerning trafficking with other different purposes such as domestic work, servile marriage or forced labor was not found. To conclude, the effectiveness of Colombian criminal law as a means of control and prevention of the Human Trafficking is inefficient.

Keywords: Slavery, Prostitution, Migration, Sexual Exploitation, Forced Labor.

INTRODUCCIÓN

La crisis mundial en aspectos relacionados con el empleo ha creado desafíos a las posibles modalidades de inserción de hombres y mujeres en el mercado laboral. Según la Organización Internacional de Trabajo, OIT, (2008), entre 1995 y 2005, la tasa de desempleo aumentó 25%, y aproximadamente 1300 millones de las personas que tienen ocupación viven diariamente con menos de dos dólares americanos y 416 millones con menos de un dólar. Estas tendencias contribuyen a la fragilidad de la observancia y respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras, lo que se puede manifestar en la forma de continuidad de ciertos patrones de explotación. Un desafío que se ha colocado de manera prominente para gobiernos, sociedad civil y organismos internacionales es la perpetuidad de diferentes modalidades de trabajo forzado aun presente en países con distintas realidades económicas y sociales (Vasconcelos, 2008).

La Organización de las Naciones Unidas, ONU, considera la Trata de Personas como un delito que vulnera sus derechos fundamentales, razón por la cual ha establecido el Marco de Acción contra esta modalidad de esclavitud, para que los países miembros sigan un protocolo común como instrumento de asistencia técnica para el control efectivo de este delito (ONUDC, 2010); y recomienda elaborar marcos jurídicos nacionales, o reforzar los ya existentes, de forma que tengan un carácter general, que sean acordes con el protocolo en mención y que garanticen su aplicación de conformidad con las demás normas internacionales, dando prioridad a los derechos de las víctimas.

Desde el punto de vista legal, el Artículo 188 A del Código Penal Colombiano, modificado por la Ley 985 de 2005, tipifica la Trata de Personas en estos términos:

El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación; entendiéndose por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explota-

ción de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causa de exoneración de la responsabilidad penal (Congreso de Colombia, Ley 985 de 2005).

A su vez, el Artículo 188 B preceptúa las circunstancias de agravación punitiva, contra este delito. La Ley 985 de 2005 ha dado suficientes herramientas para que las autoridades penales al momento de judicializar a los victimarios del delito de la Trata de Personas, no tengan vacíos; sin embargo, le corresponde al legislador como tal, la dosificación de la pena, para que sea una sanción ejemplar.

En Colombia se desconoce el impacto de la Trata de Personas sobre la población más vulnerable, y las implicaciones sociales y culturales que esta conducta genera (Álzate et al., 2004, p. 185). Las estadísticas de la Línea Nacional Contra la Trata de Personas, demuestran la alta incidencia de este delito, cuando sólo en un período de tres meses, entre octubre y diciembre de 2008, las denuncias al respecto ascendieron a 1903 llamadas, de las cuales, de 43,77% se desconoció su procedencia, el 30,16% se originó desde Bogotá D.C., 4,82% desde Antioquia y 6,93% desde el Valle del Cauca; mientras que las procedentes de los departamentos del Eje Cafetero presentaron frecuencias bajas: Caldas y Risaralda cada uno con 1,20% y Quindío 0,36% (Ministerio del Interior y de Justicia, 2008).

No obstante, la baja frecuencia de denuncias a la Línea Nacional Contra la Trata de Personas, en el contexto del Departamento de Caldas, principalmente, la explotación sexual de mujeres, niñas y niños, tanto en el ámbito interno como en el transnacional, es una realidad que cada día toma más fuerza; y del mismo modo, la esclavitud de personas sometidas a trabajos forzados como en la minería y el matrimonio servil, perpetuados por la difícil situación económica y la tradición machista en la región.

Siendo así, es relevante la ejecución de esta investigación, para determinar los principales puntos críticos que influyen sobre la negativa de las víctimas a denunciar a sus victimarios cuando son sometidas a

la conducta de la Trata de Personas y, de esta forma, evaluar la eficacia de la Ley penal como medio de control y prevención de este delito en el Departamento de Caldas.

METODOLOGÍA

Se realizó una investigación analítico-descriptiva con un enfoque de carácter cualitativo, de los casos referentes al delito de Trata de Personas denunciado y penalizado desde 2007 a 2012, en el Departamento de Caldas. Se hizo el levantamiento de información de tipo primario, en juzgados, centros de información criminológica y se entrevistó a la funcionaria judicial encargada de direccionar las investigaciones del delito de Trata de Personas en el Departamento. Con la información recolectada se construyeron tablas de frecuencia para los posteriores análisis estadísticos de carácter descriptivo e histórico hermenéutico de acuerdo con el objetivo planteado.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tabla 1. Casos por el delito de Trata de Personas años 2007 a 2012 en el Departamento de Caldas recepcionados en el observatorio del delito de la Policía Nacional, Seccional Caldas

| Cabecera Municipal Ocurrencia | Fecha del Hecho | Tipificación de la conducta | Descripción Conducta | Intervinientes | Estado del caso | Etapas del caso |
|-------------------------------|-----------------|-----------------------------------|---|----------------|-----------------|-----------------|
| Manizales | 14/02/2007 | Artículo 188 A. Trata de personas | Delitos contra la libertad individual y otras garantías | 3 | Inactivo | Indagación |
| Anserma | 30/07/2008 | Artículo 188 A. Trata de personas | Delitos contra la libertad individual y otras garantías | 2 | Activo | Indagación |
| La Dorada | 23/03/2008 | Artículo 188 A. Trata de personas | Delitos contra la libertad individual y otras garantías | 1 | Activo | Indagación |
| Total | | | | 6 | | |

Fuente: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, DIJIN, SIJIN-CICRI- Observatorio del Delito, Seccional Caldas, 2012.

Tabla 2. Casos por el delito de Trata de Personas desde el año 2007 hasta el 2012 en el Departamento de Caldas recepcionados en la Dirección General de Fiscalías Manizales

| Seccional | Estado | Etapas | Delito | Fecha de registro | Última actuación | Fecha |
|-----------------------------|----------|------------|---|-------------------|---|------------|
| Tercera Seccional Manizales | Inactiva | Indagación | Trata de Personas | 14-03-2007 | Archivo por conducta atípica | 22-10-2008 |
| Tercera Seccional Manizales | Inactiva | Indagación | Trata de Personas | 20-04-2007 | Inactivado por acumulación por conexidad procesal | 22-05-2007 |
| Sin Fiscal Asignado | Inactiva | Indagación | Trata de Personas | 2007 | Inactivado por acumulación por conexidad procesal | 20-11-2007 |
| Primero Local la Dorada | Inactiva | Indagación | Trata de Personas. Art. 188 B. Agravado cuando se trate de menores de 14 años | 19-02-2007 | Archivo por conducta atípica | 19-04-2010 |
| Primera Anserma | Activa | Indagación | Trata de Personas | 06-08-2008 | Ordena acumulación por conexidad procesal | 29-10-2012 |
| Primera Especializada | Inactiva | Indagación | Trata de Personas | 18-01-2012 | Cambio de competencia | 17-04-2012 |

Fuente: Dirección Seccional de Fiscalías, Manizales, Caldas, 2012

Los resultados presentados en la Tabla 2, han sido complementados con la entrevista que se relata a continuación, realizada a la doctora Olga Patricia Duque, Fiscal Séptima de la Dirección Seccional de Fiscalías, Manizales, Caldas, delegada para investigar los casos denunciados o investigados de oficio, relacionados con el delito de Trata de Personas en sus diversas modalidades en el Departamento de Caldas (entrevista personal, del 01 de noviembre de 2012):

ENTREVISTA

¿CUÁL HA SIDO EL MAYOR INCONVENIENTE AL MOMENTO DE INVESTIGAR O JUDICIALIZAR EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS?

R/: Inicialmente un desconocimiento en la comunidad en cuanto a las implicaciones del delito de trata de personas, porque equivocadamente se tiene asociado a que son los fines sexuales únicamente los que se investigan, y como se puede determinar del tipo penal del Artículo 188 A

los verbos rectores son muchos y hemos olvidado que la explotación consiste en varios aspectos como: el económico, la explotación sexual, los trabajos forzados, las practicas análogas a la esclavitud, servidumbre, mendicidad, extracción de órganos u otros que son muchas de las formas de trata de personas. (Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000).

En nuestro caso, la Fiscalía ha buscado la forma de judicializar delitos de esta naturaleza, infortunadamente son escasas las denuncias en lo que tiene que ver con trata de personas con fines sexuales y cero las referidas a fines no sexuales. Inicialmente se ahonda, pero las personas incursas como víctimas no quieren dar a conocer las redes, por el miedo que sienten de las represalias contra ellas, al denunciar a quienes las han explotado de esta forma. Bien es cierto que la Policía Judicial SIJIN de delitos sexuales ha recibido capacitaciones por la Fiscalía, la misma Policía y las Naciones Unidas en la forma cómo se debe judicializar este flagelo; por tanto, se aclara que los casos no se han dado no por desconocimiento de la Policía Judicial, sino por falta de denuncias.

¿CUÁL CREE USTED QUÉ HA SIDO LA FALENCIA PARA QUE LA SOCIEDAD NO SEPA QUÉ ES LA TRATA DE PERSONAS?

R/: En que los estamentos gubernamentales no han tomado cartas en el asunto, se debe aleccionar en los colegios, escuelas, tanto a docentes como a estudiantes, todo el medio relacionado a la salud, incluido el personal médico, ya que son los receptores número uno en estas noticias.

Falta que a través de los medios radiales, de prensa, televisión y redes sociales, se ilustre a la comunidad, con respecto a lo que es en sí la Trata de Personas.

¿CONSIDERA QUE EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS TIENE ALTO IMPACTO, O COMO TAL SON MUY POCOS LOS CASOS QUE SE PRESENTAN?

R/: Impacto como tal lo tiene, pero las mismas víctimas al otorgar su voluntad para esos fines de explotación sexual, teniendo conocimiento de la situación y accediendo a desempeñar actividades con fines lucrativos o de cualquier otro tipo de beneficio, llegan a creer que sus agresores no están incurso en las conductas punibles; por lo que reitero, esto se debe al mismo desconocimiento del tema e incluso llegan a especular que las autoridades no están prestas a hacer cualquier averiguación, por lo que infortunadamente los casos no son dados a conocer.

¿PUEDE ENTENDERSE QUE ANTE UN SISTEMA PENAL GARANTISTA COMO EL COLOMBIANO, LA TRATA DE PERSONAS NO SE PENALIZA CON LA VEHEMENCIA QUE SE REQUIERE?

R/: El legislador para el delito de trata de personas ha previsto una pena mínima de 13 años y una máxima de 23 años, sin tener en cuenta las circunstancias de agravación punitiva, comparado con otros bienes jurídicos tutelados con penas mayores. Considero que para esta conducta, sólo por el perjuicio que causa a cualquier sujeto víctima de la Trata de Personas, la pena es benévola teniendo en cuenta que este delito no está exonerado de las prohibiciones que ha otorgado la ley para cuando se involucra menores, como en este caso: la aceptación de cargos tendría rebaja de la pena hasta de la mitad, "esto no se compadece con el mal que se ha causado a la víctima".

¿CREE CONVENIENTE HACER CAMBIOS EN LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS CON EL FIN DE PODER COMBATIR EFECTIVAMENTE ESTE FLAGELO?

R/: Hay unos verbos rectores que abundan, y son múltiples las formas como puede darse la trata de personas; considero que si un fiscal orienta de forma adecuada y se agotan los rudimentos de prueba, sería más fácil, por decirlo así, llegar a un escrito de acusación y a un juicio, siempre y cuando se cuente con la prueba testimonial de las personas afectadas.

Es clara la forma cómo se debe investigar y judicializar este delito, una conducta sin dificultad en la investigación, siempre y cuando las víctimas estén dispuestas a comparecer al juicio, a dar su testimonio ante un Juez de la República, siendo sometidas a la contradicción; de lo contrario, si nos damos a una retractación sería complicado llegar a una sentencia de carácter condenatorio. Cuando se realiza un proceso legal con las bases mínimas de investigación de esta conducta y con el aporte de la víctima, respecto de esta travesura delictiva, los resultados son óptimos.

¿LA LEY PENAL COLOMBIANA HA DADO LAS SUFICIENTES HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA QUE LA POLICÍA JUDICIAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO ADOLEZCAN DE VACÍOS AL MOMENTO DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS?

R/: Sí, considero que la ley penal colombiana ha dado suficientes herramientas para que tanto la Policía como la Fiscalía General de la Nación al momento de judicializar no tengamos vacíos, y lo digo puntualmente, por la modificación que proporcionó la Ley 985 de 2005, la cual nos dio herramientas bastas para contrarrestar este flagelo. Le corresponde al legislador como tal, el aumento de esa dosis mínima de 13 años para que sea una sanción ejemplar; pero herramientas jurídicas, capacitaciones y conocimientos, los tenemos; sólo falta que las mismas víctimas y la comunidad en general sean más conscientes de lo que realmente implica este delito.

¿QUÉ CONCEPTO LE MERECE EL QUE LA COMUNIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL DÍA A DÍA SE PREOCUPE MÁS POR COMBATIR EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS?

R/: El delito de la Trata de Personas se ha convertido en un delito transnacional y en ese orden de ideas, la comunidad internacional tiene que estar comprometida con lo que es la investigación, agilizando las respuestas entre consulados, permitiendo el fácil desplazamiento de los funcionarios de un país a otro con el fin de esclarecer los hechos, siendo específicamente, una autoridad como lo son los fiscales de derechos humanos radicados en Bogotá, quienes tienen el conocimiento único de estas investigaciones, impidiendo que éstas queden regadas en los municipios y departamentos de Colombia, para que no dificulte esas investigaciones a nivel local. El hecho de que sea un fiscal nacional en quien queden radicadas todas las investigaciones, de carácter de trata de personas, facilita la judicialización y, así, la comunidad internacional debe estar preocupada porque estas redes abarcan a nivel mundial la mayoría de jóvenes y mujeres desempleadas en cada nación, por lo cual se ha ahondado y avanzado en ello, dado que precisamente las Naciones Unidas han contribuido para la capacitación de los funcionarios, sobre todo, de Latinoamérica en las redes que obran en el Oriente.

¿CÓMO PERCIBE EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS EN UNA SOCIEDAD QUE SE HA PREOCUPADO POR SU LIBERTAD E INDEPENDENCIA?

R/: Es una forma de esclavitud, ya que una vez ingresado a estas redes delictivas de Trata de Personas, pues, se pierde esa libertad, esa independencia que ellas consideraban tener; pero sí es otro tipo de Trata de Personas con otros fines diferentes a los sexuales, existen casos que si bien no han sido denunciados se pueden percibir claramente situaciones de subyugación que buscan beneficios lucrativos como el acceder a trabajos forzosos, entre otros.

¿CONSIDERA USTED QUE EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS LA TRATA DE PERSONAS SOLAMENTE SE DA BAJO LA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN SEXUAL O, POR EL CONTRARIO, SE PRESENTA EN ALGUNA DE LAS OTRAS MODALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS VERBOS RECTORES DEL ARTÍCULO 188 A DEL CÓDIGO PENAL?

R/: Estoy segura de que la Trata de Personas bajo las otras modalidades también se da en el Departamento de Caldas, el asunto es que volvemos a lo mismo. No hay personas realmente interesadas por denunciar, por afrontar los casos hasta el final, el delito consistente se da en trabajos forzados, en la explotación de la mendicidad, en la extracción de órganos, en el turismo sexual; y en otras formas de explotación que se dan y las tenemos muy acentuadas en ciertas municipalidades como en La Dorada, y también en municipios internos de Caldas; pero reitero, el hecho es apersonarnos de esta situación a fin de esclarecer realmente qué es lo que sucede allí; me refiero además a lo que tiene que ver con el delito de tráfico y extracción de órganos, delito del cual tengo conocimiento, no se ha dado. Para nosotros, los operadores judiciales y para la Fiscalía en concreto, mientras no haya una denuncia penal que nos permita iniciar una acción, es muy difícil combatirlo como todos quisiéramos.

Tabla 3. Casos por el delito de Trata de Personas en el Departamento de Caldas (2007-2012) a los cuales se les ha dictado sentencia por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales con competencia excepcional en Pereira, Risaralda

| Cabecera Municipal Ocurrencia | Fecha Sentencia | Delito | Ofendida | Fallo | Pena |
|-------------------------------|-----------------|--|-------------------------------------|--------------|--|
| Anserma | 17/08/2012 | Trata de personas (verbo rector Captar) y concierto para delinquir simple | La seguridad pública | Condenatorio | 86 meses de prisión domiciliaria y multa de 400 S.M.M.L.V. |
| Pereira | 07/11/2008 | Trata de personas y Concierto para delinquir | La seguridad pública y otras | Condenatorio | 10 años de prisión y 533,34 S.M.L.M.V., negarles la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, Inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas. |
| La Dorada | 23/03/2008 | Trata de personas (verbo rector Captar y Trasladar) y Concierto para delinquir | Tres Mujeres y la seguridad pública | Condenatorio | Autor "A" 96 meses de prisión y multa de 450 S.M.M.L.V año 2011. Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Autor "B" 39 meses de prisión y multa de 200 S.M.L.M.V. para le año 2011. Inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Concede prisión domiciliaria con permiso para laborar. |

Fuente: Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales

La Tabla 3. describe la aplicación de la Sentencia Número 030 del 17 de agosto de 2012, del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, en los hechos ocurridos el 27 de mayo de 2011, donde varias mujeres del municipio de Anserma (Caldas), fueron captadas bajo engaños por personas que ofrecían trabajo en el exterior. Una vez habían realizado el viaje les retenían los documentos y las encerraban con el fin de explotar-

las sexualmente. De estos hechos se desprenden varias actuaciones de la Policía Judicial, entre ellos, la noticia criminal en la cual un funcionario de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) da a conocer que varias mujeres del municipio de Anserma, son captadas por sujetos pertenecientes a una red de trata de personas mediante engaños, para trabajar en Centroamérica, siendo explotadas sexualmente en Guatemala.

Es así como con los elementos de juicio, el ente acusador imputa las conductas descritas en el Artículo 188 A del Código Penal, y en virtud del Artículo 340 del mismo Código, formuló la imputación por concierto para delinquir. Sin embargo, dentro de este proceso se dio un preacuerdo con la Fiscalía, donde el delito no se imputaría en la calidad de coautor, sino, de cómplice; situación que significa que, automáticamente, la pena comienza a partir de la mitad ya que el cambio de la imputación lleva inmersa la aceptación de cargos. Para iniciar con la audiencia que conllevaría a la sentencia empezó con una valoración jurídica de los medios de convicción, para lo cual precisó:

Que una vez formulada la imputación (Art. 286 del CPP) y satisfecha la acusación (Art. 294 CPP) el juicio oral no es el único escenario para establecer la responsabilidad penal, pues para tal efecto, también se puede obtener una declaración concertada de responsabilidad como es el caso de preacuerdos, esto siempre y cuando se cuente con los elementos probatorios suficientes sobre la conducta punible y la responsabilidad del procesado (Juzgado Penal Especializado de Manizales, Sentencia Número 030 de 2012).

Para la dosificación de la pena y teniendo en cuenta la gravedad del delito, se adoptó como la conducta más grave, la tipificación de la Trata de Personas, aumentada por el concierto para delinquir simple. Así las cosas y de acuerdo con el Código Penal, señaló una pena de 172 meses y una multa de 800 S.M.L.M.V, pero la pena se disminuyó a la mitad en concordancia con el preacuerdo fijado con la Fiscalía.

Aunque, de acuerdo con la condena impuesta, no es viable la sustitución por prisión domiciliaria, el caso fue analizado a la luz de la Ley 750 de 2002, que contempla dicho beneficio cuando la condenada es una madre cabeza de familia y, una vez, analizado la génesis del concepto de “madre

cabeza de familia” y con los argumentos que soportan tal calidad en la condenada, el Juez le concedió la prisión domiciliaria para cumplir con dicha condena.

Los hechos referidos en la Sentencia No 075 de noviembre 07 de 2008 del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, con competencia excepcional en Pereira, Risaralda (ver Tabla 3.), aluden a que tuvieron su génesis con ocasión de la muerte de una joven el 11 de julio de 2006; con este hecho se tuvo conocimiento de la existencia de una organización criminal, entre cuyos integrantes se encuentran los acusados, dedicada a la captación de mujeres jóvenes para trasladarlas a Singapur y a otros países, donde eran recibidas y sometidas a explotación sexual y otras actividades denigrantes con fines lucrativos.

Una vez surtidos y analizados todos los aspectos formales, que para el caso contempla la ley, el juzgado procede a adelantar la diligencia con el fin de proferir fallo condenatorio, esto, con el convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del imputado, más allá de toda duda razonable. Para tal efecto, citó un concepto emitido por la Corte Constitucional.

En el nuevo sistema, la carga de la prueba radica igualmente en el órgano de investigación penal, la aceptación unilateral de cargos conduce necesariamente a una sentencia condenatoria que debe estar fundada en el convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda (Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000).

En el expediente reposan pruebas tales como labores de investigación que dan cuenta de la existencia de una organización criminal, resultados de interceptaciones telefónicas donde una de las imputadas hace referencia a la captación de una de las jóvenes reportadas en el informe del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, búsquedas selectivas de base de datos, donde se pueden evidenciar transacciones realizadas por diferentes personas a la compañera de uno de los acusados, y los hallazgos realizados en la diligencia de allanamiento y registro realizadas en la vivienda de uno de los acusados.

Finalmente, la aceptación unilateral de los cargos por parte de los implicados, durante la audiencia prevista para la formulación de la acusación, refuerza el convencimiento del funcionario en el punto analizado. En tal sentido, y de acuerdo con la situación fáctica planteada, los elementos probatorios analizados y a la luz del Artículo 9 del Código Penal, se concluyó que los imputados realizaron una conducta típica, antijurídica y culpable, propia del delito de Trata de Personas.

Con respecto a la calificación jurídica definitiva y dosificación de la pena, se indica que la Fiscalía había presentado escrito de acusación por los delitos de Trata de Personas, Artículo 188 A del Código Penal (Ley 599 de 2000), adicionado por la Ley 747 de 2002, y concierto para delinquir Artículo 340 del Código Penal; imputación que no compartió totalmente el juzgado, pues consideró que en virtud del principio de legalidad, no se podía tener en cuenta la imputación hecha por la Fiscalía con respecto a la modificación de la Ley 1121 de 2006, al Artículo 340 del Código Penal, pues los hechos -objeto de este debate- fueron anteriores a la entrada en vigencia de la Ley en mención.

Fue así como tuvo en cuenta la reforma introducida por la Ley 733 de 2002 en su Artículo 19, al igual que los aumentos de la Ley 890 de 2004, e indicó que de acuerdo con la situación fáctica analizada, los imputados responden a título de coautores. De igual forma hizo un análisis de los cuartos para la dosificación de la pena y aplicó como tal el incremento por el fenómeno concursal tomando como base el delito de la Trata de Personas, que da una sanción más alta. Con respecto a los sustitutivos de la ejecución de la pena, se pronunció manifestando que no cumplía con los requisitos objetivos para ningún beneficio y condenó a los procesados a diez años de prisión y otras accesorias.

Refiere la sentencia No 025 del 24 de julio de 2012, del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales (ver Tabla 3.) a hechos ocurridos del 27 de mayo de 2011, en los que varias mujeres del municipio de Anserma, Caldas, nuevamente fueron captadas bajo engaños por personas que ofrecían trabajo en el exterior. Una vez habían realizado el viaje, les retenían los documentos y las encerraban con el fin de explotarlas sexualmente.

Con los hechos previamente probados y con los elementos de juicio, el ente acusador imputa las conductas descritas en el Artículo 188 A del Código Penal y en virtud del Artículo 340 del Código Penal, se formuló la imputación por concierto para delinquir. Seguidamente, el operador judicial con base en los argumentos expuestos y analizadas cada una de las situaciones que contempla el procedimiento penal procede a conferir sentencia condenatoria en contra de los imputados. Para la dosificación de la pena y teniendo en cuenta la gravedad del delito el Juez adoptó como la conducta más grave la tipificación de la Trata de Personas, aumentada por el concierto para delinquir simple.

Con respecto al acusado, el Juez analizó las diferentes variantes tales como la función de la pena, el concepto de la dignidad humana y, en especial, el concepto emitido por la Corte Suprema, en el cual deja de presente que los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, no son únicamente los formales, pues alude a que el juez no puede desconocer otros factores que deben ser analizados con mayor profundidad como son el desempeño familiar, social, laboral y personal del sentenciado. Según esto y para el caso concreto, dio aplicación a los Artículos 461 y 314 del Código de Procedimiento Penal, que le confiere al juez la posibilidad de la sustitución de la pena cuando el condenado estuviese en situación de grave enfermedad. Luego, el juez en aras de proteger los demás derechos constitucionales, consideró oportuno conceder la prisión domiciliaria y permiso para laborar.

Al análisis de las sentencias proferidas por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, por cierto, todas referidas a la explotación sexual transnacional, se colige que el delito de Trata de Personas tiene el esquema de un verdadero negocio que funciona en cadena, donde cada eslabón desempeña una función específica, que puede ser ejecutada por la misma persona o por personas o grupos distintos; esto es, captación, traslado o transporte, acogida o recepción de la víctima en el sitio de destino donde deberá realizar las actividades para las cuales fue reclutada, y explotación referida a la obtención de provecho económico para el sujeto activo de esa ilicitud. Este tipo de organización se convierte en un punto crítico que no permite la efectividad de la ley penal como sistema de control y prevención de la Trata de Personas en el Departamento de

Caldas, porque, cada vez que se capture, investigue y judicialice a un integrante de la red, siempre surgirá el segundo al mando que ocupe el lugar y dé continuidad a la práctica del delito.

Se observa que existen diversos instrumentos y autoridades internacionales que instan a los Estados a combatir la delincuencia que mercantiliza seres humanos, considerando esta conducta como un crimen de lesa humanidad. Se resalta que en la legislación colombiana el consentimiento emitido por la víctima, no exime de responsabilidad penal al victimario, puesto que ningún ser humano puede consentir a ser negociado, ni renunciar a su libertad, autonomía y dignidad.

Un aspecto importante a tener en cuenta en la judicialización del delito de trata de personas, tipificado en el Artículo 88 A del Código Penal Colombiano, es el de saber que este y el delito de la explotación, aunque están íntimamente relacionados, son dos fenómenos muy distintos.

La Trata de Personas se asemeja a los procesos de mercado requeridos para ubicar una mercancía en un puerto de llegada, la cual una vez arriba a su destino final es entregada a las personas que finalmente van a obtener provecho de ella. La explotación, por su parte, complementa el ciclo de la persona derecho de dominio, otorgándole el estatus de bien o cosa (Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, Sentencia número 025 de 2001).

Por otra parte la acción penal establecida en el Artículo 340, inciso primero del Código Penal, el “Concierto para delinquir” corresponde a un tipo penal de mera conducta o de consumación anticipada y de ejecución permanente en el tiempo.

Para los casos descritos, también se puede evidenciar que por lo general, el delito de Trata de Personas va acompañado del delito de concierto para delinquir. En estas providencias se vislumbra que aunque el operador jurídico, realmente, tenga consciencia de la magnitud y trascendencia del delito de la Trata de Personas, no es fácil para él, aplicar condenas ejemplarizantes y por fuera de la norma jurídica, pues la ley deja vacíos que dentro del contexto de un Estado Social de Derecho deben ser resueltos a favor del procesado, pues de lo contrario estaría inmerso en vías de hecho, por tanto, es así, como el Juez generalmente debe tomar una

posición ajustada a derecho, en la cual debe procurar tanto la protección de las víctimas, así como el brindar un punto garantista de los derechos de los procesados. Esta posición del Juez y la aparente discrecionalidad que posee en el caso de existir vacíos legales, siempre en beneficio del procesado, dejan notar que la ley colombiana como sistema de control y prevención del delito de trata de personas, es muy flexible.

Dentro de las sentencias proferidas en Manizales, y yendo a la génesis propia del delito, se pueden aludir diferentes falencias, surgiendo así un punto crítico que debe ser superado por las autoridades de la justicia penal, para generar confianza y credibilidad de las víctimas en la justicia penal colombiana, para que así denuncien a los victimarios. Surge el interrogante ¿Si la Trata de Personas es considerado un delito de lesa humanidad, generalmente acompañado de concierto para delinquir, implicando previa concertación y como tal la conformación de una organización criminal; cómo es posible que quienes con pleno conocimiento y voluntad incurrir en este tipo de delitos, fácilmente pueden purgar su pena desde su residencia?

Otro cuestionamiento que debe ser respondido es: ¿Desde qué punto de vista es aceptable que unos preacuerdos admitan -de cierta forma— burlar a las víctimas, cuando con los elementos probatorios disponibles se puede llegar a un juicio que permita establecer condenas ejemplarizantes y fundadas en derecho?

La Convención para la supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (ONU, 1949), contiene estipulaciones para asegurar la supervisión de los aeropuertos y demás lugares públicos pertinentes, y para que las agencias de empleo eviten que las personas que buscan trabajo, especialmente las mujeres y los niños, se vean expuestas al peligro de la prostitución; no obstante, al ser interpretada a la luz de los derechos fundamentales, recibe la crítica por despojar al sujeto de sus derechos inherentes e inalienables a un tratamiento no discriminatorio, de su derecho a desplazarse libremente dentro y fuera de las fronteras de su país de ciudadanía, de sus derechos laborales, incluyendo el derecho a elegir su propia profesión, el derecho a reunirse y el derecho a unas condiciones de trabajo justas y favorables.

Por tanto, como lo expresa Mercedes Alonso, la Dignidad siempre es Dignidad de la persona y se afirma objetivamente, es decir, con independencia de la voluntad del titular; razón por la cual no se trata de adoptar una posición de paternalismo jurídico, ni tiene porqué producirse una huida hacia el derecho penal, ni por qué violentarse el principio de intervención mínima; se trata de acudir prudencialmente al derecho penal si está presente un interés merecedor de protección (Alonso, 2006).

Es importante resaltar que las medidas para combatir la Trata de Personas deberán siempre ser dirigidas contra los criminales y no contra aquellos que han sido víctimas de tales prácticas. En diversas ocasiones se juzga social y jurídicamente, más a la víctima que al criminal, disminuyendo así la confianza de la víctima en la posibilidad de que el sistema legal colombiano haga justicia. Por lo anterior, es necesario que el Estado colombiano incluya información, capacitación y entrenamiento a funcionarios del sistema judicial, diplomático y policial, sobre los Derechos Humanos de las mujeres, la protección de la víctima, métodos de reclutamiento, aspectos jurídicos y legislación internacional, entre otros; así estarán capacitados para brindar una ayuda adecuada a la víctima y luchar eficazmente contra este flagelo.

Es importante reconocer que los derechos de las víctimas de la Trata de Personas son violados en tres formas: por los gobiernos, que permiten o fomentan prácticas discriminatorias contra las víctimas e impiden que las personas puedan desarrollar la totalidad de su potencial humano; por los traficantes, que despojan a las víctimas de todos sus derechos humanos fundamentales; y como último, por la omisión de los gobiernos en juzgar y procesar a los traficantes, y la falta de reconocimiento y protección posterior de los derechos de las personas víctimas de este delito (Pearson, 2001, p. 176). Para corregir este punto crítico, son necesarias medidas de apoyo y de asistencia a las víctimas, para que confíen en las autoridades, se les garantice su seguridad e integridad y actúen como testigos durante la judicialización del victimario.

Alzate et al. (2004), manifiestan que las víctimas de la Trata de Personas que regresan a su lugar de origen, provenientes del extranjero donde han sufrido la agresión, ya sea voluntariamente o como consecuencia de

un procedimiento de expulsión, tienen que enfrentarse a una multitud de problemas posteriores, entre los que están la falta de apoyo adecuado y de oportunidades a su regreso, lo que implica un riesgo latente de que se repita el abuso o la explotación, incluyendo la posibilidad de volver a ser víctimas del mismo delito.

Tabla 4. Casos por el delito de Trata de Personas en el Departamento de Caldas 2007-2012

| Entidad | No. Casos | Observación |
|--|-----------|--|
| Casos en el Observatorio del Delito de la Policía Nacional. | 3 | De los tres casos el 66,6% tuvieron tránsito para la Fiscalía. |
| Casos en la Dirección General de Fiscalías Manizales provenientes del Observatorio del delito de la Policía Nacional. | 2 | De los seis casos reportados por la Fiscalía, 33,33% son de conocimiento común Policía y Fiscalía. |
| Casos en la Dirección General de Fiscalías Manizales no provenientes del Observatorio del Delito de la Policía Nacional. | 4 | De los seis casos en la Fiscalía 66,66% no son de conocimiento común Policía y Fiscalía |
| Casos con sentencia por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales. | 3 | De los casos conocidos en el período años 2007-2012 por la Policía, Fiscalía, 0% han recibido sentencia. |
| Total casos y posibles casos | 12 | |

Cabe destacar la labor que han realizado las autoridades en el Departamento de Caldas, con los planes de actuación para la prevención y la represión de La Trata de Personas, gracias al trabajo interinstitucional en cooperación con entidades nacionales y del exterior, entre ellas la INTERPOL y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), dando como resultado el rescate de varias víctimas de este delito, principalmente de explotación sexual, consumado en los países centroamericanos, hoy en día constituidos en los nuevos destinos de los traficantes de seres humanos que tienen su campo de acción en el Departamento de Caldas. No obstante este avance, lamentablemente se nota que no hay una eficiente cooperación entre las Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a

luchar contra la trata de personas en la región, el Observatorio del Delito de la Policía Nacional regional Caldas y la Dirección Nacional de Fiscalías Manizales.

Los resultados denotan otro punto crítico que no permite que la Ley Penal colombiana sea eficaz como sistema de control y prevención de la trata de personas en el Departamento de Caldas, y al cual las autoridades deben dar solución: ¿el por qué no se inician de oficio los posibles casos del delito de trata de personas, si existen evidencias de testimonios de las mismas víctimas en Organizaciones no Gubernamentales dedicadas a luchar contra este delito?

Aunque de los seis casos investigados por la Fiscalía, según la información presentada en las Tablas 1 y 2, el 33,33% tuvieron tránsito desde el Observatorio del Delito de la Policía Nacional, es notorio el bajo intercambio de información entre estas dos autoridades sobre los casos y posibles casos de delito de trata de personas, siendo este otro punto crítico, para el cual se deben plantear estrategias que permitan superar la deficiencia.

De una manera sorprendente, se puede observar (Tabla 3) que durante el período en estudio, únicamente tres casos han concluido en sentencia del Juzgado Penal Especializado de Manizales; además, al confrontar los mismos, ninguno de ellos corresponde a aquellos que se les había iniciado investigación tanto en el Observatorio del Delito de la Policía Nacional como a los que se les adelanta investigación en la Dirección de Fiscalías de Manizales; demostrando así, otro punto crítico que se debe entrar a solucionar: ¿El por qué las investigaciones adelantadas por estas autoridades en contra de los delincuentes de la región en estudio, raramente terminan en sentencia condenable, dando una connotación inicial de que en el Departamento de Caldas reina la impunidad cuando se trata de penalizar el delito de Trata de Personas?

CONCLUSIONES

Los casos investigados y judicializados por el delito de la Trata de Personas, durante el período 2007 a 2012, en el Departamento de Caldas, únicamente se refieren a la prostitución como actividad perversa e incompatible con la dignidad y el valor de la persona. No se encontraron casos o procesos iniciados por las autoridades judiciales sobre la Trata para otros propósitos, tales como el trabajo doméstico, el matrimonio servil o los trabajos forzados; siendo así, es menester destacar que la existencia de normas legales que penalicen la Trata de Personas, como único medio de garantía para el control y prevención de este delito en el Departamento de Caldas, no es suficiente; también se requiere ofrecer garantías económicas a la población más vulnerable, invertir en capacitación y creación de conciencia sobre el tema y brindar la formación a la población económicamente activa para que puedan integrarse al mercado laboral; y de la misma forma, crear opciones laborales estables para quienes han sido víctimas de este delito, en sus diferentes modalidades.

La justicia premiada, los substitutos y subrogados penales como la rebaja de pena, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, aunque éstos sean ajustados en derecho, relacionándose con los delitos de Trata de Personas, son algunas de las causales de la pérdida de confianza de las víctimas en la efectividad de la ley penal colombiana como garantista y protectora contra este delito.

REFERENCIAS

- Alonso, M. (2006). Protección penal de la dignidad a propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Revista Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, 171-210.
- Alzate, P., Arbeláez, P., Aristizabal, L., Fajardo, G., Ruíz, K. (2004). *Estudio jurídico sobre la Trata de Personas en el contexto del Eje Cafetero Colombiano*. Tesis. Facultad de Derecho, Universidad de Manizales. Manizales.
- Congreso de la Republica de Colombia (2000). Ley 599 del 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44097 de julio 24 de 2000.
- Congreso de la Republica de Colombia (2000). Ley 600 de 2000 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 44097 de julio 24 de 2000.
- Congreso de la Republica de Colombia (2002). Ley 747 de julio 19 de 2002, por medio de la cual se hacen unas adiciones y modificaciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 44.872. Julio 19 de 2002.
- Congreso de la República de Colombia (2002). Ley 750 de julio 19 de 2002, por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario. Diario Oficial No. 44.872. Julio 19 de 2002.

Congreso de la Republica de Colombia (2002). Ley 733 de enero 29 de 2002, por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones. Diario Oficial 44.693 de enero 31 de 2002.

Congreso de la Republica de Colombia (2004). Ley 890 de julio 07 de 2004. Por la cual se adiciona y modifica el Código Penal. Diario Oficial 45602 de julio 7 de 2004.

Congreso de la Republica de Colombia (2005). Ley 985 de 2005. Por medio de la cual se adoptan medidas contra la Trata de Personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma. Diario Oficial No. 46.015 de 29 de agosto de 2005.

Congreso de la Republica de Colombia (2006). Ley 1121 de diciembre 29 de 2006. Por medio de la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial 46497 de diciembre 30 de 2006.

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales (2001). Sentencia número 025 del 24 de Julio de 2001, Manizales.

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales (2012). Sentencia Número 030 de 2012, Manizales.

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales con competencia excepcional en Pereira, Risaralda (2008). Sentencia No 075 de noviembre 07 de 2008.

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales (2012). Sentencia Número 030 del 17 de agosto de 2012, Manizales.

Ministerio del Interior y de Justicia (2008). Línea gratuita contra la Trata de Personas, Boletín número 5.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, ONUDC. (2010). *Marco internacional de Acción para la aplicación del Protocolo contra la Trata de Personas*. New York: Editorial Naciones Unidas, Tomado de: <http://www.oim.org.co/trata-de-personas.html>.

Organización de las Naciones Unidas, ONU. (1949). Convención para la supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, Resolución de la Asamblea General Número 0054-00 de la Asamblea General de la ONU.

Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2008). *Tendencias mundiales del empleo - 2008*. Geneva: International Labour Office.

Pearson, E. (2001). *Manual Derechos Humanos y Trata de Personas*. Bogotá: Alianza global contra la trata de mujeres.

Vasconcelos. M. (2008, july-december). Forced labor, trafficking in persons and gender: some reflections. *Cad.Pagu* (31), Campinas.

RESEÑA
REVIEW

PARAMILITARISMO EN COLOMBIA. MÁS ALLÁ DE UN FENÓMENO DE VIOLENCIA POLÍTICA*

PARAMILITARISM IN COLOMBIA. BEYOND THE PHENOMENON OF POLITICAL VIOLENCE

*Paulo Bernardo Arboleda Ramírez***

Forma de citar este artículo en APA:

Arboleda Ramírez, P. B. (julio – diciembre, 2014). Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política. *Summa Iuris*, 2(2), 389-398.

Con este escrito se pretende hacer una invitación a la lectura del libro en referencia desde una aproximación crítica y reflexiva que permita dialogar con el texto de manera dinámica y constructiva. Es necesario aclarar que la interpretación de la lectura que se realizó no es absoluta, es decir, cada lector podrá encontrar otros elementos que le parezcan interesantes y que con seguridad pasaron inadvertidos.

En opinión particular, el texto objeto de la reseña es una obra muy bien elaborada en términos de calidad y de organización de contenido. Además, la lectura del libro es agradable, lo que posibilita su fácil comprensión. Ahora bien, para dar cuenta de este juicio personal, esta reseña se estructura en tres partes: en la primera, se destacan los apartados más interesantes que se aprehendieron de la lectura del libro; en la segunda, se menciona un aspecto que no comparte quien escribe este artículo y sus comentarios críticos al respecto; en la última parte, se sugieren temáticas que se hubieran podido estudiar en aras a complementar y a enriquecer con muchas fuentes bibliográficas el debate académico sobre el paramilitarismo en Colombia.

* Referencia bibliográfica: Ayala, G. (2011). *Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política*. Cali, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente. 113 p.

** Abogado de la Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; y, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente Investigador Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó de Manizales y miembro del grupo de investigación Jurisol. Correo electrónico: pauloarboleda@gmail.com.

Para comenzar, atendiendo el orden sugerido, el libro permite comprender que en Colombia el fenómeno del paramilitarismo no es sólo una organización armada contrainsurgente sino una estructura que cuenta con un proyecto político y económico que se ha evidenciado especialmente a partir de las elecciones al Congreso de la República de 2006. Esta idea es desarrollada por el autor fundamentándose en los hechos públicos, conocidos por los colombianos, sobre los nexos de congresistas con las Autodefensas Unidas de Colombia.

Así pues, de esta primera lectura que se realizó del libro, se destaca la coherencia argumentativa del Profesor Ayala en cuanto a desarrollar a lo largo de los 4 capítulos el título que motivó el trabajo de investigación. De esta manera, en el primer capítulo se deja claro al lector que se estudia el paramilitarismo en Colombia no exclusivamente desde su aspecto bélico sino desde las relaciones de este grupo con diversos gremios económicos, partidos políticos y “políticos profesionales”¹.

Después de este capítulo donde el autor deja planteado el objetivo de la investigación se continúa con el análisis del genocidio paramilitar como una práctica social que responde al factor ideológico y político de eliminar sistemáticamente a los campesinos, a los indígenas, a los afrodescendientes y a los sindicalistas que se oponen al régimen político imperante enmarcado en el modelo económico capitalista propio de la globalización.

Ya en el tercer capítulo, el autor devela la cooptación del Estado mediante la consolidación del paramilitarismo como un proyecto político, económico y viable para los políticos y los empresarios del país. En el texto también se destaca el estudio de la cooptación de conciencias de los ciudadanos por parte del proyecto del paramilitarismo que ha llevado

¹ El profesor Germán Ayala define a los políticos profesionales en el pie de página número 30 de la siguiente manera: “En franca alusión a aquellos que viven de la política, que les ha permitido convertirse en referentes, negativos o positivos, de medios de comunicación y de la opinión pública. Se trata de aquellos políticos que hacen parte del Congreso y de otras instituciones del Estado, pero también de los que hacen política en eventos electorales y mediante prácticas clientelares propias de partidos y movimientos políticos. El político profesional no necesariamente actúa bajo los positivos parámetros éticos con los cuales se enuncia el término profesional”.

a la polarización e intolerancia política en el país. Cabe resaltar que el Profesor Ayala denomina a este proceso como la “paramilitarización de los valores ciudadanos”².

Siguiendo con lo que se destaca de la lectura en cuanto al orden de desarrollo de la investigación por parte del profesor Ayala (Universidad Autónoma de Occidente), en el último capítulo es importante hacer mención al proceso que él denomina “el mimetizaje de los hechos violentos e ilícitos del paramilitarismo” por parte de los medios de comunicación, especialmente por la prensa escrita³.

Ahora bien, una lectura sobre el aspecto en el cual no se está de acuerdo, es que hay muchas “notas del autor” en los pie de página, es decir, muchos comentarios personales y algunos de estos sin soporte bibliográfico. En tal sentido, en el desarrollo de un trabajo investigativo es importante demostrar y fundamentar las ideas con un riguroso y abundante rastreo demostrativo y bibliográfico sobre el tema. No obstante, en la presentación del texto, el Profesor Ayala señala que el documento es el resultado de un proceso reflexivo entorno al fenómeno del paramilitarismo en Colombia y, por tanto, la investigación se circunscribe a un ensayo de opinión política (en el cual el autor manifiesta sus posiciones ideológicas) y no a un texto científico o académico.

Sin embargo, teniendo en la cuenta el párrafo precedente, en la obra también se observan otros pasajes relevantes en donde se ve el análisis y el sustento propios de un texto académico, puesto que el autor re-

² Al respecto: “Es decir, asistimos a una especie de paramilitarización de los valores ciudadanos, lo que conlleva a la intolerancia en escenarios públicos y privados, como el trabajo y la familia, donde se confrontan y se validan, a veces de manera inconsciente, principios, acciones y valores asociados al fenómeno paramilitar, especialmente cuando los medios masivos exponen hechos de guerra perpetrados por las FARC o discursos contrarios a la lógica extractiva y económica neoliberal que se viene globalizando desde hace tiempo” (2011, p. 76).

³ Para profundizar, puede verse: “Y si bien es cierto que los medios aparecen como agentes clave en los procesos de socialización político y de conformación del concepto de lo político, es necesario anotar cómo ese papel se ve afectado por el problema de la calidad de la comunicación, esto es, el conjunto de condiciones que integrados a los procesos de comunicación posibilitan que los agentes al recepcionar mensajes reconozcan sus contenidos, explícitos e implícitos, los asimilen y le asignen el sentido que de acuerdo con las circunstancias de contexto y las condiciones de emisión pretendió asignarles quien lo produjo”. En: (Ayala; Duque & Hurtado, 2006, p. 18). Al respecto, también puede verse la reseña y el análisis de este libro acabado de citar, sobre el papel de los medios de comunicación en la democracia de Colombia, presente en Botero (2007, pp. 563-569). Igualmente, sobre la responsabilidad del académico frente a los medios de comunicación cooptados, puede ser útil la lectura de Botero (2004, pp. 187-207).

troalimenta las ideas propias con citas bibliográficas o datos demostrativos. Así pues, al texto le falta cierta uniformidad académica, hecho que no le quita el aporte valioso que hace el autor a las presentes y a las futuras investigaciones del contexto social y económico de cada actor político que integra la sociedad civil colombiana.

Continuando con la tercera parte de esta reseña, me gustaría sugerir algunas temáticas que se hubiesen podido estudiar en el libro con la finalidad de complementar la investigación. En consecuencia, la primera temática que se sugiere, se relaciona con que el autor se extienda en sus opiniones al tema jurídico-político, para dejar en claro las consecuencias del fenómeno del paramilitarismo en la configuración del sistema jurídico-electoral de los partidos políticos y, por ende, de la democracia. Aunque no podemos desconocer, obviamente, que no estamos ante una investigación jurídica.

Al respecto, Diana Hoyos señala que,

el sistema democrático es desafiado constantemente por las prácticas de intimidación que los actores armados ejercen sobre los actores políticos y sociales y por las distintas formas de influencia y control sobre las instituciones, los gobiernos y la población. En este contexto es de esperar que el funcionamiento de las instituciones, los procesos electorales, los procesos participativos y las mismas formas de hacer política se redefinan, transformen o asuman lógicas particulares como consecuencia de la influencia y control de los actores armados en aquellos territorios donde han tenido una presencia permanente o incluso en aquellos que han constituido escenarios de disputa (2009, p. 14).

Por consiguiente, aunque el libro responde a una metodología propia de una investigación desde la ciencia política, no se debe dejar sin estudio la normativa jurídica que se ha expedido a causa de la infiltración y la

cooptación por parte de los paramilitares de los diversos ámbitos estatales⁴, sobre todo en la conformación del Congreso de la República en las elecciones de 2006⁵.

De esta manera, la reflexión sobre las influencias catastróficas del paramilitarismo en el escenario electoral debe iniciar con una caracterización de las jornadas electorales, espacio en donde los votantes se ven seriamente presionados mediante la violencia o la compra de conciencias al momento de ejercer su derecho político.

En este orden de ideas, hubiese sido interesante para complementar el texto un sustancioso estudio sobre el Acto Legislativo 01 de 2009 ya que esta norma con el pretexto de la búsqueda de la disciplina y la consolidación de los partidos políticos fuertes buscó depurar al Congreso de la República de algunos parlamentarios que tienen vínculos con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) a través de sanciones como la pérdida de la curul para el partido que hubiese avalado al Congresista (la silla vacía)⁶.

Para ahondar sobre este punto, la expedición del Acto Legislativo estuvo motivada porque los vínculos entre congresistas y paramilitares se habían convertido en un grave problema que estaba afectando seriamente la estructura del poder público en Colombia. Es por ello que Claudia López afirma del fenómeno lo siguiente:

⁴ Esta cooptación política de los paramilitares se ha evidenciado especialmente en el escenario electoral. Diana Hoyos al respecto nos dice que “estos actores armados impusieron candidaturas de políticos desde los ámbitos regionales y locales hasta el nivel nacional. En estos casos se encargaban de asegurar los votos necesarios para que los políticos salieran elegidos, incluso recurriendo a estrategias electorales como la segmentación de los votos o el establecimiento de candidaturas únicas. La restricción a la oferta de alternativas disponibles para los electores o el favorecimiento de aquellos candidatos, se constituyeron en claras limitaciones para la competencia política” (2009, p. 16).

⁵ En un estudio realizado por la Corporación Nuevo Arco Iris se menciona que “en las elecciones del 2006, 33 senadores y sus fórmulas a la Cámara resultaron elegidos en zonas de control paramilitar. Estos senadores obtuvieron 1.845.773 votos que representan una tercera parte de la votación para Congreso y un punto muy alto de la votación para Presidente. La gran mayoría de estos senadores habían sido elegidos en los nuevos grupos que aparecieron en el 2002” (Corporación Nuevo Arco Iris, 2007, p. 15).

⁶ Para un estudio complementario: (Calderón, 2001, pp. 45-55); (Cepeda, 2005, pp. 213-242); y, (Garretón, 2004, pp. 73-98).

Hoy está establecido que la parapolítica es un fenómeno nacional de captura masiva de la representación política y el poder público por parte del narcotráfico y el paramilitarismo, a través de políticos y otros servidores públicos en los niveles local, regional y nacional (López & Sevillano, 2008, p. 62).

Por esta razón, se hace relevante, especialmente desde la academia, realizar análisis que sirvan para identificar la relación entre participación política (legal o ilegal) y violencia política en Colombia, que permita determinar el papel que juega el conflicto armado en un sistema político. Sobre este asunto Mauricio García sostiene que,

la intensificación del conflicto armado durante las últimas dos décadas, la consolidación del control territorial por parte de los grupos armados ilegales -guerrillas y paramilitares- en amplias zonas del país y la consecuente incapacidad del Estado colombiano para preservar el Estado de derecho en la totalidad del territorio nacional, han hecho cada vez más evidente el impacto del conflicto armado sobre el funcionamiento de la democracia, y particularmente, sobre el desenvolvimiento de los procesos electorales (2007, p. 85).

Incluso, como bien lo señala el Profesor Ayala, el aumento de las posibilidades de participación electoral sin el debido control socio-político de las comunidades, implicó el incremento de la violencia política fruto del paramilitarismo⁷.

Ahora bien, también resulta interesante que el texto no se limite a mencionar tan brevemente en las conclusiones el concepto sobre el “ciudadano comprometido”⁸. Por tanto, se requiere que el texto amplíe el tema analizando el concepto de una democracia de ciudadanos en la cual ellos ejerzan consiente y responsablemente sus derechos, deberes y libertades.

⁷ Por ejemplo, el profesor Ayala menciona que la democracia electoral local, sin las debidas cortapisas, fue un detonante de la violencia paramilitar en el país. Al respecto, el autor señala: “(...) el contexto de apertura política, descentralización y negociación de paz con las guerrillas en el que surgieron los grupos paramilitares en la década de los ochenta. Los riesgos de una posible democratización provocaron la reacción negativa de élites regionales ligadas a los partidos liberal y conservador -pero principalmente al primero- frente a la posible incorporación a los diferentes sistemas políticos locales de los antiguos insurgentes, y con esto, la inclusión de grupos sociales hasta ese momento marginados del debate público” (2011, p. 38).

⁸ Sobre este concepto, el Profesor Ayala señala: “Para cambiar en algo el oscuro panorama de Colombia, creo que va siendo hora de empezar a formar un ciudadano políticamente comprometido, esto es, no sólo preparado para comprender, desde el análisis de los hechos -noticiosos, económicos o políticos- lo que sucede a otros para conformar grupos de investigación y de presión que develen la corrupción y la violencia, tanto la que existe y se orquesta en el Estado, como en las empresas privadas y, por supuesto, en los propios grupos armados ilegales” (2011, p. 105).

Esto nos lleva a preguntarnos si, en el fondo, se defiende un modelo de democracia deliberativa (como la propuesta por Habermas), lo que supone una desconfianza ante los modelos democráticos que ponen énfasis en otras estructuras diferentes a las del ciudadano, como el neoconstitucionalismo que enfatiza en el juez como el mayor motor de la cultura democrática⁹.

Por ejemplo, sobre el concepto de ciudadanía en la democracia, Gonzalo Ramírez sostiene que la noción de pueblo es débil y vacía, siendo objeto de manipulaciones e interpretaciones diferentes por cuenta de quienes ostentan el poder. Como menciona Ramírez, es sobre esa noción de pueblo que “el derecho actúa como límite-garantía que da la posibilidad de cambios o modificaciones sin llamamientos constantes al poder constituyente, que con su elemento democrático plantea un mayor riesgo de manipulación” (2003, p. 45).

Así mismo, sería muy relevante que el libro del profesor Ayala dedicara unas cuantas páginas a explicar la clara transformación de los medios de comunicación de simples informadores de la realidad nacional a importantes actores políticos mediadores de la misma por medio de la auto-censura, aspecto que él mismo ya trabajó con anterioridad¹⁰. Esta exposición sobre los medios de comunicación aportaría al lector un entendimiento del proceso de mimetizaje del accionar violento de las AUC por parte de los medios masivos de comunicación (el profesor Ayala podría tomar esta sugerencia de contenido conectando los resultados de su investigación sobre los medios de comunicación con el análisis del fenómeno del paramilitarismo en Colombia que presenta en el texto en referencia).

⁹ Sobre el debate entre la democracia deliberativa y la democracia judicial, véase: Gargarella (2010, pp. 199-207).

¹⁰ “Los medios en sí mismos son productores de discursos, las llamadas agendas mediáticas, bajo lógicas y criterios que corresponden a su doble carácter, medio-empresa, con efectos garantizados en el terreno político” (Ayala, 2011, p. 27).

En este sentido, el autor trae a colación el concepto “ocultar mostrando”¹¹, de Pierre Bourdieu¹², que implica la capacidad de los medios para informar a la opinión pública las noticias con un sentido que no corresponde en absoluto con la realidad. Este concepto es muy interesante para mostrar la trascendencia de los medios de comunicación como un importante actor de la sociedad civil dentro de la vida democrática del Estado.

En síntesis, invito a la lectura del libro con la finalidad de entender las dinámicas militares, económicas y políticas del paramilitarismo desde una perspectiva de análisis propia de la ciencia política, que enriquece el debate académico sobre estas temáticas tan relevantes en la comprensión de la configuración del Estado en las últimas décadas en Colombia. De este modo, podrán tener con anterioridad a la lectura del texto este plan de estudio que les brinda un acercamiento de los tantos de los que puede ser objeto la buena investigación del profesor Germán Ayala.

REFERENCIAS

- Ayala, G. (2011). *Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política*. Cali, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente.
- Ayala, G., Duque, O. & Hurtado Vera, G. (2006). *Medios de comunicación y seguridad democrática: De la democracia radical al unanimismo ideológico*. Cali, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente.

¹¹ El profesor Ayala cita el siguiente apartado sobre el concepto “ocultar mostrando”: “Lo hace cuando muestra algo distinto de lo que tendría que mostrar si hiciera lo que se supone que se ha de hacer, es decir, informar: y también, cuando muestra lo que debe, pero de tal forma que hace que pase inadvertido o que parezca insignificante, o lo elabora de tal modo que toma un sentido que no corresponde en absoluto a la realidad” (2011, p. 62).

¹² Concepto acuñado por Pierre Bourdieu sobre la capacidad de los medios para “ocultar mostrando”. Puede verse en: (Bourdieu, 1997. p. 24). Además, sobre esta temática puede consultarse el texto: (Sartori, 1998).

- Botero, A. (2007, julio-diciembre). Reseña de “De la democracia radical al unanimismo ideológico: medios de comunicación y seguridad democrática” de Ayala, G., Duque, O. & Hurtado Vera, G. (2006). En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Universidad Pontificia Bolivariana*, 37(107), pp. 563-569.
- Botero, A. (2004). Reflexión filosófica sobre el papel del intelectual en la cibercultura. En Ángel, J. et. al., *La mosca, el pez y el acróbata: la responsabilidad del intelectual*. Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana, (pp. 187-207).
- Bourdieu, P. (1997). *Sobre la televisión*. Barcelona, España: Anagrama.
- Calderón, J. (2001). El proceso electoral en municipios selectos. En Giraldo, F; Losada, R. & Muñoz, P. (eds.). *Colombia: Elecciones 2000*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana y CEJA. (pp. 45-55).
- Cepeda, F. (2005). La crisis de la gobernabilidad en Colombia. En Domínguez, J. & Shifter, M. (eds.). *Construcción de gobernabilidad democrática en América Latina*. Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica. (pp. 213-242).
- Corporación Nuevo Arco Iris. (2007). *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Intermedio.
- García, M. (2007). Sobre balas y votos: violencia política y participación electoral en Colombia, 1990-1994. En Hoyos, D. *Entre la persistencia y el cambio. Reconfiguración del escenario partidista y electoral en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario. (pp. 84-117).
- Gargarella, R. (2010). Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli. En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (2), 199-207.

- Garretón, M. (2004). La indispensable y problemática relación entre partidos y democracia en América Latina. En Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*. Buenos Aires, Argentina: Aguilar, Altea, Alfaguara. (pp. 73-98).
- Hoyos, D. (2009, enero-abril). Dinámicas político-electorales en zonas de influencia paramilitar. Análisis de la competencia y la participación electoral. En *Revista Análisis Político*, (65), pp. 13-32.
- López, C. & Sevillano, O. (2008, julio-diciembre). Balance político de la parapolítica. En *Revista Arcanos*, 14(14), pp. 62-87.
- Ramírez, G. (2003). Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. En *Temas de Derecho Público*, (69). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sartori, G. (1998). *Homo videns: La sociedad teledirigida*. Madrid, España: Santillana-Taurus.

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 theoretical 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 be notified about the situation of the article. Otherwise, it will advertise that in any case will not return original texts.

5. Information for the sending text.

- The several articles may be sent 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

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