



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
1952

e-mail: temassj@bumanga.unab.edu.co

TEMAS SOCIO-JURÍDICOS

No. 44

TARIFA POSTAL REDUCIDA ADPOSTAL No. 615 VENCE DIC/2004



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE BUCARAMANGA
1952



TEMAS SOCIO-JURÍDICOS

Facultad de Derecho
Revista del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

VOLUMEN 21 No. 44 JULIO 2003 ISSN 0120-8578



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
1952

T E M A S

SOCIO - JURÍDICOS

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
SOCIO-JURÍDICAS

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Rector

JORGE HUMBERTO GALVIS COTE
Vicerrector Administrativo

GRACIELA MORENO URIBE
Vicerrectora Académica

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Director - Editor

Facultad de Derecho
JUAN CARLOS ACUÑA GUTIÉRREZ
Decano

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA
Coordinador de Facultad

Directores de Área
ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ
Área Profesional

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Área Científica

Directores de Línea
MARÍA ANTONIA TOSCANO DE SÁNCHEZ
Derecho Penal

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA
Derecho Privado

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Derecho Público

IVÁN SANTOS BALLESTEROS
Derecho Procesal

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Derecho Laboral

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN
Derecho Económico

Comité de Editorial

Laureano Gómez Serrano
Jorge Eduardo Lamo Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Aída Fernández de los Campos
Mónica Cortés Falla

Comité Literario:

Heriberto Sánchez Bayona
Carlos Andrés González León
Mónica Robledo Cadavid
Mario Guevara Mendoza

Portada:

GITANA
Humberto Delgado

Editada por:

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
Periodicidad Semestral
Depósito Legal Verificado
Tiraje: 1300 ejemplares
Formato 17 x 22 cms

Calle 48 N. 39-234 - Conmutador 6436111 - 6436261
Apartado Aéreo 1642 - Bucaramanga - Colombia, Sur
América.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS DE ESTA
REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCIÓN, SINO QUE SON
DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES,
DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DE LA
CÁTEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 30. DEL ESTATUTO
GENERAL DE LA CORPORACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE BUCARAMANGA - UNAB.

El material de esta publicación puede ser reproducido sin
autorización, siempre que se mencione su procedencia y el Centro
de Investigaciones Socio-Jurídicas de la UNAB, reciba un ejemplar
de la publicación.

Temas Socio Jurídicos
(Facultad de Derecho)

Bucaramanga
Colombia

Vol. 21

No.
44

Julio
2003

ISSN 0120-8578

INDICACIONES A LOS AUTORES

La Revista Temas Socio Jurídicos es una publicación seriada del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, dependencia adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que se dirige principalmente a Abogados, profesionales de las ciencias sociales y humanas, a estudiantes de derecho y de ciencias sociales y humanas.

Los siguientes tipos de artículos podrán ser incluidos en su contenido:

1. Originales provenientes de investigaciones.
2. Teóricos producto de análisis de teorías establecidas o innovaciones teóricas.
3. Artículos producto de revisión de un tema específico.
4. Ponencias
5. Notas
6. Discusiones

Los trabajos deben ser inéditos y sometidos a consideración del Comité de TEMAS SOCIO JURIDICOS, se exceptúa la reproducción, con permiso del autor o editor de artículos de especial interés. Cuando el artículo haya tenido una publicación previa, el autor o autores deben informar al remitir el artículo a publicar. Las ideas expuestas en el artículo remitido son de exclusiva responsabilidad de los autores.

El trabajo debe enviarse en original y una copia en papel tamaño carta por un solo lado dejando márgenes de 25 mm. Cada copia debe incluir todas las tablas y figuras. Si es posible, el trabajo puede enviarse en disquete digitado en procesador de palabras debidamente identificado. El remitente debe conservar copia de todo el material que envíe. El trabajo debe venir acompañado de una carta del autor principal en el que se exprese que ha sido leído y aprobado por todos los autores. En la carta se consignan también el nombre y dirección del autor responsable de la correspondencia relacionado con el artículo. Los artículos deben dirigirse a:

TEMAS SOCIO JURÍDICOS CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

Universidad Autónoma de Bucaramanga
Calle 48 no 39-234 Bucaramanga, Colombia.
E-mail: temassj@bumanga.unab.edu.co

RESUMEN DE REQUERIMIENTOS TÉCNICOS

- Todo artículo debe prepararse a doble espacio.
- Cada sección debe iniciarse en una nueva página.
- La presentación del artículo debe seguir el orden siguiente: Título, resumen, palabras clave, agradecimientos, resumen en inglés y bibliografía. Las tablas deben venir cada una por separado, con su respectiva leyenda y numeración arábiga.
- Las ilustraciones, gráficos y esquemas se denominan FIGURAS, se enumeran según el orden de aparición y sus leyendas se describen en hoja separada.
- Si incluyen ilustraciones propias de otras publicaciones se debe incluir el respectivo permiso para usarlas.

PÁGINA TITULAR

La página titular debe contener:

- a) El título del artículo, el cual debe ser conciso e informativo.
- b) El nombre de cada autor y su mayor título académico.
- c) La institución a la cual pertenecen los autores.
- d) Reconocimiento a la Institución que haya patrocinado económicamente la investigación.
- e) La dirección a la cual se pueden solicitar los reimpresos del artículo.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

La segunda página debe contener el resumen de no más de 200 palabras. El resumen debe enunciar los propósitos del estudio o investigación, procedimientos básicos, principales hallazgos y las principales conclusiones. Debe enfatizar los aspectos innovadores, producto del estudio o investigación. Seguida a esta sección los autores deben suministrar 3 a 10 palabras clave ó frases cortas, que servirán de guía para realizar índices y referencias cruzadas de artículos.

AGRADECIMIENTOS

Las personas que colaboraron intelectualmente en el artículo pero cuya participación no justifica la autoría pueden ser citadas por su nombre, añadiendo su función o tipo de colaboración; por ejemplo, "recolección de los datos", "apoyo financiero y material, especificando la índole del mismo", etc. Estas personas tendrán que conceder su permiso para ser nombradas. Los autores se responsabilizarán de obtener la autorización por escrito de las personas mencionadas por su nombre en los agradecimientos. El reconocimiento por la ayuda técnica recibida figurará en un párrafo separado.

Tabla de Contenido

7	EDITORIAL
11	PORTADA
13	PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DE LAS TARIFAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS JAVIER DE QUINTO ROMERO
35	RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD NEGATIVA LAUREANO GÓMEZ SERRANO PAULO JAVIER OCHOA SILVA RUBEN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ ALAIN NIÑO RIAÑO
47	LA VITALIDAD PERMANENTE DEL MÉTODO DE CASOS EN EL SIGLO VEINTIUNO – DAVID D. GARNER TRADUCCIÓN: MÓNICA ROBLEDO CADAVID
87	APROXIMACIONES A LA INFLUENCIA DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA ECONÓMICA LAURA MILENA PARRA ROJAS
105	EL TÍTULO PRELIMINAR, AUXILIARES DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN LA LEY 794 DE 2003 IVAN SANTOS BALLESTEROS

137 LOS USOS DE LA BIOGRAFÍA – GIOVANNI LEVI
TRADUCCIÓN: ANNAIG GAUTIER – JAIRO GUTIÉRREZ RAMOS –
DORIS LAMUS CANAVATE

153 LA CONDUCTA HOMICIDA
JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

167 HIPÓTESIS CONSENSUAL DEL JOHN RAWLS APLICADA AL
CONFLICTO ARMADO ENTRE EL ESTADO COLOMBIANO Y ALGUNOS
EJÉRCITOS IRREGULARES
SANDRA YANETH PÁEZ LEAL

185 GOBERNABILIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS
ESTHER PARRA RAMÍREZ – DANIEL VARGAS MARÍN

195 LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER COLECTIVO
EN LOS SINDICATOS DE EMPLEADOS OFICIALES EN COLOMBIA
JOSE ANDRÉS AMAYA CÁRDENAS

215 TALLERES DE INVESTIGACIÓN

Editorial

En la edición número 44 de la revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS presentamos a la consideración de nuestros lectores, los trabajos allegados por los colaboradores en este primer semestre académico de 2003.

Dentro del escenario jurídico del país continúa el debate abierto por la convocatoria de un referendo constitucional, que se halla bajo decisión de la Corte Constitucional y que suscita gran polémica por sus aspectos tanto de forma como de fondo.

Igualmente, detectamos con desconcierto la promulgación de la Ley 791 de 2002, por medio de la cual se modificó el régimen jurídico de las prescripciones en Colombia.

En efecto, tras un trámite cuasi clandestino en el Congreso, sin ninguna discusión dentro de la comunidad académica, se redujo el tiempo de prescripción extraordinaria de veinte (20) a diez (10) años, y la ordinaria de diez (10) a cinco (5) años en materia de inmuebles, y las prescripciones de acciones a tres (3) años, modificando de esta manera las disposiciones de los artículos 2529 y 2532 del Código Civil.

Si se lee con cuidado el origen de la iniciativa en la Cámara de Representantes aduciendo la necesidad de unificar el tema de la prescripción de acciones para dar seguridad jurídica a los inversionistas privados, la modificación sustancial que se le hizo en el Senado para incluir la prescripción de derechos reales, y las objeciones sibilamente insustanciales por "inconveniencia" del Gobierno Pastrana dentro de un panorama de violencia institucionalizada que implica el desplazamiento forzado de muchos titulares del derecho de dominio de ámbito de su propiedad, con la extensión y profundización de la

contrareforma agraria desarrollada por el narcotráfico y el paramilitarismo, surgen insondables cuestionamientos a la forma en que se legisla en Colombia y a los intereses que se ocultan y traslapan tras cada reforma legal.

Para mejor ilustración obsérvese cómo la decisión del legislador para superar los vicios generados en las negociaciones de tierras, durante la violencia de la década de los años cincuenta en el siglo veinte, fue el determinar que estas negociaciones se presumían nulas, para impedir el aprovechamiento económico de la violencia, como se señaló en el acápite de la Ley 201 de 1959.

En efecto se estableció en el artículo 1° de la Ley 201 de 1959, aclarando el alcance y el sentido del artículo 1513 del Código Civil, que **"... se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad ("perturbación del orden público") se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado"**.

Y en su artículo 3°, se estableció que para los efectos de la prescripción de las acciones posesorias, de conformidad con el artículo 976 del Código Civil, los actos de violencia o clandestinidad sólo cesan a partir del restablecimiento del orden público, y además, concedió a los poseedores de bienes inmuebles urbanos o rurales despojados por medios violentos o clandestinos un término extraordinario de dos (2) años a partir del dicho restablecimiento del orden público para iniciar las acciones posesorias en defensa de sus derechos.

Obsérvese cómo el legislador de aquella época se orientó hacia la protección de las víctimas frente a los actores de la violencia. Ahora, el legislador se orienta a la protección de los generadores y usufructuarios de la violencia que vive el país. No obstante, un análisis más profundo sobre las causas, consecuencias y móviles de dicha reforma quedan planteados para la discusión; aún cuando no pasan desapercibidos los riesgos que ellas implican.

Colaboran en esta edición los profesores Javier de Quinto Romero, investigador de la Fundación de Estudios de Regulación, de Madrid (España), y profesor de la Universidad Complutense, sobre los principios económicos y jurídicos que informan el régimen tarifario de los servicios públicos; se divulga un trabajo colectivo sobre la responsabilidad de los medios de comunicación por la divulgación de publicidad negativa; la traducción realizada por Mónica Robledo

Cadavid del artículo del profesor David G. Garner sobre el Método de Casos de Christofer Columbus Langdell; el trabajo de Laura Milena Parra Rojas, sobre los fallos de la Corte Constitucional en materia económica, resultado del primer trabajo de investigación presentado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, dentro del programa de Doctorado "Derecho y Economía"; la contribución del profesor Iván Santos Ballesteros al estudio de las reformas al Código de Procedimiento Civil introducidas por la Ley 794 de 2003; la traducción realizada por Annaig Gautier, Doris Lamus Canavate y Jairo Gutiérrez, del artículo del profesor Giovanni Levi, sobre los Usos de la Biografía; el comentario de derecho penal denominado La conducta homicida, realizado por Jaime Enrique Puentes Torrado; Sandra Yaneth Páez Leal colabora en esta edición con un análisis de la aplicación del marco teórico de John Rawls sobre el conflicto armado en Colombia, que es un informe sintético de su tesis de grado para optar el título de Abogado; la profesora Esther Parra Ramírez contribuye con un trabajo sobre políticas públicas; José Andrés Amaya Cárdenas sobre los derechos colectivos de los empleados oficiales en Colombia.

Se incorpora el índice a las investigaciones adelantadas por el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, durante el año 2002, cuyos contenidos se pueden consultar en las oficinas del Centro o en la sección especializada de la Biblioteca de la UNAB.

Bucaramanga, junio 10 de 2003.

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
DIRECTOR

Portada

Humberto Delgado

Pintor 1911 – 1981

Nació en Jesús María, Santander, el 4 de mayo de 1911, hijo de Miguel Delgado y María de Delgado, inició estudios de pintura en la Escuela de Bellas Artes de Bogotá y los continuó en la Academia San Fernando en España. Tocaba la flauta y la guitarra y fue amigo del maestro José A. Morales.

Tuvo dos hijos con Emma Lucila González Quitina, Jorge y Pedro Armando, el primero dedicado a la pintura. Con María Luisa Muñoz tuvo un hijo llamado Samuel, también pintor.

Sus obras se encuentran:

Un Cristo, en la iglesia de Fátima (junto al Instituto Municipal de Cultura) que es la obra principal de la iglesia.

En la iglesia San Juan Nepomuceno de Floridablanca el cuadro de Santo Domingo de Guzmán, ubicado en el Baptisterio, el cuadro de San Juan Nepomuceno en el altar.

Los retratos más destacados son: el de la madre del maestro José A. Morales, de propiedad de la familia Morales, el de Gabriel Turbay en la Casa de Bolívar, el del General Santander, ubicado en el Salón Santander de la Alcaldía de Bucaramanga (no se sabe si sobrevivió al reciente incendio).

Realizó decoraciones religiosas en Santander. Sus retratos y gitanas denotan influencia de la Academia de San Fernando en Madrid. Fue profesor en la Academia de Bellas Artes y en la Universidad Industrial de Santander.

Falleció el 20 de diciembre de 1981 en la ciudad de Bucaramanga, donde vivió y trabajó la mayor parte de su vida.

Portada:

Gitana - 1964

Óleo sobre Lienzo 43x35 cm.

Propietario: Luis Ernesto Parra

Fotografía: Saúl Meza

PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y
JURÍDICOS DE LAS TARIFAS EN LOS
SERVICIOS PÚBLICOS

JAVIER DE QUINTO ROMERO

PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DE LAS TARIFAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

JAVIER DE QUINTO ROMERO

PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DE LAS TARIFAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

AUTOR: JAVIER DE QUINTO ROMERO

DIRECCIÓN: fundación@f-estudiosregulacion.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 12/03/2003

DESCRIPTORES: Servicios Públicos, Tarifas, Legislación, Principios, Metodología, España

RESUMEN: Este escrito realiza un estudio sobre los principales problemas que se detectan en España relativos a los principios económicos por los cuales se guían para calcular las tarifas de servicios públicos.

KEY WORDS: Public services, rates, law, principles, methodology, Spain

ABSTRACT: This paper carries out an analysis of the main problems detected in Spain concerning economic principles that guide the determination of public service rates.

MOTS CLEFS: Services publiques, tarifs, loi, principes, Espagne.

SYNTHESE: Cet article contient une analyse des principaux problèmes détectés en Espagne relatifs aux principes économiques qui guident la détermination des tarifs de services publics.

1 – ¿Porqué fijar precios tarificados?

Hay muchas circunstancias que pueden aconsejar al legislador la fijación de precios regulados (o tarifas). En gran parte estas circunstancias y el alcance de los precios regulados a un mayor rango de bienes y servicios dependen bastante del grado de desarrollo de un país: asegurar a toda la población el acceso a determinados bienes o servicios vitales para la subsistencia suele ser un motivo para la fijación de precios (subsidiados las más de las veces) en países del tercer mundo.

En países de nuestro entorno, con una sociedad civil desarrollada, con un ingreso per cápita alto, con una apertura exterior razonable y unos mecanismos de mercado bastante desarrollados, los precios regulados son habituales en circunstancias en las que se producen fallos del mercado de difícil solución (las más de las veces debido a restricciones insalvables en la oferta) o a que se producen externalidades socialmente indeseadas. Pero también son instrumento de política industrial nada despreciable al poder asegurar un input razonable en aquellas actividades en que esos costes son un factor clave de su éxito competitivo.

Aunque parezca lo contrario, y aunque se tiende a dar paso a una fijación libre de precios en cada vez más sectores, los precios regulados son todavía muy abundantes también en España.

La fijación de precios regulados es inevitable cuando se produce una situación denominada "monopolio natural", normalmente en negocios redes (reales o virtuales) de alto coste de inversión, normalmente servicios públicos (esto es, el propietario de la red no decide unilateralmente la expansión de la red y tiene la obligación de dar acceso y/o suministro) y que presentan costes marginales decrecientes, de forma que (siempre que no haya congestión) la entrada de un competidor pone en crisis a todos los ofertantes salvo que aumenten los precios en gran cuantía, lo que perjudicaría al usuario.

Para evitar que el monopolio abuse del consumidor, el regulador le suele imponer:

- precios
- obligación de suministro o de acceso (no discriminatorio entre usuarios)
- unos mínimos de calidad y seguridad, ya que la respuesta normal del empresario ante la imposibilidad de maximizar sus ingresos será reducir gastos, aunque sea a costa de calidad y seguridad.

En otras palabras, las tarifas no pueden ser entendidas per se, sino sólo cuando van acompañadas de estas otras dos condiciones que acabamos de enunciar.

2 – Principios que deben observar las tarifas

La tarificación, bien sea entendida como tarifa integral o como tarifa de acceso a una red o instalación básica, ha de basarse en los siguientes principios generales:

- Objetividad y no discriminación
- Transparencia
- Simplicidad
- Predictibilidad
- Eficiencia y suficiencia económica
- Eficiencia asignativa

Objetividad significa que debe existir una metodología para el cálculo de la retribución por el bien / servicio ofertado, que recoja únicamente aquellos componentes de coste en los que necesariamente se debe incurrir y que no presente discriminaciones entre tipos de usuarios o tipos de proveedores del bien / servicio.

Transparencia significa que cualquier usuario, real o potencial, nacional o extranjero, debe tener total información de tal metodología, y de los importes correspondientes a tales costes. Para ello la metodología y los precios tarifados deben ser públicos y publicados.

Simplicidad: La transparencia seguramente está bastante relacionada con la sencillez metodológica: debe haber pocos parámetros, y que estos sean razonables, fáciles de conocer y medir, y por lo tanto auditables.

Predictibilidad significa que el grado de incertidumbre acerca de la vigencia de la metodología y de la evolución de los precios tarifados en relación a los costes sea mínima para cualquier utilizador del servicio o de la red, real o potencial, nacional o extranjero.

Conviene señalar que siempre existirá el denominado riesgo regulatorio. Pero si bien la regulación evoluciona y cambia, estos cambios han de ser progresivos y predecibles. Todos los agentes deben saber en todo momento cuáles son los incentivos y cuáles las penalizaciones, y estos deben ser más o menos estables y predecibles. Por tanto, los agentes deben tener la capacidad de valorar el riesgo regulatorio. Un entorno de impredecibilidad regulatoria afecta decisivamente al comportamiento de los agentes retrayendo sus decisiones (por la percepción de un alto nivel de riesgo). Y esto es especialmente importante en sectores en los que el factor clave de éxito es la inversión y en el que los periodos de maduración son largos.

Eficiencia económica significa que la metodología debe proporcionar una solución óptima entre una calidad y alcance mínimo de dicho servicio a un coste mínimo.

Suficiencia económica significa que los proveedores del bien / servicio deben percibir una remuneración suficiente para garantizar su viabilidad económica.

Eficiencia asignativa significa que cada agente pague los costes que le corresponden y que cada parte de los proveedores perciban una remuneración ajustada a los costes incurridos, siempre y cuando estos sean costes mínimos.

3 – Que costes deben o no incluirse en la tarifa

La función básica de los precios (sean estos regulados o no) es dar una señal a los agentes del mercado acerca de la escasez o abundancia de un bien o servicio.

La señal eficiente, es decir, aquella que configura una asignación óptima de los recursos, viene dada por el coste marginal. En una situación de mercado que la teoría define como de competencia perfecta, un precio (sea este regulado o no) que iguale el coste marginal, debe permitir a todos los ofertantes recuperar la totalidad de sus costes.

Por tanto como principio la tarifa debiera fijarse en el coste marginal del suministro, integrando los costes marginales de cada actividad necesaria para el suministro.

Pero la realidad de los sectores que son objeto de tarificación, normalmente negocios de redes reales o virtuales (eléctrico, gas, distribución de aguas, algunas modalidades de transporte, algunas modalidades en telecomunicación) presenta algunas particularidades que seguramente desaconsejan seguir a rajatabla tal principio.

A – Los mercados de competencia perfecta sólo existen en la teoría.

B – El coste marginal a corto plazo de una red física a corto plazo es cercano a cero (si no hay congestión) y no permitiría recuperar la totalidad de los costes o bien en un horizonte temporal razonable, o bien sólo cuando apareciese la congestión y aflorasen utilizadores dispuestos a pagar grandes sumas con tal de no quedarse fuera.

C – El coste marginal de la producción eléctrica en concreto presenta ciertas dificultades metodológicas para su cálculo derivadas del carácter no almacenable de la electricidad y de la consiguiente pérdida de garantía real que tenemos al utilizar marginalmente una central en stand by.

En otras palabras, no deberíamos prescindir de del nivel de seguridad en el cálculo del coste marginal, lo que se resuelve valorando (siempre subjetivamente) el coste de la energía no suministrada.

D – La función agregada de costes en muchos sectores (electricidad, gas, aguas ...) presenta distintas pendientes y discontinuidades en algunos puntos lo que implica dificultades para fijar costes marginales y precios a corto plazo.

E – La aleatoriedad en la demanda a corto plazo, es otro factor que dificulta fijar costes marginales y precios en casi todos los sectores.

F – El coste marginal a corto plazo no coincide necesariamente con el coste marginal a largo plazo y no es factible encontrar una relación invariable entre ambos.

G – Al margen de lo anterior, las funciones de oferta y demanda en estos sectores no relejan ni los beneficios ni los costes sociales (en el sentido microeconómico) ni la utilidad de su consumo. Los efectos externos tienden a infravalorar la utilidad del suministro y a sobrevalorar los costes (otros sectores trasladan a estos sectores sometidos a tarifa costes que les son propios).

¿Debe recogerse el coste real o coste de reposición a largo plazo según la mejor tecnología disponible? En momentos (como los actuales) de costes marginales de desarrollo decrecientes en casi todos los sectores y desde luego en los negocios de redes, con este segundo principio se logran tarifas decrecientes, pero ¿quién va a invertir si mañana mis activos serán desplazados por otros basados en nuevas tecnologías y más baratos? Hoy día se produce un sesgo hacia la inversión en tecnologías de costes fijos bajos y amortización rápida.

Por todo ello, es razonable una política tarifaria compatible con la subsistencia de las empresas, lo que supone tomar como referencia los costes medios totales. Ahora bien, la literatura también nos señala que debe haber siempre incentivos para la minimización de tales costes medios. Es decir debe procurar la recuperación de las inversiones (acometidas de forma prudente) y otro tipo de costes (derivados de estas inversiones). Además debe incluir aquellos costes debidos a requerimientos razonables por parte del legislador o del regulador.

Por otra parte señalar que la recuperación de los costes sólo debe garantizarse cuando existe obligación de servicio (de suministro, de transporte y distribución). Si hay libre oferta y libre fijación de precios, no es necesario garantizar la recuperación de los costes.

El problema hoy está en que los distribuidores tienen obligación de suministro a todos los consumidores a una tarifa, y tienen que comprar la electricidad en el mercado libre de generación. A nuestro juicio esto sólo es soluble entendiendo entonces la tarifa como un contrato forward (por ejemplo a plazo anual) entre los suministradores que prestan el servicio y los consumidores agregados con menos información y poder de negociación, que implícitamente delegan en una instancia superior la negociación.

4 – La repercusión de la tarifa a los consumidores

Nos aproximaremos al óptimo económico en un sistema tarifario, en la medida en la que, sin perder de vista los principios expuestos en el punto 2, logremos que la curva de ingresos totales sea lo más parecida (homotética) respecto a la curva de costes totales. (que básicamente incluyen producción, transporte, distribución, generales y estructura de la empresa que presta el servicio, circulante y algunos costes externalizados que sea razonable incluir).

Las tarifas binomias (es decir con un término fijo y otro variable en función de los consumos) por bloques o, mejor aún, las tarifas bionomías por utilización son las que más aproximan ambas curvas.

Si bien para reflejar perfectamente el coste de suministrar a cada abonado serían necesarios tantos precios como utilizaciones, por razones de orden práctico y de una deseable simplicidad, se agrupa a los usuarios por tramos de utilización similares y se realiza una aproximación a la función de costes de cada grupo de usuarios.

En el caso de la tarifa binomia por utilización se producen dos efectos normalmente muy positivos ya que hay un claro incentivo para ajustarse lo máximo posible a la capacidad que realmente se va utilizar y un desincentivo importante para desviarse en los consumos previstos.

Para que las tarifas reflejen lo mejor posible el coste de cada usuario se deben cumplir dos condiciones:

A – La tarifa debe cubrir exactamente el coste medio de la utilización media de cada tramo en los que hayamos dividido la tarifa.

B – Cerca del punto de utilización media de cada tramo, el coste total y el ingreso por tarifa deben estar muy próximos.

5 – Subvenciones cruzadas en la tarifa al consumidor

Como no hay una tarifa para cada consumidor individual, esta debe contener en mayor o menor medida subvenciones cruzadas entre grupos de consumidores.

Entendemos como subvención cruzada transferencias de renta a través del pago de los consumos de determinados bienes o servicios entre unos consumidores y otros consumidores, con características distintas, bien por

- su volumen de consumo
- sus hábitos de consumo
- su localización
- su mayor o menor sensibilidad al coste de dichos consumos

y sin que exista posibilidad relevante de arbitraje entre dichos consumidores (reventa entre ellos del bien / servicio).

El arbitraje perfecto (sin costes de transacción) y su contrario, la ausencia de arbitraje, son situaciones extremas y por tanto poco probables en el mundo real.

Deberemos distinguir "subvención cruzada" de "discriminación de precios (de tercer grado) en múltiples mercados. Este último caso (teórico) es cuando un monopolista que ofrece un único producto, carga una tarifa lineal a cada grupo de consumidores

basado en alguna información exógena que le permite conocer las curvas de demanda de cada grupo de dichos consumidores. Por ejemplo, porque un médico o un abogado cobra (sin fines redistributivos, y esto es lo que marca la diferencia) más o menos en función del nivel de renta que presume en su cliente.

En principio, una empresa en el marco de mercado competitivo en el que se negocia un solo producto (caso de los sectores eléctrico, gasista, aguas, transporte ...) puede sobrepreciar a unos consumidores e infrapreciar a otros respecto a sus costes (marginales) internos.

A - Si las empresas en ese mercado SI presentan estructuras de coste (marginal) similares: Las transferencias cruzadas NO son factibles.

En aquellos segmentos del mercado en los que los consumidores estén sobrepreciados, siempre y cuando no existan barreras para entrar o para salir de ese mercado, la competencia tendrá incentivos para entrar a precios inferiores hasta que el precio se iguale al coste (marginal).

De esta manera, no habrá posibilidad de sobrepreciar, y quien infraprecie lo estará haciendo a pérdidas (marginales), por lo cual no infrapreciará, o si lo hace será por motivos estratégicos (dumping).

B - Si las empresas en ese mercado NO presentan estructuras de coste (marginal) similares: Las transferencias cruzadas SI son factibles pero NO son probables.

La empresa que opere con menores costes (marginales) podrá sobrepreciar aquellos ciertos segmentos del mercado hasta el límite de los costes (marginales) de su siguiente competidor sin que exista incentivo para la entrada de competidores en dicho segmento. Por tanto, también existirá la posibilidad de infrapreciar a ciertos grupos de consumidores.

Pero, ¿tiene en estas circunstancias sentido económico para la empresa más eficiente infrapreciar? Posiblemente NO, porque si nadie puede competir cuando sobreprecia la empresa eficiente, menos competirán con ella cuando infraprecia.

Las subvenciones cruzadas aparecen por tanto cuando hay un solo ofertante en el mercado (habitualmente monopolio natural) o cuando el mercado contiene graves imperfecciones (y no es fácil corregirlas) o cuando el bien o servicio ofrecido es sencillamente considerado un servicio público (ahora en España los venimos llamando servicios esenciales).

En otras palabras, cuando se fijan precios unitarios regulados, cuando el consumidor carece de capacidad real de elección, cuando el regulador es sensible a otros objetivos, además del de eficiencia económica, entonces, es cuando habitualmente se producen subsidios cruzados entre consumidores.

Básicamente hay tres técnicas que permiten asignar de forma razonablemente eficiente los costes para obtener precios:

- precios / tarifas no lineales óptimos
- precios Ramsey
- capacity pricing

A - Precios / tarifas no lineales óptimos

Consiste en fijar precios diferentes en función de la cantidad consumida, en contraste con sistema de precios lineales en los que el precio es uniforme para todas las unidades de producto. Esta no linealidad podría ser decreciente o creciente (caso del agua). Un ejemplo de no linealidad son las tarifas binomias (un término fijo y otro variable).

Los precios no lineales óptimos presentan estos inconvenientes:

- que un término fijo elevado haga de barrera de entrada a los consumidores de menor entidad
- efectos distributivos negativos al incurrir en un mayor gasto aquellos consumidores de bajos consumos

B - Precios Ramsey

Se obtienen (generalmente en un marco multiproducto) a partir de la maximización de alguna función de bienestar social (normalmente el excedente total) sujeta a una restricción de igualación de rentas.

El resultado de esta optimización da lugar a una divergencia, para cada uno de los productos de la empresa, entre el precio y el coste marginal que es inversamente proporcional a la elasticidad de la demanda del bien o servicio considerado.

Este esquema también es de aplicación a empresas que ofertan un solo producto en mercados diferenciables.

También existe la posibilidad de utilizar este esquema considerando las unidades incrementales de un mismo producto como productos diferentes (caso de los precios no lineales).

El esquema de precios Ramsey trata de encontrar una asignación eficiente bajo dos premisas:

- recuperar los costes de la empresa de lo que pagan los consumidores
- maximizar el excedente de la empresa y el de los consumidores

La solución óptima implica que:

- todos los precios (a todos los consumidores) superan el coste marginal cualquiera que sea el ámbito de aplicación
- el margen precio - coste marginal es mayor cuanto menor sea la elasticidad de la demanda y cuanto mayor sea el valor del multiplicador asociado a la restricción de igualación de rentas o beneficio nulo. Sin embargo este margen es menor al que correspondería a una situación de monopolio no regulado

Los precios Ramsey presentan estos inconvenientes:

- afectan negativamente a aquellos consumidores con niveles bajos de consumo y de demanda más rígida
- pueden dar lugar no a óptimos de segundo orden, sino de ordenes inferiores

C - Capacity pricing

Existen sectores muy intensivos en capital, en aquellos momentos en los que se está cerca de la "congestión" de la capacidad instalada porque la demanda es muy elevada (horas punta).

En estos contextos se pueden diseñar sistemas de precios que proporcionen incentivos a los consumidores a rehuir de la "congestión", y por tanto a lograr un uso más o menos uniforme de la infraestructura.

Las políticas de precios más utilizadas para recuperar los costes de capacidad son:

- spot pricing
- Wright tariff

Spot pricing : Pone el énfasis en la respuesta a corto plazo de las condiciones de oferta y demanda

Wright tariff: Pone el énfasis en los costes a largo plazo con el objeto de que el consumidor se adapte a este tipo de estructura de costes en un plazo

En resumen, no hay una única metodología para calcular el importe de la subvención cruzada, y las que existen presentan disfunciones y complejidades. Seguramente, en función de las características propias de cada sector se adapta mejor una u otra metodología.

Pero ello no es óbice para que no podamos detectar la existencia de subvenciones cruzadas, especialmente en casos particularmente extremos, aunque hay que tener en cuenta que:

- los costes de la empresa/s ofertante/s varían a lo largo del tiempo (cambian)
- los precios de las tarifas también cambian (habitualmente una vez al año)
- la estructura de las tarifas tampoco es históricamente inmóvil

¿Porque se producen las subvenciones cruzadas?

A - Por la existencia de tarifa única (o tarifa postal), en los casos que la haya (electricidad, gas, en cierto modo en aguas): cada consumidor tipo paga la misma tarifa al margen del lugar físico donde se encuentre. Decisión política tal vez razonable, pero ineficiente desde el punto de vista económico.

B - Por no permitir suficientes discriminaciones valle/punta, estacionalidades, en general por no adaptarse a la demanda.

C - Por no poder modificar tarifas / precios con la frecuencia que sería deseable.

D - Sencillamente porque los costes de suministro no se ajustan al precio pagado:

- competitividad de la industria
- porque así lo hacen otros competidores fuera de España

Seguramente hay incompatibilidad de objetivos entre asegurar objetivos de:

- equidad social
- equidad territorial
- competitividad de industrias intensivas en el bien o servicio ofertado
- que la evolución de los precios que paga el consumidor sea "moderada"

y el objetivo de que el consumidor pague algo parecido al coste marginal de su suministro, es decir de eficiencia económica.

Por tanto, los criterios políticos aparecen con toda su importancia. ¿Terminan las cuentas en el sector que suministra el bien o servicio? o ¿hay que hacer cuentas sobre el valor añadido que finalmente queda en España? ¿Cuándo se puede hablar de que hay abusos? ¿Donde poner el límite? ¿Porque el consumidor doméstico

suele ser el perjudicado? ¿En que sectores se dan más y cuales menos? ¿Porque no hay trabajos que las valoren cada cierto tiempo?

6 – Tarifa única

La tarifa única (antes denominada tarifa tope unificada) es un fundamento clásico de la regulación española. Entendemos como tarifa única aquella que no discrimina a los consumidores tipo en función del lugar del territorio en el que se ubican.

Podemos encontrar en la literatura varias justificaciones siendo clásica para el sector eléctrico la de Fabra y Bartolomé (1985), razonamiento que se justifica como sigue:

A – Los emplazamientos no son flexibles, sino que tienen que localizarse allí donde están las fuentes de suministro

B – Consiguientemente los costes tanto en la producción como en el consumo no son homogéneos geográficamente

C – “Un ineludible principio de neutralidad exige un sistema de precios al consumidor único y tope. Cualquier otro planteamiento implicaría la introducción de desequilibrios regionales de efectos sociales y económicos con costes muy superiores a los posibles beneficios de una política realista en precios – costes por zonas geográficas”

D – “En consecuencia, la Administración se encuentra obligada a desarrollar una política de precios basada en las tarifas unificadas”

Si bien la tarifa única tiene una gran aceptación social en España, y entra en lo políticamente correcto, hay que señalar bastantes argumentos en su contra.

En primer lugar hay que señalar que la inflexibilidad de ubicación de la producción no es absoluta. Por otra parte, la tarifa única es económicamente ineficiente en cuanto a que el consumidor no percibe ningún incentivo para localizar sus consumos en aquellas zonas en las que el coste del suministro sea mas barato. Además, salvo para algunos pocos consumidores en los que el input del bien / servicio fuese una parte relevante de sus costes de producción (aluminio, acero, otras transformaciones metálicas con la electricidad, los fertilizantes con el gas) el coste del suministro no es un factor de localización relevante para la actividad económica.

Además las diferencias de coste entre zonas caras y baratas en España no serían demasiado grandes (calculamos diferencias del orden del 10% para el sector eléctrico y posiblemente menores para el gas).

En resumen, la tendencia es que la tarifa sea cada vez más única, con más subsidios cruzados. Por ejemplo la tarifa eléctrica podría distinguir entre la punta de Levante, que es en verano, y la del norte y Castilla – León, que es en invierno.

Seguramente los necesarios mecanismos de re-equilibrio territorial, propios de un país desarrollado y miembro de la UE, no deben afectar a la correcta formación de los precios.

Por otro lado el sistema de tarifa única obliga a prorratear las pérdidas (eléctricas, de gas o agua) del sistema entre todos los agentes del mercado en lugar de haberse optado por algún sistema que permitiera identificar el nivel de pérdidas de cada unidad de producción y de consumo, favoreciendo lógicamente a aquellas unidades que produjeran menores pérdidas.

7 – Tarifa y redes físicas

Que exista una red lo suficientemente mallada e interconectada es condición necesaria pero no suficiente para que haya mercado, de forma que todos los demandantes y todos los oferentes, siempre que compren y vendan a precios de equilibrio, físicamente puedan atender esa oferta / demanda.

También la existencia de suficiente red es condición necesaria para atender las obligaciones que se deriven del servicio público.

El tendido de redes es algo sumamente delicado para el mercado. La libertad de inversión sin una planificación general conduce a redes subóptimas. Ni siquiera desagregando las decisiones de desarrollo de la red en territorios exclusivos de "n" empresas en régimen de no concurrencia, conduce a una solución óptima desde el punto de vista económico, ya que la sumatoria de "n" óptimos no es igual al óptimo del sistema en su conjunto. De aquí la necesidad ineludible de que el desarrollo de la red se haga bajo un sistema de planificación general de la red.

El desarrollo de la red es planificado, pero tal planificación no debe ni puede desarrollarse de espaldas a la red, que es quién tiene una idea clara y sobre el terreno de las necesidades y alternativas.

Pero la planificación y la consiguiente inversión en red, puede afectar heterogéneamente a los agentes, lo que redundaría en nuestra percepción de que la responsabilidad de tal planificación no caiga en manos exclusivas de la red que debe ser, y parecer neutral en cualquier circunstancia.

En la planificación de la red hay que tener siempre como objetivo la seguridad del sistema y regirse siempre por el principio del coste de la inversión contra el coste evitado.

Por el momento la planificación de la red (eléctrica y gasista) en España es un proceso poco transparente y en el que el nivel de información disponible es escaso y poco homogéneo.

En España se nos plantea el problema de una doble incertidumbre: Hay proyectos de turbinas de ciclo combinado de gas que solicitan el tendido de gas o eléctrico. Los empresarios de estos proyectos no tienen certeza de cuando y como les van a llegar tales redes, incluso si les va a llegar algún día. Y el propietario de la red tiene la incertidumbre de llevar el tendido hasta un lugar en el que tal vez nunca haya tal consumo de gas o producción eléctrica (por abandono del proyecto). Parece recomendable promover sistemas de doble aval, de forma que si alguno de los actores falla en sus previsiones, el perjuicio sea mínimo para el que no falla.

Seguramente un sistema de este tipo dejaría muy claro que proyectos son firmes y cuales no y por tanto sería de gran ayuda para el proceso de planificación.

La forma de remunerar una red, se quiera o no, envía señales claras acerca de la necesidad (o no) de invertir en su desarrollo (que no en su planificación). Por lo tanto, existe riesgo de infra o sobreinversión, que en gran parte pudiera estar propiciado por una metodología o sistema de remuneración inadecuados.

El desarrollo de la red y la retribución necesariamente han de mantener cierta relación.

La metodología retributiva ha de enviar señales claras sobre el desarrollo de la red que resulta necesario, evitando efectos negativos tales como la infrainversión o la sobreinversión (efecto Averch - Johnson).

En sistemas competitivos, parece peor el riesgo de infrainversión, en cuanto a que se puede estar perjudicando el acceso de nuevos agentes, o encareciendo vía restricciones técnicas el precio de mercado, por lo que parece recomendable que haya cierto margen o exceso de capacidad de transporte y distribución.

Existe la alternativa de subastar la inversión reconocida para calcular la retribución de una determinada inversión indicada por la planificación. Esta alternativa tiene la ventaja de la objetividad y de la posibilidad de concurrencia, pero los inconvenientes serían fomentar la multipropiedad de la red, además de estimular a los agentes a realizar dichas inversiones por debajo del coste, lo que les podría proporcionar ventajas ilícitas en el mercado.

La teoría demuestra la eficiencia de que la propiedad de los activos y la gestión de estos (en el caso de una red, su operación, mantenimiento, reparación, extensión de vida útil, etc) estén indisolublemente asociados.

Menos demostrada está la ventaja de que la propiedad de la red y la operación del sistema estén en las mismas manos, pero posiblemente el conocimiento de la red proporciona unas ventajas, principalmente de información y de experiencia, que hacen que la propia red sea el mejor gestor del sistema y se generan beneficios por una coordinación más eficaz (una gerencia común resuelve con más rapidez conflictos o disfunciones que potencialmente pudieran aparecer).

La teoría nos indica que hay tres grandes alternativas metodológicas en lo referente a su aplicación a usuarios de la red básica:

- Tarifas en función de la distancia
- Tarifas de entrada – salida
- Tarifa postal

Las tarifas relacionadas con la distancia, tienen la ventaja de reflejar los costes del transporte a largo plazo con cierta fidelidad para cada consumidor y desincentivan tendidos de red no eficientes a la vez que suponen un estímulo a la competencia en los tendidos.

El problema de estas tarifas es que los tráficos contractuales de energía no necesariamente coinciden con los tráficos físicos en una red bastante mallada. Por ello, la teoría indica que este tipo de tarifa es aconsejable en redes muy lineales, en las que contrato y movimiento físico aproximadamente coinciden.

Las tarifas de entrada – salida también reflejan los costes del transporte a largo plazo con cierta fidelidad para cada consumidor y facilitan el establecimiento de sistemas de subasta para resolver cuellos de botella en la red.

La tarifa postal (se paga por volumen al margen de la distancia a la que se transporta) tienen como ventaja la simplicidad y la alta aceptación social, aunque requiere de constantes revisiones si se pretende que refleje de forma agregada los

costes del transporte y distribución a largo plazo. Son útiles para red bastante malladas.

Las forma de remunerar negocios de red se suele basar en:

- a) un reconocimiento anual por parte del regulador de los costes incurridos (sea un reconocimiento ex ante o ex post)
- b) calcular una retribución anual a partir de una base (básicamente inversión neta, costes de operación y mantenimiento de la red y gastos generales), retribución que se actualiza de forma más o menos objetiva habitualmente con carácter anual. También esta actualización podría (o no) contener correcciones ex post.

Se calcule de una u otra forma, en cualquier caso la retribución anual de la red debe servir para amortizar la red, para cubrir sus costes de financiación, para atender a otros costes y gastos y para obtener un beneficio razonable que remunere al propietario de dicha red.

La forma de cálculo de la retribución basada en el cálculo de un montante inicial que se actualiza anualmente, es la utilizada comúnmente en España y en términos generales parece una alternativa razonable, siempre y cuando la retribución resultante se adecue a los cambios del entorno relativos a crecimiento de la demanda y la evolución de los costes financieros, laborales y de otro tipo, y por tanto le resulte beneficiosa tanto a la red como a los utilizadores de dicha red.

En cualquier caso la base inicial de cálculo debe ser equitativa y adecuada, y la actualización debe responder con fidelidad a los cambios del entorno que se produzcan y a generar incentivos a la red para ganar eficiencias, de los que en última instancia deben apropiarse tanto los accionistas de la red como los utilizadores.

Las fórmulas para proceder a la actualización de la remuneración inicial, del tipo $IPC - x$, como las utilizadas en España en muchos sectores de redes y en otros lugares cercanos a nosotros, presentan ventajas e inconvenientes.

Ciertamente algunos componentes del coste de la red son inflacionistas y otros no. Y aunque todos ellos fueran inflacionistas, seguramente el regulador debe exigir a la red unas ganancias de eficiencia año a año que deben ser compartidas entre el accionista de la empresa de la red y los utilizadores de tal red.

Un problema implícito en esta fórmulas $IPC - x$, y en la determinación del factor x , es que en la medida en que transcurre el tiempo, el incentivo y la posibilidad de generar eficiencias disminuye, aunque sólo sea por el creciente mayor peso de los costes de O+M en el coste total de ese activo, por lo que se suele hacer necesaria una re - evaluación de la situación.

En las fórmulas $IPC - x$ resulta clave determinar con justicia y equidad el "factor x ", pero también la vigencia temporal de dicha fórmula.

Hay que señalar que no hay formas de objetivar con exactitud el valor de los parámetros, pero tampoco es difícil ajustarlos en torno a un valor máximo y otro mínimo. Por ello concluimos que parece recomendable, cuando las circunstancias así lo aconsejen, proceder a ajustar el valor x *ex post*, al margen de las periódicas evaluaciones para revisar y actualizar los valores.

Seguramente de la negociación regulador versus red de transporte deben salir unos repartos razonables de eficiencias, a la vez que se incentiva el desarrollo de la red en caso de ser necesario.

Finalmente cabe preguntarse si se debe desagregar el "factor x " por antigüedad o tipo de activos o territorialmente. Esta opción generaría más problemas que ventajas, aunque aparentemente sería más aquilatado hacer una consideración separada según la calidad, localización o antigüedad de los activos, y esto se debe a que la empresa propietaria de la red debe percibir un incentivo claro para generar eficiencias, y ese incentivo es la posibilidad de apropiarse de una parte de las eficiencias generadas. Si se sofistican este tipo de fórmulas al punto óptimo de que el precio a percibir por la red se aproxime al coste de la red, la red pierde todo incentivo para ganar eficiencias.

También hay que considerar que el mix de los costes de Operación y Mantenimiento aumenta el coste total (coste fijo mas O y M) de una instalación con el paso del tiempo en la medida en que estos costes aumentan su peso en el total. Por este motivo conviene aislar la inversión fija de los costes operativos, para evitar un desequilibrio de la retribución por el peso de los costes variables que van incrementando su participación sobre el conjunto de costes totales, en detrimento de la adecuada retribución de los costes fijos. Esto implica que el incentivo para generar eficiencias a lo largo del tiempo con este tipo de fórmulas tiende a desaparecer, y de ahí la necesidad de revisión periódica.

8 – ¿Cómo saber si los ingresos por tarifa son suficientes?

No es objeto de este artículo calcular la suficiencia o no de los ingresos para las compañía que prestan el servicio o para aquellos casos en los que ciertos costes se han externalizado (segunda parte del ciclo nuclear, moratoria nuclear, seguridad en el suministro de gas y electricidad ...).

En cualquier caso hay que señalar que no es fácil emitir un juicio acerca de la suficiencia tarifaria, toda vez que hay diversas alternativas metodológicas para abordar la cuestión, sin que la teoría haya determinado que una es mejor que otra.

Una dificultad al respecto es la habitual práctica de diferir ingresos y costes, lo que conlleva dos problemas:

- determinar la tasa de descuento "correcta"
- la flexibilidad de los plazos: si en un plazo dado no se ha logrado una cierta recaudación se amplía el plazo.

Tampoco es objeto de este artículo dictaminar sobre la equidad en el reparto interno de los fondos, que de alguna forma se determinaría comparando ROAs por actividades y compañías, dados unos parámetros de calidad mínimos exigibles.

Pero si hay que señalar que en casi todos los sectores hay polémica acerca de la suficiencia de la tarifa.

Seguramente la mejor forma de determinar la suficiencia es examinar el ROA anual por actividades (lo más desagregadamente posible) y compararlo con el tipo de interés de inversiones seguras y a largo plazo.

En cualquier caso hay que señalar que la tarifa no debe ser un acto político ni discrecional: es un justiprecio que debe cubrir el coste total y necesario (no superfluo) para otorgar el servicio en condiciones de calidad reguladas, con un beneficio razonable (la razonabilidad estaría en función del riesgo del negocio y del coste de oportunidad del capital invertido).

9 – Conclusión

Los principales problemas que se detectan en España, relativos a los principios económicos tarifarios son:

A – Los principios de objetividad y predictibilidad están en cuestión: por lo general no existe una metodología ni sobre el cálculo de la tarifas (integrales o de acceso) en momentos de transición en los sectores.

B – El principio de suficiencia también está en tela de juicio: Aparentemente el cálculo tarifario se ha convertido en una negociación bilateral entre compañías y Ministerio. Pero las dinámicas tarifarias muy politizadas (hoy cedés tú porque yo tengo un problema o porque yo ayer te di más de lo que necesitabas o porque ya te lo daré cuando vengan mejores tiempos) tampoco conducen a nada bueno. Los criterios tarifarios de Gobierno no sólo toman en cuenta el coste del servicio, sino que hay criterios macroeconómicos, principalmente el control de la inflación que tienen gran importancia para el Gobierno a la hora de fijar la tarifa.

C – El principio de eficiencia asignativa también: La tarifa única, que presenta ciertas ventajas sociales y políticas, tiene algunas desventajas económicas importantes. Por otra parte, existe un importante nivel de subvención cruzada entre consumidores tipo, sin que se evalúe periódicamente y se justifique su necesidad en términos de política industrial.

D – Nuestro ordenamiento prevé la desaparición de la tarifa eléctrica y de gas el 1 de enero de 2003, si bien algunas tarifas industriales se mantendrán hasta el 2007. En los productos petrolíferos, con excepción de los GLPs, ya sólo hay precios libres. Apenas subsisten unas pocas tarifas en el sector de telecomunicaciones y transportes. En las actuales circunstancias de funcionamiento muy imperfecto de los mercados y de enorme riesgo regulatorio, los riesgos sobre aquellos consumidores con menor poder de negociación si desaparece la tarifa son obvios.

10 – Bibliografía básica seleccionada

- Averch & Johnson (December 1962) "Behaviour of the firm under regulatory constraint" *American Economic Review* 52
- Bailey (1973) "Economic theory of regulatory constraint" *Lexington*
- Barron & Myerson (1982) "Regulating a monopolist with unknown costs" *Econometrica* 50
- Bauer & Gold (1934) "Public utility valuation for purposes of rate control" *Macmillan Co*
- Baumol & Bradford (June 1970) "Optimal departures from marginal cost pricing" *American Economic Review* 60
- Baumol, Bailey & Willig (June 1977) "Weak invisible hand theorems on sustainability of prices in a multiproduct monopoly" *American Economic Review* 67
- Baumol (1982) "Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure" *American Economic Review* 72
- Baumol, Panzar & Willing (1982) "Contestable markets and the theory of industry structure" *Harcourt Brace Jovanovich*
- Bonbright (1961) "Principles of public utility rates" *Columbia University Press*
- Braeutigam (March 1979) "Optimal pricing with intermodal competition" *American Economic Review* 69

- Braeutigam & Panzar (May 1993) "Effects of the change from rate of return to price cap regulation" *American Economic Review*
- Brown & Sibley (1986) "The theory of public utility pricing" *Cambridge University Press*
- Cabral & Riordan (1989) "Incentives for cost reduction under price cap regulation" *Journal of Regulatory Economics* 1
- Cabral, Salant & Woroch (1999) "Monopoly pricing with network externalities" *International Journal of Industrial Organization* 17
- Callen, Mathewson & Mohring (June 1976) "The benefits and costs of rate of return regulation" *American Economic Review* 66
- Chamberlin (1933) "The theory of monopolistic competition" *Harvard University Press*
- Coase (1972) "Durability and monopoly" *Journal of Law and Economics*
- Dixit (1981) "The role of investment in entry deterrence" *Economic Journal* 90
- Economides (1996) "The economics of networks" *International Journal of Industrial Organization* 14
- Fabra & Bartolomé (1985) "Sector eléctrico: reflexión sobre aspectos conocidos" *Economía Industrial* n° 243
- Faulhaber (December 1975) "Cross subsidization: pricing in public enterprise" *American Economic Review* 65
- Fernández Ordoñez (2000) "La competencia" *Alianza Editorial. Ciencias Sociales*
- Greenwald (Spring 1984) "Rate base selection and the structure of regulation" *Rand Journal of Economics* 15
- Hamilton (1938) "Price and price policies" *Mc Graw Hill*
- Joskow (1972) "The determination of the allowed rate of return in a formal regulatory hearing" *Bell Journal of Economics* 3
- Joskow (October 1974) "Inflation and environmental concern: structural change in the process of public utility price regulation" *Journal of Law and Economics*
- Joskow & Klevorick (December 1979) "A framework for analysing predatory pricing policy" *Yale Law Journal*
- Kahn (1995) "The economics of regulation: principles and institutions" *MIT Press* 6th printing. Primera edición en 1970–71 por John Wiley & Sons
- Klevorick (1973) "The behaviour of the firm subject to stochastic regulatory review" *Bell Journal of Economics* 4
- Kolbe & Read (1984) "The cost of capital: estimating the rate of return for public utilities" *The MIT Press*
- Laffont & Tirole (1986) "Using cost observation to regulate firms" *Journal of Political Economy* 85
- Laffont & Tirole (1994 a) "A theory of incentives in procurement and regulation" *MIT Press* 2nd printing
- Laffont & Tirole (1994 b) "Access pricing and competition" *European Economic Review* 38
- Maskin & Riley (1984) "Monopoly with incomplete information" *Rand Journal of Economics* 15
- Meyer & Leland (November 1980) "The effectiveness of price regulation" *Review of Economic and Statistics*
- Mohring (1970) "The peak load problem with increasing returns and pricing constraints" *American Economic Review* 60
- Nelson (1964) "Marginal cost pricing in practice" *Prentice Hall*
- Panzar & Willig (Spring 1977) "Free entry and the sustainability of natural monopoly" *Bell Journal of Economics* 8
- Peles & Stein (1976) "The effect of the rate of return regulation is highly sensitive to the nature of uncertainty" *American Economic Review* 66
- Phillips (1983) "The economics of price discrimination" *Cambridge University Press*
- Quinto (2001) "Revisión del marco regulador de las actividades de Red Eléctrica en España" *Comares*
- Ramsey (1927) "A contribution to the theory of taxation" *Economic Journal* 37
- Robinson (1933) "Economics of imperfect competition" *Macmillan*

- Rodríguez Romero (Diciembre 1993) "La teoría clásica de la regulación de los monopolios naturales" *Información Comercial Española*
- Salanie (2000) "Microeconomics of market failures" The MIT Press
- Schmalensee (1979) "The control of natural monopolies" Lexington Books
- Shaked & Sutton (1983) "Natural oligopolies" *Econometrica* 51
- Sharkey (1981) "Existence of sustainable prices for natural monopoly outputs" *Bell Journal of Economics* 12
- Sharkey (1982) "The theory of natural monopoly" Cambridge University Press
- Shepherd (May 1973) "Entry as a substitute for regulation" *American Economic Review Papers and Proceedings* 63
- Sherman (1985) "The Averch and Johnson analysis of public utility regulation twenty years later" *Review of Industrial Organization II*
- Sherman (1989) "The regulation of monopoly" Cambridge University Press
- Sibley (1989) "Asymmetric information, incentives and price cap regulation" *Rand Journal of Economics* 20
- Spann (Spring 1974) "Rate of return regulation and efficiency in production: an empirical test of the Averch – Johnson thesis" *Bell Journal of Economics* 5
- Stein & Borts (December 1972) "Behaviour of the firm under regulatory constraint" *American Economic Review* 62
- Stigler (1966) "The theory of price" Macmillan
- Takayama (1969) "Behaviour of the firm under regulatory constraint" *American Economic Review* 59
- Train (1995) "Optimal regulation. The economic theory of natural monopoly" 4th print MIT Press
- Varian (1985) "Price discrimination and social welfare" *American Economic Review* 75
- Vickrey (May 1955) "Some implications of marginal cost pricing for public utilities" *American Economic Review Papers and Proceedings* 45
- Viscusi, Vernon & Harrington (1995) "Economics of regulation and antitrust" MIT Press 2nd edition
- Waterson (1988) "Regulation on the firm and natural monopoly" Basil Blackwell
- Waverman (June 1975) "Peak – load pricing under regulatory constraint: a proof of inefficiency" *Journal of Political Economy* 83
- Wilson (1992) "Non linear pricing" Oxford University Press
- Zajac (1979) "Fairness or efficiency: an introduction to public utility pricing" Ballinger

Comercial

gs 63
Industrial

Johnson
w 62

v Papers

Political

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
PAULO JAVIER OCHOA SILVA
RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ
IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ
ALAIN NIÑO RIAÑO

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
PAULO JAVIER OCHOA SILVA
RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ
IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ
ALAIN NIÑO RIAÑO¹

RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD NEGATIVA

AUTOR: LAUREANO GÓMEZ SERRANO
PAULO JAVIER OCHOA SILVA
RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ
IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ
ALAIN NIÑO RIAÑO

DIRECCIÓN: lgomezsc@unah.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: 03/06/2003

DESCRIPTORES: Libertades públicas, Constitución Política, Publicidad negativa, Responsabilidad, Libertad de Expresión

RESUMEN: La Legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte constitucional, hacen una distinción entre lo que es la libertad de expresión, por lo demás siempre responsable y las extralimitaciones de la publicidad negativa

KEY WORDS: Public freedoms, Constitution, civil liability, negative publicite, freedom of speech

ABSTRACT: Colombian laws as well as the jurisprudence of the Constitutional Court distinguish between freedom of speech, by the way always responsible, and the abuses of negative publicity.

MOTS CLEFS: liberté, publics, constitution, responsabilité, publicité négative, liberté d'expression

SYNTHESE: Les lois de la Colombie et les arrêts de la Cour Constitutionnelle différencient entre la liberté d'expression, toujours responsable et les extra limitations de la publicité négative.

I Dentro del ejercicio de las libertades públicas consagradas por la Constitución Política de Colombia, y con el carácter de Derecho Fundamental, se halla la de expresar y difundir el pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación, como se establece en el artículo 20 de la Carta.

En el inciso segundo de la precitada norma constitucional se establece que los medios de comunicación son libres, pero con responsabilidad social, así como el derecho de rectificación de los ciudadanos en condiciones de equidad, y la proscripción de la censura.

¹ El presente trabajo es producto de la discusión colectiva de un grupo conformado para el estudio del tema de las responsabilidades de los medios de comunicación en la divulgación de publicidad negativa; las conclusiones aquí expuestas no vinculan a entidades en las cuales sus miembros se hallan vinculados y son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Nos ocupamos en el presente trabajo académico de dilucidar el tema de la responsabilidad de los medios de comunicación social, radioeléctricos, digitales, televisivos o periodísticos, cuando desarrollan actividades de "**Publicidad Negativa**", esto es, la emitida para realizar actividades de Publicidad contraria o contra publicidad, con el objeto de demeritar las cualidades de un producto o de un productor, y de esa manera generar conductas repulsivas en el mercado, en detrimento de un sujeto de derecho.

La Publicidad Negativa constituye una especie dentro del género de la publicidad ilícita, que comprende además la atentatoria, la engañosa, la desleal y la subliminal entre otras ², y ocasionan perjuicios patrimoniales y morales a la víctima, razón por la cual surge para el perjudicado el derecho a perseguir, en procura de indemnización y de manera solidaria, tanto al emisor de la publicidad como al medio de comunicación que la emite o divulga, por medio de acciones de carácter civil y penal.

La publicidad atentatoria es aquella que vulnera la dignidad de la persona humana, así como derechos constitucional y legalmente reconocidos; la engañosa es la que induce a error a los destinatarios, perjudicándoles patrimonialmente y puede generar perjuicios a los competidores; la desleal provoca descrédito, menosprecio del producto, sus marcas y signos distintivos, al empresario o a su origen, generando confusión y desorden en el mercado.

Para el efecto de determinar las responsabilidades de los medios de comunicación en la divulgación de "Publicidad Negativa", lo primero que hay que señalar es que en el ámbito constitucional, la libertad de expresión, permite a todo ciudadano difundir su pensamiento y opiniones a través de cualquier medio de comunicación, pero que ella misma atribuye al emisor las responsabilidades tanto civiles como penales por el daño que pueda ocasionar a terceros con las mismas, como acontece en el evento en que la opinión sea calumniosa o injuriosa, y que el medio queda ligado a cumplir con la obligación de rectificar en condiciones de equidad.

En segundo término, es preciso distinguir claramente entre la libertad de expresión del pensamiento y opiniones, de lo que constituye "publicidad", a efecto de precisar la responsabilidad que surge, cuando esta es ilícita, tanto para el emisor, como para el medio de comunicación que la emite.

No obstante que en Colombia el tema no se halla una ley expresa, sino expuesto en un acuerdo de autorregulación de los medios radioeléctricos y televisivos, por

cuanto los medios impresos no se han comprometido con su suscripción, consideramos que las normas genéricas de responsabilidad civil y penal que se articulan con las normas constitucionales permiten derivar acciones de indemnización no sólo contra el responsable de la divulgación sino contra el medio que sirve de instrumento necesario.

Para el efecto, nos apoyamos conceptualmente en la Ley General de Publicidad Española (Ley 34 de 1998-LGP), que define la publicidad "como toda comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones."

Dilucidado el concepto de publicidad, surge meridianamente su distinción con la libre expresión del pensamiento y de la opinión; mientras la primera es parte de una actividad mercantil o productiva, ligada por el "ánimo de lucro", tanto del emisor como del medio, la segunda es producto de una actividad intelectual, ejercicio de la mera liberalidad, tanto en el emisor como en el medio.

En efecto, en las actividades publicitarias el medio se liga y se vincula necesariamente al emisor y obviamente a las responsabilidades que surjan de los contenidos emitidos por medio de una retribución o pago, en ejercicio de su actividad mercantil, esto es, signada por el "ánimo de lucro", sin que pueda excusarse válidamente en el argumento de que la libertad de expresión le impide calificar previamente el contenido o el alcance dañino de la publicidad que emite incentivado por el pago que hace el emisor.

Así, entonces, si en la divulgación del pensamiento y de las opiniones la obligación del medio es brindar a la víctima el derecho a la rectificación en condiciones de equidad en materia de publicidad, cuando el medio se ha convertido por un precio o remuneración en instrumento necesario de la acción dañina, la simple rectificación no satisface los intereses jurídicos del perjudicado y entonces la indemnización debe ser plena, conforme al artículo 1613 del Código Civil Colombiano, y comprenderá el DAÑO EMERGENTE, el LUCRO CESANTE y los PERJUICIOS MORALES.

² Sentencia T-512 de 1992.

II.- Las referidas responsabilidades se potencian cuando se trata de "Publicidad Negativa", esto es, cuando el contenido publicitario del mensaje del emisor no se dirige a promover un producto o servicio sino a desacreditar el producto o servicio de un tercero con el objeto de suscitar ante los consumidores conductas de repulsión o de rechazo que impidan la adquisición de los bienes o servicios ofrecidos por este.

Igualmente es preciso señalar que tratándose de bienes o servicios que tienen un tratamiento especial y específico por la legislación dada su naturaleza, su importancia socioeconómica y su impacto en la economía nacional, y se hallan sujetos a disposiciones reguladoras de las autoridades administrativas del Estado, las responsabilidades tanto del emisor como del medio, a través del cual se emite la publicidad ilícita o la publicidad negativa se potencian, llegando a constituir verdaderos hechos punibles.

Es el caso particular de los procesos de oferta pública de venta de acciones, la cual es necesariamente autorizada por la Superintendencia de Valores que es el ente encargado de vigilar y calificar previamente su legalidad así como los contenidos económicos, financieros, jurídicos y publicitarios de la totalidad del proceso.

Así, entonces, ante el evento de hechos constitutivos de "Publicidad Negativa", por medio de la cual se denigra o demerita la empresa o su producto para el mercado de valores "las acciones" a través de información falsa o inexacta, lo que en esencia se realiza es una interferencia ilegal a una operación legítima del mercado público de valores y, por tanto, los autores deberán, en primera instancia, responder por la comisión del delito de Pánico Económico, conforme a lo establecido en el Código Penal Colombiano:

"ARTÍCULO 302- Pánico Económico. El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios. La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas

anteriores se produjere alguno de los resultados previstos."

Adicionalmente, y de acuerdo con la forma en que sean presentadas las citadas informaciones, se estará incurriendo en los siguientes delitos previstos en el Código Penal:

"Artículo 220.-Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

"Artículo 221.- Calumnia. El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

"Artículo 222.-Injuria y Calumnia indirectas. A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reproducire, repitiere injuria o calumnia imputada por otro o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura, u otra semejante."

Igualmente, es preciso tener en cuenta las disposiciones del mismo código penal sobre coautoría y coparticipación, en los artículos 29 y 30 del estatuto punitivo.

III.- Así, entonces, cuando se trata de "Publicidad Negativa" realizada por medio de las afirmaciones injuriosas y calumniosas, no se está ejerciendo el derecho a la libertad de expresión, sino que se está utilizando como mecanismo una "cuña publicitaria" para realizar una acción a todas luces ilegal, la cual es punible conforme a la legislación penal colombiana.

La legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, distinguen plenamente lo que es el ejercicio de la libertad de expresión, por lo demás siempre responsable ante la ley cuando se extralimita, del ejercicio de la PUBLICIDAD NEGATIVA, tendiente a deteriorar la imagen, el patrimonio moral y la fama de conducta de las empresas o personas naturales.

Como en ella se señala, no puede confundirse el ámbito de la LIBERTAD DE EXPRESIÓN y el de la PUBLICIDAD, más cuando ella se torna en PUBLICIDAD NEGATIVA, a través de mensajes de "cuña publicitaria" o "remitidos pagos", que se utilizan para divulgar mensajes injuriosos, calumniosos, o con información falsa o inexacta y que pretende ser contraria a las cuñas que en sentido positivo paga el anunciante.

De tal manera se hace necesario precisar que una cosa es el ejercicio legítimo de una libertad fundamental, protegida por la Constitución, como es la libertad de expresión, cuyo núcleo esencial es la facultad que tiene toda persona en Colombia para expresar, difundir y poner en conocimiento del público o de un grupo especial de personas una o más ideas, sin que encuentre en ello una restricción de la autoridad o de un particular, y otra muy distinta denigrar de un producto ofrecido comercialmente.

La libertad de expresión así como la libertad de información generalmente son ejercidas por periodistas, ciudadanos y comentaristas, cuya labor está protegida en la Carta, pero con las limitaciones propias respecto de los derechos de otras personas comentaristas, por medio de crónica periodística o por comentarios, cuyo derecho a la expresión de una libre opinión propia o de la de un grupo de particulares, es protegible sin duda alguna, mediante acción de tutela.

Pero, caso diametralmente distinto es el de la "Publicidad Negativa", en el cual por medio de una cuña o aviso pagado, adoptando la forma de publicidad comercial, se pretende ejercer una divulgación contraria, una contra promoción de un producto o servicio, con el ánimo de generar una actitud de rechazo por parte de los potenciales consumidores o adquirentes.

Si bien el derecho a realizar propaganda comercial se deriva del ejercicio de los derechos a la libre empresa, y tiene especial protección por la ley, esta debe realizarse sin abuso del derecho, dado que esta proscrita no sólo la propaganda desleal, sino la publicidad engañosa, y con mayor intensidad la calumniosa e injuriosa.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la propaganda comercial no es un tema que se ubique dentro del espectro de la "libertad de expresión", sino más bien, dentro del núcleo del derecho de empresa (Artículo 333 de la Carta)³:

Para la Corte **"(...) Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la "Constitución económica".** Más adelante, la Corte dice **"(...) la propaganda comercial no tiene el mismo valor constitucional que otros contenidos protegidos por la libertad de expresión, conclusión que se confirma si recordamos, además, que una**

de las razones por las cuales la libertad de expresión ocupa una posición prevalente en nuestro ordenamiento constitucional es su importancia para un funcionamiento adecuado de la democracia constitucional, en la medida en que constituye una garantía para la existencia de una opinión pública libre Ahora bien, es obvio que la publicidad comercial, en la medida en que simplemente se orienta a estimular ciertas transacciones económicas, no contribuye decisivamente a la formación de una opinión pública libre, ni a la participación democrática, ni al control del abuso del poder de los gobernantes"⁴.

IV.- Los medios de comunicación no están obligados a emitir todas las cuñas publicitarias que los ciudadanos les presenten, menos aquellas de carácter ilícito como aquellas que contienen "Publicidad Negativa", a través de informaciones ajenas a la verdad, calumniosas, injuriosas, con información inexacta, y menos aún cuando se trata de afectar una operación legítima de oferta pública de acciones, bajo el pretexto de que se trata del ejercicio de la libertad de expresión.

En efecto, la recepción de cualquier tipo de publicidad por un medio de comunicación, depende de su libre albedrío, en ejercicio la libertad de empresa, ya que, como puede observarse, la publicidad está en el núcleo de los derechos económicos, que por vía general se ejercen libremente, en el contexto propio de la negociación entre los particulares, salvo que el legislador expresamente imponga limitaciones.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, tomando como caso de referencia la publicidad al tabaco, hasta el momento no se encuentra ninguna norma de carácter legal que imponga a las empresas cuyo objeto es un medio de comunicación, la obligación de dar publicidad a todo aquel que se lo pida, sin ningún criterio de límite. Por el contrario, para la Corte, en la sentencia mencionada, **"(...) una determinada cadena radial puede asumir como política no transmitir estos mensajes, a fin de aparecer más seria y profesional ante su audiencia"**.

De hecho, causas como las políticas empresariales del medio, v. gr. Código Ético, o la falta de espacio para incluir una determinada pauta publicitaria, evidencian que corresponde más a la voluntad del medio el aceptar cuñas publicitarias, que a una inexistente obligación de carácter legal o constitucional. Otra razón es, sin duda, evitar al medio y a sus directores responsabilidades en la comisión de delitos y en el resarcimiento de los perjuicios que con ellos se cause.

³ Sentencia C-010 de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Ibid.

V.- El perjudicado con la publicidad engañosa, calumniosa o inexacta puede perseguir por la vía civil la indemnización de los perjuicios que se le causen, no sólo contra el AUTOR MATERIAL, sino contra el AUTOR INTELECTUAL y contra el MEDIO PUBLICITARIO que se utilice para realizarla.

En efecto, en el ejercicio de la PUBLICIDAD NEGATIVA, y mucho más en la CALUMNIOSA, INJURIOSA, FALSA O INEXACTA (específicamente para el mercado de valores) el medio de comunicación no es un instrumento neutral, sino un agente directo, necesario e imprescindible para realizar el acto DAÑINO y, por tanto, le es atribuible igual o mayor responsabilidad que el agente determinando, cuya conducta se compromete por el hecho de recibir una retribución por parte del SUJETO ACTIVO para otorgar el espacio y brindar el medio material para realizar el DAÑO.

Estas conductas y las responsabilidades que de ellas se derivan, en el caso de productos vinculados al Mercado Público de Valores, son plenamente comprobables y deducibles, por el simple hecho de que todo el proceso que se adelanta en la emisión de acciones, está basado en cifras y datos previamente comprobados, y que cuentan con el aval de la Superintendencia de Valores, entidad gubernamental que examina todo el programa le imparte su aprobación, y goza de presunción de legalidad.

Es preciso resaltar que la aprobación de un programa de emisión de acciones incluye, entre otras, una exhaustiva revisión de la veracidad de cada una de las frases, que contiene el prospecto de colocación de acciones, lo que abarca no sólo el comportamiento de la empresa, sus cifras, sino además las características del producto en venta (las acciones), así como sus instrumentos de publicidad, conforme a lo exigido por la Resolución 2000 de 1995 de la Superintendencia de Valores.

Por el contrario, las informaciones contenidas en la "Publicidad Negativa", no sólo carecen de la previa calificación por parte de las autoridades administrativas, sino que cuando, especialmente, contienen afirmaciones sin sustento, y evidentemente falsas, pueden ser fácilmente calificables por el medio de comunicación que ejerce la función de divulgador y, por tanto, se halla en la obligación de verificar el contenido, de calificarlo y de abstenerse de servir de instrumento en la comisión de un daño ilegal e ilegítimo, y en caso de hacerlo se halla especialmente vinculado a su reparación.

Cuando menos sería paradójico considerar que el delicado trabajo que realiza la Superintendencia Pública de Valores para velar por el correcto funcionamiento del

mercado Público de Valores, tanto a través de la exhaustiva revisión de los emisores de valores y de sus programas, como de su publicidad, pueda ser destruido de un solo tajo por informaciones difamatorias e irresponsables, sin que existan consecuencias para los responsables.

Las normas del Código Penal, y las normas de responsabilidad civil, se han previsto precisamente para evitar o castigar los eventos, propaganda negativa, desleal, calumniosa e injuriosa, cuando terceros pretendan interferir el libre ejercicio de un derecho de emisión de acciones, para difundir asertos, sin calificación legal, sin soporte jurídico y sin sustento fáctico, en medios de comunicación mediante la inserción de este tipo de publicidad ilícita.

La simple comparación del nivel de responsabilidad entre los autores de la publicidad negativa, calumniosa, desleal o injuriosa, y la de su víctima y perjudicado, el MEDIO DE COMUNICACIÓN puede establecer el balance de los intereses jurídicos en juego, y decidir por su libre albedrío, pero vinculando su responsabilidad patrimonial, si se convierte en instrumento de la acción DAÑINA, o si por el contrario se abstiene, o incluso acude ante las autoridades competentes para que ellas definan, antes de causar el daño, si es procedente acceder a las pretensiones del agente generador de la publicidad de esta naturaleza.

En el evento de que por negligencia, descuido o temeridad el medio de comunicación realice la divulgación de la PROPAGANDA NEGATIVA, desleal, calumniosa e injuriosa, liga indisolublemente su responsabilidad, de manera solidaria con el agente determinador del DAÑO y debe responder ante el perjudicado por la totalidad de los perjuicios materiales y morales que ocasione al patrimonio moral y económico de la víctima.

LA VITALIDAD PERMANENTE DEL
MÉTODO DE CASOS
EN EL SIGLO VEINTIUNO

DAVID D. GARNER

Traducción: Mónica Robledo Cadavid

LA VITALIDAD PERMANENTE DEL MÉTODO DE CASOS EN EL SIGLO VEINTIUNO

DAVID D. GARNER

Traducción: Mónica Robledo Cadavid

LA VITALIDAD PERMANENTE DEL MÉTODO DE CASOS EN EL SIGLO VEINTIUNO – DAVID D. GARNER

AUTOR: TRADUCIDO DEL INGLÉS POR MÓNICA ROBLEDO CADAVID

DIRECCION: mmrobledo@hotmail.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 12/03/2003

DESCRIPTORES: Pedagogía, Escuelas de Leyes, Método de Casos, Christopher Columbus Langdell, Harvard

RESUMEN: Traducción del artículo de David D. Garner sobre el método de casos de la Universidad de Harvard para la enseñanza del derecho creado por Christopher Columbus Langdell.

KEY WORDS: pedagogy, law school, case method, Christopher Columbus Langdell, Harvard.

ABSTRACT: Translation of the paper written by David D. Garner on Harvard's Case Method for legal education developed by Christopher Columbus Langdell.

MOTS CLEFS: Pédagogie, écoles de droit, méthode de cas, Christopher Columbus Langdell, Harvard

SYNTHESE: Traduction de l'article écrit par David D. Garner sur la méthode de cas de l'Université de Harvard développé par Christopher Columbus Langdell pour enseigner le droit.

El objetivo de enseñar es desarrollar las posibilidades y facultades propias de cada estudiante en vez de impartir conocimientos; no se trata de mostrar el qué sino el cómo aprender. Lo importante no es el resultado, es el proceso de aprendizaje¹

I. Introducción

La pedagogía de la enseñanza en las escuelas de leyes es una característica única de la profesión legal. El extendido uso de casos reales ya fallados como la materia prima mediante la cual los estudiantes adquieren una comprensión sobre el derecho constituye una inmensa diferencia con el sistema de educación normal en el cual el material de enseñanza ha sido sustancialmente "procesado" antes de llegar al estudiante. Como cosa interesante, el surgimiento del "método de casos" en la educación legal no fue un desarrollo gradual y natural en la historia de la pedagogía legal, fue más bien el resultado de un acto académico de un solo hombre: Christopher Columbus Langdell, Decano de la Escuela de Derecho de Harvard durante los primeros años de la década de 1870. Desde sus inicios el método de casos de Langdell estuvo bajo el fuego permanente de sus críticos y sin embargo, éste rápidamente se convirtió, y continúa siendo, en el principal método de enseñanza en las escuelas de leyes norteamericanas.

A pesar del fenómeno causado por el golpe pedagógico de Langdell y de la controversia que éste generó, "sorprendentemente se efectuaron pocos

análisis serios respecto de la educación legal" hasta 1960² A pesar de esto, desde aquel tiempo, el legado de Langdell – el método de casos – ha sido sometido a intensas críticas, especialmente en años recientes. A medida que la educación legal entra en un nuevo siglo, es apropiado considerar la vitalidad del método de casos el cual completa ya 130 años de vida.

La II parte de este comentario establece los antecedentes de la educación legal antes de la creación del método de casos, cubriendo el período colonial hasta la década de 1870. La III parte reseña el surgimiento del método de casos incluyendo el razonamiento subyacente a éste y algunas críticas tempranas. La IV parte describe las ventajas y desventajas del método, analizando la validez de cada uno de ellos para concluir que el método de casos es una herramienta valiosa en la pedagogía legal cuyo uso continuado se encuentra justificado. La V parte sugiere que la vitalidad del método de casos pudiera ser aumentada aún más si se realizan algunos ajustes basados en los principios generales subyacentes a la educación legal. La parte VI proporciona un resumen del análisis y de las recomendaciones efectuadas en este escrito.

II. La Educación Legal en Norteamérica desde la Época Colonial hasta 1870

A. English Inns of Courts, Aprendizaje, Auto-Enseñanza

La idea de un entrenamiento legal durante la época colonial es una paradoja toda vez que existía muy poco o casi ningún entrenamiento legal disponible en las Colonias antes de la Revolución Americana. De hecho, durante los primeros años de la Colonia en algunos casos ni siquiera se permitía a los abogados ejercer y mucho menos se les alentaba para que se prepararan.³ Es más, aún cuando Norteamérica entró en razón y reconoció la necesidad de un servicio legal competente, la disponibilidad de entrenamiento legal permaneció escasa. A pesar del evidente agujero negro educativo, "incluso en el bajo punto del auto gobierno profesional, nadie practicaba la ley sin aparentar alguna calificación."⁴ Esta "apariencia" generalmente provenía de tres fuentes: (1) por estudios efectuados en los English Inns of Court [Colegios de Abogados de Inglaterra], (2) por desempeñarse como aprendiz (secretario) de un litigante o, posteriormente, (3) por auto-aprendizaje. En cada caso, la calidad de la educación era sin embargo bastante inconsistente.

1. English Inns of Court [Colegios de Abogados de Inglaterra]

Aquellos abogados que escogían encausar su educación legal en Inglaterra recibían

su entrenamiento en el colegio de Abogados en Londres. El entrenamiento legal recibido en los colegios de Abogados era en cierta medida bastante aparente ya que los Colegios de Abogados "había dejado de desempeñar funciones educativas formales desde finales del siglo XVIII" para convertirse en poco más que clubes de reunión y lugares donde cenar. Teóricamente un hombre podía convertirse en un consejero legal en Inglaterra sin leer "una sola página de un libro de derecho."⁵ Luego de la revolución, este método fue perdiendo popularidad para favorecer las cada vez más disponibles y menos costosas alternativas locales.

2. Aprendizaje

El método más común de enseñanza legal entre los abogados norteamericanos era el sistema de aprendizaje. El término "sistema" es utilizado con bastante flexibilidad toda vez que la calidad de la educación recibida bajo el método del aprendizaje era todo menos que sistemática o uniforme. En muchos casos, los estudiantes de leyes que escogían la ruta del aprendizaje hacia una educación legal obtenían casi los mismos resultados que sus contrapartes transatlánticas⁶.

Qué tanto aprendía el dependiente dependía en gran medida de su maestro. En el peor de los casos, el trabajo de un aprendiz iba desde un casual curso de esclavo del trabajo y copiado de textos, con unos pocos rápidos vistazos de los textos legales. Uno de los dependientes denunció el sistema de aprendizaje como un ultraje a la honestidad común escandaloso, abominable, bajo e infame al mayor grado! Nadie podría adquirir un conocimiento legal competente... al echarle una rápida ojeada a un cierto número de libros, ninguno de los cuales ha tenido ni la oportunidad ni el tiempo de leer; o ser metamorfoseado en litigante como por arte de magia." Un joven dependiente "malgastaba lo mejor de sus años mozos en un extenuante y servil trabajo sin propósito alguno, apropiado solo para esclavos."⁷ Es más, "incluso cuando los jefes eran diligentes, las posibilidades de que una oficina ofreciera un buen entrenamiento en todos los campos eran muy escasas."⁸

El método de instrucción bajo el sistema de aprendizaje incluía "la copia manual de papeles legales que tenían que efectuarse antes de la invención de la maquina de escribir; ... pequeños servicios dentro y fuera de la oficina incluyendo servicios procesales.... Mucho del trabajo del aprendiz, como el interminable copiado de documentos, era de una naturaleza mecánica."⁹ En otros lugares el trabajo del aprendiz era descrito de la siguiente manera: "por unos honorarios, los aprendices leían a Blackstone y Coke y copiaban documentos legales. Si corrían con suerte, se beneficiaban al observar al abogado hacer su trabajo y hacerlo bien."¹⁰ La duración recomendada del aprendizaje antes de la Guerra Civil variaba de estado a estado, promediando entre 3 a 10 años!¹¹

A pesar de sus defectos, el método del aprendizaje para la educación legal persistió como la senda principal para llegar a la profesión legal durante más de 150 años – hasta mediados del siglo XIX,¹² sobreviviendo al primer ataque institucional efectuado por las escuelas para finalmente sucumbir a la segunda oleada de ataques que siguieron a la Guerra Civil.¹³

3. Auto-Aprendizaje

Entre 1830 y 1860, muchos de los estados eliminaron gradualmente los requerimientos de aprendizaje, haciendo por tanto viable la alternativa de auto-aprendizaje en algunos estados.¹⁴ Incluso allí donde el auto-aprendizaje era una opción, se prefería sin embargo el sistema de aprendizaje.¹⁵ Por supuesto, el más famoso abogado autodidacta, Abraham Lincoln, presentaba una visión más favorable del método de auto-aprendizaje al afirmar que “la más barata, rápida y mejor “vía hacia el mundo legal era “leer los *Comentarios* de Blackstone, *Pleadings* de Chitty, *Evidence* de Greenleaf, *Equit* y *Equity Pleading* de Story, obtener una licencia, empezar el ejercicio profesional y nunca parar de leer.”¹⁶ Sin duda alguna, la publicación de los *Commentaries* de Blackstone en 1771-2¹⁷ proporcionó una inmensa ayuda a aquellos aspirantes a ser admitidos a la barra de abogados a través del método autodidacta (en detrimento de cualquier expansión de la formación en las escuelas formales de leyes).¹⁸

B. Escuelas Privadas de Leyes: El Nacimiento del Método de Clases Magistrales

Las primeras instituciones educativas que pueden llamarse “escuelas de leyes” en propiedad surgieron como una emanación natural del sistema de aprendizaje.¹⁹ Algunos abogados que probaron ser buenos profesores empezaron a atraer más estudiantes que clientes a sus oficinas. En la medida en que aumentó la demanda de las destrezas pedagógicas de tales profesores privados, algunos de ellos gradualmente empezaron a enseñar más y a ejercer menos la profesión.²⁰ Aparentemente el primero²¹ en abandonar completamente el ejercicio del derecho por su enseñanza fue el Juez Tapping Reeve.²² En 1784, el Juez Reeve estableció el Litchfield law school en Litchfield, en el estado de Connecticut.²³ La Escuela de Leyes Litchfield tuvo un enorme éxito graduando a más de mil abogados antes de cerrar sus puertas en 1833.²⁴

Para los propósitos del presente escrito, el éxito numérico de la Escuela Litchfield se subordina al hecho de que Reeve instituyó lo que en propiedad puede ser denominada la primera metodología de enseñanza del Derecho: el método de clases magistrales.²⁵ Litchfield proclamaba que enseñaba el Derecho “como una

ciencia y no solamente como un negocio mecánico o como una colección de fragmentos sueltos e independientes.”²⁶ El método de clases magistrales de Litchfield fue modelado con base en los *Comentarios* de Blackstone²⁷ y consistía de 139 clases magistrales²⁸ que comprendían 10 títulos,²⁹ dadas durante un período de 14 meses.³⁰

La rutina diaria bajo el método de clases magistrales de Litchfield era el siguiente: “el curso completo consistía de una clase magistral diaria que duraba entre una hora y cuarto hasta hora y media... se le exigía a los estudiantes la cuidadosa toma de apuntes, el realizar lecturas complementarias y someterse a un estricto examen cada sábado sobre el trabajo de la semana.”³¹ Las clases magistrales “se complementaban con juicios simulados presididos por el director de la escuela o por su asistente.”³²

Luego del liderazgo de la Escuela Litchfield, un cierto número de otras escuelas privadas³³ surgió por doquier variando en tamaño, exigencia y prestigio.³⁴ Estas escuelas de Leyes “alcanzaron el pináculo en el primer cuarto del siglo XIX para declinar inmediatamente después.”³⁵ Aparentemente, dos fuerzas parecen ser las principales responsables del declive de las escuelas privadas: (1) una mayor oferta de buenos textos legales que se “robaron las notas privadas de las clases magistrales de los directores de escuelas gracias a su fácil venta,”³⁶ y finalmente, (2) el entrenamiento formal en escuelas mayores reemplazó los modelos del sistema de aprendizaje y de las escuelas de leyes privadas.³⁷

C. Institucionalización de la Educación por los Colegios Mayores: el Nacimiento del Método del Libro de Texto

1. Fracasos iniciales

A pesar de que los Colegios Mayores finalmente triunfaron sobre las escuelas privadas como los principales proveedores de educación legal, los esfuerzos iniciales de estas instituciones fracasaron y las escuelas privadas llevaron el liderazgo durante muchas décadas.³⁸ Desde épocas tan tempranas como 1779, cinco años antes de la fundación de la Escuela Litchfield, los colegios mayores trataron de establecer el estudio de las leyes en sus claustros.³⁹ El primer intento de tal clase fue el realizado por Thomas Jefferson quien nombró a su propio mentor –George Wythe– como director de la escuela de “Ley y Policía” en el College of William and Mary.⁴⁰ La designación de Wythe le valió la distinción de ser reconocido como el primer profesor de leyes en América.⁴¹

Luego del ejemplo de William and Mary, un número de Colegios Mayores designó directores de sus escuelas de leyes.⁴² Al comentar sobre el método de estas iniciales escuelas de leyes, el Magistrado John Marshal, quien obtuvo su propia formación legal de Wythe en el College of William and Mary, lo describió como uno de clases magistrales combinado con juicios simulados que se llevaban a cabo una vez al mes.⁴³

Los profesores que enseñaron durante este período produjeron una riqueza de literatura legal que sirvió como textos legales obligatorios durante muchos años.⁴⁴ El grupo más influyente de estos textos fue la Americanización de los Comentarios de Blackstone realizada por St. George Tucker en 1803 el cual pretendía compilar todo el conocimiento en un solo tratado.⁴⁵ El trabajo de estos primeros profesores "estuvo marcado por una amplitud de tratamiento que no se volvió a ver en la educación formal sino hasta la década de los años 20."⁴⁶ Irónicamente este gran logro de los primeros catedráticos de las escuelas mayores parece haber sido la principal causa de fracaso en el establecimiento del método de las escuelas mayores como el método adecuado para la enseñanza del Derecho. Tal como lo explicó uno de éstos catedráticos: el trabajo de Tucker fijó la tradición de Blackstone en este país y por comprimir ostensiblemente todo el conocimiento legal dentro de las cubiertas de un único texto, sin duda desalentó la organización de escuelas de leyes en otros lugares puesto que permitió que el método del aprendizaje para la enseñanza del Derecho fuese posible y suficiente.⁴⁷ Por estas razones, los primeros intentos por institucionalizar la educación legal "no produjeron resultados duraderos desde el punto de vista de la educación legal."⁴⁸ La Cátedra frecuentemente desaparecía o permanecía como una sinecura, empleo bien remunerado pero de poco trabajo y el entrenamiento legal serio tenía lugar en las escuelas privadas tales como Litchfield.⁴⁹

2. Éxitos Definitivos

A pesar de sus desfavorables inicios, las escuelas de leyes con base en los Colegios Mayores perseveraron hasta que finalmente alcanzaron éxito en capturar el mercado de la educación legal. El siguiente resumen estadístico hace un recuento del surgimiento de las escuelas de leyes con base en los Colegios Mayores:⁵⁰

En 1850 quince escuelas de leyes se encontraban funcionando, en 1860 veintiuna, en 1870 treinta y una, en 1890 cincuenta y una. En los últimos cincuenta años del siglo hubo un enorme salto en el número de escuelas, Para 1900, 102 se encontraban funcionando. En 1850 había una o más escuelas de leyes en doce de los estados, en diecinueve de ellos no había escuela de leyes alguna. En 1900, treinta y un estados tenían escuelas de leyes, tan solo trece de ellos tenían que importar abogados de otros estados.⁵¹

La resurrección de los Colegios Mayores o de las escuelas de leyes de las universidades generalmente implicó la "absorción" y no la "destrucción" de la escuela privada.⁵² En épocas tan tempranas como 1850, las escuelas mayores "empezaron a proporcionar una sombrilla bajo la cual los colegios privados podían encontrar refugio."⁵³ Dos fuerzas tendieron a dirigir las escuelas privadas hacia la afiliación con los Colegios Mayores y las universidades. Como primera medida, la afiliación otorgaba prestigio a las escuelas de leyes dado que en muchos estados solamente las universidades tenían la facultad de otorgar títulos profesionales.⁵⁴ Como segunda medida, este movimiento era parte de una tendencia mucho más extendida de los grupos ocupacionales americanos hacia la institucionalización.⁵⁵ Tal como lo expresó un alumno, "los grupos ocupacionales sintieron urgencia de profesionalizar y estratificar."⁵⁶

A pesar del reciente prestigio de la atmósfera de los colegios mayores, la instrucción de los estudiantes de leyes retuvo en gran medida los métodos de las escuelas privadas y del aprendizaje.⁵⁷ Por tanto, a pesar de que la instrucción se llevaba a cabo en el campus universitario, ésta era, como en el caso de Litchfield poco más que una forma extendida del entrenamiento de los aprendices en las oficinas.⁵⁸ Y aunque "este efectivamente eliminó las principales características de un trabajo mecánico, clerical y de pérdida de tiempo en términos de lo que se había alcanzado, hasta 1870 la educación legal en los colegios mayores y las universidades era parte de la era de los métodos del aprendizaje y de las escuelas privadas."⁵⁹

La principal diferencia entre los colegios mayores de leyes y las escuelas privadas consistía en que la confianza en el método de clases magistrales dio vía a lo que ha sido denominado el "método del libro de texto."⁶⁰ A medida que las conferencias que celosamente guardaban los secretos de los profesores privados se codificaban en diversos tratados, tales "libros de texto" reemplazaron las clases magistrales.⁶¹ El método del libro de texto es generalmente descrito de la siguiente manera: la característica esencial es que de recitación en recitación, a los estudiantes se les asignaba una sección específica de un libro de texto reglamentario para que lo estudiaran, principalmente para que lo memorizaran, esta sección del texto era posteriormente explicada por el profesor para ser nuevamente recitado de memoria en el siguiente período. En éste método de instrucción, una parte de la hora es ocupada con la tarea de verificación mecánica de los conocimientos aprendidos por los estudiantes, los así llamados "quices" Con frecuencia la instrucción se complementaba con la designación de asistentes especiales, "maestros de los quices" quienes conducían esta parte especial de la instrucción en horas especiales.⁶²

La educación legal continuó de esta manera hasta 1870, fecha en la que ocurrió el desarrollo más significativo.

III. El surgimiento del Método de Casos

A. Las innovaciones de Langdell, Incluyendo el Método de Casos.

En 1870 el mundo de la educación legal estaba "maduro para la reforma o la revolución."⁶³ En ese año, el actor más importante en el modelado de los métodos modernos de educación legal hizo su aparición en la escena: Christopher Columbus Langdell.⁶⁴ Langdell fue nombrado Dane* Professor of Law en Harvard⁶⁵ por el Presidente de Harvard, Charles W. Eliot, (quien también fue una importante figura en el modelamiento de la educación legal).⁶⁶ En septiembre de 1870, Langdell también fue elegido como Decano de la Escuela de Leyes.⁶⁷

Al igual que su homónimo, cuyos descubrimientos cambiaron la concepción del mundo hasta entonces conocido, Christopher Columbus Langdell aspiraba a realizar cambios significativos en el campo de la educación legal. Entre las reformas que se le atribuyen a Langdell están (1) la exigencia de un examen de admisión a la escuela de leyes,⁶⁸ (2) el establecimiento de un programa de tres años para el grado en leyes,⁶⁹ (3) la concepción de un currículo gradual dividido en "cursos" de ciertas horas cada uno,⁷⁰ (4) el establecimiento de exámenes finales,⁷¹ (5) la creación de cátedras de tiempo completo.⁷² Sin embargo, todas estas reformas palidecen en comparación con la más significativa reforma – la introducción del método de casos como herramienta de enseñanza legal.⁷³

La novedad del método de casos de Langdell consistió en que "eliminó los libros de texto y en su lugar empleó casos cuidadosamente seleccionados y organizados de manera tal que ilustraran el significado y desarrollo de los principios del derecho."⁷⁴ En lugar de ofrecer a los estudiantes los principios del derecho agrupados, molidos y reconstruidos por los maestros legales para posteriormente dárselos con cucharita a sus infantiles alumnos, el método de casos confrontaba a los alumnos con la "cruda ley."⁷⁵ En pocas palabras el método de casos exponía a los estudiantes "a la ley" en lugar de a la ley tal y como era construida por un profesor en particular.⁷⁶

¹ El título de Dane Professor of Law obedece a la memoria de Nathan Dane quien hacia 1832 donó recursos a la incipiente escuela de Derecho de Harvard para la construcción de un edificio y el establecimiento de una cátedra. Dane consiguió también que Joseph Story tomara la dirección de la escuela. El cambio de las instalaciones llevó al cambio del currículo con una búsqueda de estudiantes en el territorio nacional y la adición de cursos de Derecho internacional, jurisprudencia, historia legal y Derecho comparado.

En la práctica, la alteración fundamental de Langdell en los materiales básicos para el estudio legal eliminó la mecánica memorización de los principios legales recibida a los pies de los profesores universitarios o de los libros de texto.⁷⁷ Más aun, el rol del profesor se transformó de aquel de un revelador de dogmáticos principios legales a aquel de "guía socrático que conduce a sus alumnos hacia el entendimiento de los conceptos y principios escondidos como esencias entre los casos."⁷⁸ En lugar de solamente mostrar el simple texto de la ley, Langdell buscaba "mostrar cómo los conceptos legales se abrían como una rosa desde su capullo a través de una serie de casos ilustrados."⁷⁹

Langdell organizaba sus libros de casos por temas. Dentro de cada tema los casos se organizaban en orden cronológico.⁸⁰ No aparecía norma alguna en el libro de casos y tampoco ofrecían ayudas didácticas tales como notas, comentarios o explicaciones.⁸¹

B. Razonamiento Subyacente al Método de Casos

En muchos aspectos, el método de casos fue una reacción a la poca efectividad de los métodos de las clases magistrales y de los libros de texto.⁸² "Hasta la época de Langdell, la principal característica de las escuelas de leyes Americanas había sido la memorización más o menos estereotipada de una materia de estudio, sistemáticamente presentada en un libro de texto."⁸³ Eliot, al describir las insuficiencias del método de las clases magistrales, afirmaba que "el profesor laboriosamente bombea a través de un cedazo, el agua puede ser saludable pero se escurre por los agujeros de éste."⁸⁴ De igual manera, el sucesor de Langdell en la causa del método de casos, James Barr Ames, criticaba el sistema de clase magistral /recitación como un sistema "no viril que trata a los alumnos no como hombres sino como niños escolares recitando sus líneas."⁸⁵

La innovación de Langdell hizo mucho más que simplemente reemplazar un viejo y gastado método por una alternativa mejor dotada; el método de casos ofrecía un bien pensado razonamiento – una teoría "científica" para la educación legal.⁸⁶ En pocas palabras, la gran contribución inicial del método de casos consistió en que proporcionó legitimidad y respetabilidad a la educación legal de nivel formal universitario.⁸⁷ La teoría de Langdell era que el Derecho era una "ciencia" inductiva tal y como el mismo lo explicó: El Derecho, considerado como una ciencia, consiste en ciertos principios y doctrinas. El obtener la maestría requerida para poder aplicarlos con constante facilidad y certeza a la siempre enredada madeja de las relaciones humanas es lo que hace al verdadero abogado; y por tanto, el adquirir tal destreza y maestría debe ser el principal objetivo de cada estudiante serio del Derecho. Cada una de esas doctrinas ha llegado a su estado actual mediante

pequeños avances; en otras palabras, es un crecimiento que se extiende en muchos casos durante siglos. Este crecimiento debe ser seguido por lo general a través de una serie de casos; y la mejor y más corta, sino la única manera de dominar las doctrinas de manera efectiva es mediante el estudio de los casos en los cuales se encuentran imbuidas.⁸⁸

El objetivo de la educación legal de acuerdo con Langdell era no precisa y solamente educar jóvenes para que se convirtieran en abogados practicantes a pesar de que en gran medida se empleaba para dicho propósito. Éste era el de proporcionar a los estudiantes que lo desearan, las mismas facilidades para investigar la ciencia del Derecho humano, de la misma manera teórica, histórica y profunda como deben ellos investigar las matemáticas, las ciencias naturales o cualquier otra rama del conocimiento.⁸⁹

Hace tiempo ya que se desacreditó la noción de Langdell del Derecho como una ciencia⁹⁰; sin embargo, para Langdell el Derecho era una ciencia y los estudiantes eran científicos. El efecto de éste último comentario era que la carga de la construcción del entramado de la doctrina legal pasaba del profesor al alumno. "La labor intelectual, llámese el desenredar los hechos y la conducción del raciocinio desde el informe de cada caso fallado debe ser llevado a cabo por el estudiante de manera bastante independiente aunque acompañando hasta cierta medida de la guía de un profesor."⁹¹ La idea era que bajo tal método de casos, "el estudiante está prácticamente haciendo, bajo la guía de un instructor, aquello que deberá hacer sin guía alguna cuando ejerza como abogado."⁹²

Además de "entrenar la mente legal", Langdell también estableció la enseñanza de los principios del derecho común. El creía "que todo el cuerpo del derecho común" podía ser enseñado mediante el método de casos durante los tres años de duración del programa.⁹³ rápidamente se dieron cuenta de que esta tarea era imposible en ese lapso; por tanto, la ficción de que era posible dominar incluso las leyes creadas por los jueces a nivel nacional fue rápidamente abandonada. El Derecho americano se convirtió no en un campo que debía ser estudiado extensamente sino en un matorral en el cual se talla un claro dirigido en la dirección correcta. Al joven practicante se le proporciona una "mente entrenada" cual hacha confiable y se le comisiona para que dedique el resto de su vida a abrirse camino por entre la maraña.⁹⁴

Por tanto, desde sus inicios, el método de casos reclamó la metodología suprema en el campo de entrenar a los estudiantes a "pensar como abogados."⁹⁵ Tal y como lo manifestó Roscoe Pound: "A Langdell siempre le preocupaba el ¿por qué? y el ¿cómo?" A él no le importaba particularmente si usted conocía una norma o si

podía recitarla de memoria o no sino ¿cómo tomó la Corte tal decisión? Y ¿por qué lo hizo?, tal era su enfoque todo el tiempo".⁹⁶

Con notable rapidez, el método de casos para la enseñanza legal se convirtió en el componente principal de la educación en las escuelas de leyes. Para finales del siglo XIX, el método de casos era claramente reconocido como *la innovación* en la educación legal.⁹⁷ Sin embargo, su llegada hasta la cima no se realizó sin sus detractores.

C. Oposición Inicial

"La oposición a la innovación se encuentra profundamente arraigada en la naturaleza humana."⁹⁸ En ninguna otra situación es esto más cierto que en la respuesta inicial a la introducción del método de casos. Las primeras críticas al método provinieron de los mismos estudiantes de Langdell quienes aparentemente pensaban con sus pies. En el primer año de aplicación del método de Langdell, los estudiantes se salían de las clases de Langdell en manadas; tan sólo unos pocos permanecían para escucharlo. Antes del final del primer período, se decía que su curso había disminuido a siete devotos hombres que eran llamados con el sobrenombre de "Kit's Freshmen" o "Langdell's Freshmen" (los primíparos de Langdell).⁹⁹ Más aún, la oposición estudiantil hacia el método de Langdell no se restringió a sus salones de clase; el ingreso de nuevos alumnos a la escuela de Derecho "cayó de manera precipitada"¹⁰⁰

Langdell también tuvo oposición de sus colegas en Harvard quienes continuaban empleando el método del libro de texto.¹⁰¹ Es más, el Decano de la facultad en Harvard se quejaba de que las ideas de Langdell parecían "crear profesores de Derecho y no practicantes"¹⁰²—de igual manera, los abogados en ejercicio exclamaban que las ideas de Langdell eran "demasiado teóricas e inapropiadas para hacer buenos abogados."¹⁰³ Es más, se pensaba en gran medida que el método era tan solo apropiado para los estudiantes del más alto nivel intelectual.¹⁰⁴ Otros se quejaban de que el método "cortaba las cuerdas, ya muy debilitadas, que ataban al estudiante al cuerpo principal de la sabiduría americana y de vida americana..."¹⁰⁵ al ignorar la influencia de las fuerzas económicas de políticas que le daban forma al Derecho. Incluso La Asociación de Abogados Litigantes de América (ABA) se involucró en el asunto expresando su preocupación de que el método de casos podría alentar el litigio.¹⁰⁶ En 1891 un informe de la ABA lamentaba que el método de casos irremediablemente fracasaba al impartir al estudiante conocimientos fundamentales de una doctrina ya bien definida: Una limitante del método de casos, y tal vez una inevitable, es el confinamiento a la parte dubitativa de la ley y el desdén por los grandes y decantados principios sobre los que tanto

dependen el razonamiento de un abogado... El resultado de este elaborado estudio de los litigios actuales y el ignorar las decantadas doctrinas que han crecido a la sombra de las antiguas generaciones, es una clase de graduados admirablemente calculados para argumentar en favor de cualquier lado de la discusión pero incapaces de asesorar a su cliente cuando éste no se encuentra en peligro de ser demandado... El estudiante no debe ser entrenado a pensar que es tan solo un gladiador contratado.¹⁰⁷

A la Asociación de Abogados Litigantes le preocupaba que el método de casos "peligrosamente presentaba el derecho en fragmentos demasiado desconectados, aislados y separados en lugar de en un flujo continuo y permanente."¹⁰⁸

A pesar de estas tempranas críticas, el método sobrevivió la violenta arremetida y finalmente floreció. Un número de razones han sido propuestas para explicar el por qué el método resultó ser tan resistente. En primer lugar, a pesar de sus detractores -incluyo aquellos al interior de Harvard- Langdell continuó recibiendo el apoyo de Eliot cuya influencia tanto en el interior como en el exterior de Harvard era sin duda alguna muy importante.¹⁰⁹ En segundo lugar, la introducción del método de casos trajo como resultado un incremento en el prestigio del Derecho y del entrenamiento legal... éste afirmó que la ciencia legal era un cuerpo independiente, una rama del conocimiento que genuinamente exigía una rigurosa formación formal.¹¹⁰ Es más, "parte de la popularidad del método era snobismo; una vez que las escuelas de leyes decidieron aprobar el sistema, aquellos que deseaban ser considerados de la élite, rápidamente los siguieron."¹¹¹ En tercer lugar, el método de casos prometía solucionar el problema del manejo de la diversidad local propia del sistema federal i.e., éste simplemente ignoraba la diversidad y enseñaba principios generales, dejando el ajuste final al mundo del ejercicio.¹¹² Finalmente, el "sistema del método de casos también tenía una carta de triunfo- las finanzas."¹¹³ En otras palabras, el método de Langdell les permitía a las escuelas establecer clases con gran cantidad de alumnos y cualquier programa educativo o innovación que permitiera a un solo profesor enseñar a muchos alumnos era bienvenido por los administradores de las universidades.¹¹⁴ Por estas razones, podemos decir con confianza que para 1921 el método de casos era la principal herramienta de enseñanza en la mayoría de las escuelas de leyes americanas. De manera inexorable parecía que la aplanadora se encontraba rodando. El método de casos había tenido éxito frente a la oposición de las universidades estatales y las de élite y frente al escepticismo de los ilustrados observadores. El método de casos no era tan solo una moda de finales de la era Victoriana sino un estándar del siglo XXI. Para los años veintes, cualquiera que fuese alguien en la "industria" del Derecho empleaba el método de casos.¹¹⁵ De allí en adelante, el método de casos ha continuado siendo la espina dorsal de la educación legal.

IV. Los Méritos del Método de Casos: un Análisis de sus Beneficios y Retos

Como antes lo expresamos,¹¹⁶ el método de casos ha estado bajo ataque desde sus inicios. A pesar de esto, no fue sino hasta los años alrededor de la primera guerra mundial cuando se intentó llevar a cabo un "análisis sistemático y crítico" del método.¹¹⁷ El primer estudio influyente de este tipo provino de Joseph Redlich, un observador austriaco quien había sido contratado por la Fundación Carnegie para realizar un informe sobre el método de casos.¹¹⁸ En su informe de 1914, basado en visitas a diez escuelas señalaba algunas de las desventajas del método.¹¹⁹ Otro reporte más exhaustivo sobre la educación legal (también encomendado por la Fundación Carnegie) fue publicado 7 años más tarde por Alfred Reed quien no era abogado.¹²⁰

Con respecto al método de casos, los informes de Redlich y de Reed señalaron una serie de desventajas de éste método de enseñanza.¹²¹ Se sugería que el método de casos (1) no era efectivo para la enseñanza de reglamentaciones y otros temas; (2) estaba dirigido únicamente a los estudiantes más talentosos o a los particularmente rápidos; (3) carente de un componente práctico necesario para preparar los estudiantes para el ejercicio real del Derecho; y (4) no permitía la investigación y desalentaba a los profesores en la publicación de investigación sobre el Derecho en vez de acerca del mismo.¹²²

A pesar de sus críticas, Reed y Redlich no solicitaron el reemplazo total del método de casos. Sin duda, la principal preocupación de Reed tenía que ver más con la habilidad de la facultad en el uso del método. "Yo creo que en las manos de un catedrático genuino, con destrezas en el método socrático, el método de casos es, sin duda, el mejor; pero en las manos de un hombre mediocre, es el peor de todos los modos posibles de instrucción."¹²³

En todo caso, los informes de Redlich y de Reed establecieron las bases de la crítica moderna del método de casos. Construido sobre tales bases, un análisis de los beneficios y desafíos comparativos del método se resume a continuación.

A. Análisis de los beneficios

Aunque la intención original del método de casos era la de educar estudiantes en los principios medulares, o en la esencia del Derecho,¹²⁴ el objetivo varió relativamente temprano. "Las escuelas que empleaban el método de casos ya no pretendían dar a sus estudiantes una maestría actual de la ley creada por los jueces. Los preparaba para manejar la ley creada por los jueces en el futuro."¹²⁵ En

otras palabras, el método de casos le enseña a los alumnos cómo "pensar como un abogado."¹²⁶ El método de casos logra esta meta al exigir a sus estudiantes la lectura de casos actuales, la selección del material, el seguimiento del análisis de la Corte, la extracción de lo relevante entre lo que no lo es y la distinción entre puntos de vista aparentemente contradictorios. El proceso de llevar a cabo un tal análisis requiere que el estudiante, al menos en teoría, aplique la misma clase de destrezas que un abogado en ejercicio normalmente emplea. El Profesor Keener, uno de los más influyentes defensores del método de casos lo explicaba de la siguiente manera: "Es por el estudio de los casos que uno adquiere la capacidad del razonamiento legal, del discernimiento y del juicio, cualidades indispensables para el abogado litigante;... el método de casos desarrolla de la mejor manera la capacidad para analizar y señalar clara y concisamente el complicado estado de los hechos, una capacidad que en gran medida distingue el buen abogado del regular o del malo;.... el estudiante, mediante el método de casos, no solamente sigue el Derecho en su crecimiento y desarrollo sino que de esta manera adquiere el hábito del pensamiento legal el cual únicamente puede ser adquirido mediante el estudio de los casos y el cual debe ser adquirido por él, ya sea como un estudiante o posteriormente cuando se convierta en un practicante si es que quiere tener algún éxito como abogado."¹²⁷

El nuevo objetivo establecido por el método de casos de "pensar como un abogado" tuvo el efecto de transferir las bases de la educación legal americana de la sustancia al procedimiento y enfocar la enseñanza legal con base en procesos en vez de en la doctrina."¹²⁸ El objetivo ya no era el impartir solamente información la cual "probablemente sería pronto olvidada,"¹²⁹ sino el impartir "conocimiento" lo cual consistía en "la maestría del Derecho."¹³⁰

El enseñar a los estudiantes a pensar como abogados se ha convertido en el patrón de medición del método de casos. Más que cualquier otro resultado positivo del método, el entrenamiento de la mente legal ha sido el que mejor ha resistido la prueba del tiempo. El éxito de éste raciocinio radica principalmente en el hecho que pocas personas han discutido su verdad, especialmente cuando la alternativa era los métodos de clases magistrales y libros de texto los cuales "no imponían exigencia alguna al estudiante más allá de la de auto disponerse en un estado bastante receptivo: escuchar y recordar... nada parecido a los recursos exigidos al abogado litigante."¹³¹

La única crítica válida sobre este aspecto del método de casos es que solamente funciona si los estudiantes se preparan y hacen el esfuerzo.¹³² Sin embargo, esta crítica carece de fuerza puesto que esto es básicamente cierto respecto de cualquier método pedagógico.¹³³

Así como constituye el principal gancho de venta del método de casos, el concepto de enseñar a los estudiantes a pensar como abogados conforma la base de otras de las ventajas del método.

2. El método de casos enseña a los estudiantes a enseñarse a sí mismos

Diariamente, la cantidad de conocimiento legal disponible en cualquier era del Derecho continúa creciendo a tasas exponenciales. Por lo tanto el prospecto de enseñar a los estudiantes de Derecho *todo* lo que necesitan saber substancialmente para el ejercicio profesional es una tarea tan poco realista que ni siquiera merece ser mencionada. Sin embargo, este truismo sirve de base para los cimientos de otra importante justificación del método de casos, el de que "la función básica del proceso educativo es permitirle al estudiante a aprender cómo aprender..."¹³⁴ Al forzar a los estudiantes a analizar casos por sí solos y a integrarlos de manera crítica en un todo legal coherente, el método de casos proporciona de manera efectiva las destrezas requeridas para ser autodidacta. En efecto, un comentarista sugirió que el método de casos simplemente es el mejor método descubierto hasta la fecha para establecer los cimientos de un rico y provechoso estudio posterior de la ley por cualquier otro método."¹³⁵

Los críticos de esta justificación pueden sin embargo argumentar que mientras es claro que no todo el derecho positivo puede ser cubierto en tres años de estudio, el rechazo explícito del método de casos por dicho conocimiento sustantivo como el objetivo de la enseñanza legal, proporciona una fácil excusa par dejar de enseñar el derecho positivo a los estudiantes.

3. El método de casos personaliza la educación legal

Una tercera justificación para el uso continuado del método de casos es que al rehusarse a trazar el paisaje legal tal y como lo dibujaban los catedráticos desde sus torres de marfil, se obliga a los estudiantes a crear su propio entramado para comprender el Derecho. El resultado es que los estudiantes toman las riendas de su conocimiento del Derecho personalizándolo en las construcciones mentales que ellos mismos han creado. Tal y como lo describe el Profesor Ames, el estudiante es el invitado en las premisas del método de casos, quien como el invitado en los casos reportados, pronto descubre que ha caído en un pozo. No se le ha dado mapa alguno para enseñarle todos los vericuetos y salidas del campo legal pero se le deja, hasta cierta medida, para que encuentre su camino por sus propios medios. Su lucha por salir de las dificultades, si ésta es exitosa, le deja un sentimiento de que ha construido un conocimiento de la ley por sí mismo. El

contenido legal de su mente tiene una naturaleza personal; lo ha realizado por sí mismo.¹³⁶

Como resultado de esta forzada personalización del Derecho, el estudiante aprende "a cuestionar la validez y aplicabilidad de toda generalización. Ellos desarrollan resistencia y tenacidad de mente y la capacidad y el deseo de formar y actuar con un ponderado razonamiento ante situaciones importantes."¹³⁷

Los críticos argumentan que todo esto es verdad siempre y cuando el estudiante sea lo suficientemente sofisticado para embarcarse en tan difícil y activa tarea de aprendizaje. Se argumenta que muchos de ellos no lo son;¹³⁸ y mientras "en teoría los estudiantes se benefician mucho más del aprendizaje activo, en la práctica, los estudiantes de hoy no han aprendido cómo recibir información a través de una participación en el proceso de aprendizaje."¹³⁹ Sin embargo, éstas críticas se caen por su propio peso al sugerir que todos los estudiantes requieren medidas correctivas. Es más, aún en aquellas situaciones en que esto pueda ser cierto, a menudo los estudiantes requieren la motivación de una tarea difícil para poder "estar a la altura de la ocasión."¹⁴⁰ De nuevo, la respuesta del profesor Ames viene a propósito: cualquier hombre o mujer que tenga la edad y la inteligencia suficiente para estudiar Derecho, tiene la edad suficiente para estudiarlo en el mismo espíritu y de la misma manera como un abogado o un juez busca llegar al principio legal involucrado en un litigio real. La noción de que hay un Derecho para los estudiantes y otro para el abogado maduro es una mera falacia.¹⁴¹

4. El método de casos es más "real" que otros métodos

Un cuarto argumento a favor del método de casos es que proporciona una visión más realista del Derecho que otros métodos. El método de casos aunque incapaz de remplazar a voluntad clientes reales... pone al servicio de los estudiantes casos resueltos de una multiplicidad de clientes que han pasado por las cortes."¹⁴² Por otra parte, puesto que las opiniones judiciales involucran a personas de la vida real inmersas en controversias reales, éstas pueden estimular un mayor interés en los estudiantes."¹⁴³ Los críticos argumentan que esta justificación es equivocada: el argumento de la "realidad" es válido. Pero al mismo tiempo, el método de casos sufre de una dosis de irrealidad. Los estudiantes no ganan una experiencia verdadera con clientes reales y disputas reales. Ellos están leyendo acerca de pleitos que ya han sido resueltos hace algunas décadas e incluso hace cientos de años.¹⁴⁴

Por otra parte, los libros de casos consisten casi exclusivamente de apelaciones sobre asuntos muy concretos con hechos limitados. Además, la mayoría de los casos son editados para su publicación en los libros de casos eliminando por

consiguiente algo de la "realidad" Si bien estas críticas pueden ser ciertas, es también cierto que los casos reales son más reales que las clases magistrales o los libros de texto los cuales simplemente contienen principios dogmáticos del Derecho o retorcidas hipótesis.

5. El método de casos no minimiza la complejidad del Derecho.

El método de casos también reconoce que el estado del Derecho es ambiguo. De hecho, con respecto a aquellos asuntos para los cuales se requiera buscar la opinión profesional de un abogado, generalmente se pueden emitir conceptos legales sólidamente argumentados que apoyen dos o más puntos de vista encontrados. El método de casos no minimiza estas áreas grises del Derecho reduciéndolas a normas en blanco y negro. En lugar de esto, el método de casos presenta el Derecho en todos sus matices de gris y fuerza al estudiante a que realice el difícil trabajo de desarrollar razones legales defendibles en favor de una determinada posición por encima de tal otra. Adicionalmente, puesto que la mayoría de los tópicos que se estudian en los cursos de Derecho (ya sea con base en legislación o reglamentación) han sido sometidos al pertinente escrutinio jurídico. Es por esta razón que algunos han argumentado que "el método de casos puede ser la única vía para determinar plenamente el Derecho en un área determinada."¹⁴⁵

6. El método de casos es institucionalmente eficiente.

Para terminar, el método de casos también es sostenible con base en una razón no pedagógica: eficiencia institucional. Cuando se combina con el método socrático de diálogo en el salón de clases, el método de clases puede ser empleado en clases con numerosos alumnos. El método socrático, aun cuando no es un sinónimo técnico del método de casos, generalmente "implica un profesor realizando una serie de preguntas, idealmente a un único alumno, en un intento por conducir al estudiante a lo largo de una cadena de razonamientos ya sea hacia sus conclusiones o de regreso hacia sus suposiciones."¹⁴⁶ El método socrático es una combinación ideal para el método de casos puesto que tiende a profundizar en el principal objetivo del método de casos al exigir de los alumnos un examen de las bases e implicaciones de una línea del razonamiento con el propósito de crear conocimiento. Adicionalmente, puesto que el diálogo de persona a persona propio del método socrático permite al profesor escoger a un único alumno en un momento determinado, implica el estímulo de los estudiantes hacia la preparación, incluso en clases numerosas. El mismo Langdell acuñó el término "método socrático" en el contexto de la educación legal¹⁴⁷ y vio "el diálogo socrático como un complemento indispensable para el método de estudio de casos."¹⁴⁸

El método de casos es igualmente eficiente institucionalmente desde el punto de vista de la recolección de casos puesto que una vez se ha reunido el material inicial, la actualización de los libros de casos es relativamente fácil a través de la adición de casos significativos.¹⁴⁹

Al efectuar un balance, parece ser que las justificaciones para el empleo continuo del método de casos en las escuelas de Derecho permanece válido. Sin embargo, esto no quiere decir que el método esté libre de defectos.

B. Análisis de los Retos.

Desde los tiempos de Redlich y de Reed, las críticas al método han continuado en señalar las aparentes fallas del sistema del método de casos. Algunas de las críticas son simplemente la continuación de las quejas formuladas con base en las observaciones de los críticos iniciales mientras que otras se basan en preocupaciones que surgen de los cambios sufridos por el sistema legal americano como un todo. Hablando de manera generalizada, las críticas al método de casos caen en tres amplias (y en cierto modo traslapadas) categorías: (1) aquellos que atacan los objetivos y alcance del método de casos; (2) aquellos que atacan la manera como los profesores emplean el método; y (3) aquellos que atacan el sistema general de valores de las escuelas de Derecho.

1. Crítica a los objetivos y alcance del método de casos.

Muchas de las críticas al método de casos no son en realidad críticas al método de casos en sí mismo sino más bien críticas a los estrechos objetivos hacia los cuales éste se rige i.e., enseñar a los estudiantes "a pensar como abogados". En otras palabras, tal y como lo argumentamos en otros apartes del presente artículo,¹⁵⁰ el método de casos se preocupa por el dominio de las habilidades del razonamiento legal en lugar del conocimiento del derecho sustantivo. Por tanto, el primer grupo de críticas que se levanta en contra del método de casos son en el fondo objeciones en contra de un método educativo cuyo principal objetivo está orientado hacia procesos i.e. pretender enseñar a los alumnos a "pensar como abogados" (en lugar de hacia contenidos i.e. pretender impartir a los estudiantes grandes cantidades de principios legales de derecho sustantivo y normas de Derecho). Los críticos que abrazan estos puntos de vista tienden a admitir que el método de casos es en realidad muy efectivo en lograr su objetivo de enseñar a los estudiantes a pensar como abogados. Sin embargo, su preocupación es que los estudiantes necesitan saber mucho más que tan solo a pensar como un abogado.¹⁵¹

a. El método de casos es una pérdida de tiempo que con frecuencia sólo tiene

como resultado la confusión. Una queja común de los estudiantes (usualmente luego de discutir su hipótesis de cincuenta segundos con base en el caso *Palsgraf*¹⁵² en Torts (Agravios indemnizables en juicio civil) es más o menos la siguiente: "desearía que el profesor simplemente nos dijera cuál es la norma para que podamos avanzar en el asunto." Esta queja ilustra una de las preocupaciones que regularmente aparecen en las críticas al método de casos – que éste es insuficiente para cubrir extensas cantidades de información legal.¹⁵³ Sin duda alguna, incluso en tiempos de Langdell era necesario hacer cortes al currículo para poder acomodarse al lento ritmo del método de casos.¹⁵⁴

Parte de la ineficacia del método de casos se basa en que exige que el estudiante lea y analice casos que culminan en resultados diferentes frente a situaciones fácticas similares y de vez en cuando, casos de diferentes tonos de gris en el intermedio. Algunos de estos casos pueden no contener las normas correctas hoy en día toda vez que han sido anuladas o sustituidas por codificaciones. El hacer frente a tal embrollo de leyes correctas e incorrectas no solamente toma una desmesurada cantidad de tiempo sino que incluso puede estimular a algunos estudiantes a llegar a conclusiones erradas acerca del estado de la ley sustancial. Esto es particularmente cierto en aquellos casos en donde un punto de vista legal es susceptible de dos o más interpretaciones bien fundamentadas pero contrarias. En tales circunstancias, los estudiantes gastan tanto tiempo desarrollando argumentos en favor de ambos lados que cuando la duda se disipa, ya no están seguros de cuál de los lados representa el estado actual de la ley.

Los profesores frecuentemente minimizan esta confusión haciendo mucho énfasis en el valor de ver ambos lados de un argumento en detrimento de alcanzar (al menos por el momento) el estado actual de la ley aumentando de esta manera las preocupaciones respecto de la ineficacia. La confusión engendrada por el método de casos ha conducido a algunos críticos a condenar el método como dirigido exclusivamente a la élite intelectual a costa del estudiante promedio.¹⁵⁵

En respuesta, pocos defensores del método de casos no estarían de acuerdo en que una mayor extensión del derecho positivo puede ser cubierta empleando el método de clases magistrales en el cual el profesor simplemente dicta la letra de la ley mientras que los estudiantes juiciosamente toman apuntes. El cubrir masivas cantidades de material es de poca utilidad si el alumno es incapaz de retener la información.¹⁵⁶ Fundamentalmente, el defensor del método de casos señalaría que el argumento de la ineficacia no es en realidad un ataque al método mismo; es más bien un ataque al objetivo del método de casos. Tal y como lo discutimos anteriormente, el principal objetivo del método de casos y su principal gancho de venta, es el enseñar a los estudiantes a pensar como abogados. Este se preocupa

por el dominio de las habilidades de razonamiento legal en lugar del conocimiento de la ley sustantiva. Con este objetivo en mente, el tiempo invertido en la búsqueda de casos analíticos claves es tiempo bien invertido. Por tanto, cuando los críticos argumentan que el método de casos es ineficiente, lo que en realidad están diciendo es que desde su punto de vista el método de casos se enfoca hacia el objetivo equivocado.

En lo que respecta al argumento de la confusión, los defensores del método de casos responderían que la confusión puede ser productiva hasta cierto punto. El hecho de que casos similares alcancen resultados contrarios obliga al estudiante a realizar un análisis más allá de la superficie, el estudiante debe mirar más profundamente los casos para encontrar las características que los diferencian o descubrir las justificaciones en el cambio de política que apoyan cada decisión. Por tanto, aunque tal análisis toma tiempo, el resultado valioso (y deseado) es un incremento en el dominio de las habilidades de razonamiento legal.¹⁵⁷

B. El método de casos no es adecuado para el estudio de la legislación. Una segunda crítica al método de casos es que minimiza la importancia de los actos legislativos. Sin duda alguna, bajo la concepción de Langdell, "el material estatutario y las reformas no eran parte de la ciencia del Derecho".¹⁵⁸ Sin embargo, desde la época de Langdell, se ha promulgado legislación en una escala muy extendida para casi todas las facetas del Derecho, y si bien algunas de estas reglamentaciones han tenido una juiciosa construcción jurídica, otras no. El fracaso del método de casos para educar a los estudiantes en la interpretación de estas reglamentaciones ha sido, en términos de un comentarista "el más serio demérito del método de casos".¹⁵⁹ Podríamos argumentar que cursos como aquellos que surgen del código Uniforme de Comercio o el código Fiscal serían imposibles de dictar únicamente aplicando el método de casos.

De nuevo, la crítica no se basa en la afirmación de que el método de casos es en sí mismo inherentemente inválido; más bien, está basada en la presunción de que el alcance del método es excesivamente estrecho – proporcionando únicamente la tajada del análisis de casos del pastel legal que es mucho más grande. En este punto, no es entonces el uso sino el abuso del método de casos a lo que éstos críticos se oponen. Incluso los más firmes proponentes del método de casos reconocen que es posible que éste no sea apropiado para todas las clases.¹⁶⁰ Esta crítica, aunque es válida, también pasa por alto el hecho de que los casos frecuentemente proporcionan una visión de las habilidades requeridas en la construcción de la normatividad legal.¹⁶¹ En muchas circunstancias, las habilidades adquiridas en el análisis de casos se pueden trasladar al contexto legislativo.¹⁶²

c. El método de casos no es apropiado para cubrir los problemas prácticos no asociados con el litigio. Algunos maestros afirman que el método de casos falla en enseñarles a los alumnos acerca de los problemas prácticos que deben enfrentar los abogados en el contexto del litigio.¹⁶³ Por ejemplo, el método de casos aborda de manera inadecuada "la organización de las Cortes, los deberes de la barra con respecto a las necesidades de los indigentes y de las personas de escasos recursos".¹⁶⁴ Es más, los libros de casos, con contadas excepciones, "están compuestos de manera casi exclusiva de apelaciones a pesar de que en ciertas áreas del Derecho como por ejemplo en los agravios indemnizables en juicio civil, contratos y propiedad, la mayoría de estas decisiones son proferidas por tribunales estatales y nunca son apeladas. Sin duda, la gran mayoría de los casos ni siquiera son llevados ante el tribunal."¹⁶⁵ Este enfoque hacia los casos apelados oculta el rol del abogado en el proceso: los "hechos" presentados en una apelación han sido modelados y desarrollados numerosas veces. Los estudiantes no ven el problema en su forma original – tal y como fue presentado al abogado. Ellos no pueden ver las acciones que llevó a cabo el abogado para verificar y complementar los hechos. Tampoco pueden ver las decisiones tácticas del abogado.... un abogado tiene muchas oportunidades para desarrollar y presentar los hechos con referencia en los precedentes existentes. Qué tan bien desarrolle esta tarea tiene un impacto muy importante, cuando no determinante en el resultado de su caso. Sin embargo, este importante aspecto del litigio permanece parcialmente oculto en los casos apelados.¹⁶⁶

Por tanto, aun cuando los casos ayudan a los estudiantes a ver lo que hacen las Cortes cuando se ven enfrentadas a un paquete procesal bien empacado, éstos poco hacen para enseñarle a los estudiantes como "empacar" sus propios casos. Sin embargo, esta pretendida debilidad no es fatal. Frecuentemente los simulacros de juicios, los cursos en derecho procesal y los programas de escritura legal llenan algunos de los vacíos dejados por las "fallas" del método de casos. Por otra parte, cuando los casos incluyen opiniones concurrentes y opuestas, los estudiantes pueden observar la manera como los abogados de cada una de las partes "empacaron" sus casos.

d. El método de casos no es adecuado para enseñar habilidades no relacionadas con el litigio. Con la creciente popularidad de los métodos alternativos de resolución de conflictos, la habilidad de los abogados en áreas tales como la mediación, la negociación y la asesoría, se hace cada vez más importante. Sin embargo, por definición, tales habilidades sólo pueden ser enseñadas de manera tangencial mediante el método de casos.

Nuevamente, esta es una crítica válida que señala no la ausencia de fallas del método sino que su limitado enfoque excluye la posibilidad de educar al estudiante en áreas de vital importancia para el abogado de la actualidad. Sin embargo, esta crítica pasa por alto que muchas de las habilidades que giran en torno a "pensar como un abogado" son relevantes en contextos no contenciosos. Por ejemplo, un abogado que vaya a una mediación o a una negociación podría minar seriamente su posición (sin mencionar el encontrarse peligrosamente cerca de cometer una falta contra el ejercicio profesional) si no investigase la norma relevante para los diferentes asuntos, tanto para entender exactamente cuál es su poder de negociación como sus posibilidades de éxito en caso de que fracase la negociación y se vea abocado a iniciar un litigio; además, bajo la guía de un profesor, las doctrinas, principios e ideas que se derivan del estudio de casos pueden ser inyectadas en contextos no contenciosos mediante el uso de problemas hipotéticos y suplementarios.¹⁶⁷

2. Críticas respecto de la forma como los profesores emplean el método de casos.

El segundo grupo de críticas se enfoca más hacia la aplicación del caso en la educación actual. Este grupo de críticas, tal como lo ilustraremos a continuación, se refieren más a las preferencias y habilidades de profesores individuales y editores de textos de casos que acerca del método en sí mismo.

a. *El método de casos minimiza el estudio de las bases filosóficas y éticas del Derecho.* Se dice que el método de casos se enfoca tanto en el análisis intelectual de las Cortes que con frecuencia se pasan por alto las bases políticas y los cimientos éticos del Derecho.¹⁶⁸ Con frecuencia se relegan las discusiones sobre las políticas a un pie de página como subordinadas a la lógica del análisis jurídico.

A pesar de que esta crítica pueda ser cierta en la actualidad, no necesariamente debe serlo. Nada inherente al método de casos obliga a que se produzca este resultado. Ciertamente los casos y los libros de casos manejan asuntos políticos y éticos y presumiblemente el pensar como un abogado implica el tener en cuenta tales consideraciones al momento de formular opiniones legales. Por tanto, la falta de discusión respecto de dichos temas, en donde estos existan, parece ser más el producto de las preferencias de un profesor más que a una falla del método.

b. *El método de casos no prepara a los estudiantes para los exámenes de la barra, ni siquiera para los típicos exámenes de las facultades de Derecho.* Otros han alegado que una gran falla del sistema de método de casos es que fracasa en preparar adecuadamente a los estudiantes para el tipo de exámenes

que deben afrontar en las facultades de Derecho y finalmente para el examen de la barra.¹⁶⁹ En esta crítica, como en la crítica de la ineficiencia, el argumento es que el método fracasa en impartir a los estudiantes la cantidad suficiente de conocimientos sustantivos que son necesarios para equiparlos de manera tal que obtengan buenos resultados en los exámenes de las escuelas de Derecho y los de la barra de cada estado. Con frecuencia tales exámenes premian más al estudiante por la amplitud de sus conocimientos que por la profundidad de su análisis. Por tanto, puesto que la meta del método de casos se centra en la profundidad del análisis, parece ser que tal enfoque trabaja para fines opuestos a los últimos escollos que debe superar un estudiante antes de poder ejercer la profesión.

En lo que respecta a los exámenes de las escuelas de Derecho, el examen debe simplemente reflejar el método. Por tanto, los profesores que a conciencia emplean el método de casos deben dar más valor al razonamiento que a los resultados; por ejemplo, ellos deben premiar a los estudiantes por "mostrar su trabajo",¹⁷⁰ incluso si éstos llegan a las conclusiones equivocadas. En lo que concierne al examen de la barra, ésta es una cuestión mucho más difícil. En todos los casos, los estudiantes han confiado en que los cursos de repaso para tales exámenes les proporcionarán el conocimiento suficiente del derecho sustantivo en aquellas áreas en las cuales nunca han tomado cursos en las escuelas de Derecho.

c. *El método de casos minimiza la influencia de temas extralegales relevantes.* El método de casos también se ve atacado porque no toma en cuenta factores extra legales que tienen impacto en las decisiones legales.¹⁷¹ Son factores políticos, sociales y económicos que con frecuencia un importante papel en el desarrollo del Derecho. Por ejemplo, las discusiones en casos tales como *Lochner vs. New York*, *Brown vs. la Junta de Educación* y *Roe vs. Wade* no se limitan a cada caso; la completa comprensión de las conclusiones de la Corte y los razonamientos sobre los cuales se sustentan se vería seriamente limitada sin algunas de las discusiones sobre las influencias extra legales que giraron alrededor de los casos y con posterioridad a los mismos. También esto es válido para las decisiones legislativas. Es más, información relevante desde el campo de la psicología y de los seguros así como de muchos otros campos se pasan por alto si se adhiere de manera estricta al método de casos.

Las críticas tienen razón en este punto pero la solución no tiene que ser el abandono del método de casos. En vez de esto, la solución está en libros de casos que contengan tales temas relevantes y en profesores que los incluyan en sus clases.

- d. *El método de casos genera aburrimiento.* Algunos críticos están listos para aceptar que "en ausencia de clientes reales, los casos son generalmente más interesantes y estimulantes que un texto".¹⁷² Sin embargo, no es posible mantener el interés de un alumno durante tres años. Semana tras semana se le exige a los estudiantes la lectura de veinte a treinta páginas diarias para cada clase. La repetición lleva al aburrimiento y al entumecimiento".¹⁷³ Los críticos alegan que la habilidad para leer y analizar casos "como un abogado" no toma tres años en desarrollarse.¹⁷⁴ De hecho, algunos alegan que "un estudiante que no pueda leer casos después de seis meses probablemente nunca aprenderá a hacerlo".¹⁷⁵

Incluso los más ardientes defensores del método de casos coinciden en este punto. Por otra parte, el análisis de casos es el pan diario de los abogados litigantes e incluso de los abogados no litigantes cuya labor algún día se encontrará bajo el escrutinio judicial. Si es así de aburrido, es posible que el problema no esté en el método sino en la profesión. El entusiasmo y la variedad metodológica con la cual el profesor aborda un tema puede con frecuencia curar el "aburrimiento metodológico".

3. Crítica a los efectos institucionales del método de casos.

El tercer grupo de críticas se refiere principalmente con asuntos institucionales, el pecado por el cual algunos han acusado el método de casos.

- a. *El método de casos minimiza la variación jurisdiccional de la ley.* El método de casos ha sido condenado por su fracaso en tomar en cuenta las variaciones de la ley entre las diferentes jurisdicciones. El alumno "aprende a evaluar las autoridades en un sistema legal mítico, la ley de este curso, y no aprende a profundidad la ley de una jurisdicción."¹⁷⁶

Aunque construida en conexión con las críticas al método de casos, esta crítica es simplemente una consecuencia educativa del sistema de gobierno federal. El confinar la educación legal ofrecida en una determinada institución a una única jurisdicción impediría que las escuelas de Derecho atrajeran el interés de aquellos estudiantes que desearan ejercer por fuera de dicha jurisdicción. Adicionalmente, un sistema así privaría a los estudiantes de la exposición a las habilidades de emplear persuasivos precedentes foráneos para efectuar cambios en una determinada jurisdicción.

- b. *El método de casos desanima la erudición legal creativa.* Una de las críticas mencionadas por Redlich y Reed era que la obediencia del método de casos a

las decisiones de los fallos había alejado a muchos catedráticos de una erudición legal creativa de valor perdurable.¹⁷⁷ Tal y como lo anotó un comentarista, "el Profesor James Barr Ames, un maestro brillante e inspirador, produjo muchos libros comentados de casos pero sólo un libro de ensayos."¹⁷⁸

A pesar del Profesor Ames, en la actualidad las escuelas de Derecho presionan tanto a sus profesores para que publiquen que esto ya no es más un asunto significativo. Es más, no es claro que el abandono del método de casos remediaría tal problema.

- c. *Los estudiantes son muy inmaduros para el método de casos.* Algunos maestros han alegado que los estudiantes, especialmente durante el primer año, son demasiado inmaduros para realizar una buena síntesis de doctrinas o conceptos legales con base en el material de casos.¹⁷⁹ La verdad de esta afirmación puede ser difícil de establecer empíricamente; sin embargo, es ciertamente verdadero que el método de casos generalmente representa una vasta diferencia metodológica con respecto de los métodos que la mayoría de los estudiantes de Derecho experimentó durante sus años de estudios secundarios. Pero mimar a los estudiantes de Derecho no parece ser una buena alternativa.

C. Evaluación Final.

Dentro del enfoque de los objetivos que el método de casos busca alcanzar, el método ha probado ser efectivo y debe continuar siendo empleado. Sin embargo, el método es sujeto de críticas legítimas. A pesar de esto, la mayoría, sino todas estas críticas pueden ser manejadas (1) confinando el uso del método de casos a situaciones en las cuales sus objetivos básicos coincidan con los objetivos de estos cursos; (2) alterando los libros de casos y la aplicación que los profesores hacen del método de casos para afrontar dichas críticas; o (3) reconociendo que algunas de las críticas al método de casos son inherentes a las instituciones de enseñanza del Derecho y que como tal son independientes del método de casos en sí mismo. La Parte V proporciona un análisis sobre la manera como tales mejoras pudieran ser implementadas.

V. Recomendaciones

- a. Establecer Objetivos pedagógicos.

La primera recomendación es establecer objetivos pedagógicos claros dentro de la comunidad de educación legal. Esta recomendación junto con la parte V pretende

hacer frente al primer grupo de críticas relativas al alcance y los objetivos del método de casos.

Cuando se introdujo el método de casos en 1870, éste tuvo que luchar contra la inercia de los métodos de clases magistrales y libros de texto. Hoy en día, el método de casos es el beneficiario de una similar inercia histórica y por consiguiente con frecuencia se acepta sin crítica alguna como el más efectivo método de enseñanza de la educación legal.

Los nuevos profesores de Derecho son atraídos por el método de casos porque ese fue el método con el cual ellos mismos aprendieron el Derecho.¹⁸⁰ El hecho de que los mismos profesores de Derecho, que generalmente tienen los mejores registros académicos, les encante el método de casos tan solo realza su afinidad natural por el uso del método. Más aún, incluso si los nuevos profesores estuviesen dispuestos a adoptar un método diferente, muchos se resistirían por temor a que tal desviación pudiera tener efectos negativos en su búsqueda de oportunidades de trabajo.¹⁸¹

Lo anterior es una generalización obviamente exagerada. Ciertamente algunos profesores de Derecho son muy consientes al escoger sus métodos pedagógicos. Sin embargo, también es cierto que algunos aceptan el método sin crítica alguna como una herencia efectiva y confiable de sus predecesores en la educación legal.

Parte del problema surge del hecho que "la mayoría de los docentes entran a la facultad de Derecho directamente del ejercicio del mismo con poca formación pedagógica en métodos o teoría".¹⁸² Sin duda, la disponibilidad de tal formación es extremadamente limitada.¹⁸³ Ciertamente el establecimiento de un programa de formación pedagógica para los profesores de Derecho sería un gran acierto para el mejoramiento de la educación legal. Sin embargo, para que tal proposición produzca frutos se requieren acciones de proporciones revolucionarias y por tanto no factibles a corto plazo. Mientras tanto, existe una propuesta bastante simple pero inmensamente importante que tiene el potencial de hacer que el uso del método de casos sea más efectivo: el establecimiento de metas pedagógicas tanto en las escuelas de leyes como en las clases individuales.

Un método sin un objetivo es como un viaje sin un destino. Sin un destino, no hay manera de determinar si el camino elegido fue un medio efectivo para alcanzar el fin. Esto es igualmente válido en la educación legal: un profesor debe entender su objetivo si desea evaluar la efectividad del método que lo condujo hasta el punto en que se encuentra al final del semestre.

El establecimiento de objetivos debe realizarse al menos en dos niveles. Primero en el nivel de la escuela de Derecho como un todo, una "misión" pedagógica deberá ser redactada con los aportes de los profesores destacando los objetivos pedagógicos fundamentales de la escuela de Derecho. Esta misión deberá ser empleada después por los profesores para definir objetivos más específicos que pretenden alcanzar en sus clases individuales.

La misión y los objetivos de clase deberán ser finalmente reducidos a un escrito. Esto forzará a los profesores a pensar seriamente acerca de sus objetivos y los alentará a considerar cómo los métodos que emplearán facilitarán alcanzar tales objetivos.

Y lo más importante, la misión y los objetivos individuales de clase deberán ser claramente comunicados a los alumnos de una manera abierta y sincera.¹⁸⁴ Esto conlleva un doble beneficio, en primer lugar los estudiantes que claramente entiendan los objetivos pedagógicos de su clase desde el principio podrán establecer expectativas realistas de ellos mismos y de sus docentes. En segundo lugar, los docentes conociendo que la comunicación de los objetivos a los estudiantes ha creado una serie de expectativas, son alentados a asegurarse de que las desviaciones de tales objetivos sean corregidas tempranamente y que el objetivo general de la clase sea finalmente alcanzado.

b. Uso de métodos alternativos: aparezca la meta con el método.

Ciertamente el establecimiento de una misión y de objetivos individuales de clase no obliga de manera ineludible al uso del método de casos. Incluso sus más fuertes partidarios admiten que este no es apropiado a todos los ambientes de enseñanza legal. Todo esto no significa que cada parte de cada curso, incluso en el primer año deba ser enseñado mediante dicho método. Algunos temas son tan simples y están tan bien definidos que el estudiante puede obtener un conocimiento completo de ellos mediante una clase magistral o un libro de texto.... tampoco quiero decir que el método de casos sea por sí solo, el mejor para todos o casi todos los temas en el segundo y tercer año. Y especialmente, no quiere decir que por sí solo proporcione el entrenamiento adecuado en las diversas habilidades que se requieren en una práctica eficiente de la profesión.¹⁸⁵

Sin duda alguna con respecto a ciertos casos, tales como los impuestos, la misión y los objetivos de clase individuales pueden dar consejos *en contra* del método de casos. Incluso en un curso en que se emplee, algunas secciones del curso pueden conducirlos hacia el uso de otro método.

Existe cierta cantidad de literatura recientemente publicada sobre las diferentes alternativas al método de casos, cada uno viene con su propio conjunto de "pros" y "contras". Además de los métodos de clases magistrales y libros de texto, las alternativas sugeridas incluyen el método problema,¹⁸⁶ y la educación legal clínica.¹⁸⁷ Por otra parte, el mismo método de casos puede ser aplicado en una variedad de formas.¹⁸⁸

A pesar de esto, sería apropiado emplear el método de casos, como mínimo, como el método pedagógico primario durante el primer año en la escuela de Derecho. Dos razones apoyan esta propuesta. Primero, debido a que el método se encuentra en su mejor momento cuando su tema es la ley común (la cual por definición ha sido desarrollada a través de las decisiones judiciales) su uso es particularmente útil en los cursos del primer año cuyos temas de estudio típicamente giran alrededor de asuntos de ley común: agravios indemnizables en juicio civil, contratos, propiedad, etc. En segundo lugar, el enfocarse en el desarrollo de las habilidades analíticas de "pesar como un abogado" es enteramente apropiado durante el primer año introductorio toda vez que mientras más temprano desarrollen tales habilidades de pensamiento analítico tanto mejor.

En contraste, durante el segundo y tercer años, el énfasis en el método de casos debe reservarse para aquellos cursos, tales como derecho constitucional, los cuales surgen con claridad y que por tanto se conducen a sí mismos hacia el análisis del método de casos. Otros cursos pueden emplear las clases magistrales, los libros de texto, o métodos de problema, o alguna otra clase de educación legal clínica tal como apropiadamente lo indique la naturaleza del curso. Tal y como lo mencionamos anteriormente, incluso en un curso determinado, alguna combinación de métodos puede también ser necesaria y apropiada para alcanzar el resultado deseado.

c. Cambiar los Libros de Casos.

Otra recomendación que se relaciona específicamente con el segundo grupo de críticas al método de casos es alterar los libros de casos para que aborden más los temas que preocupan a los críticos del método. Debemos admitir que los libros de casos han recorrido un largo camino desde tiempos del libro de Langdell sobre contratos el cual "estaba completamente desprovisto de ayudas, notas, comentarios o explicaciones."¹⁸⁹ Sin embargo, el incluir más material extra legal relevante puede y debe ser una prioridad para los autores y editores de libros de casos. Material relevante de historia y de otras disciplinas académicas debe ser enfatizado allí donde su inclusión pueda ayudar al estudiante a entender y analizar los casos. Preguntas, hipótesis y problemas asociados con los casos deben incluir de manera

conciente la aplicación de los conceptos derivados de los casos a los contextos de planeación, mediación, negociación y asesoría. Adicionalmente, material "de antecedentes" debe ser incluido en los suplementos de los docentes. Armados con estos antecedentes y su deseo de emplearlo, los profesores de Derecho deben estar en capacidad de remediar muchas de las críticas elevadas en contra del método de casos.

d. Recuerde el Papel del Docente

La recomendación final es contratar profesores a quienes preocupe la docencia. Esta recomendación tiene implicación en los tres grupos de críticas pero más específicamente en el segundo grupo en lo que respecta a la aplicación docente del método de casos. Aunque íntimamente involucrados en el éxito de cualquier metodología pedagógica, la calidad del profesor ha sido olvidada en la literatura referente a las metodologías de enseñanza del Derecho. Al referirse al método de casos un comentarista anotó que en la determinación de la efectividad de cualquier método para facilitar la obtención de los objetivos pedagógicos, mucho sino todo dependía y todavía depende del instructor y de la capacidad de hacer surgir en el estudiante entusiasmo por el objeto y una fuerte determinación para alcanzar los aspectos vitales de cada problema y en no aceptar una simple solución dada por el docente o por el escritor del libro o por un único juez o Corte en particular.... En breves palabras, ninguna enseñanza es buena si no hace surgir y "desaletargara" los estudiantes — empleando una expresión atribuida a Novalis, - si no hace que se comprometan como sus aliados a sus despiertas facultades de cooperación y simpatía.¹⁹⁰

Aunque esta recomendación no es específica para el método de casos, sigue siendo extremadamente importante porque el éxito de cualquier método pedagógico reside en primer lugar en el docente que lo emplee. Sin duda alguna, un "buen" método no salvará de manera general a un mal profesor, tampoco un "mal" método necesariamente desmejorará un buen docente. El tema de la calidad de la educación es una importante parte en el avance de la calidad de la educación legal.

Desafortunadamente, en el ambiente de la enseñanza del Derecho,¹⁹¹ con demasiada frecuencia los estudiantes alcanzan logros a pesar de sus profesores en lugar de debido a sus profesores. En gran parte, la culpa en este aspecto la tiene el demasiado énfasis institucional de escoger profesores solamente por su maestría y no por sus habilidades para enseñar. Tradicionalmente el proceso de selección de las facultades de Derecho demuestra muy poca o ninguna atención al único requisito para enseñar. Se tiene gran cuidado en examinar la perspicacia legal mediante el examen de los

argumentos legales, las cartas de recomendación y la entrevista personal. Los juicios efectuados sobre otras cualidades, incluso sobre los rasgos generales de la personalidad son superficiales.¹⁹²

El resultado de esta mentalidad de "torre de marfil" en la escogencia de los docentes es que con frecuencia "los miembros de las facultades de Derecho llegan a sus posiciones académicas con marcada habilidad en sus propias competencias legales pero con bastante carencia sobre lo que significa enseñar y mucho menos entendiendo el proceso de enseñanza-aprendizaje."¹⁹³

Tal énfasis exagerado en las cualidades académicas puede ser una desventaja para los estudiantes de leyes. Los profesores deben ser seleccionados mediante un proceso más balanceado. Aunque el prestigio de un docente puede mejorar la imagen de una escuela de Derecho, la falta de atención respecto de la calidad de la instrucción puede empobrecer la nueva generación de abogados practicantes.

En consecuencia, si el método de casos, o cualquier otro método va a ser pedagógicamente efectivo, al escoger sus docentes, las escuelas de Derecho deben recordar que "el aprender por parte del estudiante es el objetivo final, no la erudición por parte del docente."¹⁹⁴ Ciertamente existe algún balance que debe ser alcanzado entre las aspiraciones de los profesores y los intereses pedagógicos de los estudiantes. Sin embargo, parece justo decir que el péndulo se ha inclinado durante demasiado tiempo a favor del primero de éstos.

VI. Conclusión

Cada vez más la evidencia de la psicología educacional confirma que la función básica del proceso educativo es permitir que un estudiante aprenda a aprender.¹⁹⁵ El propósito del método de casos – enseñar a los estudiantes "a pensar como abogados" – es un componente clave para permitir que los estudiantes se conviertan en auto-educadores. Como tal, el método continúa mereciendo un lugar en la pedagogía de las escuelas de leyes. La decisión de emplear o no el método de casos no debe ser estrictamente una decisión de sí o no. Más bien, las escuelas de Derecho deben primero que todo tomarse el tiempo necesario para definir claramente los objetivos que están tratando de alcanzar, y posteriormente, si tales objetivos están en conformidad con aquellos del método de casos, las escuelas de Derecho deben emplear el método de casos.

Además, dicho método puede ser mejorado y sus objetivos expandidos para acompañar muchos de los aspectos que se estima le hacen falta. Una de las maneras como esto puede ser logrado es incluyendo en los libros de casos material más

relevante de campos académicos no legales, tales como la psicología, historia, etc. Es más, información práctica de otros campos académicos e industrias debe incorporarse a los libros de casos y al material de suplemento para los docentes. Los libros de casos deben incluir problemas, preguntas e hipótesis que saquen al estudiante del contexto del litigio y le permitan aplicar los principios aprendidos de casos de escenarios no contenciosos, asesoría, planeación y negociación.

Finalmente, las escuelas de Derecho deben tomar sus decisiones al momento de contratar para buscar un balance entre las habilidades docentes y entusiasmo del candidato, y sus credenciales académicas – en lugar de colocar una desmesurada confianza en las solas credenciales. Esta medida parece ser necesaria para asegurarse que los métodos pedagógicos sean efectivos en el salón de clase puesto que a pesar de cualquier otra cosa que pueda decirse del método de casos, "en las manos de un hombre o mujer mediocre es el peor de todos los posibles medios de enseñanza."¹⁹⁶

El legado de Langdell ha sido una parte fundamental de la pedagogía de las escuelas de Derecho por más de un siglo. Su poder perdurable se basa en décadas de enseñar exitosamente a los estudiantes de Derecho a "pensar como abogados". A medida que las necesidades de la sociedad continúan a moldear lo que significa "pensar como un abogado", el método de casos debe también ajustarse y mejorar para permanecer como una herramienta efectiva en las manos de profesores calificados ahora que el siglo apenas se inicia.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Anthony Chase, *The Birth of the Modern Law School*. 23 AM. J. LEGAL HIST. 329,343 (1979) (citando a K. SILBER, PESTALOZZI: THE MAN AND HIS WORK 126 (1965))

2 ROBERT STEVENS, *LAW SCHOOL: LEGAL EDUCATION IN AMERICA FROM 1850'S TO THE 1980'S* xiii (1983)

3 Ver Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* 84 (1973) En algunas primitivas comunidades coloniales, la misma noción de una profesión legal era un concepto tan "bajo y vil" como para emitir leyes que efectivamente prohibieran la contratación de servicios de defensa legal. *Idem*. Por tanto, los únicos "abogados" eran generalmente legos que ayudaban a sus amigos con problemas legales con base en una educación legal consistente en un ligero conocimiento legal o ligera experiencia traída desde Inglaterra.

4 *Ídem*. Pág. 278

5 *Ídem*. Pág. 84 citando a PAUL. M. HAMLIN, *LEGAL EDUCATION IN COLONIAL NEW YORK* 16-17 (1937)

6 Al comentar sobre el sistema de aprendizaje, Thomas Jefferson dijo: "es una práctica general el estudiar la ley en la oficina de algún abogado. Esto sin duda da al estudiante las ventajas de su instrucción pero jamás he visto que los servicios que se espera en retribución hayan valido más que lo que costó la instrucción." ALFRED ZANTZINGER REED, *TRAINING FOR THE PUBLIC PROFESIÓN OF THE LAW* 116n.1 (1921) se omitió la cita) algunas reminiscencias de este sistema de aprendizaje se pueden ver en la actualidad en la costumbre que tienen algunos litigantes locales quienes contratan estudiantes de Derecho pagándoles salarios de esclavos.

- 7 FRIEDMAN. *supra* nota 3, Pág. 85 (al citar a HAMLIN, *supra*, nota 5, Págs. 167-68)
- 8 STEVENS, *supra* nota 2, Pág. 24
- 9 JAMES WILLARD HURST, THE GROWTH OF AMERICAN LAW: THE LAWMAKERS 256 (1950).
- 10 FRIEDMAN. *supra* nota 3, Pág. 525.
- 11 Ver Reed, *supra* nota 6, Pág. 82-85. Virginia era el único estado el cual no había un período específico recomendado. Ver *idem* Pág. 82. Bajo el sistema de Virginia, Patrick Henry fue admitido a la barra tan solo después de 6 semanas de estudio! Ver *idem* Pág. 83. n. 1. Virginia continuó con este sistema hasta 1903 cuando introdujo un requisito de 2 años de estudio. Ver *idem*.
- 12 Ver Friedman, *supra* nota 3, Pág. 525.
- 13 Ver *infra* Parte II.C
- 14 Ver Alfred Zanztinger Reed, Escuelas de Derecho actuales en Estados Unidos y Canadá 207 (1927). Los requerimientos del sistema de aprendizaje fueron abolidos en Massachussets en 1836, en Maine en 1837 y en Nueva Hampshire en 1838. En 1800 14 de 19 jurisdicciones habían exigido un período definitivo de aprendizaje. Para 1840, éste era exigido por tan solo 11 de las 30 jurisdicciones. Para 1860, tan solo se exigía en 9 de las 39 jurisdicciones. STEVENS, *supra* nota 2, Pág. 7-8.
- 15 Ver Stevens, *supra* nota 2, Pág. 7-8
- 16 FRIEDMAN, *supra* nota 3, Pág. 525 (al citar a Lincoln tal como lo registró Jack Nortrup en *The Education of a Western Lawyer*, 12 AM. J. LEGAL HISTORY. 294. (1968).
- 17 Ver Stevens, *supra* nota 2, Pág. 11 n.8.
- 18 Ver Hurst, *supra*. Nota 9, Pág. 255-56 (nótese que la obra de St. George Tucker "Americanization of Blackstone's Commentaries, un trabajo que intentó compilar todo el conocimiento legal en una única obra parecía proporcionar el instrumento idóneo para el aprendiz o el abogado autodidacta")
- 19 Ver Friedman. *supra* nota 3, Pág. 279
- 20 Ver *id.*
- 21 El primero al menos en surgir hasta cierto grado de prominencia.
- 22 Ver *id.*
- 23 Ver *id.*
- 24 Ver Reed. *Supra* nota 6. Pág. 130. Incluso más asombroso que la cifra de mil abogados graduados es el nivel de prominencia que los graduados de Litchfield alcanzaron: 2 de ellos fueron vice-presidentes de los Estados Unidos, 3 se sentaron en la Suprema Corte de los Estados Unidos, 6 fueron miembros del gabinete, 2 fueron ministros ante países extranjeros, 101 fueron elegidos miembros de la Cámara de Representantes y 28 fueron senadores, 14 fueron gobernadores y 10 se convirtieron en gobernadores militares de sus estados, varios de ellos fundaron o son identificados con varias escuelas de Derecho.
- 25 Ver Joseph Redlich. *The Common Law and the Case Method* 7. (1914)
- 26 STEVENS, *supra* nota 2, Pág. 4 (al citar a TIMOTHY DWIGHT, 4 TRAVELS IN NEW ENGLAND AND NEW YORK 295 (1822); ver igualmente Reed, *supra* nota 6, Pág. 132 (al documentar el intento de Litchfield por enseñar el derecho como una "ciencia").
- 27 Ver Friedman, *supra* nota 3, Pág. 279 Las clases magistrales de Litchfield se desviaron de Blackstone ya que éstas daban un mayor énfasis a la ley comercial, y poco o ninguna a la ley penal." *Id.*
- 28 Ver Reed. *Supra* nota 6 Pág. 131. Estas clases magistrales "nunca se publicaron"; el publicar hubiera significado perecer toda vez que los estudiantes ya no tendrían interés en pagar las matrículas o asistir a las clases." FRIEDMAN, *supra* nota 3, Pág. 279.
- 29 Ver Reed, *supra* nota 6 Pág. 453. El número de temas fue después incrementado a 13 y consistían en: introducción, relaciones domésticas, ejecutores y administradores, sheriffs y carceleros, contratos y sus acciones, agravios indemnizables en juicio civil, evidencias, alegatos, ejercicio profesional, la ley mercantil, equidad, derecho penal, propiedad real y sus acciones. Ver *id.*
30. Ver *id.* Pág. 131
- 31 *Id.* Los numerosos apuntes de los estudiantes le proporcionaron "una serie de manuales elementales para ser llevados a la práctica." HURST, *supra* nota 9, Pág. 259

- 32 Ver *Id.* Pág. 131
- 33 *Id.* Pág. 260
- 34 Para ver un resumen de los imitadores de Litchfield ver REED, *supra* nota 6, Págs. 132 - 33.
- 35 HURST, *supra* nota 9, 259
- 36 *Id.*
- 37 Ver *Id.*
- 38 Ver STEVENS, *supra* nota 2, Pág. 5
- 39 Ver *id.* Pág. 4
- 40 Ver Reed, *supra* nota 6, Pág. 116
- 41 Ver Stevens, *supra* nota 2, Pág. 4
- 42 Ver *id.*
- 43 Ver Albert J. Beveridge, *The Life of John Marshall, 174-76* (1916)
- 44 Ver Friedman, *supra* nota 3 Pág. 281. Este grupo incluye el texto del juez Joseph Story *Comentarios a los pagarés, equidad, jurisprudencia, el conflicto entre leyes, agencia, fianzas, cartas de cambio y sociedades,* y el tratado de Simon Greenleaf sobre la evidencia. *Id.*
- 45 Hurst, *supra* nota 9, Pág. 257-58; ver igualmente Reed, *supra*, nota 6, Pág. 117.
- 46 Hurst, *supra* nota 9, Pág. 258
- 47 Reed, *supra* nota 6, Pág. 117
- 48 Friedman, *supra* nota 3, Pág. 280
- 49 Stevens, *supra* nota 2, Pág. 5
- 50 Ver Friedman, *supra* nota 3, Pág. 526
- 51 *Id.*; ver también Redlich, *supra* nota 25, Pág. 7 n.1 (describiendo con cifras ligeramente diferentes la misma tendencia) (al citar a Reed, *supra* nota 6, Pág. 433)
- 52 Ver Reed, *supra* nota 6, Pág. 128
- 53 Stevens, *supra* nota 2, Pág. 5
- 54 Ver *id.*
- 55 Ver *id.* Pág. 20
56. *Id.*
- 57 Ver Hurst, *supra* nota 9, Pág. 260
- 58 *Id.*
- 59 *Id.*
- 60 Redlich, *supra* nota 25, Pág. 7
- 61 Ver *Id.*
- 62 *Id.*, Pág. 8
- 63 Friedman, *supra* nota 3, Pág. 530
- 64 Ver *Id.*
- 65 Ver Hurst, *supra* nota 9, Pág. 262
- 66 Ver Stevens, *supra* nota 2, Pág. 36. Stevens anotó que mucho del crédito y la responsabilidad por el éxito del método de Harvard debería no pertenecerle a Langdell (quien con frecuencia parecía no darse cuenta de la revolución que estaba generando) sino a Eliot, cuyas innovaciones tanto en el pregrado como en el post grado de la universidad tuvieron una poderosa influencia sobre Langdell. Fue principalmente a través del esfuerzo de Eliot y a sus "relaciones sociales" que el método de la Escuela de Derecho de Harvard fue aceptado por otros colegios y otros maestros; Langdell, taciturno y estudioso, rodeaba su trabajo con un "profundo silencio." *Id.* Sin embargo, "fue con el nombre de Langdell que las varias reformas han sido asociadas." *Id.* Ver también Chase, *supra* nota 1 para un más detallado resumen de la influencia de Eliot en las reformas de Harvard.

67 Ver Friedman, supra nota 3, Pág. 530

68 Ver Íd. Sin embargo, el examen impuesto por Langdell se aplicaba solamente a los estudiantes que no tenían un grado menor (college degree) Ver Íd. Pág. 530. El examen en sí mismo consistía en lo siguiente: "el candidato a estudiante debía demostrar sus conocimientos del latín, traducir a Virgilio o Cicerón o César; también se le examinaba su conocimiento acerca de los *Commentaries* de Blackstone. Un buen conocimiento del Francés era aceptado como sustituto del Latín." Íd. Pág. 531.

69 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 36, 37

70 Ver Íd. Pág. 36; ver también Friedman, supra nota 3, Pág. 531

71 Ver Hurst, supra nota 9, Pág. 263

72 Ver Friedman, supra nota 3, Pág. 528. Tal vez fue más interesante el nombramiento hecho por Langdell de profesores de tiempo completo que tenían escasa o ninguna experiencia en el ejercicio del Derecho. Ver Íd. Pág. 533-534. De acuerdo con Langdell, "lo que cualifica a una persona para enseñar el Derecho [sic] no es la experiencia en el trabajo de un abogado, ni la experiencia en el trato con las personas, o en el juicio o argumentación de los casos, o la simple experiencia, en aplicarlo sino experiencia en su aprendizaje". Stevens, supra nota 2, Pág. 38.

73 Ver Friedman, supra nota 3, Pág. 531. Sin embargo, la práctica de la enseñanza del derecho a través de los casos no fue una idea original de Langdell. Ver KERMIT L. HALL, *THE MAGIC MIRROR: LAW IN AMERICAN HISTORY* (1989) (nótese que los primeros libros de casos habían sido preparados en épocas tan tempranas como 1810). John Norton Pomeroy había empleado el método de casos en la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York en la década de 1860, pero Pomeroy no "le dio forma a todo un programa de liderar la escuela hacia una nueva técnica." Ver Hurst, supra nota 9, Pág. 261. Tal aplicación sistemática del método solo se logró después gracias a Langdell.

74 Friedman, supra nota 3, Pág. 531.

75 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 54

76 Ver Íd.

77 Ver íd.

78 Friedman, supra nota 3, Pág. 531

79 Íd.

80 Ver íd, Pág. 532

81 Ver Íd.

82 Un comentarista anotó que el método de clases magistrales que con frecuencia se limitaba a un profesor que leía uno o dos capítulos de un tratado legal a un grupo de alumnos lo cual, incluso en las manos de un maestro brillante dejaba a la mayoría de los alumnos en un estado de incomprensión y aturdimiento, era el método estándar de enseñanza del Derecho en Harvard hacia 1869. Chase, supra nota 1. Pág. 336-37

83 Redlich, supra nota 25, Pág. 12-13.

84 Stevens, supra nota 2, Pág. 54.

85 Íd.

86 Íd., Pág. 52.

87 Ver Íd. Pág. 51

88 Redlich, supra nota 25, pág. 10-11 (citando a C.C. LANGDELL, *A SELECTION OF CASES ON THE LAW OF CONTRACTS* i (1871).

89 Hall, supra nota 73, pág. 220 (citando a Gerard W. Gawalt, *The impact of Industrialization on the Legal Profession in Massachusetts, 1870-1900*, en *New High Priests*, pág. 108 (Gawalt Editores, 1984).

90 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 156.

91 Ver Redlich, supra nota 25, Pág. 12.

92 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 56

93 Edmund D. Morgan, *The Case Method*, 4 J. legal Education. 379-380 (1952)

94 Reed, supra nota 6, Pág. 380

95 Chase, supra nota 1, Pág. 342.

96 Stevens, supra nota 2, Pág. 55.

97 Íd. Pág. 63

98 Redlich, supra nota 25, Pág. 13

99 Friedman, supra nota 3, Pág. 533 (Se omite la cita)

100 Íd.

101 Ver Id.

102 Íd. Pág. 534. El Decano aparentemente estaba tan disgustado con las innovaciones de Langdell que perdió muchas horas de sueño por su causa. Ver íd.

103 Íd. Pág. 535104

104 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 57.

105 Friedman, supra nota 3, Pág. 535.

106 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 58.

107 Íd. Pág. 59 (citando El informe del Comité para la enseñanza de la Educación Legal) 15 ABA Proceeding 317).

108 Íd. (Citando el informe del Comité para la enseñanza de la Educación Legal) 15 ABA Proceeding 368).

109 Ver Friedman, supra nota 3, Pág. 533

110 Íd. Pág. 536

111 Stevens, supra nota 2, Pág. 63

112 Ver Friedman, supra nota 3, Pág. 536.

113 Stevens, supra nota 2, Pág. 63

114 Íd

115 Íd. Pág. 123

116 Ver supra Parte III C

117 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 112 (al referirse a Redlich, supra nota 25)

118 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 112

119 Ver íd. Pág. 113

120 Ver íd. Pág. 112 (al referirse a Reed, supra nota 6)

121 Ver Stevens, supra nota 2, Pág. 117

122 Estas críticas se resumen en Stevens, supra nota 2, Pág. 112-21.

123 Reed, supra nota 6, Pág. 382.

124 Ver Morgan, supra nota 93, Pág. 380

125 Reed, supra nota 6, Pág. 379

126 Chase, supra nota 1, Pág. 342.

127 Morgan, supra nota 93, Pág. 381 (citando a Keener, *The Inductive Method in Legal Education*, informe ABA Pág. 473, 489 (1894).

128 Stevens, supra nota 2, Pág. 56

129 Morgan, supra nota 93, Pág. 380

130 Íd.

131 Michael L. Richmond, *Teaching Law to Passive Learners: The Contemporary Dilemma of Legal Education*. 26 *Cumb. L. Rev.* 943, 945 (1995-96) (citando a Thomas F. Taylor, *El "Método Dwight"*. 203, 209-210 (1893)).

132 Ver Íd. Pág. 954-55 (sugiriendo que los nuevos estudiantes de leyes "simplemente no tienen las habilidades necesarias para aprovechar métodos de enseñanza diferentes de las clases magistrales").

133 Incluso un método de clases magistrales no "funcionaría" si los estudiantes no ponen de su parte y son receptivos.

134 Frank R. Strong, *The Pedagogic Training of a Law Faculty*, 25 J. Legal Education. 226, 238 (1973).

135 Morgan, supra nota 93, Pág. 388

- 136 Stevens, supra nota 2, pág. 54 (citando a James Barr Ames, *Centennial history of the Harvard Law School* (1918).
- 137 James Eager, *the Right Tool For the Job: the Effective Use of Pedagogic Methods in Legal Education*, 32 *Gonz. Legal Rev.* 389, 400 (1996-97) (Citando a Morgan, supra nota 93, Pág. 387).
- 138 Ver Richmond, supra nota 131, Pág. 954-55.
- 139 Íd. Pág. 954.
- 140 Como un ejemplo anecdótico, la clase de procedimiento civil durante el primer año de estudios del autor fue, por un amplio consenso, la clase más difícil de todas las ofrecidas durante el primer año. Como cosa interesante, fue en esa clase más que en ninguna otra en donde los alumnos se esforzaron más por alcanzar la excelencia académica.
- 141 Richmond, supra nota 131, pág. 948 (citando a James Barr Ames *The Vocation of the Law Professor*; en *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays* pág. 362 (1913)).
- 142 Stevens, supra nota 2, Pág. 54.
- 143 Russell L. Weaver, *Langdell's Legacy: Living with the Case Method* 36 *Vill. L. Rev.* 517, 547 (1991).
- 144 Id. Pág. 561.
- 145 Id. 563.
- 146 Susan H. Williams, *Legal Education, Feminist Epistemology, and the Socratic Method* 45 *Stan L. Rev.* 1571, 1573 (1993)
- 147 Ver Redlich, supra nota 25, Pág. 12
- 148 Alan A. Stone, *Legal Education on the Couch* 85 *Harv. Leg. Rev.* 392, 406 (1971)
- 149 Ver Íd.
- 150 Ver supra Parte IV A.1
- 151 Ver Cynthia G. Hawkins-Leon, *The Socratic Method- Problem method Dichotomy: the Debate Over Teaching Method Continues*, 1998 *BYU Educ. & L. J.* 1,2 (1998) ("ya se fueron los tiempos en que era suficiente simplemente el pensar como un abogado- los graduados de las escuelas de Derecho necesitan poder desempeñarse como abogados.").
- 152 *Palsgraf vs. Long Island Railroad Co.* 162 *N.E.* 99 (N.Y. 1928) (el famoso caso de agravio indemnizable en juicio civil sobre la causa próxima).
- 153 Ver Eager, supra nota 137, pág. 401; Friedman, supra nota 3, pág. 533 ("los diálogos en las clases de Langdell se desarrollaban en forma muy lenta y cubrían muy poco tema comparado con el método de clases magistrales.").
- 154 Ver Friedman, supra nota 3, pág. 533. Harvard incluso eliminó la ley constitucional de su currículo por un corto período de tiempo debido a que Langdell "necesitaba cualquier espacio de tiempo." Íd.
- 155 Ver Stevens, supra nota 2, pág. 118 (documentando comentaristas tempranos quienes se oponían al método de casos debido a que "no era apropiado para la "la gran e importante clase de hombres de habilidad promedio"). Como cosa interesante Eliot creía que lo opuesto era verdadero: "tal vez unos pocos alumnos sobresalientes podrían beneficiarse de las clases magistrales, pero a Eliot le preocupaba "la enseñanza concienzuda de incluso los estudiantes mediocres." Chase, supra nota 1, pág. 334 (Se omite la cita).
- 156 Ver supra, nota 84 y su texto correspondiente.
- 157 La habilidad del profesor en el modelamiento y la conducción del curso ante tal "confusión constructiva" probablemente determinará la efectividad del método en ese aspecto.
- 158 Friedman, supra nota 3, pág. 533.
- 159 Edwin W. Patterson, *The Case Method in American Legal Education: its origins and Objectives* 4 *J. Legal Educ.* 1, 23 (1951)
- 160 Ver infra Parte V.B.
- 161 Por ejemplo, un caso que involucre una parte del Código de Rentas Internas pudiera analizar la historia, la reglamentación pertinente al mismo, y otros indicios de intentos legislativos para determinar el resultado de una cuestión contenciosa.
162. Por ejemplo, las habilidades para distinguir y realizar analogías entre casos legales se aplica con igual vigor cuando el contexto requiere comparaciones entre actos estatutarios en colisión o análogos.
- 163 Ver Friedman, supra nota 3, pág. 533.
- 164 Íd.

165 Weaver, supra nota 143, pág. 570

166 Íd. Pág. 570-71; ver también Morgan, supra nota 93, página 385-86 (al anotar el fracaso del método de casos para evaluar cómo la conducta del litigante pudo haber influido en el resultado final como en el caso de un litigante en una demanda por daños causados por el consumo de alimentos que contenían sustancias nocivas solamente reclama por negligencia y no por violación de la garantía).

167 Por ejemplo en la clase de asociaciones de comerciantes, luego de la lectura de un caso sobre la disolución contenciosa de una sociedad, la discusión se podría enfocar en cómo desde la perspectiva de la planeación, este litigio podría haberse evitado.

168 Ver Patterson, supra nota 160, pág. 23.

169 Ver Eager, supra, nota 137, pág. 401-42.

170 Una frase tomada del salón de clases de matemáticas de una escuela secundaria.

171 Ver Eager, supra nota 137, pág. 401-42

172 Weaver, supra nota 143, pág. 561.

173 id. Pág. 561-62

174 Ver id.

175 Íd. Pág. 562

176 Íd. Patterson, supra nota 160, pág. 23

177 Weaver, supra nota 143, pág. 562

178 Patterson, supra nota 160, pág. 23

179 Ver Íd. Pág. 22.

180 Ver Weaver, supra nota 143, pág. 544.

181 Ver Íd. (afirmando que "en la mayoría de las escuelas de leyes, un profesor tendría dificultad en conseguir un empleo si durante el proceso de entrevistas abiertamente manifestara su preferencia por el método de clases magistrales. Es posible que docentes menos antiguos que contemplen otros métodos de enseñanza se apeguen al método de casos por temor a retaliaciones en el proceso de obtención de un cargo permanente. Aunque los miembros de la facultad no están sujetos a dichas restricciones una vez obtienen el cargo de forma permanente, pocos alteran sus métodos a esa altura de su carrera.")

182 Íd.

183 "Hay unos pocos programas de post grado diseñados para aquellos que pretenden enseñar Derecho pero pocos miembros de las facultades de Derecho se gradúan de ellos. De vez en cuando, la Asociación americana de Escuelas de Derecho (AALS por sus siglas en Inglés) patrocina un nuevo taller para profesores con énfasis en los métodos de enseñanza; sin embargo, la mayoría de los docentes ingresaron a la docencia sin beneficiarse de tal programa" Id.

184 Ver Weaver, supra nota 143, pág. 581 - 82.

185 Morgan, supra nota 93, pág. 388.

186 El método problema, considerado por algunos como un método de casos "avanzado", contiene tres características principales: la primera, por supuesto, es el problema. El problema comprende varios asuntos que cubren varios estados y normatividades. Esta concebido para reflejar una situación a la cual pueda verse enfrentado un abogado en el ejercicio de su profesión. El problema puede enmarcarse en el contexto contencioso, de negociación, planeación o bosquejo. El estudiante debe abordar el problema desde un rol específico tal como abogado, juez, consejero, planificador, legislador o asistente de cualquiera de los anteriores. La segunda característica es la avanzada distribución del problema. Se espera que los estudiantes trabajen en el problema en sus casas y lleguen a clase preparados para discutirlo. La tercera característica es que el problema es el centro de la discusión en clase. Los casos asignados, la normatividad y otros materiales se convierten en herramientas para ayudar a solucionar el caso. Myron Moskowitz, *Beyond the Case Method: It's Time to Teach with Problems*. 42 *J. Legal Educ.* Pág. 241, 250 (1992). Se dice que el método problema es capaz de hacer "todo lo que el método de casos hace" y también se dice que es particularmente apropiado para cursos orientados hacia las codificaciones." Eager, supra nota 136, pág. 404-05. Para un resumen de los pros y contras del método problema, ver Hawkins-Leon, supra, nota 152 y Gregory L. Ogden, *The Problem method in Legal Education*, 34 *J. Legal Educ.* (1984)

187 Para un conciso resumen de las ventajas de la educación clínica, ver Frank S. Bloch, *the Andrological Basis of Clinical Legal Education* 35 *Vad. L. Rev.* (1982).

188 Ver Morgan, supra nota 93, pág. 383-84 (subrayando tres variables del método de casos, desde el menos hasta el más difícil). Esta "graduada" utilización del método de casos puede ser la solución "intermedia" para abordar las preocupaciones

de aquellos que opinan que los estudiantes de primer año no tienen la suficiente madurez para aprender empleando el método de casos. Ver supra Parte IV. B.3.c.

189 Friedman, supra nota 3, pág 532

190 Morgan, supra, nota 93, pág 381-82

191 O en cualquier ambiente educativo con estudiantes del mejor nivel.

192 Strong, supra, nota 134, pág 226.

193 Íd. Pág. 227.

194 Íd. Pág. 226

195 Íd. Pág. 238

196 Reed, supra, nota 6, pág 382.

de aquellos que opinan que los estudiantes de primer año no tienen la suficiente madurez para aprender empleando el método de casos. Ver supra Parte IV. B.3.c.

189 Friedman, supra nota 3, pág 532

190 Morgan, supra, nota 93, pág 381-82

191 O en cualquier ambiente educativo con estudiantes del mejor nivel.

192 Strong, supra, nota 134, pág 226.

193 Íd. Pág. 227.

194 Íd. Pág. 226

195 Íd. Pág. 238

196 Reed, supra, nota 6, pág 382.

APROXIMACIONES A LA INFLUENCIA DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA ECONÓMICA

LAURA MILENA PARRA ROJAS

APROXIMACIONES A LA INFLUENCIA DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA ECONÓMICA

LAURA MILENA PARRA ROJAS

APROXIMACIONES A LA INFLUENCIA DE LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA ECONÓMICA

AUTOR: LAURA MILENA PARRA ROJAS

DIRECCION: nmiparra@hotmail.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 12/03/2003

DESCRIPTORES: Corte Constitucional, Coherencia, Economía, CREG, Propiedad Privada, Acceso al crédito
RESUMEN: Con el presente ensayo se pretende analizar la incidencia de los fallos de la Corte Constitucional en materia económica.

KEY WORDS: Constitutional Court, economy, private property

ABSTRACT: This essay seeks to analyze the incidence of the Constitutional Court rulings on economic issues.

MOTS CLEFS: Cour Constitutionnelle, Cohérence, économie, propriété privée.

SYNTHESE: Cet article a pour but analyser l'incidence des arrêts de la Cour Constitutionnelle sur l'économie.

"Donde está más garantizado el statu quo económico es allí donde se afirma la intención de modificarlo, porque el compromiso consiste en llevar a la retórica de los textos constitucionales una serie de declaraciones que después no tienen vida".

*Calamandreí**

Con el presente ensayo se pretende analizar la incidencia de los fallos de la Corte Constitucional en materia económica, siendo necesario en primer término identificar los alcances de la intervención estatal en la economía, seguido de una reseña de los principales pronunciamientos de la Corte y posteriormente, demostrar que dicha incidencia positiva o negativa se realiza no sólo a nivel macroeconómico, sino microeconómico, pues se llega con su pronunciamiento a determinar las características del mercado de bienes y servicios.

Marco Conceptual

Colombia, definido constitucionalmente como un Estado social de Derecho y su incidencia en la organización socio política puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista, el cuantitativo y el cualitativo, lo primero suele ser el Estado de bienestar y lo segundo el Estado constitucional democrático.

* CALAMANDREI, Piero. Elogio de los Jueces: Escrito por un abogado. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1969

El Estado bienestar surgió a principios del siglo XX en Europa como respuesta a las demandas sociales, el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la República de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político administrativo jalonador de toda la dinámica social; desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.

El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico - política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores y derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiestan institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política.

Durante el siglo XIX, la concepción mayoritaria consideraba que "la función del gobierno en relación con la economía consistía en facilitar el clima adecuado para el crecimiento económico y prosperidad, manteniendo estable la moneda y bajos los impuestos y fomentando el ahorro y la intervención de las familias y de la empresa"¹. No obstante, en el siglo XX, esta posición cambió radicalmente señalándose diversas vías en la intervención estatal en la economía. Puede mencionarse en primer término la regulación económica, la cual buscaba penetrar en el interior de la actividad empresarial y profesional, sustituyendo las condiciones de funcionamiento de los mercados, estableciendo las reglas del mismo. Este tipo de regulación fue necesaria para que los agentes económicos contaran con seguridad jurídica o certeza respecto a las reglas de un mercado con miras a reducir la incertidumbre y el riesgo en las decisiones de carácter empresarial.

Posteriormente se generalizó la idea de Estado - Empresario, desarrollado en dos vías, es decir, participando directamente o como un agente más del mercado. En el primer evento persiguió controlar el poder monopólico que podría ser aprovechado por un agente privado, por tanto, si el Estado era propietario de las empresas podía controlar los precios en el mercado. El Estado al proveer el servicio, controlaba la prestación del mismo, siendo utilizado como un instrumento de política

¹ DE LA CRUZ FERRER, Juan. Principios de Regulación Económica en la Unión Europea. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2002. Pág. 57

pública necesaria para resolver el problema de asimetría de información, pues conocía la estructura de los costos y podía imponer las tarifas adecuada para cubrir los costos de producción.

La intervención y dirección del gobierno sobre la economía se desarrolló en el marco del paradigma Keynesiano, según el cual las economías nacionales podían considerarse aisladas respecto a la economía mundial, por lo menos en el caso de los países medianos y más grandes, según este paradigma, la economía nacional podía ser totalmente determinada por políticas gubernamentales como la monetaria o el gasto público, generando que el Gobierno se considerara el señor de la economía nacional y responsable de su dirección, viendo traducida tal intervención en los ordenamientos jurídicos.

A mediados del siglo XX, con la crisis de los gobiernos, especialmente en materia administrativa, inicia nuevamente el cuestionamiento del papel del Estado como interventor y director de la economía. Los planteamientos simplistas y totalitarios al desterrar a la sociedad y al mercado de la dirección general de la economía en un mundo aislado fueron rebatidos por un análisis equilibrado entre las fuerzas intervinientes, llegando a la conclusión de la necesaria integración complementaria e imprescindible del gobierno, la sociedad y el mercado con miras a lograr el fin de crecimiento económico democrático y equitativo que permite cumplir las expectativas del Estado social.

La Corte Constitucional ha afirmado que "La Constitución Nacional es de corte finalista o teleológica, recoge la doctrina constitucional contemporánea y consagra un Estado Interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado Social de Derecho"². El constituyente del 91 recogió tres elementos importantes en la Carta Fundamental: en primer lugar, diseñó un marco económico antológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (Art. 13 C.P.), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social; principios como la igualdad y la solidaridad y derechos y libertades civiles, sociales, económicas, culturales que forman la razón de ser y los límites del quehacer estatal. En segundo lugar, la constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia carta reconoce y se pueda buscar de manera real y efectiva, el fin antológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento. Finalmente, en tercer lugar, la Carta otorga a los agentes

² Corte Constitucional. Sentencia C-074 de febrero 25 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

sociales, individuales y colectivos mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública³.

Con la Constitución de 1991, inicia una nueva etapa económica y social, los alcances de los derechos consagrados y la aplicación tímida del modelo liberalizador en las diferentes esferas económicas, sorprendieron al orden jurídico existente, siendo necesario acoplarlo a un Estado cambiante. No obstante, la realidad del país se desarrollaba en un marco agravado del conflicto armado existente desde hacía ya varias décadas y una inestabilidad constitucional debido al poder otorgado a la Corte Constitucional, órgano que se convirtió en la primera etapa de aplicación de la Constitución en un nuevo legislador, penetrando especialmente el ámbito económico con miras a materializar el Estado Social, sin embargo, cabe resaltar que la economía al ser un tema de constante variación, no puede interpretarse bajo criterios rígidos y perpetuos, pues existen diversas interpretaciones y soluciones, según la coyuntura y la disponibilidad presupuestal para un fenómeno igual.

Se parte de la premisa que el presupuesto de la Nación, y por ende de cada uno de los órganos que la conforman siguen los lineamientos y directrices de la Constitución Nacional, acompañado de una legislación que pretende proporcionar unos mínimos vitales en áreas tales como: educación, salud, pensiones, justicia, seguridad ciudadana entre otras, por tal razón, la Corte Constitucional a través de los diferentes fallos, ha reorientado o reinterpretado los alcances de las normas constitucionales que en principio no pasan de ser un idealario casi utópico en concordancia con la realidad económica y política de Colombia.

La Constitución Nacional contiene disposiciones referentes a la economía, sustentando el orden económico sobre el reconocimiento a la libertad de empresa e iniciativa privada estructurado esto en el derecho de propiedad (Art. 58 C.P.), lo cual supone la constitucionalización de un modelo económico de mercado en un marco de intervención pública en la economía; implicando límites estrictos. Por otra parte, la concatenación de principios rectores del Estado y los derechos fundamentales que contienen implícitamente garantías a derechos básicos en el ámbito económico, suponen un modelo flexible que hace posible la toma de decisiones en diferentes sentidos, promoviendo un orden económico en el que prevalece la libertad de competencia, empresa, producción entre otros. En este orden de ideas, cabe señalar que la actuación de particulares y la del Estado se enmarcan en el interés general, es decir, como límite de los derechos privados y como habilitante de la intervención pública.

³ *Ibidem* cita 2.

Principios económicos constitucionales

La Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos sobre los pilares que orientan y componen el orden económico colombiano:

- Como principio fundamental del orden económico⁴, en Colombia, se garantiza *la libertad económica e iniciativa privada dentro de los límites del bien común*. La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando que la libertad económica asignada por la constitución va acompañada de la función social que impone obligaciones a la empresa, por tanto, la decisión empresarial no puede "juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía, la Constitución Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, siendo sus normas interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual, libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (Art. 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (Arts. 333, 334, 335 C.P.), y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad"⁵.

- *Intervención del Estado en la Economía*. La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las autoridades reguladoras de la intervención del Estado en la economía, señaló en primer término que el Congreso es quien ostenta primordialmente, la facultad de expedir leyes de intervención económica, ejerciendo esta función en atención a intereses nacionales y unitarios. Precisó igualmente, que la actuación macroeconómica del Estado se adelanta bajo una intervención legal económica o bajo la forma de acción permanente del Ejecutivo en materias económicas de regulación, reglamentación e inspección o en la distribución y manejo de recursos, para lo cual necesita de pautas generales que tomen en consideración los requerimientos de las regiones, los departamentos, los municipios y los grupos sectoriales.

Por otra parte, corresponde al Presidente la capacidad de regular "legislativamente" la economía mediante el uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, puede hacer uso de sus poderes mediante la declaratoria de emergencia económica. Igualmente, puede hacer uso de la facultad reguladora reglamentaria para desarrollar el contenido general de las leyes marco que expida el Congreso en materia económica (Arts. 189-25), adicionado a lo anterior, la facultad de inspección que ejerce a través de las Superintendencias.

⁴ Se entiende por orden económico, el conjunto de todas las reglas por las que se rige la economía nacional y los procesos económicos, así como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-398 de Septiembre 7 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

Finalmente, dentro de las autoridades de intervención se encuentra la Junta Directiva del Banco de la República, fijando políticas y tomando decisiones en materia monetaria, cambiaria y crediticia.

-. *Propiedad Privada*. Respecto a este instituto en particular, se habla de la función social acompañada de la democratización de la propiedad, es decir, permitir el acceso a la propiedad a todos; pues, considera la Corte Constitucional que "las numerosas normas sobre acceso a la propiedad (Arts. 13, 60, 64, 334 C.P.), se inscribieron en el marco de justicia distributiva y propenden por darle base real a los principios de democracia participativa y de igualdad de oportunidades"⁶.

Consideraciones particulares sobre la intervención constitucional económica

Una vez determinados los principios básicos del orden económico, es necesario centrar la atención en fallos particulares, analizando específicamente dos institutos, la propiedad privada en materia de vivienda, donde la Corte Constitucional modifica el orden económico señalando nuevas funciones a la Banca Central y determina criterios o contenidos de una ley ordinaria. La segunda institución, sobre las comisiones de regulación, la cual permite observar como la Corte reafirma el contenido constitucional en materia de intervención económica y de delegación de funciones presidenciales en organismos que regulan abiertamente el mercado, como es el caso de la Comisión de Regulación de Energía – CREG –.

a. Propiedad Privada – Vivienda.

-. Antecedentes

El Decreto 678 de 1972 creó las Corporaciones de Ahorro y Vivienda – CAVS – como un mecanismo para incentivar la construcción y emplear mano de obra no calificada, utilizando para ello un nuevo sistema de captación a partir del ahorro en UPAC (unidad de poder adquisitivo constante), dicha unidad sería utilizada igualmente para otorgar los créditos a largo plazo para la adquisición de vivienda a la cual se le sumaría una tasa de interés que aumentara de acuerdo a los niveles de inflación. La metodología utilizada para el cálculo de los intereses en los créditos UPAC se modifica a partir del año de 1993 cuando por imposiciones del sector financiero los intereses aumentan de acuerdo a la tasa de interés del mercado DTF, siendo ésta la más alta; razón esta que unida al decrecimiento económico y

al aumento de los márgenes de intermediación financiera generaron una cesación de pagos por parte de los usuarios del sistema que vieron como sus obligaciones aumentaron en más de un cien por ciento por la nueva metodología y la capitalización de intereses aplicable a los créditos a largo plazo.

-. Pronunciamiento de la Corte Constitucional

La anterior situación es revisada por la Corte Constitucional en las sentencias C-252 de 1998, C-383 de 1999, C-700 de 1999, C-747 de 1999, C-995 de 2000. En dichas sentencias la Corte analiza algunos aspectos económicos como son: la corrección monetaria de las obligaciones, la capitalización de intereses, los sistemas de amortización de créditos y el sistema de prepagos en el sistema financiero.

La corrección monetaria, como se señaló anteriormente, a partir de 1993 se ató a la tasa de interés DTF la cual buscaba que las CAVS no perdieran competitividad en la captación de los recursos (cuenta de ahorro UPAC) y de esta manera se pudieran programar los créditos a largo plazo; esta situación de acuerdo con la Corte genera un daño y perjuicio a los usuarios de los créditos que tienen un derecho fundamental de acceder a una vivienda digna (Art. 51 C.P.) y que por lo tanto, el Estado dentro de su poder de regulación legislativa debe instrumentar mecanismos económicos que permitan que los ciudadanos accedan a créditos para la obtención de vivienda y no solamente otorgar subsidios para los VIS (vivienda de interés social). Bajo estos presupuestos la Corte no sólo limita su actuación a la revisión constitucional de una ley, sino proporciona una solución de carácter económico al establecer que el Gobierno Nacional por medio del Congreso tiene la obligación de expedir una ley que ate las tasas de interés de los créditos de vivienda a la inflación y no a las tasas de interés DTF, buscando de esta manera aliviar la carga obligacional de los usuarios de crédito de vivienda. Con lo anterior se observa una clara intromisión de la Corte Constitucional en materia económica a la potestad de dirección económica que tiene el Estado.

Las sentencias enunciadas, además de ordenar la expedición de nuevas leyes que regulen la actividad de créditos de vivienda, establecen los contenidos de tal normatividad. Ejemplo de ello, es la prohibición de la capitalización de intereses, la regulación de los sistemas de amortización y exigencia de porcentajes mínimos en las cuotas iniciales de los créditos, tratando de evitar con esto los efectos negativos de las cuotas supermínimas, el aumento del valor de los créditos en las amortizaciones a corto plazo y la mora en las obligaciones derivadas de la capitalización.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-006 de enero 18 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Igualmente, las sentencias obligan al sistema financiero a aceptar los prepagos de deuda buscando generar competencia entre las entidades y beneficiar al deudor, pero afectando los niveles de liquidez a largo plazo de las entidades financieras, lo que generó que éstas entidades debieran revisar los márgenes de rentabilidad de los negocios hipotecarios, pues su ganancia estaba expresada en el largo plazo.

Otro punto fundamental de pronunciamiento de la Corte Constitucional se encuentra en la sentencia C-995 de 2000, en la cual se ordenó a la Superintendencia Bancaria certificar las tasas de interés reales cobradas en los créditos otorgados por el sistema financiero diferentes al hipotecario, para que de esta manera el Banco de La República pudiera fijar igualmente bajo ordenes de la Corte, una tasa máxima de interés real (debe entenderse como interés efectivo anual) para los créditos de vivienda diferente a los créditos VIS, esta tasa debe obligatoriamente ser inferior a la tasa más baja que la certificada por la Superintendencia Bancaria. Se observa entonces, que la Corte además de atar la corrección monetaria a la inflación (Cumplido con la Ley 546 de 1999) y de haber ordenado crear un nuevo sistema para los créditos de vivienda (UVR), modificó las funciones legales del Banco de la República (Ley 31 de 1992) al ordenarle certificar tasas de interés, creando un sistema de control de tasas más parecido a un sistema de economía central que un sistema mixto como el nuestro.

La intervención de tasas de interés se justifica en una economía de mercado solamente si es útil para mejorar la distribución del ingreso, pero esto, necesitaría el otorgamiento de precios subsidiados por el Estado a través de cobros de sobretasas a los de mayores ingresos, generando un efecto neutro a las entidades financieras, lo cual en Colombia es impracticable, porque la única forma de practicarlo es a través de subsidios presupuestales aumentando el déficit fiscal.

- Efectos

En suma, los efectos positivos de las sentencias antes mencionadas pueden resumirse en:

- Al atar la corrección monetaria a la inflación, evita aumentos no previstos en las tasas efectivas anuales.
- Al prohibir la capitalización de intereses y regular los sistemas de amortización, evita sobrecostos o variaciones en la deuda futura.
- Al aceptar prepagos, promueve la competencia en las entidades financieras.
- Al exigir un mínimo en la cuota inicial, evita esquemas insostenibles y posible anatocismo.
- Al recalcular la tasa de interés real, se restituyó el saldo real del crédito y la capacidad de abonar a la obligación.

- Frente a la existencia de oligopolios y/o información restringida ayudaría a evitar abusos de posición dominante.
- La tasa preferencial para los créditos VIS, podría mejorar la distribución del ingreso, si los subsidios son transparentes y se aplican adecuadamente.

Como efecto negativo de los pronunciamientos anteriores, se encuentra la Reducción del acceso al crédito, debido a:

- Por parte de los usuarios, se requiere mayor cuota inicial y se prohíbe la capitalización de intereses.
- Por parte de las entidades financieras, al introducirse el riesgo del prepago, al extender los plazos en un ambiente de incertidumbre.
- Aumento de gravámenes indirectos generados por el tratamiento asimétrico ahorro vs. deuda, por reliquidaciones sin distinción de estrato, por reliquidaciones sin límite en cuantía.
- Al exigir que las tasas de interés de vivienda sean las más bajas del mercado normal, genera la limitación de oferta de recursos para esta actividad.
- Al instituir subsidios generalizados, se deteriora la distribución del ingreso.
- Se ataca el sistema económico al argumentar que la construcción de vivienda no tiene que ser un negocio.
- Al instituir intervenciones sobre el sector financiero, destruye la confianza en los negocios y lo paraliza agravando el desempleo.

b. Comisiones de Regulación.

- Antecedentes

Ley 142 de 1994, ordenó la creación de las Comisiones de Regulación derivado esto de lo preceptuado en el Art. 150 num. 7 de la Constitución Nacional, donde se asigna la responsabilidad al Congreso de "determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar...otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica"; comprendiéndose dentro de la expresión "...otras entidades del orden nacional..." las Comisiones de Regulación.

El Presidente de la República es quien debe señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, al mismo tiempo que ejerce por medio de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten, según lo señala el Art. 370 C.P., esta responsabilidad, puede ser asumida

directamente o puede determinarse a otro organismo especializado para que determine políticas reguladoras.

Ante la evaluación de los primeros años de funcionamiento de las Comisiones y los logros obtenidos a través de la regulación de los diferentes sectores, se cuestionó su actividad en la medida en que estaban interviniendo en materias que aparentemente se escapaban de su esfera de conocimiento y se abrogaban facultades exclusivas del legislativo y del poder ejecutivo, siendo relevante el establecimiento de normas o parámetros para la creación y funcionamiento del mercado, especialmente en energía eléctrica.

- . Pronunciamiento de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional mediante sentencia C-1162 de 6 de septiembre de 2000, delimitó el alcance del concepto regulación, actividad delegada por el Presidente de la República a las Comisiones⁷, con lo cual no trata de sustituir al legislador, o desconocer el ordenamiento jurídico, ni las políticas de gobierno. El concepto de regulación no puede asumir como lo afirma la Corte Constitucional "una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley ni a las disposiciones gubernamentales". Esta función, es orientada en la delegación autorizada por el legislador de funciones presidenciales, con el fin de determinar políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

El artículo 211 de C.P., determina que la ley es quien señala las funciones que el Presidente de la República puede delegar, exime por tanto de responsabilidad al delegante, correspondiendo en términos constitucionales "exclusivamente al delegatario", es decir, en el tema que se estudia, los actos o resoluciones de las Comisiones de regulación podrían ser reformados o revocados por el Presidente de la República, quien si es el caso reasumiría la responsabilidad consiguiente.

Se extrae, que la regulación debe restringirse al desarrollo económico, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado.

Según lo afirma la Corte Constitucional "la regulación de las comisiones promueve las condiciones que faciliten la efectividad de derechos y garantías, la fijación de

⁷ De acuerdo con el ordenamiento colombiano, las comisiones de regulación hacen parte de la Rama ejecutiva del poder público del orden nacional, por tanto, se le han asignado funciones administrativas enmarcadas dentro de sus principios rectores.

controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado⁸, función que debe limitarse a políticas macroeconómicas y no simplemente al funcionamiento de un mercado específico.

La Corte Constitucional declara la exequibilidad de las comisiones de Regulación sustentada en:

De acuerdo a los artículos 370 y 211 C.P., se deja en manos del legislador la competencia para indicar cuales son funciones presidenciales delegadas y no realiza ninguna enunciación taxativa de los organismos a los cuales se puede hacer la delegación, por lo tanto, puede el presidente delegar la regulación de los servicios públicos (fines esenciales del Estado) en las comisiones de regulación. La delegación debe concretarse en actos presidenciales y someterse a las reglas constitucionales, ya sea por medio de resoluciones particulares o de carácter general.

Según la Corte, el presidente al realizar la delegación a las comisiones de regulación lo que esta realizando es una simple función de intervención por medio de un ente administrativo con funciones constitucionales y legales determinadas, ya que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía y una herramienta constitucional para que las leyes del mercado no afecten los fines sociales del Estado. Este instrumento normativo, de acuerdo a la Corte Constitucional, no completa ni llena vacíos legales ni constitucionales, ni mucho menos es una legislación secundaria, ya que estas entidades no asumen funciones legislativas ni reglamentarias sino tienen unas finalidades determinadas de acuerdo a la ley, los reglamentos, las políticas gubernamentales que buscan que en las economías de mercado donde existan imperfecciones se evite un mayor perjuicio a los usuarios que las soportan y además creen condiciones igualitarias para los agentes que participan.

La regulación es entonces para la Corte el desarrollo de una potestad de policía y de intervención estatal en la economía, limitándola al Estado en cabeza del legislativo y del presidente por medio de sus comisiones de regulación, no siendo permitido intervenir a otro órgano distinto a los antes mencionados.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1162-00 de 6 de septiembre de 2000, MP. José Gregorio Hernández.

- Efectos

De las consideraciones anteriores, puede extraerse como efectos positivos los siguientes:

- Reconocimiento de la facultad de intervención en la economía de manera exclusiva en el Congreso y en el Presidente de la República.
- Reconocimiento de las Comisiones de Regulación como instrumentos de regulación, por la potestad concedida por el Presidente de la República.
- Validación de las decisiones tomadas por las comisiones durante su funcionamiento.
- Validación del modelo de mercado diseñado por las Comisiones de Regulación, donde se tiene en cuenta los rasgos que revisten los servicios públicos que ellas regulan.

Como efecto negativo, puede mencionarse la "demora" en el pronunciamiento respecto al alcance del concepto de regulación, pues la ley 142 de 1994 y las particulares para cada servicio al ser leyes ordinarias no contenían todos los elementos necesarios para cumplir con los fines perseguidos por la Constitución Nacional, razón por la cual, fueron las comisiones quienes crearon su ámbito de acción y las materias a regular, presentándose, entre otros:

- Regímenes tarifarios sin atender criterios objetivos en su producción.
- Manejo de información asimétrica entre el ente regulador y los agentes participantes.
- Traslado de los costos del sistema directamente a los usuarios. Vgr. Las restricciones aplicadas en el sistema eléctrico.

La economía como fundamento constitucional

Una vez enunciados los efectos en materia económica de los fallos referidos, es conveniente presentar situaciones donde la Corte Constitucional ha tomado los criterios económicos como fundamento para decisiones de constitucionalidad de leyes y decretos. El primer caso se observa en la citada sentencia C-700 de 1999, donde declaró la inexecutable diferida del sistema UPAC aplicable a los créditos de vivienda, mientras el Congreso de la República expedía una ley nueva (Ley 546 de 1999), ya que al haber declarado inexecutable inmediatamente el sistema UPAC el perjuicio económico para el mercado financiero y los usuarios del mismo, hubiera sido catastrófico.

El segundo caso es la sentencia C-737 de 2001, por medio de la cual declaró la inexecutable diferida de la Ley 619 de 2000, que regulaba el régimen de regalías

para la explotación de recursos naturales no renovables; en esta sentencia, la Corte analiza los escenarios económicos que crearía la inexistencia de una regulación de regalías en el sector petrolero y encuentra que el efecto económico sobre la balanza comercial, el déficit fiscal, la cuenta corriente y el déficit público representaría más del cinco por ciento (5%) del producto interno bruto y aumentaría en un quince por ciento (15%) las importaciones de hidrocarburos, reduciendo a su vez en un treinta y cinco por ciento (35%) las exportaciones totales del país, con esto, la Corte encuentra el devastador efecto macroeconómico de su decisión de inexecutable inmediata y buscando preservar esa estabilidad económica del país, resuelve declarar una constitucionalidad temporal de la mencionada ley hasta que se emitiera la nueva ley de regalías con un plazo perentorio establecido al 20 de junio de 2002.

Conclusiones

Concluir tajantemente, sin reconocer matices sería negarle la dinámica a la tarea que realiza la Corte Constitucional, pues al reconocer la libertad de empresa calificada de derecho constitucional, a la que se le imprime un contenido positivo limitado por la intervención económica, dentro de un marco de economía de mercado donde el Estado busca realizar sus fines, se legitima la actuación de la Corte en temas que a priori pudieran considerarse de facultad exclusiva y excluyente del legislador o del Ejecutivo cuando le es permitido.

No hay que olvidar que la realidad social traducida en necesidad política al parafrasear a Jellinek, puede originar mutaciones constitucionales e ir más lejos y derogar o cambiar el significado del precepto, aún los consagrados en los artículos 1 y 334 de la Constitución Nacional.

Del análisis anteriormente expuesto se puede concluir:

- La Corte Constitucional no ha abandonado al Estado en su facultad de intervención de la economía, pues, con los fallos analizados (vivienda – comisiones de regulación), se demuestra como la Corte le impone límites a las facultades de intervención económica, legislativa o reglamentaria que realiza el Estado. Por lo tanto, la Corte no solamente revisa si las leyes o decretos cumplen con los mandatos constitucionales, sino que busca asegurarse que la normatividad futura lo haga, introduciendo además de las reglas formales de constitucionalidad, criterios económicos que consideran deben incluirse en su formulación.

- Del análisis de las sentencias citadas, se encuentra que la Corte Constitucional al pronunciarse, estudia los mercados en particular y establece con base en dicho estudio decisiones que pudieran ser contradictorias; lo anterior, resulta del simple cotejo de las sentencias de vivienda y de comisiones de regulación, donde la Corte analiza dos mercados, el financiero y el de los servicios públicos, en ambos mirando el efecto que producen en los usuarios. En el primer mercado, sustenta su actuación guiada por el precepto constitucional del acceso a una vivienda digna, imponiéndole al Estado la obligación de legislar de acuerdo a unos principios económicos y financieros que ella determina y no solamente revisando la constitucionalidad de unas leyes o decretos, la finalidad supuesta de lo anterior, es evitar el perjuicio a los usuarios de este mercado financiero y proteger su derecho fundamental, fijando de esta manera políticas macroeconómicas (cuenta corriente, balanza de pagos) y macroeconómicas al limitar la oferta y la demanda del mercado por medio del control de tasas de interés, prepagos y reliquidaciones .

En el mercado de servicios públicos, el cual por comprender atención a necesidades fundamentales de los habitantes que afectan directamente al usuario y donde se esperaba que la Corte Constitucional fuera igual de rígida con los límites impuestos al Estado para regular este mercado, sólo se concentró en definir la el concepto de "regulación", sin estudiar a fondo que impactos generaría sobre los usuarios esta intervención estatal, y al contrario, reconoce que la regulación de las comisiones es una herramienta constitucional para cumplir los fines sociales del Estado, y que la misma regulación como potestad del Estado lo que busca es corregir errores de mercado y lograr una mejor prestación de los servicios, entrando en una contradicción con el ánimo proteccionista de las sentencias de vivienda en lo referido a los usuarios.

- No se puede concluir que la Corte Constitucional en sus fallos se haya dedicado solamente a intervenir decisiones económicas del Estado, en algunas de sus decisiones a tomado los presupuestos macroeconómicos y macroeconómicos para fundamentar decisiones fundamentales como la constitucionalidad temporal de algunas leyes, ejemplo de ello la inexequibilidad diferida de la ley 619 de 2000.

Resumiendo, las decisiones de la Corte Constitucional han incidido en el orden económico, tanto en aspectos macroeconómicos como macroeconómicos, sin llegar a determinar un patrón en sus decisiones, debido a la particularidad de cada una de ellas. La Corte desde su inicio ha buscado mostrarle al Estado cuales son los límites y alcances de la libertad económica y de la labor del Estado de dirigir la

economía; para con ello, asegurar y preservar el Estado social de Derecho.

Por lo anterior, no es vano recordar que la Corte Constitucional pretende satisfacer metas u objetivos consagrados en la Carta Fundamental, sin manejar magnitudes reales, pretendiendo materializar valores polémicos y radicales, sin tener en cuenta la primera de las reglas de la economía real: El principio de la escasez.

Es faena de la Corte Constitucional delimitar y definir con objetividad e incluso con coherencia lógica el sentido y alcance de los textos constitucionales que en principio parece fueron utilizados por el constituyente como técnica de consenso, lo cual permitió incorporarlos en el texto final coincidiendo en los términos, más discrepando realmente en su significado.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2001.
- ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, Comares, Granada, 2001, Págs. 20-140.
- CLAVIJO, Sergio. Fallos y fallas de la Corte Constitucional. Edit. Alfaomega. Bogotá. 2001
- DE LA CRUZ FERRER, Juan. Principios de Regulación Económica. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2002, Págs. 25-49.
- GALVIS COTE, Jorge Humberto. Ponencia sobre la Constitución de 1991, en Revista Temas Socio Jurídicos. Unab. No. 41, Bucaramanga. 2001, Págs. 131-142.
- JARAMILLO, Mario. Vademécum de Economía Política. Institución Universitaria Sergio Arboleda. 1993, Págs. 41-72, 197-207.
- LOPEZ MEDINA, Diego, La Constitución Mundo: Perspectivas del Constitucionalismo Colombiano en la era de la globalización, en Revista Temas Socio Jurídicos. Unab, No. 41, Bucaramanga, 2001, Págs. 209 – 214.
- REBELLON, Bernardo. Elementos de Derecho Económico. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1994, Págs. 26-104.

Sentencias Corte Constitucional

- Sentencia C-478, agosto 6 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-006, enero 18 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-074, febrero 25 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C-398, septiembre 7 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

- Sentencia T-375, agosto 14 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-252, mayo 26 de 1998. M.P. Carmen Isaza de Gómez.
- Sentencia C-383, mayo 27 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-700, septiembre 16 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández.
- Sentencia C-747, octubre 6 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-557, mayo 10 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-995, agosto 2 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-1162, septiembre 6 de 2002. M.P. José Gregorio Hernández.
- Sentencia C-737, julio 11 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

EL TÍTULO PRELIMINAR , AUXILIARES
DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE
DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN
LA LEY 794 DE 2003

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

EL TÍTULO PRELIMINAR , AUXILIARES DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN LA LEY 794 DE 2003

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

EL TÍTULO PRELIMINAR, AUXILIARES DE LA JUSTICIA Y EL PROCESO DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA EN LA LEY 794 DE 2003

AUTOR: IVAN SANTOS BALLESTEROS

DIRECCION: Facultad de Derecho UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 03/06/2003

DESCRIPTORES: Gratuidad de la justicia civil, Instancias, Interpretación de normas procesales, auxiliares de la justicia, declaración de pertenencia.

RESUMEN: Estudio sobre la incidencia de la ley 794 de 2003 en el título preliminar, los auxiliares de la justicia, y la declaración de pertenencia en el actual Código de Procedimiento civil.

KEY WORDS: free civil justice, instances, justice auxiliaries, property claim, proceeding, interpretation

ABSTRACT: This paper analyses the consequences of law 794 of 2003 on the preliminary title, the justice auxiliaries and the property claim procedure.

MOTS CLEFS: Justice Civil gratuite, auxiliares de la justice, instances, declaration de la propriété, interprétation.

SYNTHESE: Cet article analyse les conséquences de la Loi 794 de 2003 sur le titre préliminaire, les auxiliaires de la justice et le procès de déclaration de la propriété.

1. LAS DISPOSICIONES GENERALES EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El actual C. de P. C., regulado por los decretos 1400 y 2019 de 1970, ha sido objeto de algunas modificaciones introducidas especialmente por los decretos 2279 y 2282 de 1989, 2651 de 1991; las leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 572 y 591 de 2000, estas dos últimas tienen que ver con los artículos 19 del C. de P. C. en materia de cuantías y 366 sobre procedencia del recurso de casación, respectivamente, y más recientemente, la ley 794 de 2003.

El Título Preliminar del C. de P. C. contiene disposiciones especiales que deben mirarse como sus Principios Rectores. Estos son:

1.1 Gratuidad de la justicia civil

El artículo 1° del C. de P. C. fue modificado por el artículo 1° de la ley 794 de 2003. La prestación del servicio de la justicia civil es gratuito. Esta es la regla general, con la excepción de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría. Igualmente se consagra para las partes la carga de sufragar los gastos que se

causen con ocasión de la actividad que realicen, sin perjuicio de lo que se resuelva en materia de costas. Constituyen costos procesales que deben asumir las partes o terceros, a manera de ejemplo, el pago de honorarios a los abogados que los representen, valor de las fotocopias de la demanda para el archivo del juzgado y de los demás anexos para su traslado, valor de inscripciones de las demandas, sentencias y otros actos en oficinas de registro de instrumentos públicos, cámaras de comercio, oficinas de tránsito, etc.; costos de publicación de listados o edictos emplazatorios o avisos de remate en medios de comunicación idóneos; cancelación de honorarios a secuestres, peritos, curadores ad-litem y demás auxiliares de la justicia, pago de portes para la remisión de expedientes y envío de oficios, telegramas, etc.; en procesos ejecutivos, pago del impuesto del 3% del valor de la adjudicación en remate de bienes; las tarifas, expensas y gastos que se causen por el remate ante Martillos legalmente autorizados, Cámaras de Comercio y Notarías, serán sufragadas por quien lo solicitó, las que no serán reembolsables y tampoco tenidas en cuenta para efectos de liquidación de costas (artículo 58 de la ley 794 de 2003, que modificó el artículo 528 del C. de P. C.).

Tema de actualidad y trascendencia social dentro del proceso es el que tiene que ver en torno a si la justicia debe ser gratuita o por el contrario onerosa. Si se consagrara la onerosidad de la justicia, afirman sus defensores, la labor de los jueces sería más pronta porque sólo acudirían a ella quienes estuvieran revestidos de razón y no se formularían actuaciones temerarias. Otros han llegado a solicitar la implantación del otorgamiento de una caución, diferente a la que se presta para el decreto de medidas cautelares, como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda. Al consagrarse esta tesis, muchos usuarios potenciales de la administración de justicia no podrían acceder a ella, aún cuando estuvieran asistido del derecho sustancial. Se les negaría el derecho fundamental consagrado en la C.P. en el artículo 229: " Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia..."

La administración de justicia se encuentra la servicio de todos los asociados. De ahí que al consagrarse el principio de la gratuidad de ella se estaría aplicando también el principio de la igualdad (artículo 13 C.P.)

En un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes, con referencia a la ciudad de Bogotá, citado por LIBARDO JOSE ARIZA, docente de la misma, se anotó que los procesos ejecutivos, entre 1983 y 1995 constituían cerca del 60% del total, según datos estadísticos del DANE. Con fundamento en las cifras estadísticas recogidos por el CIJUS, se llegó a la conclusión que entre 1992 y 1997, el 70% de los conflictos presentados

ante la justicia civil, correspondían a procesos ejecutivos. Se pudo observar una relación de dominación económica en el ámbito comercial. De una parte, acreedores que en su gran mayoría constituyen usuarios frecuentes de la administración de justicia, como por ejemplo, bancos y corporaciones de ahorros, y de la otra, deudores que actúan aisladamente. En períodos de recesión económica, los conflictos comerciales tienden a aumentar y la judicialización de ellos se efectúa a través de los procesos ejecutivos, que requieren de una solución rápida y eficaz con efectos negativos para los demás conflictos, como es el caso de los procesos declarativos que pasan a un segundo plano.

En el trabajo mencionado, se planteaba la posibilidad de equilibrar las relaciones que se dan al interior de la jurisdicción con la elevación del costo del litigio, particularmente imponiendo tasas judiciales, bien de manera general para todo tipo de proceso, o bien para alguna de las categorías de procesos, selectivamente. Paradójicamente, esta medida no ha sido implantada en Colombia, a diferencia de lo que sucede en otros países, que permiten cobrar una tasa a los usuarios que ayudan con sus procesos a congestionar el sistema judicial y que cuentan con recursos económicos suficientes¹

La ley 794 de 2003 tuvo en cuenta la anterior situación, porqué gran parte de las modificaciones al C. de P.C recayeron sobre los procesos ejecutivos, y en consecuencia, los cambios introducidos a los demás tipos de procesos apenas fueron tangenciales. Ojala no vivamos en la realidad la famosa fábula de la liebre y la tortuga.

Al momento de entregar este artículo para su publicación, el autor se enteró de la presentación del proyecto de ley 192 de marzo 11 de los corrientes a la Comisión Primera de la Cámara, por parte del Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Carlos Enrique Marín y que busca regular las expensas judiciales. La parte procesal que obtenga una condena de contenido económico a su favor, con excepción de los procesos penales, laborales y de familia, reconocerá a la rama judicial, a título de expensas judiciales, el equivalente al 1% del valor contenido en el fallo, con destino a la administración de justicia y para sus programas de inversión.

En Colombia, señalábamos anteriormente, la excepción al principio de la gratuidad la constituye el pago de expensas.

¹ Ariza, LIBARDO JOSE. " El uso de los procesos ejecutivos ". Ambito Jurídico Legis. Separata bimestral. Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá Mayo de 2000, p. 4

Por el aspecto anterior, entre nosotros, la justicia es parte onerosa. Basta acudir al artículo 392 del C. de P. C., modificado por el artículo 42 de la ley 794 de 2003.

Este artículo ya había sido objeto de alguna mutilación en su inciso 2º, numeral 1º. Recordemos que la norma contenía una prohibición de condena en derecho a las instituciones financieras nacionalizadas, a los departamentos, los distritos especiales y los municipios. La expresión "instituciones financieras nacionalizadas" fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 26 de julio de 1990.

Posteriormente, en sentencia del 28 de julio de 1999, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones "las intendencias, las comisarias", desaparecidas en la constitución de 1991, y "pagar agencias en derecho, ni». Consideró la Corte Constitucional que la exención de la condena al pago de agencias en derecho consagrada a favor de la nación y entidades territoriales constituía un tratamiento discriminatorio que violaba el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P.

Este inciso no quedó consagrado en el nuevo artículo 392 del C. de P. C.

Las costas se causan durante el curso del proceso y la actuación posterior. Comprenden las expensas, en general los gastos, al igual que las agencias en derecho. Como se puede observar, las costas constituyen el género y las expensas, especies de estas, así como las agencias en derecho. Estas últimas equivalen al valor dado por el juez a la tarea del abogado que actuó como apoderado de la parte triunfante en el proceso, y si actuó a nombre propio, el valor que corresponda a su trabajo en el proceso. Las agencias en derecho pertenecen a la parte, salvo que entre esta y apoderado se hubiera acordado cosa diferente.

El numeral 1º del artículo 392 del C. de P. C. sin ninguna modificación expresa que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quienes se les resuelva en forma desfavorable los recursos de apelación, casación o revisión que hubieran propuestos, o en los casos especiales previstos en este código.

El artículo 393 sobre liquidación de costas fue modificado por la ley 794 de 2003, en su artículo 43. La liquidación de costas la realiza el tribunal o juzgado donde se surtió la instancia o el recurso correspondiente, una vez quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo dispuesto por el superior. La nueva ley suprimió el inciso 2º del numeral 2º, en cuanto disponía que no habría lugar a agencias en derecho a favor de la nación y otras entidades como

las instituciones financieras nacionalizadas, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los distritos especiales y los municipios.

Para la fijación de las agencias en derecho debían aplicarse las tarifas establecidas, con aprobación del Ministerio de Justicia, por el colegio de abogados del respectivo distrito, o de otro si en dicho lugar no existiere. En la actualidad, dichas tarifas las debe establecer el Consejo Superior de la Judicatura.

2.2 Principios de la iniciación e impulso de los procesos

El proceso civil entre nosotros tiene alguna de las características del principio dispositivo, entre ellas la de que el proceso se inicia a instancia de parte, esto es, con la demanda, previo el lleno de los requisitos generales y especiales señalados en los artículos 75 y 76 del C. de P. C. Para algunas cuestiones, de familia, la ley permite su iniciación oficiosa, como sucede con la protección de la vida del nasciturus (artículo 91. C.C.); emancipación judicial ante el despliegue de ciertas conductas de los padres, como los malos tratos, abandono, degradación, o que hubieran sido condenados penalmente (artículo 315 C.C.); la remoción del guardador en los casos del artículo 630 del C.C. ; la interdicción del demente cuando el enfermo mental actúe con violencia o le produzca incomodidad a los habitantes del lugar (artículo 659, ordinal 1º del C.C.); el trámite de la rendición de cuentas del secuestro, que puede iniciarse en cualquier tiempo, aún de oficio (artículo 689 del C. de P. C.); el proceso de alimentos a favor de menores, conforme lo señala el artículo 139 del Código del Menor.

El inciso 2º de este artículo consagra otro principio rector, el del **impulso procesal**: " con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos por negligencia suya". Este principio se encuentra ratificado en el artículo 4º de la ley 270 de 1996 en cuanto dispone que " la administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar».

Los jueces, una vez admitida la demanda e integrada la relación jurídica procesal están en el deber de ordenar los actos, adoptar las decisiones que consideren necesarias para el trámite oportuno de los procesos. Este principio comporta también el deber de los jueces de decidir en los términos señalados en el artículo 124 y 651 numeral 4º del C. de P. C.

El artículo 685 del C. de P. C. le sigue imponiendo al juez el deber de resolver sobre las solicitudes de medidas cautelares, a más tardar al día siguiente del reparto o de la presentación de ellas.

El impulso del proceso es considerado como uno de los deberes del juez en el artículo 37, numerales 1, 6, 8, y 9 del C. de P. C. Igualmente aparece regulado en el artículo 228 de la C.P.

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de febrero 5 de 1996 calificó como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el "derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos".

A las partes también se les exige cierta actividad, en especial a la parte demandante, para que propicie la agilización del trámite procesal, so pena de que se viera sometida a la sanción del artículo 346, hoy sin vigencia alguna, según lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 70 de la ley 794 de 2003.

Así, en cuanto al remate, el juez no lo puede ordenar de oficio. En firme la sentencia a que se refiere el artículo 507 o la contemplada en el artículo 510, únicamente podrá solicitarlo el demandante, así no este en firme la liquidación del crédito. En firme dicha liquidación cualquiera de las partes podrá solicitarlo (artículo 523 del C. de P. C.). El artículo 608 del C. de P. C. dispone que el juez decretará la partición de los bienes sucesorales, a solicitud del cónyuge sobreviviente o de cualquier heredero o legatario, salvo cuando está pendiente el remate de bienes.

2.3. Principio de las instancias

Consagra el artículo 3º del C. de P. C. que los procesos tendrán dos instancias (regla general), a menos que la ley establezca una sola. Este principio lo confirma el artículo 31 de la C.P., al disponer: " Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley".

Para la Corte Constitucional, el principio de las dos instancias, desde el enfoque de la C.P., reviste el carácter de fundamental, ya que constituye una de las garantías del debido proceso, a la vez que de la función judicial.

Sobre el principio en comento, a manera de excepción, en los procesos que se tramitan en única instancia, sus sentencias no tienen recurso de apelación. Recordemos que en materia del proceso ejecutivo singular con título personal

desapareció el proceso ejecutivo de mínima cuantía, conforme lo dispone el ordinal b) del artículo 70 de la ley 794 de 2003, al ordenar que estos procesos se tramitarán en única instancia bajo las reglas establecidas para los procesos ejecutivos de mayor y menor cuantía.

2.4. Interpretación de las normas procesales

El artículo 4º del C. de P. C. consagra que en la labor de interpretación de la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos de los asociados reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que le surjan al juez en esta labor deberá aclararlas mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que tenga cumplimiento la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad las partes. Este derecho de defensa aparece consagrado en el artículo 3º. de la ley 270 de 1996: "En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla".

Debe entenderse que en la aplicación de la ley, el juez no se limitará a asegurar la efectividad de las normas consagradas en leyes materiales. En un plano superior se encuentran la garantía y el respeto a los derechos fundamentales.

El juez, al ir a aplicar la norma procesal puede encontrar dudas. En este caso debe estar seguro de no ir a vulnerar derechos fundamentales. Podrá salvarlas, acudiendo a la utilización de los de los derechos fundamentales, en especial aquellos que tienen que ver con el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

En sentencia T-460 de 1992 expresó la Corte Constitucional que "es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material".

Según la misma sentencia, el derecho al debido proceso comprende los siguientes derechos:

a) Derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces. A obtener de la rama judicial del poder públicos decisiones

motivadas, a impugnar las decisiones judiciales ante autoridades de superior jerarquía, y al cumplimiento de lo decidido en los fallos.

b) Derecho al juez natural, el que se identifica con el funcionario que tiene capacidad o aptitud legal para el ejercicio de la jurisdicción en determinados procesos conforme con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la distribución del trabajo que establece el legislador entre los integrantes de la judicatura.

c) El derecho a la defensa judicial, el que se entiende como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para hacerse oír y obtener una decisión a su favor. De este derecho forman parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; derecho a la asistencia de un abogado; de la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.

d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo que exige que el proceso no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.

e) El derecho a la independencia del juez, el que sólo encuentra efectivo reconocimiento cuando los funcionarios encargados de la tarea de administrar justicia, ejerzan sus funciones separadas de las atribuidas a las ramas ejecutiva y legislativa, y

f) El derecho a la imparcialidad del juez, entendida esta cuando decide con fundamento en los hechos conforme con los imperativos del orden jurídico sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Dentro del principio del debido proceso se encuentra también el de que toda persona tiene derecho a promover la actividad judicial para solicitarle al estado la protección de sus derechos e intereses legítimos ²

2.5 Vacíos y deficiencias del código

Toda labor del hombre está sujeta a la contingencia de la imperfección. Desde este punto de vista se explica la consagración del artículo 5º. , según el cual, los vacíos se llenarán con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estos

² Velásquez Gómez, JUAN GUILLERMO . " Interpretación del Código de Procedimiento Civil" . Parte General . Primera Edición. Señal Editora, Medellín, 1997, p. 43.

con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal. Este es el orden lógico para que el juez pueda llegar a cumplir este cometido. Primero acudir al caso semejante, no el idéntico, sino que ambos deben tener algo en común. A falta de tales normas, a los principios constitucionales y a los generales del derecho procesal.

La Corte Constitucional en desarrollo de su gestión, ha reconocido veintinueve principios constitucionales que tienen que ver con el derecho procesal. Unos corresponden a normas particulares principales constitucionales; otros a normas particulares no principales, pero que han sido obtenidos por inducción, sin descartar principios jurisprudenciales. A manera de ejemplo, enunciaremos algunos principios constitucionales en el sentir de la Corte Constitucional: Prevalencia del derecho sustancial; principio de igualdad; principio de doble instancia; principio de la independencia judicial; principio de la supremacía o prevalencia constitucional; principio de la cosa juzgada; libre acceso a la administración de justicia; celeridad procesal; impugnación; derecho a la protección judicial; debido proceso; no reformatio in Peius; juez natural; principio de la favorabilidad; prohibición a la incriminación; principio de contradicción y derecho natural; buena fe; presunción de inocencia; habeas corpus; prevalencia del interés general; imparcialidad del juez; publicidad; gratuidad; asistencia de abogado, etc. ³

Para Adolfo Alvarado Velloso: "La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente enrután al legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado." ⁴

Desde un punto de vista teórico propio de un estudio de política procesal, siguiendo a CLEMENTE DIAZ, en cita de BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO ⁵ se enuncian como tales el principio de la bilateralidad de la audiencia, en cuanto que el juez no puede decidir una pretensión si la persona en contra de quien se propone no ha tenido oportunidad de ser oída. Este es el principio enunciado como *auditor ex altera pars*, es decir, que nadie puede ser condenado sin haber sido oído; el principio del formalismo, que constituye el desarrollo político legal de la norma constitucional que se conoce con el nombre del debido proceso; el

³ Ramírez Gómez, JOSE FERNANDO . "Principios Constitucionales del Derecho Procesal". Señal Editora , Medellín, 1999, ps. 89 y ss.

⁴ Alvarado Velloso, Adolfo . "Introducción al estudio del derecho procesal", Rubinzal -Culzoni, Editores, Santa Fé , Argentina 1989, p. 255.

⁵ Díaz CLEMENTE . " Instituciones de Derecho Procesal " t. I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, citado por Quintero, BEATRIZ , y Prieto EUGENIO . "Teoría General del Proceso", t. I, editorial Temis, Bogota, 1992, ps. 91 y ss.

principio de la moralidad que es la deontología en el proceso. La buena fe, la lealtad, la veracidad, la probidad constituyen predicados que se involucran en este principio y que se estructuran como concreciones positivas de la legislación como política moralizadora del derecho procesal; el principio de autoridad, que define los límites del aspecto jerárquico autoritario del órgano jurisdiccional como poder del Estado político en el conflicto de las partes. El poder de dirección del proceso, el poder de esclarecer la verdad de los hechos del proceso, como poderes-deberes son corolarios del principio de autoridad; principio de la economía procesal, definido como la aplicación del criterio utilitario en la relación empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad judicial.

Al lado de los principios procesales encontramos los sistemas procesales que son aquellas formas técnicas aptas para el desarrollo de los presupuestos políticos-jurídicos del derecho procesal. Su estudio puede hacerse mediante las distintas formas metódicas que le dan estructura y caracterizan la disciplina jurídica positiva: jueces técnicos o no técnicos, instancia única o instancia plural, jueces unipersonales o pluripersonales, que constituyen los tipos procesales de la organización judicial. Tipos procesales sobre los medios de expresión y las formas de comunicación: tipo procesal oral o tipo procesal escrito; tipo procesal público y tipo procesal secreto, en cuanto responde al interrogante sobre ¿quien tiene acceso al proceso, además del juez y sus empleados?. Tipos procesales sobre los poderes del juez y de las partes en la actividad procesal: el tipo o sistema procesal inquisitivo y el tipo procesal o sistema dispositivo⁶

Por su parte, las reglas técnico jurídicas son aquellas condiciones que conforman técnica y estructuralmente la actividad de los sujetos procesales, y que regulan también la dinámica procesal, como por ejemplo el impulso, la preclusión, la inmediación, concentración, adquisición, etc.⁷

2.6 Observancia de normas procesales

El artículo 6º del C. de P. C fue adicionado por el artículo 2º de la ley 794 de 2003 en el sentido de consagrar que las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento. Se mantuvieron estos dos últimos aspectos. La distinción del derecho en público y privado data desde el Derecho Romano. Según el Digesto, el primero se refiere a la organización de la Ciudad y a las relaciones de ésta con los individuos. El segundo rige las

⁶ Quintero, BEATRIZ, y Prieto, EUGENIO, ob, cit, ps. 108 y ss.

⁷ Ibidem, ps. 127 y ss.

relaciones de los individuos entre sí. Modernamente, conforme a la clasificación aceptada, pertenecen al público los derechos constitucional, administrativo, penal y procesal; al privado, el civil, mercantil, etc.

El consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de de agosto 1º de 2002 expresó que las normas procesales son de orden público en aras de preservar el principio y derecho del debido proceso, la garantía del derecho a la igualdad y la eliminación de la arbitrariedad en el cumplimiento de la función pública de administrar justicia.

También el artículo mencionado de la nueva ley adicionó el aparte que dispone que dichas normas "en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares", pero en su oportunidad expresó la Corte Suprema de Justicia que "No todas las reglas y ritualidades del derecho procesal son por consiguiente irrenunciables en el concepto de pertenecer al orden público; las partes litigantes pueden, por ejemplo, renunciar válidamente los traslados, términos y ritualidades establecidos en beneficio propio de la parte renunciante y pueden subsanar por medio de ratificación ciertas irregularidades de procedimiento, cosa esta que no sería posible si fuera exacto que siempre está comprometido el orden público en todas las tramitaciones de manera absoluta" (T. XLIX, P. 569).

Igualmente, en sentencia de febrero 10 de 1975 la misma corporación expresó que: "por regla general, todos los actos procesales son solemnes, en el sentido de que no se perfeccionan y que por ende no producen sus efectos, si no se han hecho constar por escrito en el proceso".

2. AUXILIARES DE LA JUSTICIA

El artículo 9º. Del C. de P. C fue modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1º modificación 2ª. Con este artículo y los demás que se refieren a este tema revivieron parcialmente el decreto 2265 de 1969 sobre designación de auxiliares de la justicia. El mencionado artículo vino a ser modificado por el artículo 3º de la ley 794 de 2003. Sobre las reglas para designación de los auxiliares de la justicia se mantiene la designación de peritos, secuestres, partidores, liquidadores, curadores ad-litem, contadores, agrimensores, síndicos, intérpretes y traductores, por parte del magistrado sustanciador o por el juez del conocimiento, de la lista de auxiliares de la justicia.

En el auto de designación del curador ad- litem se incluirán tres nombres escogidos de la lista de dichos auxiliares de la justicia. El cargo será desempeñado por el primero que concurra a notificarse del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, según el trámite de que se trate, acto que implica la aceptación de la designación. Los otros dos auxiliares que se incluyan en el auto conservarán su turno de nombramiento en la lista. En el mismo auto de designación, el juez señalará el valor de los gastos de curaduría que deberá cancelar la parte interesada. El pago de esta suma podrá efectuarse mediante consignación a órdenes del juzgado, o bien directamente al auxiliar y acreditarse en el expediente. Todo nombramiento se notificará por telegrama que se debe enviar a la dirección que figure en la lista oficial, y en éste se señalará el día y la hora de la diligencia, a la cual deban concurrir. La copia debidamente sellada por la oficina de telégrafo respectiva, se anexará al expediente. Dicha notificación podrá realizarse por otro medio más expedito (correo electrónico, por ejemplo), de lo cual deberá quedar constancia en la actuación. En idéntica forma se hará cualquiera otra notificación.

El artículo 3º. de la ley 794 de 2003, en lo concerniente a la designación de curadores ad litem, se encuentra demandado ante la Corte Constitucional, por cuanto considera el abogado demandante (Gonzalo Afanador Afanador) que dicha norma "vulnera el derecho a la dignidad humana y al trabajo en condiciones dignas y justas, pues no existe ningún mérito para que el primer abogado que se notifique sea favorecido con el cargo " (Expediente 4456, enero 28).

Los demás aspectos relativos a los auxiliares de la justicia, como la designación, aceptación del cargo, calidades y exclusión de la lista no sufrió modificación alguna. Con anterioridad a la expedición de la nueva ley, la Corte Suprema de Justicia había declarado inexecutable la expresión *en la forma determinada en decreto reglamentario, el cual dispondrá, además, lo concerniente a honorarios*, en sentencia de fecha 14 de marzo de 1991.

Sobre la aceptación del cargo, el numeral 8º, ya había sido modificado por la ley 446 de 1998, en su artículo 2º. La actual norma suprimió la expresión: " la notificación por telegrama, se podrá suplir enviando por correo certificado el oficio donde conste la designación del auxiliar de la justicia dentro del proceso".

Sobre honorarios de auxiliares de la justicia, el artículo 388 del C. de P.C. fue modificado por el artículo 41 de la ley 794 de 2003, en el sentido de adicionar que el juez debe señalar los honorarios a los auxiliares de la justicia, conforme con *los parámetros que fije el Consejo Superior de la Judicatura*, una vez hayan finalizado su cometido, o una vez aprobadas las cuentas mediante el trámite correspondiente si quien ejerce el cargo estuviere obligado a rendirlas.

Otra adición tiene que ver con los honorarios que se les fije a los curadores ad litem. Se expresó con anterioridad que en el auto de designación del curador ad litem, el juez señalaba los gastos de curaduría, los que debía sufragar la parte interesada; y que el pago podía realizarse mediante consignación a órdenes del juzgado o directamente al auxiliar, pago que debía encontrarse acreditado en el expediente. Esta suma no tiene ninguna relación con los honorarios y sólo hace referencia a los gastos de curaduría.

En cuanto a los honorarios del curador ad litem, estos "se consignarán a órdenes del despacho judicial, quien autorizará su pago al momento de terminación del proceso o al momento en que comparezca la parte representada por él". No existe claridad en cuanto al momento en que el juez les fija a estos auxiliares los honorarios, vale decir si dichos honorarios los señala al momento de su designación o al terminar su labor por las causas atrás señaladas. Corresponde a la doctrina aclarar este interrogante.

El último inciso del artículo 41 de la ley 794 de 2003 no estaba contemplado en artículo 388 anterior. Señala este que : "Cuando haya lugar a remuneración o reembolso de honorarios por concepto de un dictamen pericial, en ningún caso se podrán exceder las tarifas señaladas por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales deberán ser fijadas dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley "

Este inciso final, conforme lo dispuesto por el artículo 70 de la ley referida entró a regir a partir de su promulgación

Un tema que tiene que ver con los auxiliares de la justicia es el relativo a la responsabilidad del Estado por la actuación de estos. El Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 8 de 1991 consideró que al prescribir el artículo 2º de la C.P. que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares ", recalcó que " no solamente el Estado, sino también los particulares tienen deberes sociales que cumplir, para de esta manera lograr los fines esenciales de la comunidad derivados no solamente de la relación individuo – Estado, sino también sociedad-estado, idea que vuelve a consagrarse en el artículo 95 del nuevo texto constitucional cuando enlista como deberes de la persona y el ciudadano el de: "7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia". Señala la misma Corporación que cuando los auxiliares de la justicia actúan en detrimento de los deberes que la Constitución y las leyes les imponen, no solamente pueden llegar a comprometer,

por acción u omisión, la responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de los daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros.

“ Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. Claro está, que “ En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo. Así lo sea transitoriamente aquel deberá repetir contra éste”, según claras voces del artículo 90 Constitución Nacional ”.

3. PROCESOS DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA

3.1. Antecedentes.

En sentencia del 27 de marzo de 1973, la Corte Suprema de Justicia expresó que a través de la declaración de pertenencia, se cumplen dos funciones, simultáneas, pero diferentes: adquirir el dominio y los derechos reales (artículo 2518 C.C.), cuando no se ejercitan durante el transcurso de cierto tiempo (artículo 2535). La primera es la denominada adquisitiva. La segunda, la extintiva.

Hasta 1928, la prescripción sólo se podía hacer valer como excepción. Se necesitaba que el propietario demandara a quien estuviera poseyendo su bien. Al expedirse la ley 120 de 1928 se consagró la acción de pertenencia a favor de quien tuviera a su favor una prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria. El poseedor se encontraba facultado para acudir a la jurisdicción a fin de que se le declarara dueño del bien, o de la parte poseída realmente.

Este estatuto presentaba una deficiencia, como el efecto restringido de las sentencias. La ley 53 de 1943 se ocupó de este aspecto y le dio carácter erga omnes a dichos fallos.

El decreto 59 de 1938, reglamentario de la ley 200 de 1936, definió el predio rural acudiendo a su ubicación, es decir, el situado a una distancia mayor de cien metros de las últimas edificaciones que integran el núcleo urbano de la respectiva población.

El C. de P. C. de 1970 consagró el trámite para la declaración de pertenencia.

La ley 4ª. de 1973 reformó el artículo 12 de la ley 200 de 1936 sobre la presunción de buena fe en el poseedor que invoca la prescripción agraria.

El trámite consagrado en el C. de P. C. no trajo los efectos deseados, por ser este dispendioso y oneroso para los campesinos poseedores interesados en obtener el título de propietario.

Se expidió, entonces el decreto 508 de 1974, mediante el cual se creó un procedimiento para la declaración de pertenencia de predios rurales menores de 15 hectáreas, para los eventos de las prescripciones ordinarias, extraordinarias y agrarias.

Posteriormente se expidió la ley 9ª. De 1989. En algunos de los asuntos que contempla se refiere a ciertos inmuebles urbanos considerados como vivienda de interés social, respecto de los cuales señala los términos para las prescripciones ordinaria y extraordinaria, en 3 y 5 años, respectivamente. Para estos casos, los poseedores no están obligados a acompañar como anexos certificados del registrador, ni tampoco se consagra la consulta de las sentencia cuando estas acojan las pretensiones de la demanda. Al parecer, la citada ley se adelantó a la ley 794 de 2003 en materia de consultas de sentencia tratándose de procesos de pertenencia. Igualmente, aquella ley consagró la asesoría jurídica gratuita por parte de funcionarios del I.C.T., hoy Inurbe para los interesados y sin costo alguno.

Con ocasión de la expedición de la ley 388 de 1997 se dispuso que el trámite de declaración de pertenencia para viviendas de interés social fuera el del proceso abreviado.

3.2 La prescripción adquisitiva de dominio frente al ejercicio del derecho de acción y a las defensas del poseedor.

La Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades ha señalado que la usucapión se ejerce como acción, tal como se desprende de la sentencia del 29 de septiembre de 1977, ratificada por la sentencia de fecha 10 de octubre de 1994. Si el poseedor pretende que se declare propietario por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio debe formularla en ejercicio del derecho de acción. Si el poseedor es demandado por el propietario del bien respecto del cual se encuentra poseyendo, debe proponer demanda de reconvencción en que ejercite, como acción, la prescripción adquisitiva que invoque.

Proponer la prescripción como excepción es aspirar solamente a que el derecho del demandante no prospere.

La Corte, en el fallo de 1977, ya aludido, acogió el criterio de que si la prescripción adquisitiva se proponía como excepción perentoria, sin formular demanda de reconvención, el juez no la declaraba probada, es decir que debía rechazarla por haberse propuesto la prescripción como excepción. Sería incorrecto negar la prescripción, porque una deficiencia en su denominación no debía dar pie para negarla.

En la sentencia de 1995, expresó la Corte: "Si el demandado en juicio reivindicatorio adquirió por prescripción extraordinaria el dominio de la finca disputada, pero se limita a alegar la prescripción extintiva de la acción del demandante, el hecho de que la sentencia absolutoria no hubiere hecho la declaración de la prescripción adquisitiva del dominio por no haberla alegado el demandado, no significa que él carezca del derecho y pueda en cualquier tiempo alegarlo como título adquisitivo de dominio".

El artículo 2513 del C. C. dispone que el que quiera aprovecharse de la prescripción deberá alegarla y que el juez no podrá reconocerla de oficio, norma consecuente con el artículo 306 del C. de P. C. El primero de ellos fue adicionado por la ley 791 de 2002, en su artículo 2º. Al disponer: "La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella".

3.3 Competencia y trámite de la declaración de pertenencia

3.3.1 Trámite exclusivo del artículo 407 del C. de P. C.

Este trámite se aplica cuando el objeto del proceso recae sobre bienes muebles, bienes inmuebles urbanos, bienes rurales que no tengan el carácter de agrario por no derivarse de ellos ninguna relación jurídica sustancial agraria, como fincas de recreo.

El competente para conocer de estos proceso será el Juez Civil del Circuito del lugar de ubicación del inmueble (aspecto naturaleza del asunto del factor objetivo y fuero real exclusivo del factor territorial).

3.3.2. Legitimación activa (parte demandante)

3.3.2.1 Poseedor

El poseedor es la persona que ha tenido el bien con ánimo de señor y dueño durante el tiempo señalado en la ley para alegar la prescripción adquisitiva de que se trata.

3.3.2.2 El acreedor

El acreedor no obra en nombre propio, sino en nombre de su deudor –poseedor, renuente o que hubiere renunciado a la prescripción.

Se trata de un caso del ejercicio de la *acción oblicua* o de *legitimación extraordinaria* conforme a las voces de la doctrina Italiana. Constituye una facultad legal otorgada al acreedor del poseedor renuente o que hubiere renunciado a la prescripción para que en su nombre solicite la declaración de pertenencia y obtenga en sentencia la declaración de propietario para que el bien ingrese al patrimonio de este último y aquel tenga a su favor una garantía para la satisfacción de su crédito.

Aunque no es de frecuente ocurrencia, es conveniente plantear algunos interrogantes y cuyas respuesta no son unánimes en la doctrina.

1º) ¿ Si la ley legitima al acreedor para que solicite la declaración de pertenencia en nombre de su deudor, será necesaria o no, la comparecencia del poseedor?

El poseedor podrá intervenir como litisconsorte facultativo ⁸

El poseedor deberá ser citado porque se trata de un litis consorcio necesario ⁹

Se trata de un litis consorcio cuasi necesario, o de intervención litis consorcial de terceros, según clasificación del C. de P. C. (artículo 52 inciso 3º.) ¹⁰

Esta última posición parece ser la que más se acomoda al interrogante planteado. La segunda opinión tendría aplicación si el propietario demandado formulara demanda de reconvención de carácter reivindicatorio .

⁸ Devis Echandia, HERNANDO. " El Proceso Civil. Parte Especial ". Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1991, p.588.

⁹ López Blanco, HERNAN FABIO. "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano". Séptima Edición, Parte Especial, Tomo II. Dupré Editores, Bogotá, 1999, ps. 57 y s.

¹⁰ Bejarano Guzmán, RAMIRO. " Los Procesos Declarativos ". Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 76.

Es conveniente observar que con la adición del inciso 2º. al artículo 2513 del C. de C. ya referido, la legitimación extraordinaria u acción oblicua del acreedor frente a su deudor- poseedor tiene lugar:

- a) En el proceso de declaración de pertenencia por el trámite del artículo 407 del C. de P. C.
- b) En el proceso ordinario reivindicatorio cuando el demandado es el deudor del acreedor; en este caso podrá invocar en su nombre la prescripción, bien mediante demanda de reconvención, o excepción de mérito de prescripción extintiva.

2º) ¿Constituye el título ejecutivo que acredita la relación jurídica sustancial entre acreedor y deudor, anexo de la demanda?

La prueba de la existencia de esa relación estructura el presupuesto sustancial de la *legitimación en la causa*, y en consecuencia no es anexo obligatorio que debe acompañarse a la demanda.

3.2.2.3 El comunero

El comunero esta legitimado para demandar, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Posesión del terreno o parte de él con exclusión de los demás comuneros.
- b) Posesión por el término de la prescripción extraordinaria de dominio.
- c) Que la posesión consista en una explotación económica.
- d) Posesión sin acuerdo de los demás comuneros, o sin autorización del administrador de la comunidad o disposición de autoridad judicial.

3.2.2.4 El propietario

Aunque a primera vista parece contradictorio y faltar a toda lógica, el propietario puede solicitar la declaración de pertenencia para depurar su título de vicios y terminar con expectativas de terceros. Así lo expresa la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de julio de 1979. El propietario al lograr su cometido en la sentencia, no sólo obtiene la mejor prueba de que el título de propiedad existe, "sino que así alcanza la limpieza de los posibles vicios que su primitivo título ostentare y termina con las expectativas y con los derechos que los terceros tuvieran sobre el mismo bien». En este caso, la demanda del propietario debe ser lo más explicativa posible, especialmente en sus hechos, como expresar allí que el demandante figura como propietario; que la finalidad del proceso es el depurar

vicios o terminar con las expectativas de un tercero sobre el bien, por ejemplo, que el bien lo adquirió por el modo de la sucesión y se lo adjudicaron en su totalidad por no haber concurrido al proceso de sucesión otro u otros herederos con iguales derechos hereditarios. En este evento, el propietario como no podrá tener las calidades de parte actora y demandada, demandará a personas indeterminadas.

3.3.3 Legitimación pasiva

Tendrá el carácter de demandado en este proceso toda persona que figure como titular de derechos reales principales sobre el bien cuya prescripción se solicita. Si en el certificado del registrador no figura ninguna persona como titular de derechos reales principales, la demanda se dirigirá contra indeterminados.

3.3.4 Improcedencia de la declaración de pertenencia

Dispone el numeral 4º. del artículo 407 que la declaración de pertenencia no procede cuando se solicite sobre bienes de uso público o de entidades de derecho público. Es conocida la clasificación de los bienes del estado, en bienes de uso público (imprescriptibles por mandato del artículo 2519 del C. de C.), bienes fiscales adjudicables (imprescriptibles según el artículo 61 del C.F. y el artículo 3º. de la ley 48 de 1882) . En materia de bienes fiscales, que son aquellos con contenido patrimonial, para el C.C., en su artículo 2517, estos serían susceptibles de prescripción, no así para el C. de P. C. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 1978, trajo como argumento lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 153 de 1887: " Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiera principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción".

Recientemente, en sentencia C-530 de 1996, la Corte Constitucional al declarar exequible el inciso 4º. Del artículo 407, tal como fue modificado por el decreto 2282 de 1989, expresó: " Uno de los fines esenciales del Estado es el de " servir a la comunidad", finalidad que se cumple cuando se prestan los servicios públicos. Y los bienes fiscales, en general, están destinados a garantizar la prestación de los servicios públicos. Tanto los bienes afectos a un servicio público, como aquellos que no lo están pero podrían estarlo en el futuro.

Como, en últimas, esos bienes pertenecen a la comunidad, merecen un tratamiento especial que los proteja, en bien de toda la sociedad».

Interesante el interrogante planteado en la doctrina y originado con la aplicación de las normas del C. de P. C. de 1970: el poseedor que al entrar a regir este estatuto hubiere cumplido con los requisitos para la existencia de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio y demandara en vigencia de la misma disposición podría obtener la declaración de pertenencia de un bien fiscal? para algunos se trata de una situación que constituye un derecho adquirido, y en consecuencia el estado debe convertirlo en propietario a través de este proceso de declaración de pertenencia ¹¹

Para otros no puede predicarse que el poseedor tuviera derechos adquiridos, por cuanto a esta situación se llegaría en el evento en que una sentencia lo llegara a declarar propietario¹²

Existan o no derechos adquiridos, en la situación planteada, el poseedor que hubiera cumplido con todas las exigencias para la prescripción extraordinaria de dominio podía demandar y obtener sentencia a su favor, como consecuencia de que su derecho se consolidó en vigencia de una ley anterior que permitía prescribir en contra del Estado.

Se podría plantear un nuevo interrogante para que los lectores juzguen sobre las bondades o bien una posible injusticia de la disposición: Una persona viene poseyendo un bien de propiedad privada: faltando un año para que se consuma la prescripción, el propietario transfiere el bien poseído a una entidad de derecho público. Transcurre el tiempo para consolidarla y solicita la declaración de pertenencia. No existe duda alguna que de que el Juez debe negar las pretensiones de la demanda.

3.3.5 Anexos de la demanda

A la demanda deberá acompañarse un certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos donde conste la titularidad de los derechos reales principales, o bien que no aparece ninguno como tal. Aunque el numeral 5º. del artículo 407 se refiere a bienes inmuebles sujetos a registro, el mismo requisito se exige cuando se trata de bienes muebles sujetos a registro, como sucede con los vehículos automotores y las navés marítimas y fluviales y las aeronaves, que se encuentran sometidos a registro especial en oficinas de tránsito terrestre, capitanías de puerto, y en la aeronáutica civil, respectivamente.

¹¹ López Blanco, HERNAN FABIO. Ob. Cit. , p. 79

¹² Bejarano Guzmán , RAMIRO . Ob.Cit., p. 81.

No reúne la calidad de anexo cuando el registrador se limita a expresar que no le es posible certificar por no existir titulares de derechos reales, o bien certifica que no existen titulares de derechos reales, ante la insuficiencia de los datos suministrados por el interesado. Si el Juez profiriera auto admisorio de la demanda, se presentaría posteriormente una causal de nulidad consagrada en el numeral 9º del artículo 140 del C. de P. C.

Con referencia a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia , en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1978 dijo que si " el certificado del registrador no llena esos requisitos porque se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón, o por otras, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él , ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos reales , entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada".

3.4 Etapas procesales

3.4.1 Primer auto. Si la demanda reúne los requisitos legales, el juez dicta el primer auto, que contendrá

- a) Su admisión, y la orden de notificarla y darle traslado de ella a la persona demandada, la que debe ser determinada, por ser titular del derecho real principal. El término de traslado de la demanda será de veinte días, como en todo proceso ordinario de mayor cuantía.
- b) La orden de inscripción de la demanda, si el objeto del proceso versa sobre bienes sujetos a registro, sin necesidad de otorgamiento de la caución por parte del demandante, ya que esa actuación la toma el juez oficiosamente.
- c) Orden de emplazamiento a las personas indeterminadas que se crean con derechos sobre el respectivo bien, por medio de edicto, el que deberá expresar:
 - A) Datos personales del demandante (nombre de la persona que promovió el proceso) y del proceso (su naturaleza y la clase de prescripción alegada).
 - B) El llamamiento de las personas que se crean con derechos a intervenir en el proceso para que concurran al mismo a más tardar dentro de los quince días siguientes a la fecha en que quede surtido el emplazamiento.
 - C) Datos sobre el bien que se solicita en prescripción, como su ubicación, linderos, nomenclatura, nombre, etc.

3.4.2 Fijación del edicto emplazatorio

Este edicto se fijará por veinte días en lugar visible de la secretaría del juzgado, y durante este término se publicará por dos veces, con intervalos no menores de cinco días calendario, en un diario de amplia circulación en el lugar que designe el juez, al igual que en una emisora, si allí la hubiere. El edicto, para el último evento se debe difundir entre las siete de la mañana y las diez de la noche. Las páginas del diario que contienen la publicación deberán anexarse a la actuación, al igual que una constancia autenticada sobre su transmisión expedida por el director o administrador de la emisora, documentos que se agregarán a la actuación.

Es posible acompañar una copia informal del diario donde se publicaron los dos edictos, conforme a la disposición general del artículo 318 del C. de P. C., modificado por el artículo 30. Sin embargo, para evitar dudas sobre si este nuevo artículo se aplica a la regla 7ª. del artículo 407 del mismo estatuto, es conveniente el que se anexasen al expediente las páginas del diario. Lo mismo se puede predicar de la constancia del administrador o funcionario de la emisora, en cuanto a si se puede acompañarla sin previa autenticación.

3.4.2.1 Término para que se entienda surtido el emplazamiento.

Transcurrido el término de fijación del edicto emplazatorio, este se desfijará, y se dejarán transcurrir quince días más (a partir de la expiración del término de fijación del edicto emplazatorio) para que se entienda surtido el emplazamiento respecto de las personas indeterminadas, a quienes se les designará curador ad-litem, quien ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso. Queda entendido, aunque la norma no lo diga expresamente, que a este auxiliar de la justicia se le debe discernir el cargo, notificársele el auto admisorio de la demanda, para que la conteste dentro del mismo término concedido al demandado, persona determinada. Son dos los traslados, uno para la persona demandada como titular de derechos reales, y el otro para el curador ad-litem de las personas indeterminadas.

Situación diferente se presenta cuando el demandante no conozca el domicilio o la residencia del demandado, o su habitación y lugar de trabajo; o se encuentre ausente y se desconozca su paradero, porque el juez en el auto admisorio de la demanda ordenará su emplazamiento, el que deberá surtirse por el trámite del artículo 318 del C. de P. C. Antes de la reforma a este artículo, se planteaba la posibilidad de que se emplazaran mediante un solo edicto al demandado determinado y a los indeterminados (para el primero con una sola publicación). Con la redacción del nuevo artículo 318 del C. de P. C. (artículo 30 de la ley 794 de

2003) no es aconsejable porque no se exige la fijación del edicto emplazatorio en la secretaría del juzgado por el término de 20 días, por lo que si se llegara a dar esta situación, podría presentarse posteriormente una causal de nulidad procesal, conforme al artículo 140, numeral 8º.

Si dentro del término señalado en el edicto emplazatorio (a más tardar dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que quede surtido el emplazamiento) se presenta alguna persona, esta tendría la oportunidad de contestar la demanda, pero de todas maneras el juez procederá a designar curador ad-litem por que las personas indeterminadas nunca podrán intervenir en su totalidad al proceso.

Respecto al nombramiento de curador ad-litem para las personas indeterminadas y el demandado que se encuentra en la situación anterior, es factible que se designe uno solo para que lleve la representación en el proceso de todos.

3.4.2.2 Término para contestar la demanda.

Para las personas determinadas demandadas, el término para contestar la demanda es de veinte días y se contará a partir de la notificación en legal forma del auto admisorio de la demanda.

Para las personas indeterminadas, dicho término será de quince días y se empezará a contar a partir de aquel en que el emplazamiento quede surtido.

Transcurrido este último término, la persona que concurra tomará el proceso en el estado en que se encuentra.

Una solución más efectiva para que la persona que se considera con derecho a intervenir en el proceso, por ejemplo que pretenda la calidad de poseedor, sobre el predio que se solicita en prescripción por el poseedor demandante, sería la de intervenir como tercero en la modalidad consagrada en el artículo 53 del C. de P. C. (ad excludendum), cuyo ingreso al proceso precluye con la sentencia de primera instancia.

3.4.2.3 Etapas subsiguientes del proceso

En este proceso no habrá lugar a la audiencia del artículo 101 del C. de P.C. por expresa disposición del artículo 407 en su numeral 12; igualmente, no procede la audiencia de conciliación que consagra el decreto 2651 de 1991, porque la declaración de pertenencia no constituye derecho disponible por las partes, y por

ende no es susceptible de transacción, y además porqué en este proceso siempre actuará curador adlitem .

La Etapa probatoria

Finalizada la etapa de la litis contestatio, el juez decretará pruebas, cuyo término será de cuarenta días.

En esta etapa, el juez deberá decretar y practicar (forzosamente) una inspección judicial al bien pretendido en declaración de pertenencia para constatar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión que alega el demandante. El no practicarla, omisión poco probable, originaría una irregularidad, más no una nulidad procesal, según criterio unánime de la doctrina. Como esta prueba tiene una finalidad específica, la de acreditar la posesión alegada por el demandante y los hechos de su demanda, la sentencia podría ser de fondo pero desfavorable al actor. En la situación planteada, el juez de segunda instancia, en caso de apelación, deberá ordenar esta prueba .

La etapa de alegaciones

El juez, conforme al trámite del proceso ordinario de mayor cuantía deberá dar traslado a las partes para que presenten sus alegatos dentro de un término común de ocho días.

La etapa decisoria

En la parte resolutive de la sentencia (sí fuere favorable al actor) declarará la prescripción solicitada , se cancelará la medida cautelar y se ordenará su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar. Una vez en firme producirá efectos *erga omnes*, vale decir contra todas las personas, hubieran intervenido o no en el proceso, efecto que se encuentra en consonancia con el inciso 5º. del artículo 332 del C. de P. C.

3.4.2.4 Consulta de la sentencia

Consagraba el numeral 11 del artículo 407 que la sentencia que acogiera las pretensiones de la demanda se consultaría y que una vez en firme produciría efectos erga omnes.

Este numeral fue derogado por el artículo 70, ordinal c) de la ley 794 de 2003.

3.3.2 Proceso ordinario agrario para la declaración de pertenencia

3.3.2.1 Procedencia

1º Proceso ordinario agrario , con las disposiciones del artículo 407 del C.C.

Se acude al proceso ordinario cuando se trata de solicitar declaraciones de pertenencias en predios agrarios explotados económicamente , sea que se invoque la prescripción ordinaria , extraordinaria o agraria.

El competente para conocer de este asunto lo será el juez agrario del lugar de ubicación del inmueble , pero ante la falta de designación de aquellos la competencia la tienen los jueces del circuito.

Si el respectivo predio en cuestión (con explotación económica, se recalca) excede de quince hectáreas , el trámite será el del proceso ordinario agrario , pero sometido a las reglas especiales del Capítulo III del Título XXI ,Libro Tercero del C. de P. C. , por mandato expreso del artículo 62 del decreto 2303 de 1989.

Al integrarse los dos trámites se llegaría a las siguientes etapas:

Demanda, admisión , notificación , traslado y contestación y etapas subsiguientes

Conforme al artículo 54 del decreto 2303 de 1989 , la demanda, su admisión, traslado y contestación se sujetarán a lo dispuesto en los capítulos I y II del Título VII, Libro II Segundo del C. de P. C. , y a los artículos 27 y 28 del decreto .

El primero de ellos señala que si la demanda se formula ante juez incompetente ordenará su remisión , con sus anexos , a quien fuere competente , dentro de la misma jurisdicción. El segundo artículo se refiere a la demanda presentada sin los requisitos exigidos por las correspondientes disposiciones pertinentes , el juez, mediante auto, señalará los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane o corrija en el término de cinco días, y si así no lo hiciere la rechazará.

El término de traslado será de 10 días.

Procederá la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado mediante aviso para el demandado o demandados que habiten en zona rural, siempre que no hubiere sido posible su notificación personal dentro de los dos días siguiente a

la fecha de la respectiva providencia. El aviso se fijará en la puerta de acceso al lugar donde habita o trabaja la persona que deba ser notificada, o en la casa principal o en sitio visible del predio de que se trata. Copia del aviso será entregada a la persona que manifieste trabaje o habite en dicho lugar, quien firmará la copia que debe conservar el notificador, la cual se agregará al expediente. Si se niega a firmar, se dejará la respectiva constancia.

En forma simultánea se fijará el aviso en un sitio que a consideración del juez sea de concurrencia pública y se leerá por medio de una radiodifusora del lugar o de la región, si la hubiere.

De la fijación del aviso y de la radiodifusión del mismo se dejará constancia en el expediente.

Salvo disposición legal en contrario, la notificación se entenderá surtida dos días después de la fijación del aviso en uno de los sitios señalados en el inciso primero de este artículo (artículo 49). Si el demandado reside en zona urbana se aplicarán las normas pertinentes del C. de P. C.

La anterior norma (artículo 49) sirvió de modelo para reformar el artículo 320 del C. de P. C. Esta disposición, con la modificación de la ley 794 de 2003, en su artículo 30, suprime los diez días a partir de aquel en que se tiene por notificado el aviso, para que el demandado se notifique personalmente del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, y ante esta negativa, el emplazamiento conforme al artículo 318 del mismo código.

¿Podría pensarse que con unificación normativa en este aspecto de notificaciones se estaría gestando la agrarización de la jurisdicción ordinaria en materia civil?

El período probatorio es de veinte días, el que podrá ser ampliado cuando el juez lo considere justificado (artículo 59).

3.3.3 Trámite del decreto 508 de 1974 sobre saneamiento de la pequeña propiedad rural .

3.3.1 Procedencia y competencia

Se aplica el proceso ordinario agrario, junto con las disposiciones del decreto 508 de 1974 cuando se invoque la prescripción ordinaria, extraordinaria o agraria de predios rurales, esta última regulada en el artículo 12 de la ley 200 de 1936, modificado por la ley 4ª. de 1973, artículo 4º, siempre que sean inferiores a

quince hectáreas y que se encuentren ubicados fuera de los límites legalmente determinados del área de la población respectiva. Para el caso de no existir disposición legal que señale el área de la población, se entenderá por tal (predio o fundo real) el que se halle situado a una distancia superior de cien metros de las últimas edificaciones que conformen el núcleo urbano de la respectiva población o caserío (artículo 1º., parágrafo 1º del decreto 508 de 1974).

Se podrá demostrar que el predio rural no excede de quince hectáreas con certificaciones que expidan el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora" o la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. También se podrá acreditar la extensión de este predio acudiendo a la prueba anticipada de inspección judicial, con o sin, intervención de peritos (artículo 294 del C. de P. C.), etc. (parágrafo 2º del decreto 508 de 1974).

El competente para conocer de este asunto es el juez agrario (artículo 8º del decreto 2303 de 1989), pero como aún no están funcionando, su conocimiento se adscribe al juez del circuito del lugar de ubicación del inmueble.

Es obligación para el Incora prestarle asistencia jurídica gratuita a los interesados de escasos recursos económicos para facilitarles el ejercicio de las actuaciones judiciales y financiarles el valor de los gastos que demanda el proceso (artículo 4º del decreto 508 de 1974).

En el auto admisorio de la demanda, el juez ordenará comunicar por escrito la existencia del proceso de que se trate a la Procuraduría General de la Nación, para asegurar, si se considera necesario, la participación oportuna de los procuradores agrarios en el proceso.

El proceso quedará suspendido mientras no se remita dicha comunicación (artículo 5º ibidem).

Es requisito para acudir a este trámite, además de los señalados (predios rurales que no excedan de 15 hectáreas), que la persona que pretenda adquirir dicho predio por prescripción debe haberlo poseído económicamente en los términos del artículo 1º de la ley 200 de 1936, por el tiempo exigido para cada tipo de prescripción (artículo 6º ibidem).

Etapas procesales

En cuanto a la demanda, esta deberá reunir todos los requisitos legales que exige el C. de P. C. e indicar el nombre del predio de que se trata, su localización y

nombre de los colindantes actuales, clase de explotación económica que adelanta el poseedor y el tiempo de la misma (artículo 7º *ibidem*) .

Como anexos a la demanda, fuera de la certificación para acreditar la extensión del terreno, se debe dar cumplimiento al numeral 5º. del artículo 407 del C. de P. C., en cuanto exige el certificado del registrador acerca de la indicación de los titulares de derechos reales , o de que no existen.

En consideración a que el decreto 508 de 1974 no derogó o modificó en su totalidad el artículo 407 del C. de P. C., debe entenderse que el numeral anterior tiene cabal aplicación en este trámite (artículo 3º. De la ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos 71 y 72 del C.C.) .

Para la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado determinado se aplicará lo dispuesto en el artículo 55 del decreto 2303 de 1989 y que remite al artículo 49, ya analizado.

En el auto admisorio de la demanda, el juez ordenará la inscripción de la misma y el emplazamiento de las personas que se crean con derecho a intervenir en el proceso. El edicto emplazatorio se fijará por el término de quince días en la secretaría del juzgado y copia del mismo en la alcaldía del lugar. Dentro del mismo término, el edicto se publicará por tres veces , con intervalos no menores de dos días , en un diario con amplia circulación en el lugar , o en una emisora con sintonía en la región. El medio que debe utilizarse para la publicación del edicto se determinará por el juez.

Transcurridos los quince días para la fijación y publicación del edicto expira dicho término. A partir del último día de fijación del edicto se contarán diez días más. Transcurrido este último término , se entenderá surtido el emplazamiento de las personas indeterminadas, a quienes se les designará un curador ad- litem , que ejercerá el cargo hasta la terminación del proceso. (artículo 8º del decreto 508 de 1974) .

Las personas que comparezcan al proceso tendrán la oportunidad de oponerse dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se entiende surtido el emplazamiento. Vencido este último plazo , quienes comparezcan al proceso , lo tomarán en el estado en que se encuentre.

En el escrito de oposición el interesado podrá solicitar pruebas y acompañar prueba siquiera sumaria que acredite su interés jurídico para oponerse (artículo 10º) .

En este trámite no habrá lugar a la audiencia a la que se refiere el artículo 58 del decreto 2303 de 1989.

El período probatorio será de veinte días, prorrogable por diez días más (artículo 59 *ibidem*) . Conforme lo señala el artículo 11 del decreto 508 de 1974, el juez debe ordenar la práctica de una inspección judicial al predio objeto de la demanda, con intervención de perito, si lo estima necesario. Es deber del juez interrogar en el curso de la diligencia a los vecinos, propietarios , poseedores y tenedores de los predios colindantes , acerca de los hechos de la demanda. Para la práctica de esta prueba el juez podrá comisionar.

Concluida la etapa probatorio , se dará traslado común a las partes por el término de ocho días para que formulen sus alegaciones por escrito (artículo 60 *ibidem*).

Si la sentencia fuere favorable al demandante declarará la prescripción alegada y ordenará el envío de copia de la misma a la oficina de registro correspondiente para efectos de su inscripción, sin ningún costo para el actor (artículo 13 del decreto 508 de 1974) .

En cuanto a la consulta de la sentencia cuando esta sea desfavorable al actor , tal como lo señalaba el artículo 12 del decreto 508 de 1979 , ya no habrá lugar a ella, por mandato expreso del ordinal c) del artículo 70 de la ley 794 de 2003.

LOS USOS DE LA BIOGRAFÍA

En : Annales 44 Année - No. 6, Noviembre - diciembre, 1989, pp. 1325-1337.

GIOVANNI LEVI

Traducción: Annaig Gautier

Revisión del texto: Jairo Gutiérrez Ramos

Digitación y edición: Doris Lamus Canavate

LOS USOS DE LA BIOGRAFÍA

En : Annales 44 Année - No. 6, Noviembre - diciembre, 1989, pp. 1325-1337.

GIOVANNI LEVI

LOS USOS DE LA BIOGRAFÍA – GIOVANNI LEVI
AUTOR: TRADUCCIÓN DEL (IDIOMA): ANNAIG GAUTIER – JAIRO GUTIERREZ RAMOS – DORIS LAMUS CANAVATE

DIRECCION: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 03/06/2003

DESCRIPTORES: Biografía, Historia, Investigación social, Historiografía, Ciencias sociales

RESUMEN: Traducción realizada por Annaig Gautier, Jairo Gutierrez Ramos, Doris Lamus Canavate de un artículo de Giovanni Levi sobre el uso de la biografía.

KEY WORDS: Biography, history, social sciences, social investigation

ABSTRACT: Translation of the paper written by Giovanni Levi on the utilization of Biography.

MOTS CLEFS: Biographie, histoire, recherche sociale, sciences sociales

SYNTHESE: Traduction de l'article écrit par Giovanni Levi sur l'utilisation de la Biographie

1 Raymond Queneau anota que “hubo épocas en las cuales se podía contar la vida de un hombre haciendo abstracción de todo acontecimiento histórico”. Se podría decir también que hubo épocas – que quizás nos sean más cercanas – en las cuales era posible contar un acontecimiento histórico haciendo abstracción de todo destino individual. Vivimos hoy una fase intermedia: más que nunca la biografía se encuentra en el corazón de las preocupaciones de los historiadores, pero muestran claramente sus ambigüedades. En ciertos casos, se recurre a ella con el fin de subrayar la irreductibilidad de los individuos y de sus comportamientos a sistemas normativos generales, en el nombre de la experiencia vivida; en otros casos, sin embargo, es percibido como el lugar ideal donde probar la validez de hipótesis científicas acerca de las prácticas y el funcionamiento efectivo de las leyes y de las reglas sociales. Arnaldo Momigliano subrayó a la vez la ambigüedad y la fecundidad de la biografía: por un lado “no es sorprendente que la biografía se esté instalando en el centro de la investigación histórica. Mientras las premisas del historicismo hacen más complejas casi todas las formas de historia política y social, la biografía sigue siendo algo relativamente sencillo.

Un individuo posee límites claros, un número restringido de relaciones significativas... la biografía se abre a todo tipo de problemas, dentro de fronteras bien definidas". Por otro lado, sin embargo, "¿serán los historiadores algún día capaces de enumerar los innumerables aspectos de la vida? La biografía tiene un rol ambiguo en la historia: puede constituir un instrumento de la investigación social o, al contrario, proponer un medio para huir de ella".

No tengo intenciones de volver sobre un debate, desde siempre inherente a las ciencias sociales y a la historiografía, y que Pierre Bourdieu ha calificado con su ferocidad saludable de absurdo científico. Pienso sin embargo, que en un período de crisis de los paradigmas y de puesta en tela de juicio fecunda de modelos interpretativos aplicados al mundo social, el reciente apasionamiento de los historiadores por la biografía y la autobiografía, invita a algunos comentarios que podrían contribuir a la reflexión llamada por el editorial los *Annales* (No. 2, 1988). En mi opinión, la mayoría de los interrogantes metodológicos de la historiografía contemporánea se hacen acerca de la biografía, especialmente las relaciones con las ciencias sociales, los problemas de niveles de análisis, las relaciones entre reglas y prácticas y los problemas, complejos, de los límites de la libertad y la racionalidad humanas.

2. Un primer aspecto significativo interesa o concierne a las relaciones entre historia y relato. La biografía constituye, en efecto, la vía privilegiada por la cual los cuestionamiento y las técnicas propios de la literatura se llevan a la historiografía. Se ha debatido mucho este tema que concierne sobre todo a las técnicas argumentativas que usan los historiadores. Liberada de las ataduras documentales, la literatura se acomoda de una infinidad de modelos y de esquemas biográficos que han en gran parte, influido a los historiadores. Esa influencia más a menudo indirecta que directa, ha sugerido problemas interrogantes, y esquemas psicológicos o comportamentales que llevan al historiador a obstáculos documentales a menudo insuperables: a propósito por ejemplo de los gestos y de los pensamientos de la vida cotidiana, de las dudas y de las incertidumbres del carácter fragmentario y dinámico de la identidad y de los momentos contradictorias de su construcción.

Por supuesto, las exigencias de los historiadores y de los novelistas no son las mismas, aunque se hallan acercado poco a poco. Nuestra fascinación de archivistas para las descripciones imposibles de apuntalar por falta de documentos, alimenta tanto la renovación de la historia narrativa, como el interés por nuevos tipos de fuentes donde se podrían descubrir indicios dispersos de los actos y de las palabras de la vida cotidiana. Además, ha reavivado el debate sobre las técnicas argumentativas y sobre la manera como la investigación es transformada en acto de comunicación por intermedio de un texto escrito.

¿Se puede escribir la vida de un individuo? La pregunta, que despierta puntos importantes para la historiografía, es a menudo obviada por medio de algunas simplificaciones que utilizan como pretexto la ausencia de fuentes. Mi objetivo es el de mostrar que no se trata aquí de la única y ni siquiera de la principal dificultad. En muchos casos las distorsiones más obvias provienen del hecho de que en tanto historiadores, nos imaginamos actores históricos obedeciendo a un modelo de racionalidad anacrónico y limitado. Siguiendo en ello una tradición biográfica establecida y la retórica misma de nuestra disciplina, nos hemos conformado con modelos que asociaban una cronología ordenada, una personalidad coherente y estable, acciones sin inercia y decisiones sin incertidumbres.

3. Con razón, Pierre Bouedieu ha hablado sobre este tópico de "ilusión biográfica" estimando que era indispensable reconstruir el contexto, la "superficie social" sobre la cual actúa el individuo, en una pluralidad de campos, en cada instante. Pero la duda sobre la misma posibilidad de la biografía es un factor recurrente. La biografía pública, ejemplar, moral no ha sido objeto de una puesta en tela de juicio progresiva; se ha tratado más bien de oscilaciones, siempre en relación estrecha con momentos de crisis en la definición de la racionalidad, con los momentos donde el enfrentamiento entre individuo e instituciones se hacía más agudo. Fue, de manera obvia, el caso durante buena parte del siglo XVIII, con el debate que se abrió sobre la posibilidad de escribir la vida de un individuo. Empezando con la novela (Sterne, Diderot), porque se esforzaba por construir la imagen de un hombre complejo, contradictorio, cuyo carácter, opiniones y actitudes estaban en permanente formación, esta crisis afecta la autobiografía (Rousseau) y finalmente la biografía propiamente dicha. Esta época presenta numerosas analogías con la nuestra: la conciencia de la divergencia entre el personaje social y la percepción de sí mismo adquirió una intensidad particular. Los límites de la biografía fueron entonces claramente percibidos, mientras se asistía al triunfo del género biográfico.

Marcel Mauss describió la diferencia entre personaje social y percepción de sí mismo en estos términos: " Es obvio, sobre todo para nosotros, que nunca ha habido ser humano que haya tenido el sentido no solamente de su cuerpo, sino también de su individualidad espiritual y corporal a la vez". Sin embargo, este sentido del yo no corresponde a la manera según la cual "en el curso de los siglos a través de numerosas sociedades se elaboró lentamente, no el sentido del "yo", sino la noción, el concepto". En efecto, parece obvio que en ciertas épocas, la noción socialmente construida de sí mismo ha sido particularmente estrecha: en otros términos, lo que era considerado como socialmente determinante y comunicable, no cubría sino de manera muy inadecuada lo que la persona consideraba ella misma como esencial. Este problema, planteado hoy a plena luz es el mismo que el siglo XVIII ya hubo planteado explícitamente.

4. Se puede entonces partir de algunos ejemplos del siglo XVIII. *Tristram Shandy* de Sterne, puede ser considerada como la primera novela moderna, precisamente porque subraya la extrema fragmentación de una biografía individual. Esta fragmentación se traduce por la variación continua de los tiempos, por el recurso a incesantes giros/virajes y por el carácter contradictorio, paradójico de los pensamientos y del lenguaje de los protagonistas. Se puede agregar que el diálogo entre Tristram, el autor y el lector, es una de las rasgos característicos del libro. Es un medio eficaz para construir un relato que de cuenta de los elementos contradictorios constituyendo la identidad de un individuo y de las diferentes representaciones que se puede tener de él según los puntos de vista y las épocas.

Diderot fue un gran admirador de Sterne. Compartía con él las concepciones acerca de la biografía que juzgaba incapaz de captar la esencia de un individuo. No es que haya rechazado el género biográfico; pensaba, más exactamente que la biografía, aunque incapaz de ser realista, tenía una función pedagógica en tanto presentaba personajes célebres u develaba sus virtudes públicas y vicios privados. Varias veces Diderot, además, acarició el proyecto de escribir una autobiografía, antes de concluir en su imposibilidad. Sin embargo, su obra está cargada de alusiones autobiográficas, de los cuales se encuentran los ejemplos más característicos, en el estado de fragmentos, en *Jacques Le Fataliste*. Aquí, el problema de la individualidad es resuelto por el recurso al diálogo: el joven Jacques y su viejo maestro tienen cada uno su vida propia e intercambian puntos de vista e, incluso, a menudo, sus roles. De esta colaboración dialógica y acordada nace un personaje (en gran parte autobiográfico) que parece a la vez joven y viejo. Verdad e ilusión literaria, autobiografía y multiplicación de los personajes, toman lugar en esta oscilación; cada momento particular, tomado aisladamente, no puede ser sino una deformación en relación con la construcción de personajes que no obedecen a un desarrollo lineal y que no siguen un itinerario coherente y orientado.

Pasemos ahora a un ejemplo clásico de autobiografía: *les Confessions* de Rousseau. A primera vista, este ejemplo parece contradecir la impresión que en la segunda mitad del siglo XVIII, se ha dudado de la misma posibilidad de realizar un autobiografía. No sólo Rousseau pensó que era posible (quizás para él solamente) contar la vida de un hombre, sino que estimó que este relato podría ser totalmente verídico. Así, las *Confessions* empiezan con este pasaje celebre: "He aquí el único retrato de hombre, pintado exactamente según su naturaleza y en toda su verdad, que exista y que probablemente existirá nunca". De partida, apenas había comenzado a escribir, el autor se ve confrontado a una empresa que quizás sea posible, pero que, de todas maneras, será única: "Formo una empresa que nunca tuvo par y cuya ejecución nunca tendrá imitador". De cierta manera, el futuro lo desmentirá. La acogida recibida por las *Confessions* es bien conocida: Cuando

Rousseau dio su manuscrito para la lectura, fue, según dicen, mal entendido y mal interpretado. La autobiografía era posible, pero no se podía comunicar la verdad de ella. Frente a esa imposibilidad, no de evocar su propia vida, sino de exponerla sin que sea distorsionada o alterada, Rousseau prefirió renunciar. El también pensaba que no existía sino una solución narrativa, la del diálogo, y en los años que siguieron la redacción de las *Confessions* las retomo bajo una forma dialógica, *Jean-Jacques juge de Rousseau*, procediendo así a un desdoblamiento de su personaje. Para Rousseau, así como para Diderot, o Sterne (y previamente Shaftesbury, que fue probablemente el inspirador de esta solución), el diálogo no constituía solamente el medio para crear una comunicación menos equívoca; era también una manera de restituir al sujeto su individualidad compleja liberándolo de los "defectos" de la biografía tradicional que pretendía, como en una investigación entomológica, observarlo y diseccionarlo objetivamente.

Esta crisis, que merecería ser analizada más largamente, partió de la novela para extenderse a la autobiografía, sin embargo solo tuvo un eco limitado en la biografía histórica (aunque conviene detenerse más tiempo sobre la vida de Johnson por Boswell, y en particular al rol de la imaginación en la reconstrucción de los diálogos por el autor. Pero aquí también el problema de la relación entre autor y personaje lleva de regreso a los comentarios previos sobre el desdoblamiento de los puntos de vista). Un compromiso fue encontrado en la biografía moral que, de hecho, renunciaba a la exhaustividad y a la veracidad individuales para buscar un acento más didáctico, agregando a veces pasiones y emociones al contenido tradicional de las biografías ejemplares, es decir, los hechos y gestos del protagonista. Para decir la verdad, esta simplificación supone cierta confianza en la capacidad de la biografía para describir lo que es significativo en una vida. Esta confianza culminará por otra parte, en el positivismo y el funcionalismo con los cuales la selección de hechos significativos acentuará el carácter ejemplar y tipológico de las biografías privilegiando la dimensión pública sobre la privada y considerando como insignificantes las desviaciones de los modelos propuestos.

5. Sin embargo, la crisis resurge en el siglo XX, en relación con la emergencia de nuevos paradigmas en el conjunto de los campos científicos. Crisis de la concepción mecanicista en física, nacimiento del psicoanálisis, nuevas orientaciones de la literatura (basta con citar los nombres de Proust, Joyce, Musil). Ya no son las propiedades, sino las probabilidades que constituyen el objeto de la descripción. La ciencia mecanicista reposaba sobre la estricta delimitación de lo que podía y debía producirse en los fenómenos naturales. Una ley de prohibición la reemplazó que definió al contrario, lo que no puede producirse: a partir de entonces, todo lo que podía advenir sin contradecirla, es considerado hechos. En este contexto se vuelve esencial conocer el punto de vista del observador. La existencia de otra

persona en nosotros mismos, bajo la forma de inconsciente, despierta el problema de la relación entre descripción tradicional, lineal, y la ilusión de una identidad específica, coherente, sin contradicción que no es sino el una "pantalla" o máscara, o incluso, el rol oficial de una miríade de fragmentos y estallidos.

La nueva dimensión que la persona asume con su individualidad no ha sido entonces la única responsable de las perspectivas recientes en cuanto a la posibilidad o imposibilidad de la biografía. De manera reveladora, la complejidad misma de la identidad, su formación progresiva y no lineal, sus contradicciones se han vuelto protagonistas de los problemas biográficos que se plantean a los historiadores. La biografía siguió extendiéndose, pero de manera siempre más controvertida y problemática, dejando subsistir en segundo plano aspectos ambiguos no resueltos que me parecen constituir hoy uno de los lugares de confrontación privilegiados del paisaje historiográfico. Como telón de fondo se encuentra la nueva perspectiva de las estructuras sociales, la puesta en tela de juicio de los análisis y de los conceptos referidos a la estratificación y a la solidaridad sociales, particularmente, incita a presentar de manera menos esquemática los mecanismos a través de los cuales se constituye las redes de relaciones, estratos y grupos sociales. La medida de su solidez y el análisis de la manera como se hace y deshacen las configuraciones sociales, despiertan la pregunta esencial: ¿Cómo se determinan los individuos (conscientemente o no) en relación con el grupo o cómo se reconocen en la clase?.

6. Desde hace años, los historiadores se han mostrado cada vez más conscientes de estos problemas. Sin embargo, las fuentes de las cuales disponemos no nos informan sobre los procesos de elaboración de las decisiones sino solamente sobre los resultados finales de éstas, es decir sobre actores. Esta ausencia de neutralidad de la documentación conduce a menudo a explicaciones monocausales y lineales. Fascinados por la riqueza de los destinos individuales y al mismo tiempo incapaces de controlar la singularidad irreductible de la vida de un individuo, los historiadores recientemente han abordado el problema biográfico de manera muy diversa. Propongo esbozar una tipología de estas perspectivas, parcial, sin duda, pero que pretende iluminar la complejidad no resuelta de la perspectiva biográfica.

a) Prosopografía y biografía modal. En esta óptica las biografías individuales no ofrecen interés sino en la medida que ilustran comportamientos o apariencias ligados a las condiciones sociales estadísticamente más frecuentes. No se trata entonces de verdaderas biografías, sino más exactamente de una utilización de los datos biográficos con fines prosopográficos. Los elementos biográficos que toman lugar en las prosopografías no son considerados históricamente reveladores, sino en cuanto tienen un alcance general. No es un azar que los historiadores de

las mentalidades hayan practicado la prosopografía, mostrando a la vez poco interés para la biografía individual. Michel Vovelle escribió sobre este tópico: "Naturalizando las aproximaciones de la historia social cuantitativa, hemos intentado en el campo mismo de la historia de las mentalidades, proponer esta historia de las masas, de los anónimos, en una palabra, de los que nunca han podido pagarse el lujo de una confesión literaria: los excluidos, por definición de toda biografía".

En el fondo, la relación entre *habitus* de grupo y *habitus* individual que desarrolla Pierre Bourdieu devuelve a la selección entre lo que es común y medible, "el estilo propio de una época, de una clase", y lo que pertenece a "la singularidad de las trayectorias sociales": "de hecho es una relación de homología, es decir de diversidad en la homogeneidad, reflejando la diversidad en la homogeneidad característica de sus condiciones sociales de producción que une los *habitus* singulares de diferentes miembros de una misma clase. Cada sistema de disposiciones individuales es una variante estructural de las otras. El estilo personal no es sino una desviación con relación al estilo propio de una época o de una clase". La infinidad de combinaciones posibles a partir de experiencias estadísticamente comunes a las personas de un mismo grupo, determina así la infinidad de las diferencias singulares", como "la conformidad y la manera del grupo". Aquí otra vez, las desviaciones y extravíos (¿??) una vez señaladas, parecen devueltas a lo que es estructural y estadísticamente propio del grupo estudiado. Esta perspectiva comporta ciertos elementos funcionalistas en la identificación de las normas y de los estilos comunes a los miembros del grupo y en el rechazo, como no significantes, de las desviaciones. Pierre Bourdieu despierta tanto la pregunta del determinismo como la de la escogencia consciente, pero la escogencia consciente es más constatada que definida y el acento parece ponerse más en los aspectos deterministas e inconscientes, sobre las "estrategias" que no son el resultado "de una verdadera intención estratégica".

Este tipo de biografía que se podría llamar modal en tanto que las biografías individuales solo sirven para ilustrar formas típicas de comportamiento o de status, presenta analogías con la prosopografía: de hecho, en ella la biografía no es la de una persona singular, sino más bien la de un individuo que concentra todas las características de un grupo. Es por otra parte un procedimiento corriente el de enunciar primero normas y reglas estructurales (estructuras familiares, mecanismos de devolución de bienes y de autoridad, formas de estratificación o de movilidad sociales...) antes que de presentar ejemplos modales que intervienen en la demostración como pruebas empíricas.

b) Biografía y Contexto. En este primer tipo de utilización la biografía conserva su especificidad. Sin embargo, la época, el medio y las circunstancias, son

fuertemente realzados como tantos factores capaces de caracterizar la atmósfera que explicaría los destinos en su singularidad. Pero el contexto devuelve de hecho a dos perspectivas diferentes. En un caso, la reconstitución del contexto histórico y social en el cual se desarrollan los acontecimientos permite entender lo que parece inexplicable y desconcertante a primera vista. Es lo que Natalie Zemon Davis, haciendo referencia a su trabajo sobre Martin Guerre, define como "reponer una práctica cultural o una forma de comportamiento en el cuadro de las prácticas culturales que son las de la vida en el siglo XVI". Así mismo la interpretación que Daniel Roche propone para entender su héroe, el vidriero Ménétrá, tiende a normalizar comportamientos que pierden tanto más cuanto que su carácter de destino individual, que se revelan típicos de un ámbito social (en este caso el del gremio *compagnonnage* y de los artesanos franceses del final de siglo XVIII) y que contribuyen, a fin de cuentas, al retrato de una época o de un grupo. No se trata entonces de reducir las conductas a comportamientos tipos, sino de interpretar las vicisitudes biográficas a la luz del contexto que los hace posibles y por consiguiente normales.

En un segundo caso, el contexto sirve para llenar lagunas documentales, por medio de comparaciones con otras personas cuya vida presenta alguna analogía en algunos aspectos, con la del personaje estudiado. Se podría recordar aquí que Franco Venturi, en su *Jeunesse de Diderot*, ha reconstruido los primeros años de la vida de su personaje, prácticamente sin documentación directa. "Sin embargo, en su conjunto, algunos fragmentos que nos quedan sobre la primera parte de su vida, o bien tienen un valor puramente anecdótico, o bien se diferencian muy poco de los caracteres generales de la época que fue la de la juventud de Diderot. Para dar interés a una tentativa de reconstrucción de la biografía de sus primeros años, es indispensable ampliar tanto como se pueda, en su entorno, el número de personas y de movimientos con los cuales entró en contacto en aquél entonces, reconstruir alrededor de él su ámbito, multiplicar los ejemplos de otras vidas teniendo algún paralelismo con la suya, hacer revivir otros jóvenes alrededor suyo".

Esta utilización de la biografía se basa en una hipótesis implícita que se puede formular así: Cualquiera sea su originalidad aparente, una vida no puede ser comprendida a través de sus solas desviaciones o singularidades, si no, al contrario, devolviendo cualquier desviación aparente de las normas, mostrando que toma lugar en un contexto histórico que la autoriza. Esta perspectiva ha dado muy buenos resultados que generalmente saben mantener el equilibrio entre la especificidad del destino individual y el conjunto del sistema social. Se puede sin embargo lamentar que el contexto sea a menudo descrito como rígido, coherente y que sirva de tela de fondo inmóvil para explicar la biografía. Los destinos

individuales tienen raíces aquí en un contexto, pero no actúan sobre él, no lo modifican.

c. La biografía y los casos límite. A veces, sin embargo, las biografías son directamente utilizadas para iluminar el contexto. En este caso, el contexto no es percibido en su integridad y en su exhaustividad estáticas, sino a través de sus márgenes. Describiendo los casos límite, son precisamente los márgenes del campo social dentro del cual esos casos son posibles, los cuales son expuestos a la luz. Se puede de nuevo citar aquí el artículo de Michel Vovelle sobre la biografía "El estudio de casos representa el retorno necesario a la experiencia individual, en lo que tiene de significativo, aunque pueda parecer atípico... el retorno a lo cualitativo a través del estudio de casos responde a un movimiento dialéctico en el campo de la historia de las mentalidades. Para mí, más que un rechazo de las perspectivas seriales cuantificadas, es el complemento de ellas, permitiendo este análisis en profundidad, que la cual prefiere a los héroes de primer plano de la historia tradicional estos testimonios sobre la normalidad... o los aportes más ambiguos, pero quizás aún más ricos del testimonio al límite de un personaje en situación de ruptura" (Vovelle remite vía aquí a sus estudios sobre Joseph Sec y sobre Theodore Desorgues¹). Más claramente aún en su biografía de Menocchio, Carlo Ginzburg analiza la cultura popular a través de un caso extremo, en ningún caso modal: "En conclusión, aún un caso límite (...) puede revelarse representativo. Ya sea de manera negativa – porque ayuda a precisar lo que se debe entender en la situación dada por "estadísticamente lo más frecuente". Ya sea positivamente, - porque permite circunscribir las posibilidades latentes de algo(la cultura popular) que no nos es conocida sino a través de una documentación fragmentaria y deformada".

Aquí también el paralelismo con la literatura es sorprendente. El personaje naturalista tradicional pasó de manera progresiva al segundo plano, mientras que el relato de lo absurdo aseguraba, en Beckett, por ejemplo, la solución de los casos extremos. "La principal fortaleza del personaje tradicional de novela provenía de su posibilidad o libertad en iniciar un combate, victorioso o no contra la amenaza de las situaciones extremas. Es ahí donde residía su resorte dramático. Parece que hoy, los legitimistas del "personaje-hombre" no tengan como último expediente el de sustituir situaciones extremas a las situaciones dramáticas... Sus destinos de aventureros, de vagabundos, de excéntrico y rabiosos, parecía salir de un molino mecánico que buscaba hacer nacer el movimiento en las fijeza atípica y las situaciones extremas sin salida". Pero en esta óptica también, el contexto social es a menudo descrito de manera demasiado rígida: dibujando las imágenes de éste, los casos límite amplían la libertad de movimiento de que los actores pueden gozar, pero estos pierden casi todo enlace con la sociedad normal (el caso de Pierre Riviere es, de esta manera ejemplar).

d) Biografía y Hermenéutica. La Antropología Interpretativa ha puesto, sin duda, de relieve el acto dialógico, este intercambio y alternado continuales de preguntas y respuestas dentro de una comunidad de comunicación. En esta perspectiva, el material biográfico se vuelve intrínsecamente discursivo, pero no se logra traducir su naturaleza real, la totalidad de los significados que es susceptible obtener: puede solamente ser interpretada de una manera u otra. Es el mismo acto interpretativo que se vuelve significativo, es decir, el proceso de transformación al texto, de atribución de un sentido a un acto biográfico que podría recibir una infinidad de otros significados. Entonces, el debate sobre el lugar de la biografía en el seno de la Antropología ha entrado en una vía prometedora pero peligrosamente relativista. La historia que se apoya en archivos orales o que busca introducir el psicoanálisis en la investigación histórico-biográfica, no recibe sin embargo su influencia sino de manera intermitente y bastante débil. Aquí también, como en el siglo XVIII el diálogo se encuentra en la base del proceso cognitivo. El conocimiento no es el resultado de una simple descripción objetiva, sino el de un proceso de comunicación entre dos personas o dos culturas .

En el fondo, este aporte hermenéutico parece llegar a la imposibilidad de escribir una biografía. Sugiriendo que se debe abordar el material biográfico de manera más problemática, rechazando la interpretación unívoca de los destinos individuales, ha, sin embargo, estimulado la reflexión de los historiadores. De manera notable los ha conducido a un uso más diestro de las formas narrativas, los ha orientado hacia técnicas de comunicación más respetuosas del carácter abierto y dinámico de las escogencias y de las acciones.

7. Esta tipología de los usos y de las interrogaciones que se encuentran hoy a propósito de la biografía no tiene como ambición agotar el conjunto de las posibilidades o de las prácticas: se podrían mencionar otros tipos, la psicobiografía, por ejemplo, pero comporta tantos elementos equívocos o discutibles que no me parece presentar hoy una importancia significativa. Los grandes tipos de orientación someramente enumerados aquí representa entonces nuevas vías que toman los que buscan usar la biografía como instrumento de conocimiento histórico y reemplazar la tradicional biografía lineal y factual, la cual continúan sin embargo existiendo y portándose muy bien.

No se trata sin embargo si no de soluciones parciales, que presentan todavía aspectos muy problemáticos. La biografía constituye entonces un tema que se debe debatir, alejándose quizás de la tradición de los *Annales*, pero quedándose, sin embargo en el cruce de los problemas que nos parecen hoy particularmente importante: la relación entre normas y prácticas, entre individuo y grupo, entre

determinismo y libertad o incluso entre racionalidad absoluta y racionalidad limitada. No pretendo aquí hacer otra cosa que someter algunos temas a este debate y de subrayar que las cuatro orientaciones evocadas tienen en común no mencionar cuestiones fundamentales. Estas conciernen en particular al rol de las incoherencias entre las mismas normas (y ya no solamente a las contradicciones entre la norma y su funcionamiento efectivo), al interior dentro de cada sistema social; en segundo lugar, el tipo de racionalidad que se atribuye a los actores cuando se escribe una biografía; y en fin, la relación entre un grupo y los individuos que lo componen.

8. Es ante todo un problema de escala y de punto de vista: si el acento se hace sobre el destino de un personaje –y no sobre el conjunto de una situación social– con el fin de interpretar la red de relaciones y obligaciones exteriores en la cual se inserta, es totalmente posible concebir diferentemente la cuestión del funcionamiento efectivo de las normas sociales. De manera general, los historiadores dan por hecho que todo sistema normativo está sometido a transformaciones en el tiempo, pero que en un momento dado se vuelve plenamente coherente, transparente y estable. Me parece por el contrario, que se debería interrogar sobre la amplitud real de la libertad de escogencia. Por supuesto, esta libertad no es absoluta: cultural y socialmente determinada, limitada, pacientemente conquistada, sigue siendo sin embargo una libertad consciente que los intersticios inherentes a los sistemas generales de normas dejan a los actores. Ningún sistema normativo es de hecho lo suficientemente estructurado para eliminar cualquier posibilidad de escogencia consciente, de manipulación o de interpretación de las reglas de negociación. Me parece que la biografía constituye, de esta manera, el lugar ideal para verificar el carácter inestable – y sin embargo importante – de la libertad de la cual disponen los agentes, así como para observar la manera como funcionan concretamente los sistemas normativos, los cuales nunca están exentos de contradicciones. Uno recuerda así la perspectiva diferente – pero no contradictoria – de los que escogen subrayar más los elementos de determinación, necesarios e inconscientes, como lo hace, por ejemplo, Pierre Bourdieu. Existe una relación permanente y reciproca entre biografía y contexto; el cambio es precisamente la suma infinita de esas interpelaciones. El interés de la biografía es permitir una descripción de las normas y de su funcionamiento efectivo, no siendo presentado solamente como el resultado de un desacuerdo entre reglas y prácticas, sino también como el de las incoherencias estructurales y inevitables entre las mismas normas, incoherencias que autorizan la multiplicación y la diversificación de las prácticas. Me parece que se evita así abordar la realidad histórica a partir de un esquema único de acciones y de reacciones y que se muestra, por el contrario que la desigual repartición del poder, por tan grande y coercitivo que sea, no se queda sin ofrecer un cierto margen de maniobra a los dominados; estos últimos pueden entonces

imponer a los dominantes cambios significativos. No se trata quizás de un matiz, pero me parece sin embargo que no se puede analizar el cambio social cuando no sea previamente reconocida la existencia irreductible de una cierta libertad frente a las formas rígidas y a los orígenes de la reproducción de las estructuras de dominación.

9. Estas consideraciones invitan a reflexionar sobre el tipo de racionalidad que se debe imaginar cuando se emprende la descripción de los actores históricos. Es raro, en efecto, que uno se aleje de los esquemas funcionalistas o de los de la economía neoclásica; estos suponen actores en posesión de una información perfecta y consideran por convención que todos los individuos tienen las mismas disposiciones cognitivas, obedecen a los mismos mecanismos de decisión y actúan en función de un cálculo socialmente normal y uniforme de ganancias y pérdidas. Estos esquemas llevan así a la construcción de un hombre enteramente irracional que no conoce ni dudas, ni incertidumbres, ni inercia. La mayoría de las biografías tomarían sin embargo un rostro del todo diferente si uno imaginara una forma de racionalidad selectiva, la cual no busca exclusivamente la maximización de la ganancia, una forma de acción en la cual sería posible no reducir las individualidades a coherencias de grupo, sin renunciar a la explicación dinámica de las conductas colectivas como sistemas de relación.

10. Además del carácter intersticial de la libertad individual y de la cuestión de racionalidad limitada, me parece que un último punto debe ser considerado. Roger Chartier ha sostenido recientemente que la oposición entre "análisis microhistórico o estudios de caso" e historia socioeconómica, entre estudio de la subjetividad de las representaciones y estudio de la objetividad de las estructuras, podría ser sobrellevada, bajo la condición de "tener los esquemas generadores de sistemas de clasificación y de percepción como verdaderas 'instituciones sociales', incorporando bajo la forma de representaciones colectivas las divisiones de la organización social". Esta nota me parece plenamente justificada (con la excepción quizás de la asimilación de la microhistoria a los estudios de caso y de representaciones subjetivas), pero insuficiente: como el acento está puesto sobre el grupo, la relativa estabilidad de coherencias y cohesiones del grupo son dadas por hechas, así como el hecho de que constituyen el nivel mínimo donde se puede todavía estudiar con provecho las representaciones del mundo social y de los conflictos que suscitan. En mi sentir, privilegiando de este modo la importancia del grupo, se subestima el problema de su construcción, así como la apreciación de su solidez de su duración, de su amplitud, y se evacúa, por consecuencia, la cuestión de la relación entre individuo y grupo. No es entonces una casualidad si, en el texto que acaba de ser citado, Chartier asimila de buena gana y explícitamente,

representaciones individuales y colectivas, como si su génesis fuera formalmente similar.

Por supuesto, se abandona así la observación de conjuntos sociales y conceptuales indeterminados (cultura popular, mentalidades, clases) para construir una sociedad fragmentada y conflictual, donde las representaciones de mundo se vuelven metas de lucha. Pero subsiste una gran parte de indeterminación: los agregados de grupo son dados por hechos y por definidos; se estudian las luchas de poder y los conflictos sociales como si se jugaran entre grupos cuya cohesión es presupuesta, como si el análisis de las diferencias individuales, al límite tan numerosas que se vuelven imposibles de interpretar, no pudiera aportar nada. Aquí también, se trata quizás, solamente de enfoque: si uno insiste sobre "la génesis social de las estructuras cognitivas" y sobre el aspecto "de incorporación bajo la forma de disposiciones de una posición diferencial en el espacio social", queda en el aire la actividad de los actores, concebida solamente como el resultado "de innumerables operaciones de ordenación a través de las cuales se reproduce y se transforma continuamente el orden social". La noción de apropiación en cuanto "historia social de los usos y de las interpretaciones restituidos a sus determinaciones fundamentales (las cuales son sociales, institucionales, culturales) e inscritos en las prácticas específicas que los producen", por tan importante y útil que fuera, deja abierto, ella también, el problema de la relación entre individuo y grupo. No se puede negar que haya un estilo propio de una época, un *habitus* resultado de experiencias comunes y reiteradas, así como, en cada época existe el estilo propio de un grupo. Pero existe también, para cada individuo un espacio de libertad significativa que encuentra precisamente su origen en las incoherencias de los confines sociales y que da nacimiento al cambio social. No podemos, entonces, aplicar los mismos procedimientos cognitivos a los grupos y a los individuos; y la especificidad de las acciones de cada individuo no puede ser considerada como indiferente o privada de pertinencia. Porque el riesgo, no banal, es el de sustraer a la curiosidad histórica, temas que se juzgarían plenamente dominados mientras se quedan todavía muy inexplorados: por ejemplo, la conciencia de clase, o la solidaridad de grupo, o incluso, los límites de la dominación y del poder. Los conflictos de clasificaciones, de distinciones, de representaciones, interesan también la incidencia del grupo socialmente solidario sobre cada uno de los miembros que lo componen, así como la manera en que ellos se expresan los márgenes de libertad o de constreñimiento dentro de los cuales las formas de solidaridad se constituyen y se transforman. Imagino que, en esta perspectiva, la biografía podría permitir un examen más profundo de estos problemas.

LA CONDUCTA HOMICIDA

JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

LA CONDUCTA HOMICIDA

JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

LA CONDUCTA HOMICIDA

AUTOR: JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

DIRECCION: Facultad de Derecho UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 02/05/2003

RESUMEN: Propuesta de carácter interdisciplinar con el propósito de construir una conjetura acerca de la naturaleza del homicidio.

KEY WORDS: nature of homicide, murder, social process

ABSTRACT: this paper contains a multidisciplinary proposal that aims to build a conjecture on the nature of homicide.

MOTS CLEFS: nature l'homicide, homicide, procès sociale.

SYNTHESE: Cet article est une proposition multidisciplinaire qui cherche construire une conjecture sur la nature de l'homicide.

Con el propósito de construir una conjetura acerca de la naturaleza del homicidio, como un fenómeno sico-social de connotaciones mucho más amplias que las puramente normativas o comprensivas surge la propuesta de un análisis alternativo de carácter interdisciplinar.

La criminología ha creado derroteros teóricos con una profunda necesidad de categorizar, quizá aún en el positivismo Lombrosiano, al transgresor del deber ser social, como un sujeto caracterizado por un perfil y apartado de la valoración grupal. Recordemos la definición del delincuente, muy cercana a un individuo cuyos patrones valorativos difieren sustancialmente de las representaciones sociales aceptadas y cuya plano de significación encuentra posadera en lo que el colectivo espera del sujeto. En últimas se considera al criminal como un sujeto anómico. El planteamiento de esta conjetura, parte de la premisa totalmente contraria, en la cual la percepción de la conducta criminal, en el caso del homicida o asesino, si bien viola el postulado normativo positivo, no contraría ciertas y determinadas dinámicas y valoraciones sociales, sino que permite su afianzamiento en el contexto que procesualmente se desarrolla.

En una dimensión retrospectiva de los procesos sociales, el homicidio, la transgresión de la norma positiva, el aniquilamiento del diferente y las conductas de limpieza social, se articulan a sistemas de representación valorativa que finalmente terminan compartidos por el colectivo o grupo, generando más que disocialización y ruptura de sus propias dinámicas, una construcción social de procesos de afianzamiento e identidad que recrean espacios de interlocución válida entre pares.

Si volvemos a los conceptos criminológicos, la consideración del asesinato dentro de los llamados comportamientos desviados, implican la representación de una acción humana violenta cuyo sentido, en el trasfondo de su intención, es de un comportamiento conforme, explicable y comprensible desde los procesos grupales. Esta situación particular, permite un desplazamiento valorativo sin mediación de conciencia por la transgresión del - deber ser- de: *no mataras*.

En una mínima aproximación a la comprensión de la acción homicida desde la consideración simbólica, hemos de partir de la percepción valorativa de bipolaridad, donde visualizamos una especie de engranaje cultural, que permite de una parte, una comprensión lingüística, y de otra, las dinámicas de sentido grupal de la acción, como imputación subjetiva de significación. Ello permite determinar el trasfondo de significación del sentido simbólico atribuido socialmente al imperativo "no mataras" como signo de neutralidad que permite al sujeto o al mismo grupo generar y construir una actitud intencional propicia al crimen o a la licitud.

Para ilustrar un poco el contenido de la significación representativa simbólica de la propuesta argumentativa, tomemos las situaciones historiadas de la Grecia antigua, donde el asesinato poseía una codificación muy estricta, haciendo directa alusión a el "horror a la sangre derramada", lo cual constituía un parámetro ordenador de construcción de rituales y acciones que aseguraban la convivencia. Resulta históricamente evidente, que "la sangre derramada" desde su significación simbólica se percibe socialmente como un elemento de aniquilación de los lazos de reciprocidad, construyendo un proceso de alta complejidad denominado "némesis" que delata un trasfondo intencional de venganza.

La significación que se le atribuye, como imputación de sentido, al derramarse la sangre, desata una compulsión que pretende compensar la falta, el vacío o la ausencia y restaurar el equilibrio perdido. Cuando traemos a colación la muy conocida ley del "talión" de "ojo por ojo, diente por diente", tan mal interpretada en la actualidad, nos hallamos ante una representación cuyo sentido subjetivo es la compensación social por el daño ocasionado y el equilibrio perdido.

Debemos considerar además, que los seres humanos no poseemos la categoría universal de genéricos, lo que conlleva a que la noción de individuo semejante perteneciente al genero humano, sea tardía y típica de nuestra significación cultural. Veamos, si alguien muere, otro ser humano singular debe pagar con su vida para compensar y restablecer el equilibrio roto, en el eje de significación simbólica de reciprocidad. Solo en la cultura de occidente pueden las conductas punibles como el homicidio, en su multiplicidad de formas, colores y olores, cobrarse con una

punición genérica que se transforma, en la mayoría de ocasiones, en diversas formas de confinamiento prolongado.

Se nos muestra en estos procesos sociales la marcada tendencia del ser humano a la simbolización en aras del equilibrio semántico. En un universo en permanente conflicto el sujeto propende, por razones lingüísticas, a nivelar y justificar los acontecimientos, con el objeto de mantener la pureza del código.

El contenido de sentido de la acción homicida, permite la lectura de una significación de violencia vengadora que pretende restablecer el orden, el horror que genera la sangre derramada concretiza el miedo a la ruptura de una dinámica comunicativa. El asesinato exige la inmediata compensación y ella se construye desde las figuras mitológicas y religiosas y por prácticas rituales y judiciales creadas y recreadas con ese propósito social. La venganza da sentido al equilibrio, venganza que se sublima en procesos simbólicos de retribución.

Señala TOMÁS DE AQUINO acerca del miedo: (*Summa Theologica*, Suppl., q. 47, a. 1) que «*duplex est coactio vel violentia: una quae facit necessitatem absolutam et tale dicitur a Philosopho 'violentum simpliciter', ut cum quis aliquem corporaliter impellat ad motum. Alia quae facit necessitatem conditionatam et hanc vocat Philosophus 'violentum mixtum', sicut cum quis proiicit merces in mare ne periclitetur; et in isto violento, quamvis hoc quod fit non sit per se voluntarium, tamen, consideratis adiunctis hic et nunc, voluntarium est. Et quia actus in particularibus sunt, ideo simpliciter voluntarium est, sed secundum quid involuntarium*»

La mediación semántica de la acción, implica la imputación de subjetividad al acto violento homicida, de una compensación retributiva, incluso pudiendo generar el aniquilamiento de la cultura, lo que explica la construcción social de tabúes muy fuertes con relación al derramamiento de sangre, construyendo igualmente sistemas e instrumentos de expiación reglamentados y positivizados en códigos coercitivos, que pueden poseer un significado con sentido de arbitrariedad pero que en el trasfondo de su intención poseen el sentido de un proceso cultural de innegable contribución en la construcción de representaciones grupales que permiten manejar los miedos ante la muerte. Pensemos, un momento siquiera, en la significación y el sentido de la pena para el homicidio, cuál es la razón para que el legislador tuviera un mínimo determinado y máximo establecido, cuál es la razón o sentido de dicho quantum. Todos estos interrogantes encuentran respuesta en su significación simbólica de expiación.

La sublimación inconsciente del miedo por la sangre derramada, posee multiplicidad de ámbitos de comprensión, cuando la sociedad se entera de un crimen atroz, no

son pocos sus miembros que claman por la sangre que lavara la sangre de la víctima y calmara la sed de venganza del grupo. Finalmente el contenido simbólico de los rituales representativos de justicia harán que ese proceso se aplace, después el grupo buscará la oportunidad de compensar tal vacío. Pensemos que un colectivo que no ritualiza sus procesos de venganza por la muerte de uno de sus miembros, es un grupo que finalmente sublima formas de violencia más compleja, incluso afectando esferas primigenias en las que descarga la furia por el duelo social no resuelto. He aquí la importancia social de la eficacia simbólica del derecho penal y en concreto de la pena.

Retomando los primeros señalamientos acerca de la "sangre derramada" nos retrotraemos al campo representativo de la urbe, del imaginario social de la ciudad y sus complejos componentes, del sentido de la acción social en resto contexto. En la urbe la construcción de significaciones, históricamente, permite deducir el sentido de la acción homicida. La raíz del miedo urbano es diversa a la rural, la cual plantea un ámbito de significación diferente. En lo rural el sentido de territorialidad es trascendente, la amenaza es algo comprendido desde el exterior, el sujeto posee una clara determinación de sus linderos de su espacio espectral. En la ciudad impera el sentido cosmopolita, allí es permisible y posible el encuentro con lo insólito. El flujo poblacional y la dinámica mercantil dificulta la representación del límite, como un afuera radical, se crea la idea de tejido social lo cual permite la comprensión segmentada del peligro. En la ciudad la representación del miedo es intensa y diversa, se construye el sentido del temor incluso al aire que se respira, se duda y teme a los gérmenes contaminantes que en él circulan, se teme a lo que se consume, al desconocido que saluda, al conocido que deja de saludar, al cura en su pulpito, en últimas existe el temor construido desde todos los frentes, se trata de un tejido de redes representacionales de significación inverosímil. Se vive y convive con el temor como algo cercano, inmediato, se duerme con el enemigo y se trata de mantener a distancia al amigo. Observemos que en lo urbano los miedos atados al contenido de la acción humana, poseen un rango absoluto de determinación. (podríamos no terminar jamás de enumerar cuál es la raíz de los miedos; ej. La noche, la luz solar, las comidas, las calles, los sitios, las alturas, las personas...).en la ciudad se le teme al mero hecho de existir.

Lo anterior, nos lleva a comprender porqué en la cultura griega la raíz del miedo permitió construir un ritual muy típico articulado al culto a Dionisios, quien simbolizaba la presencia de lo rural en la urbe, como el sujeto desconocido o extranjero. Se concibe a Dionisios como el extranjero que habita al interior de la ciudad, lo que nos representa el adentro y el afuera, se convierte en un dios con multiplicidad de máscaras, se le relaciona con la posibilidad simbólica de conjurar los temores ciudadanos, es la representación del miedo difuso e invisible pero próximo.

El ritual Dionisiaco busca conjurar los miedos a través de una actividad carnavalesca, definida como una "epidemia" en el sentido de su capacidad expansiva, pero que en su contenido se trataría de una "orgía" contagiosa. Este ritual construye un espacio de interacción entre el ciudadano y el extranjero, en un contacto mimético de reproducción de gestos prohibidos y temidos al interior de un complejo espacio de mediación comunicativa. La construcción del ritual dionisiaco representa una forma de conjuro contra el acto violento y homicida en lo urbano. Conocemos que las "ménades" que danzan por los montes del honor de dionisios no les está permitido tropezar, pues si caen pueden ser descuartizadas vivas por sus compañeras de rito. Lo cierto es que la resistencia al conjuro implica para el sujeto urbano quedar a merced de los miedos a través de una locura asesina que conllevaría en su intencionalidad la necesidad inconsciente de eliminar a todos los seres vivos que se encuentran a nuestro alrededor, con la circunstancia especial de no tener la posibilidad de identificar de forma concreta al enemigo, por lo cual la manía mutiladora y segmentadora lo puede llevar a su propia destrucción.

Encontramos, que el horror que genera la "sangre derramada" y el ritual dionisiaco, juegan con una situación que produce una ruptura del equilibrio, pero que además se adapta a la cotidianidad del individuo. En el contexto urbano, el acercamiento y contacto con la diferencia asume la forma de contacto íntimo con el extraño sin rostro que genera angustias, cuya presencia genera la puesta en marcha de rituales de acercamiento con los que el "phobos" es conjurado para que finalmente no termine compeliéndonos a la conducta asesina.

La conducta de matar, como los afanes de limpieza social y eliminación del diferente, pueden tomar la configuración de rituales de expiación propios del afán muy semántico y humano de contar con un espacio de sentido coherente. El hombre por su naturaleza posee una ambición de claridad, nos preocupa demasiado la basura, lo que nos lleva a construir códigos y ejercicios simbólicos de sentido de representación de una sociedad transparente, aséptica y sin contaminantes. Se propende al igual que los Griegos por la construcción de un cosmos matemáticamente equilibrado, para lo cual se debe acudir a la expulsión ritual de un ciudadano escogido al azar que expie las culpas sociales. En la tradición hebrea se acudía a la figura del "chivo expiatorio" quien cargaba con la culpa del colectivo de la cual era necesario deshacerse.

Las sociedades buscan representarse de forma coherente y sin conflictos la vida cotidiana y, para lograrlo, justificamos y argumentamos ejercicios de aniquilación cuando sienten que sus representaciones pierden coherencia. Recordemos en este momento, que la sociedad colombiana en los últimos años ha visto la

guerra como la más cercana posibilidad de convivencia armónica y simplista. En estos eventos la violencia asesina termina actuando como operador discursivo de las convocatorias a la unidad nacional y tranquilidad ciudadana. En el mundo el discurso de liberación, va atado al de exterminación de los pueblos.

En toda esta fase discursiva, encontramos un espacio común, una separación del contrincante. Negarle al otro un lugar recíproco en el tejido social es la anticipación de su eliminación. Esta situación aparece clara en la dinámica del genocidio, los ajusticiamientos, las acciones de guerra o en fenómenos urbanos modernos como el sicariato.

El primer momento en la legitimación del asesino consiste en separar a la víctima, degradándola y colocándola lo más distante de nuestro entorno valorativo y vivencial. Cuando desensorializamos a la víctima, la representamos como étnicamente inferior afianzamos el proceso simbólico de construcción del camino de la eliminación. Recordemos como la sociedad y los pequeños y grandes colectivos hablan de personas "desechables", a quienes simbólicamente se les niega su condición humana para ubicarlos en cierto plano animal, justificando su muerte ante los miedos que nos genera.

La conducta homicida efectivamente es un ejercicio violento no propiamente anómica, fuera de la norma, ya que dicho término "anomia" fue inicial y originalmente utilizado por la iglesia para hablar de los efectos del diablo en la ciudad romana. Entiendo esta violencia asesina como la reinención afirmativa y confirmativa de códigos valorativos y relaciones de pertenencia social. Al asesinar afirmamos identidad. El asesinato posee un rendimiento cognoscitivo. Existe en la construcción de las representaciones sociales un trasfondo de sentido que imputa un contenido simbólico al asesinato que permite afianzar condiciones de pertenencia y valida ciertas creencias.

El asesinato entonces es una representación de dominio sobre el cuerpo. Quien mata a otro pretende apoderarse de su sitio sin pasar por las molestias de la interlocución. Existe un sentido intencional de poder, pero lo irrita la posibilidad de una negación. A través del asesinato se plasma una cosmovisión y una economía de apropiación, existe un plusvalor simbólico, el que se obtiene con la eliminación del otro. Quien ejecuta el ejercicio homicida no pierde la condición de ser humano, quien agrede anula la posibilidad pragmática de interlocución, pero crea y reconstruye al interior del grupo la posibilidad de relación. Veamos un ejemplo de ello. Conocemos por nuestra experiencia cotidiana que en muchos grupos sociales, la posibilidad de matar, estar armado o tener la posibilidad de dar una salida violenta a los conflictos, es aceptado y crea en el colectivo identidad.

No quiere significar lo anterior, que la afirmación de identidad que ofrece el asesinato, ponga en duda los macro - sistemas de valoración compartidos por los sujetos integrantes del grupo, y que se hayan inscritos en códigos religiosos, matar seguirá siendo para el sujeto un pecado, temerá al fuego eterno del infierno, pero construye un plano de identidad. Quien asesina, en muchos casos, mantiene su construcción valorativa inicial, el asesinato se enquistaba en los sistemas de valores como amnesia moral entendida de forma global. Recordemos los casos narrados del sicario criollo que se encomienda a la virgen para que lo proteja en la realización de su trabajo asesino.

Cuando estudiamos el genocidio, entendemos este proceso desde la concepción de la eliminación del diferente, lo cual implica a su vez un proceso de mediaciones lingüísticas, fundadas en las formas como nos representamos simbólicamente el universo. Con ello descartamos el etiquetamiento llano de la existencia de una "cultura de la violencia" y nos ubicamos en un terreno más fértil como es el de las mediaciones lingüísticas, mediaciones simbólicas y las mediaciones de identidad, relacionadas mediatamente con procesos históricos sociales.

El primer supuesto del que debemos partir, es que el sujeto que mata a otro y a quien denominamos asesino, no es alguien alejado o lejano al grupo, ya sea por desvalía mental o su marginalidad social. Casi la totalidad de los miembros de los grupos humanos comparten las mismas mediaciones culturales del asesino.

La acción de causar la muerte a cierta clase de la población, llámese marginal, menesterosa, desechable etc, no genera cuestionamientos éticos en entronque social desde la percepción y comprensión de los macro-valores. El rechazo se plantea desde los micro-valores de las interacciones cotidianas, donde se desarrollan las acciones de reafirmación de la identidad dentro del entramado cultural de representaciones que incluyen esquemas simbólicos de inmenso valor en la justificación de la eliminación del adversario. En este punto es innegable la eficacia de la violencia, con ella se reduce el cuerpo a una determinada normatividad, así sea de muerte. El efecto de la pedagogía del miedo es indiscutible en este análisis. El sujeto social incorpora a mediano y largo plazo nuevos gestos y expresiones especies de no dichos, zonas vedadas y prohibiciones que empieza a respetar de forma espontánea e inconsciente, sin posibilidad de confrontación.

Aunque parezca una conjetura fatalista frente a la realidad del ser humano, más en un contexto tan violento como el nuestro, la cuestión no posee ese límite de sentido, fundamentalmente la sociedad o el grupo social se vuelven menos violentas, menos asesinas, cuando ritualizan sus procesos de muerte y venganza, la aceptación de la muerte por los dolientes implica el agotamiento individual del

denominado duelo, que no es otra cosa que un proceso de aceptación y adaptación a una nueva situación, donde se involucra la muerte. La sociedad debe construir códigos simbólicos con mayor eficacia en la mediación entre las categorías lingüísticas del "ojo por ojo, diente por diente". La muerte del asesino es exigida por la turba social enloquecida en su plano inconsciente, que ve la justicia en la retribución equivalente, la única forma de restablecer el equilibrio. La pena que se le impone a quien mata a otro debe poseer contenido simbólico que ritualice su muerte, su sufrimiento y en fin la equivalencia al sufrimiento de la víctima. La impunidad al no aplicar penas, así sea de confinamiento corto, generan al interior de la sociedad zozobra y desconcierto, llevando a los sujetos a aferrarse a sus miedos y al terror por la sangre derramada, finalmente justificando el asesinato del otro, así ese no lo halla ofendido.

El homicidio, no es la simple descripción del que "mataré a otro" como una conducta neutra desde su contenido social, sino que conlleva un plano de significación vinculado a la necesidad del colectivo de equilibrar el orden subjetivo, bajo la construcción de un valor concreto de justicia. Cuando el sujeto causa la muerte a otro, en cualquiera de las circunstancias relevantes para el derecho penal, se genera inmediatamente un temor ante la incertidumbre que despierta el hecho de la "sangre derramada" y la sublimación de la muerte compensatoria en la ley del Talió solo es aceptada en nuestra sociedad desde su contenido simbólico con una retribución más severa dependiendo de las circunstancias del asesinato. Cuando se causa la muerte a un desconocido el grupo social reacciona de forma diversa a cuando se comete un parricidio, luego el temor por la muerte cambia de significación y el contenido simbólico de la pena ha de ser también diferente.

Una sociedad se convierte en un grupo violento, recordemos las "medades" que danzan en los montes de honor de Dionisios, cuando no existe una compensación simbólica por el asesinato de uno de sus miembros. El individuo reacciona ante sus miedos y el impulso psicológico que lo guía es devorador de sus semejantes a quienes percibe y comprende como una potencial amenaza para su espacio. Quien asesina para defenderse, debe luchar por la posibilidad cierta de mantenerse en determinado espacio vital, el cual es excluyente frente al ofensor, quien a su vez posee idéntica intencionalidad pero con diversa motivación. El ser humano no mata por placer, sino por miedo.

Recordemos que los miedos no son una condición natural e inherente al sujeto social, sino que los aprende y refuerza de forma irracional, generando en términos de Freud pulsiones que en ocasiones lo llevan a actuar de una determinada forma. En la construcción religiosa de occidente, lo único que separa al hombre de

Dios es precisamente el dominio sobre la vida y en especial sobre la muerte, cuando se mata a otro, se está sustituyendo el ritual que sublima los miedos y se está obrado como Dios. "solo él puede disponer de la vida de su rebaño".

Nótese como la muerte de un hombre causada por otro hombre, resquebraja todo el orden de valores sociales y lleva al traste con el equilibrio y la sublimación simbólica del castigo. Inicialmente el colectivo clama sangre como retribución por la sangre derramada y sino se ritualiza esta sed de venganza, necesariamente se construye una pulsión social con capacidad de desatar la mas irracional de las matanzas, que solo cesará, no con un pacto de paz, sino con la compensación y mediación lingüística de los miedos. Justicia eficaz no es la que llena una estadística representando solución, cualquiera que sea frente al desequilibrio por el asesinato, justicia es la que ritualiza desde lo simbólico los temores del colectivo, sublimando la "Némesis" por una pena cuyo significado posea un sentido más grave o equivalente a la muerte. En nuestra cultura el confinamiento prolongado posee un contenido de significación que construye socialmente un sentido de muerte temporal y en la cadena perpetua de definitiva.

Podría concluirse, que el folclore con que se maneja el sistema de punibilidad en sociedades como la nuestra, donde se ha construido en el imaginario social la representación de una justicia de papel, conlleva a la acumulación de miedos ante "la sangre derramada" los cuales solo históricamente podrán ser superados con la aceptación valorativa de la ley del Talió "ojo por ojo, Diente por diente". Es decir, es un volver a empezar en la construcción de elementos de sentido simbólico que sublimen la Némesis.

Ahora bien, hasta este momento la conjetura planteada esboza un contenido justificativo desde la significación social del homicidio, en este segundo aparte, se elaborara una aproximación al concepto normativo, quizá esperado en un análisis de una conducta de esta connotación, dejando advertido que simplemente se establecerán elementos mínimos de la acción, sin pretender agotar su contenido, ni real, ni académico.

Tenemos que la palabra homicidio tiene un doble sentido en el Código Penal, ya que por un lado significa el denominador común de los delitos de homicidio, auxilio e inducción al suicidio y asesinato, por otro lado, es el delito doloso, debiendo acudir respecto al homicidio imprudente, castigándose los actos de elevación del nivel del riesgo permitido y con ello del deber objetivo de cuidado. El delito de homicidio ha ejercido una gran influencia en la historia del Derecho Penal, debido a su relativa simplicidad y a su particular gravedad, como lo demuestra, respecto a esta última el bien jurídico protegido, la vida humana independiente, derecho

fundamental de la persona reconocido en la Constitución y que constituye el soporte ontológico del resto de los derechos fundamentales de la persona.

La acción consiste en matar a otro, siendo indiferente cómo se produzca el resultado, el momento inicial de la protección lo determina el nacimiento que marcará la frontera entre el homicidio y el delito de aborto, el momento de la muerte determina el final de la protección y la distinción entre el delito de homicidio y el delito imposible.

A efectos penales, en la legislación Española, de la cual copiamos en buena forma nuestro actual estatuto punitivo, no hay más concepto de nacimiento que el natural, basta y sobra con haber nacido vivo para obtener la tutela jurídica aunque no se den los requisitos exigidos para ser persona, se trata por tanto, de un concepto descriptivo, en Colombia se discute aún, de forma acalorada, la definición civilista de persona a efectos de determinar el momento preciso del comienzo de la protección. Ahora, el concepto de muerte se encuentra acotado normativamente, la cuestión de determinar el momento de la muerte con absoluta exactitud, se hizo necesario al comenzar a verificarse los trasplantes de corazón, para poder utilizar la víscera cardíaca del donante; Volviendo a España, la Ley sobre extracción y trasplante de órganos, basan la comprobación de la muerte en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, estableciendo los requisitos y el tiempo mínimo para determinar que la actividad cerebral ha cesado, siendo necesario que el certificado de defunción, basado en la comprobación de la muerte cerebral, sea suscrito por tres médicos. Nótese que en este sentido la legislación Colombiana supera este escollo con las reglas generales sobre la comprobación de la materialidad de la conducta punible. El Sujeto activo del delito de homicidio puede ser cualquiera, ya que estamos ante un delito común o impropio, el artículo 103 se refiere a «el que...»; las únicas limitaciones provendrán de las calificaciones tácitas de determinadas circunstancias agravantes. Cabe la posibilidad de una pluralidad de sujetos activos que responderán como coautores, cuando exista un acuerdo, expreso o tácito y anterior o coetáneo a la acción, siempre que todos ellos intervengan en la ejecución material del hecho y aunque la muerte se produzca únicamente por la intervención de alguno de ellos. En cuanto al sujeto pasivo, «el nacido vivo», bajo el concepto de persona de la ley civil, en este delito coinciden objeto material del delito y sujeto pasivo, si bien se podría distinguirlos ya que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la Ley, es decir, el ser humano y el objeto material es el cuerpo humano sobre el que la acción recae. La prohibición de matar rige también en tiempo de guerra, la muerte del prisionero o del enemigo que se rinde es contraria a las leyes y usos de la guerra y al derecho interno. Siendo también indiferente a efectos de punición que al sujeto pasivo le quede poca vida por estar afectado de

una enfermedad incurable y mortal, se castiga la conducta de causar la muerte, siendo un mero atenuante el móvil altruista que pudo guiar el trasfondo intencional del autor.

Entre el acto homicida y el resultado ha de existir una relación de causalidad, es decir, de causa a efecto, exigiendo además la doctrina penal moderna la imputación objetiva del resultado, en este sentido, si el acto encaminado a causar la muerte produce una lesión mortal de necesidad, muriendo a consecuencia de ella el lesionado, no hay problema. El autor no puede discutir que es responsable de homicidio. El problema surge cuando la lesión no es de por sí mortal de necesidad y, no obstante ello, se ha producido la muerte por intervención de una concausa. La cuestión estriba en estos casos en determinar que accidentes son «extraños a la acción», es decir, interrumpen la relación de causalidad. Recordemos que la actual legislación nos habla de que la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado.

El homicidio es un delito de resultado, ningún obstáculo existe, por tanto, para la admisión de la comisión por omisión, requiriéndose de conformidad con lo establecido en el del Código Penal la posición de garante que ocupe el sujeto activo y la certeza de que una intervención positiva hubiera con casi toda probabilidad evitado el resultado, la concurrencia de estos requisitos, determinará la prevalencia de la omisión impropia sobre los eventuales delitos de omisión del deber de socorro.

El dolo en este tipo está integrado por el conocimiento y voluntad de realización de una acción dirigida a producir la muerte de otro, el error sobre un elemento del tipo objetivo determinará la ausencia del dolo y excluirá la responsabilidad en el caso de ser invencible, si es vencible, el hecho deberá castigarse conforme al homicidio culposo previsto en el Código Penal. Cabe así mismo el dolo eventual, que por lo demás, es frecuente en este delito, dándose en aquellos supuestos en los que el resultado aparece como probable, consintiendo el agente a su cargo el evento dañoso, es decir, aceptando la muerte de otro si tiene lugar la misma.

En el homicidio son aplicables las reglas generales sobre el *iter criminis*, la tentativa de homicidio requerirá, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal que el sujeto dé comienzo a la ejecución del delito por actos exteriores, directamente encaminados a su consumación que supongan en todo caso un inequívoco peligro para el bien jurídico protegido.

BIBLIOGRAFÍA:

- QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- GRAZIANI, E.: «Appunti sul requisito della estrinsedità del metus», en *Il Diritto Ecclesias*, 1961, I, pp 389 ss.
- GRAZIANI, E.: «In tema di metus ex minis suicidi», en *Il Diritto Ecclesias*, 1962, II, pp. 149-155.

HIPÓTESIS CONSENSUAL DE JOHN
RAWLS APLICADA AL CONFLICTO
ARMADO ENTRE EL ESTADO
COLOMBIANO Y ALGUNOS EJÉRCITOS
IRREGULARES

SANDRA YANETH PÁEZ LEAL

HIPÓTESIS CONSENSUAL DE JOHN RAWLS APLICADA AL CONFLICTO ARMADO ENTRE EL ESTADO COLOMBIANO Y ALGUNOS EJÉRCITOS IRREGULARES

SANDRA YANETH PÁEZ LEAL

HIPÓTESIS CONSENSUAL DEL JOHN RAWLS APLICADA AL CONFLICTO ARMADO ENTRE EL ESTADO COLOMBIANO Y ALGUNOS EJÉRCITOS IRREGULARES

AUTOR: SANDRA YANETH PAEL LEAL

DIRECCION: sandrapaezz@starmedia.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 21/04/2003

DESCRIPTORES: Estado Colombiano, Ejércitos irregulares, John Rawls, conflicto armado, contrato social

RESUMEN: La presente investigación realiza un estudio de la evolución histórica del concepto de contrato social, tomando como punto de partida la influencia del pensamiento griego y finalizando con los teóricos liberales de mas reciente producción intelectual.

KEY WORDS: State, irregular armies, social contract.

ABSTRACT: This research carries out an analysis of the historical evolution of the social contract starting from the influence of Greek thought up to the most recent intellectual productions of the liberal theoreticians.

MOTS CLEFS: Etat colombienne, l'armée irrégulière, contrat social.

SYNTHESE: Cette investigation fait une analyse de l'évolution historique du contrat sociale avec la pensée des anciens Grecs comme point de départ pour aboutir à la plus récent production intellectuelle des théoriciens libéraux.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, tiene en cuenta el conflicto armado entre el Estado Colombiano y los Grupos Armados Irregulares como un factor componente de la democracia constitucional colombiana de primordial importancia.

Teniendo en cuenta este enfrentamiento bélico, sus actores han intentado en diferentes épocas desarrollar una salida pacífica utilizando el procedimiento del "diálogo"; sin embargo, la actual situación nos demuestra que pese a ello, existen factores que han permitido el sostenimiento del estado de violencia. Estas condiciones deben ser analizadas con el fin de avanzar en la vía de una construcción pacífica que posibilite el sostenimiento de una vida digna o "vida buena"¹ para todos los componentes de la sociedad, sin las constantes condiciones de exclusión, siendo tal vez la pobreza la más determinante de todas ellas.

Los análisis realizados al interior del presente trabajo académico, poseen como significado, el aporte crítico sobre las características actuales de

¹ Sobre la función del Estado para permitir una vida buena, se sugiere la lectura del texto: La Filosofía Política Contemporánea y la Idea de Sociedad Justa. Por: BOTERO, Juan José. juanjbotero@cable.net.co

algunos actores del conflicto armado; estos análisis, pueden suministrar elementos que permitan el juicio de un consenso que manifieste solidez a la estructura de la democracia en Colombia.

El objetivo general es examinar a la luz de las categorías enunciadas por el filósofo **John Rawls**, las características de los protagonistas del conflicto armado colombiano que pueden hacer viable un consenso.

METODOLOGÍA

La información se abstrae de la recopilación bibliográfica consolidada de autores nacionales y extranjeros que se han dedicado a realizar estudios tendientes a exponer y perfeccionar la idea del contrato social y, las condiciones del conflicto armado nacional.

Se recurre al análisis e interpretación de estadísticas, con el objetivo de realizar el fundamento a las apreciaciones expuestas.

Teniendo en cuenta la importancia de la situación de violencia estudiada, se realiza una confrontación de ésta con la teoría hipotética del consenso.

RESULTADOS

La importancia de la idea del "contrato social" se ha consolidado con el análisis de los fundamentos teóricos expuestos por **Hobbes, Locke y Rousseau**. En la investigación realizada para la concreción del presente trabajo académico, se ha fortalecido la idea, que, si bien es cierto, estos postulados por sí mismos poseen relevancia, el pensamiento expuesto por los filósofos griegos², sobre el sentido del deber, la construcción de la vida en comunidad, y, la constitución de la unidad de todos los ciudadanos como poseedores de la *justicia*, presentan el fundamento sobre el cual estos filósofos "clásicos" erigen la definición de una sociedad regida para el beneficio común.

Los conceptos de *themis* o *diké*, expuestos en las obras de **Homero y Hesiodo**, que se constituyen como instancias reguladoras sustentadas en la divinidad, son los pilares de unos lineamientos que deben ser adoptados para el desarrollo de una vida justa, en la cual, la agresión entre los hombres no esta permitida, dado que ésta se consolida como natural en los animales.

Esta armonía constituida para el beneficio de la totalidad de los ciudadanos, es la misma idea que se expone y desarrolla a través de los diferentes planteamientos

² Se sugiere al lector remitirse a la obra de: JAEGER, Werner. Paideia. Decimoquinta reimpresión, 2001. Fondo de Cultura Económica – México

filosóficos expuestos por las teorías contractualistas. El análisis histórico ha permitido establecer grandes diferencias entre diversos autores, algunos confirman que el soberano no debe consolidarse como partícipe del *contrato*, como **Hobbes**, otros, consideran que la soberanía que posee la República radica en su cuerpo organizado, como **Althusius**, hasta encontrar a los neocontractualistas como **Nozick**, quien considera la función estatal única y exclusivamente dedicada a salvaguardar los derechos fundamentales.

De igual forma que los diferentes pensadores han realizado aportes fundamentales para la consolidación de una vida libre de cadenas, la Revolución Francesa también entregó a la sociedad universal un aporte con la *Declaración de los Derechos del Hombre*, sin olvidar, que su consolidación se llevó a cabo a través de la utilización de la violencia, a través de la decapitación de sus contradictores.

El filósofo **John Rawls** (1921-2002), se ha consolidado como uno de los más recientes exponentes de un teoría que retoma los presupuestos contractualistas. Formula en sus obras, la construcción de una Sociedad Bien Ordenada partiendo de la existencia de una democracia constitucional. Teniendo en cuenta la importancia de la búsqueda consensuada al conflicto armado desarrollado en Colombia, se ha considerado pertinente el análisis de los presupuestos de **Rawls**.

John Rawls construye un modelo de estructura original sobre la que (supone) es posible construir una Sociedad Bien Ordenada. Esta posición original no es, el estado de naturaleza caótico donde todos los seres se encuentran agrediendo constantemente, pero tampoco es una sociedad totalmente coordinada donde las diferencias no se hacen presentes; es una sociedad en la cual, aunque se encuentran diferentes formas de pensar, los componentes parten de un supuesto común: los "principios de la justicia". De no ser así, si estos principios no fuesen el soporte para un inicio consensual, remotamente podría presentarse un acuerdo aún sobre las cuestiones más elementales. Según la apreciación de Bonete, la posición original en Rawls es una situación hipotética en la cual se realiza un convenio con la característica fundamental de ser imparcial, es el *Statu Quo* que sirve de base para la construcción de acuerdos imparciales.³

La idea central sobre la cual se erige esta "posición original" es la característica que poseen los participantes de la sociedad, de igual libertad e igualdad.

Por lo tanto, una concepción sólida del contrato social no puede conformarse ni concebir a las personas en su papel de partes contratantes de un acuerdo unánime sobre los principios

³ BONETE, Perales Enrique. *Éticas Contemporáneas*. Editorial tecnos S.A. 1990 Madrid – España. Página 104 – 105.

del orden social meramente como individuos libres e iguales sin desprenderlos previamente de sus anteriores diferencias de intereses (como lo hizo Locke), ni tampoco debe ir tan lejos como para concebir a las personas como seres totalmente desinteresados a quienes tan sólo les importa armonizar sus derechos innatos (como en Kant); más bien, una concepción sólida del contrato social tiene que concebir a las partes contratantes como personas libres e iguales que no persiguen intereses especiales y objetivos egoístas, sino que para sí mismos representan solo los intereses comunes de todas las personas. Y, justamente, una tal concepción del contrato social intentó desarrollar J. Rawls.⁴

La Posición Original de **Rawls**, se encuentra conformada por conceptos de fundamental importancia como los que a continuación serán expuestos:

1) El Velo de la Ignorancia. Es el conjunto de ideas establecidas de manera unánime por **Rawls**, con la intención de limitar la posición original y no dejarla expuesta como un estado de naturaleza donde pueda persistir el caos, sino, donde si bien es cierto los componentes de la sociedad son ignorantes acerca de algunos aspectos sociales, éstos han sido establecidos precisamente con la intención de evitar una forma de pensar que limite la interacción de los individuos en pro de un acuerdo. Con igual fundamento, **Rawls** también establece conocimientos comunes que deben poseer los componentes de la sociedad, los cuales coadyuvarán en la construcción consensual. Es una forma de restringir el conocimiento de determinadas condiciones concretas, con el objetivo de obtener un punto de partida imparcial, en otras palabras, evitar que se presenten ventajas entre los componentes de la sociedad desde el inicio de una conformación social.

En el Velo de la Ignorancia, las ideas de conocimiento general se encuentran conformadas por: circunstancias de la organización de la justicia, cuestiones políticas, principios de teoría económica, y las bases de la organización Social; y, las ideas sobre las cuales las personas libres e iguales no poseen ningún conocimiento son: lugar social que ocupan como personas: status, clase social, habilidades o dotes particulares, concepción del bien, particularidades de sus planes de vida y, la generación a la cual pertenecen.

El profesor Koller expone el velo de la ignorancia de la siguiente forma:

Nadie ha de poder recortar los principios de acuerdo con su propia situación, es decir; hay que cuidar que nadie pueda elegir aquellos principios que razonablemente uno sólo elegiría si conociera determinados hechos irrelevantes para una forma de consideración general, por ejemplo, la propia posición social o las inclinaciones individuales.....Un "velo de la ignorancia" ("Veil of ignorance") cubre todas las informaciones que pudieran proporcionarles

⁴ BONETE, Perales Enrique. *Éticas Contemporáneas*. Editorial tecnos S.A. 1990 Madrid – España. Página 36.

a las personas algún conocimiento que les permitiera elegir los principios teniendo en cuenta sus intereses especiales. Así, están obligadas a elegir los principios única y exclusivamente desde los puntos de vista generales⁵

2) Personas Libres e Iguales. Es preciso realizar la exposición de la característica más sobresaliente de la teoría Rawlsiana sobre el orden social, a saber: la libertad e igualdad de los integrantes de la sociedad desde la posición original y, no desde la construcción de un contrato.

Las personas componentes de la hipotética sociedad rawlsiana, son personas que se encuentran sujetas a las capacidades morales de poseer por un lado, un sentido de justicia (*ser razonable*) definido como "*capacidad para entender, aplicar y actuar desde la concepción pública de la justicia que caracteriza los términos equitativos de la cooperación social.*"⁶ y, por el otro, una concepción del bien (*ser racional*) establecido como:

capacidad para formular, revisar y proseguir un plan de "ventaja racional propia, o bien" aunque entendido perfectamente como "lo valioso de una vida humana" concepto del propio bien que se despliega en un "esquema de fines últimos" y una red de "vinculación racional sujeta a condiciones razonables para caracterizar las deliberaciones de las partes como representativas de personas libres e iguales; y todo ello dentro de una concepción política que es, naturalmente, una concepción moral⁷

El resultado de la suma de estas propiedades, es la existencia de una reciprocidad en el respeto por estas características en los demás componentes; lo que lleva directamente a la construcción de la *Teoría de la justicia*, ésta, compuesta por la cooperación justa, permitirá el equilibrio suficiente para el sustento de una (S.B.O). Esta reciprocidad, es el elemento común de la teoría de **Rawls** con la exposición Kantiana, como se explica a continuación.

El concepto Kantiano del *Imperativo Categórico*, resulta de relevante presencia, por cuanto será retomado para la teoría del *consenso traslapado* de **John Rawls**. Éste se define como: "*Actúa de tal modo que la máxima que guía tu acción quieras verla convertida en ley universal*"⁸. De este concepto se desprende la intención específica en **Kant**, de evitar la discordia y, en lugar de ello, buscar un punto en

⁵ KOLLER, Peter. Las Teorías del Contrato Social como modelos de justificación de las Instituciones Políticas. En: *La Justicia: Discurso o Mercado? Los Nuevos Enfoques de la Teoría Contractualista*. Por Lucian Kcm y Hans Peter Muller (Compiladores). Gedisa Editorial. Estudios Alemanes. Primera Edición 1992. Página 56-57.

⁶ RUBIO, Carracedo José. *Paradigmas de la Política*. Del Estado Justo al Estado Legítimo. (Platón, Marx, Rawls, Nozick). Anthropos Editorial del hombre 1990. Página 223.

⁷ Idem.

⁸ *Ibidem*. Página 282.

común que permita la construcción. Característica que al utilizar la herramienta de la analogía, encuentra similitud con los "principios básicos" utilizados por Rawls para la estructura de la "Justicia como Equidad".

La prioridad para Rawls, es establecer un *Sentido Normativo de la justicia como imparcialidad*; esto significa, que utilizando como herramienta fundamental los principios de la justicia, pretende que éstos actúen como norma general de imperativo cumplimiento y respeto por parte de los participantes de la sociedad que él considera "bien ordenada" y, no como opción de cumplimiento.

La justicia como *Imparcialidad*, posee como objetivo, lograr que la cooperación entre las personas al interior de la sociedad se manifieste con tanta intensidad, que permita la construcción y el sostenimiento de una (S.B.O). En este orden de ideas, plantea Rawls, como presupuesto de una Sociedad Bien Organizada, el acuerdo entre personas libres⁹ e iguales¹⁰ acerca de una conceptualización pública de la justicia: *justicia como imparcialidad*. Este concepto que ha de encontrarse compuesto por dos principios básicos (explicados con amplitud en el siguiente numeral), el cual será utilizado como el soporte primordial para alcanzar el bien, y para la afirmación del individuo.

3) Los Principios Básicos. Se ha considerado pertinente, para comenzar con el estudio de los principios de la justicia, hacer alusión a la siguiente expresión de Rawls: "Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar"¹¹ Esta idea fundamental la expone, afirmando que las libertades básicas poseen una *superioridad* que no puede ser puesta en duda; que no admite prueba en contrario. Consolida esta idea, afirmando que al presentarse una desigualdad en la sociedad que no es beneficiosa para la totalidad de sus integrantes, nos encontramos en presencia de comportamientos injustos.

Los *principios básicos*, al decir del propio autor, se mantendrán en un orden lexicográfico (referencia al orden alfabético: primero está A que B): es decir, el primero no podrá estar nunca después del segundo, nunca el primer principio

⁹ Sobre este concepto, el autor establece que "En su calidad de personas libres, los ciudadanos se reservan el derecho a considerar sus personas como independientes y sin identificación con ninguna concepción particular, ni con su esquema de fines últimos. Dado su poder moral para formar, revisar y buscar racionalmente una concepción del bien, su identidad pública como libres no se ve afectada por cambios, a través del tiempo, en la concepción del bien que hayan adoptado." RAWLS, John. *Ibidem*. Página 52.

¹⁰ Para ampliar el concepto de libertad y de igualdad, el lector puede referirse a: 5. La Concepción Política de la Persona. RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Páginas 51 a la 56.

¹¹ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. Primera reimpresión. 1997. (1 ed. 1971) Página 17.

podrá dejarse de cumplir por dar mayor amplitud al segundo. "Las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas"¹²

A continuación, se exponen los dos principios:

Primer Principio:

Libertades Básicas: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.¹³

Segundo Principio:

Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.¹⁴

4) El Consenso Traslapado. La idea de *consenso traslapado* presenta como *supuesto* un acuerdo justo entre personas que se consideran razonables y racionales, libres e iguales; esto, en beneficio del sostenimiento de la (S.B.O) y del sistema justo de cooperación.

Las características presentadas por el autor se clasifican: primero, en un objeto moral (concepción política de justicia), segundo, los fundamentos morales (concepciones de la sociedad, concepciones de los ciudadanos como personas, principios de justicia), tercero, la estabilidad. Las dos primeras características, carecerían de sentido, si la estabilidad no hiciera presencia, por cuanto es a través de ella, que el sostenimiento del acuerdo entre los participantes se mantiene.

Ahora, en cuanto a las ideas que permiten la realización de un *consenso traslapado*, es importante resaltar que el sostenimiento de un pluralismo no es suficiente; el autor en estudio, nos plantea la diferencia entre éste y el *pluralismo razonable*, mencionando que el pluralismo puede permitir el sostenimiento de ideas irrazonables, que pueden inclusive presentarse como agresivas; lo cual dejaría sin sustento la igualdad de los ciudadanos cooperadores y mucho más su libertad. Contrario a éste, el *pluralismo razonable*, lo plantea como el sostenimiento de ideas razonables bajo el ejercicio libre por parte de los ciudadanos de su razón.

¹² RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica. Primera reimpresión. México. 1996. Página 69.

¹³ RAWLS, John. *Idem*. Página 31.

¹⁴ *Ibidem*.

DISCUSIÓN

Colombia posee los presupuestos ideológicos que permiten la concreción de la democracia, erigidos sobre los principios de la Constitución Política de 1991, pero el conflicto armado, del cual se deriva la vulneración de los derechos fundamentales de los individuos y, la desatención social a la que es sometida gran parte de la sociedad por el órgano gubernamental, hacen efectiva la disyuntiva entre los principios constitucionales y la realidad. La democracia colombiana, presenta la característica fundamental de ser una democracia violenta, situación que imposibilita la construcción consensuada de una sociedad diferente.

En Colombia no existen elementos que permitan la configuración de principios sobre los que se pueda edificar un diálogo. El principio fundamental sobre el que se han presentado las conversaciones entre el Estado y los grupos insurgentes es la existencia de un procedimiento consensual que adolece de una diferencia irreconciliable, producto de la desconfianza por un interlocutor al que se considera indigno de toda concesión o argumentación razonable y, reforzada por los resultados arrojados de los anteriores intentos por solucionar de manera pacífica las diferencias.

La idea subyacente de lo anterior, es un modelo consensual utilizado en Colombia entre interlocutores que primero, no reconocen su mutua validez y, segundo, entre interlocutores que dadas sus acciones y omisiones, pueden desconocerse como representantes de la sociedad, aunque afirmen constituirse como voceros de determinados sectores sociales.

Aunque los diferentes grupos guerrilleros en diversas oportunidades han realizado una apuesta al diálogo con los gobiernos de turno, el resultado inmediato después de un acuerdo ha sido la violencia misma; como ejemplos ilustrativos se encuentran: el Movimiento Político de la Unión Patriótica, los acuerdos de diálogo y tregua del presidente Belisario Betancur y el grupo guerrillero M-19, el Acuerdo de Puerta del Cielo con el ELN, y, la Mesa de Negociación con las FARC-EP.

Para **Rawls**, el establecimiento de los **Principios de la Justicia**, se realiza basándose en una característica fundamental, los individuos que llegan a este acuerdo, son personas libres e iguales. En Colombia, Los diálogos desarrollados entre los actores del conflicto armado, han desconocido la libertad y la igualdad, tanto de ellos como actores, como de la sociedad víctima del conflicto.

Los diálogos realizados entre Estado, insurgentes y, autodefensas, no posibilitan la estructura de un **Velo de la Ignorancia**; en Colombia, los sustentos teóricos de las partes son plenamente conocidos, lo cual imposibilita la construcción común

de identidad, dado que cada uno es excluyente. Cada participante en la guerra que se desarrolla en Colombia sabe quién es y la teoría que representa, lo que deja como resultado que el interlocutor sea considerado como el principal enemigo, el cual debe ser derrotado o, ignorado para la realización de un diálogo, como ocurre con el movimiento insurgente y el de las autodefensas; uno y otro afirman estar dispuestos a dialogar con el **Estado Colombiano**, siempre y cuando el otro no sea tenido en cuenta.

Las **Capacidades Morales** expuestas por **Rawls**, en tanto poseer un *sentido de justicia* y un *sentido del bien*, son capacidades que se encuentran inmersas en cada uno de los postulados ideológicos de los actores armados partícipes en el conflicto armado; en ellos, se consolidan las premisas ideológicas en pro de una sociedad libre, democrática y participativa, ajena a los constantes factores de exclusión; pero a diferencia del trabajo que ejercen al interior de la teoría rawlsiana, en la cual se consolidan para constituir una Sociedad Bien Ordenada donde prima la cooperación entre iguales, en la democracia colombiana se presentan como sentidos de justicia y del bien irrefutables e indiscutibles.

En Colombia, los sentidos de justicia y del bien, continúan siendo expresados a través del pluralismo; el cual ha permitido la utilización de la violencia para la expresión de éstos, desvirtuando el *pluralismo razonable* explicado por **Rawls**. Esto permite afirmar que existe una polarización que constituye el fundamento para aumentar el grado del conflicto armado, acrecentando de esta manera la diferencia y la disociación. En los diálogos constituidos para la salida pacífica al conflicto armado, el sentido de justicia y del bien han constituido la diferencia sobre la cual no se admite discusión por cada una de las ideologías.

La conversación, como un "*proceso por el que se busca llegar a un acuerdo*"¹⁵, no se ha consolidado en Colombia; ha sido la expresión de fuerzas que buscan doblegarse mutuamente, que siempre terminan recurriendo al uso de la violencia, en donde las premisas del diálogo se han utilizado como herramienta metodológica, pero no como sustento sólido.

El análisis realizado de algunos partícipes en el conflicto armado colombiano, permite afirmar, que aparte de la existencia de unos presupuestos ideológicos altruistas y, de los principios del estado social de Derecho, que se encuentran en constante contradicción por las diferentes actuaciones "propias" de la guerra como: masacres,

¹⁵ Gadamer. Hans-Georg. Verdad y Método. Fundamentos de una Hermenéutica filosófica. Ediciones Sígueme – Salamanca 1997.

secuestros, asesinatos y, desplazamientos, existe un factor de gran relevancia, el factor económico. El secuestro, el procesamiento de coca y, los aportes efectuados por el gobierno Norteamericano al Estado Colombiano, se constituyen como el factor fundamental para el sostenimiento de una guerra en la cual, aquellos menos favorecidos, (como los denomina **Rawls**) se acercan de forma asombrosa a una vida miserable en la cual la concepción de vida digna propugnada por el positivismo jurídico que regula la democracia de Colombia es obsoleto, por decirlo menos.

Es importante resaltar, que la sociedad colombiana se encuentra enmarcada por una realidad violenta que contradice los principios de la Constitución Política de 1991; de lo cual es preciso mencionar que cobra vigencia la siguiente cita del maestro **Zuleta**: "*Una sociedad no debe ser juzgada por lo que diga su carta constitucional, sino por el tipo de relaciones que en ella tienen los individuos entre sí, y por las posibilidades que ofrezca a todos para su desarrollo personal...*"¹⁶. Teniendo como referencia la historia de Colombia, su análisis permite afirmar, que las relaciones de desigualdad entre los individuos son cada vez mayores y, que las posibilidades ofrecidas para el mayor beneficio no son ciertas. Si bien es cierto, los principios fundantes del Estado Social de derecho Colombiano, se erigen en pilares teóricos democráticos, éstos no pueden consolidarse válidos única y exclusivamente porque el positivismo jurídico así lo expone, debe encontrarse concreto en modificaciones sustanciales para el conjunto de los ciudadanos, porque de lo contrario, existirá fundamento para sostener que el **Estado Colombiano** es un "...producto y manifestación de la inconciliabilidad de las contradicciones de clase."¹⁷

CONCLUSIONES

La principal deducción que se plantea en las conclusiones del trabajo de investigación es, que todos los actores del conflicto armado en Colombia son responsables con sus acciones y omisiones de la inaplicabilidad del consenso como recurso metodológico para la superación de la violencia sostenida en el País. Unos y otros, al aferrarse a sus ideas como irrefutables, al desestimar las contradicciones teóricas, y al recurrir a métodos violentos para el sostenimiento de las ideas, impiden la construcción común de un ideal de justicia o de bien común como principio fundamental que argumenta **John Rawls** para la consolidación de una Sociedad Bien Ordenada.

¹⁶ ZULETA, Estanislao. Colombia: Violencia, democracia y derechos humanos.

¹⁷ LENIN, Vladimir Ilich Uliánov. El Estado y la Revolución. Editorial Progreso – Moscú. 1978. p.9.

El **Estado Colombiano** ha consolidado su interés única y exclusivamente en la exterminación bélica de un enemigo que considera enemigo de toda la sociedad, denominense guerrilla o autodefensas; olvidando incrementar los recursos económicos y administrativos destinados a la superación de los índices de pobreza y de analfabetismo. Ha dejado de lado las funciones sociales que pueden determinar una vida digna para todos, aferrándose a un positivismo que nada ha hecho por la superación de la realidad social, coadyuvando al sostenimiento de la violencia.

Los contradictores armados **Estado Colombiano, Guerrilla y Autodefensas**, consolidados como emporios económicos, no se encuentran en disposición de realizar un diálogo en el cual sus postulados ideológicos sean rebatidos con ideas que permitan la solución consensuada del conflicto. En Colombia la guerra, si bien posee unos fundamentos ideológicos, se mantiene con los recursos económicos derivados del secuestro, de los aportes realizados por el gobierno de los Estados Unidos y por los cultivos de coca.

El **Estado** Colombiano, incapaz de asegurar a sus ciudadanos los derechos fundamentales proclamados por la *Constitución Política*, no puede recibir la denominación de democrático, aunque posea elementos propios de esta clase de régimen, como la elección popular o, la acción de tutela. La democracia no se consolida con la maximización de la redacción de una normatividad ajena a la problemática social, o, erigida para el sostenimiento de la clase privilegiada; la democracia se expresa, en cada una de las acciones sociales que procuran la inclusión de todos los ciudadanos a la salud, al trabajo, a la educación, y, al ejercicio de la libertad; y en que éstos sean conformadores de una vida digna y no la consolidación de una vida miserable. La democracia se consolida en la inexistencia de privilegiados.

La existencia de los "*principios básicos*" a los cuales recurre **Rawls** para sustentar la *teoría de la justicia*; no se han consolidado en Colombia; si bien existen unas concepciones del bien al interior de la estructura ideológica de cada participante del conflicto armado, la divergencia violenta supera cualquier intento de conciliación teórica.

BIBLIOGRAFIA

AGRA ROMERO, María José. John Rawls: El Sentido de Justicia en una Sociedad Democrática. Universidad de Santiago de Compostela. 1985.

AGUILAR, Enrique. El Liberalismo Político: Apuntes para una Discusión sobre sus antecedentes. (Entre el Medioevo y el siglo XVI). www.intermedia.com.ar/eseade/revista/N26aguilar.html.

ARNAIZ AMIGO, Aurora. Ciencia Política. Estudio Doctrinario de sus Instituciones. Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Cuarta edición.

BARRY, Brian. Teorías de la justicia. Gedisa editorial. Primera edición septiembre de 1995 Barcelona.

BEJARANO, Ana María. Democracia y Sociedad Civil: Una Introducción Teórica. Análisis Político. No 15. Enero-Abril 1992. Página: 68 a la 85.

BIDET, Jacques. John Rawls y la Teoría de la Justicia. Ediciones Bellaterra 2000.

BOBBIO, Norberto. El Futuro de la Democracia. Fondo de Cultura Económica. 1997. Primera Reimpresión de la segunda edición.

BOBBIO, Norberto – BOVERO, Michelangelo. Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El Modelo Iusnaturalista y el Modelo Hegeliano-Marxiano. Fondo de Cultura Económica. México 1996.

BONETE, Perales Enrique. Éticas Contemporáneas. Editorial tecnos, S.A. 1990 Madrid.

BONILLA-CASTRO, Elssy. RODRIGUEZ SEHK, Penélope. Más allá del dilema de los métodos. La Investigación de las Ciencias Sociales. Ediciones Uniandes- Grupo editorial NORMA. Segunda Edición 1997.

BOTELLA, Juan. CAÑEQUE, Carlos. GONZALO, Eduardo. El Pensamiento Político en sus textos. De Platón a Marx. Editorial tecnos, S.A. 1994.

BOTERO, Juan José. La Filosofía Política Contemporánea y la idea de sociedad justa. Profesor Asociado, Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia. juanbotero@cable.net.co

CARLYLE, A.J. La Libertad Política. Historia de su Concepto en la Edad Media y los Tiempos Modernos. Versión en español de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica – México. Primera Reimpresión 1982.

Constitución Política de Colombia. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá – Colombia 1995.

CORBÍ, Joseph E. y MOYA, Carlos J. (Editores) Ensayos Sobre la Libertad y la Necesidad. Pre-textos. Servicios de Gestión Editorial. Primera Edición 1997.

CORTES, RODAS, Francisco. Justicia y Exclusión. Elementos para la formulación de una concepción igualitaria de la justicia. Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia. fcortes@geo.net.co

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Helí. Qué son Y Cuáles son los Derechos Fundamentales?. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1999.

DACAL, Daza María del Rosario. La Justicia, según John Rawls. www.hemerodigital.unam.mx/ANUTES/lasalle/logos/80/sec_9.html

DEL AGUILA, Rafael. Manual de Ciencia Política. Editorial Trotta. 1977.

DIAZ-CALLEJAS, Apolinar. Historia y Actualidad en Colombia. www.apolindiaz.org/apolindiaz/actualidad1.html

EIDE, Asbjorn. La significación histórica de la Declaración Universal. www.unesco.org/issj/rics158/eidespa.html

ESCOBAR PÉREZ, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial TEMIS. 1997. Quinta Edición. Santa Fé de Bogotá – Colombia.

ESTRADA GALLEGU, Fernando. Crisis Política y Sociedad Civil. Revista UIS-Humanidades. Volumen 28. Número 1. Enero-Junio de 1999. Página: 9 a la 21.

FALS BORDA, Orlando. Grietas de la Democracia. La Participación Popular en Colombia. Análisis Político No 28. Páginas: 65 a la 72.

FAURÉ, Christine. Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Fondo de Cultura Económica – México. Primera Edición en español 1995.

FERNANDEZ, Oscar. Los Avatares de la Noción de Sociedad Civil. www.cariari.ucr.ac.cr/~oscarf/soc.html

FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Editorial Ariel, S.A. Barcelona 1994.

FRIEDRICH, C. J. La Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México. Tercera reimpresión. 1980.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método. Fundamentos de una Hermenéutica. Ediciones Sígueme – Salamanca 1991. Cuarta Edición.

GARGARELLA, Roberto. Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un Breve Manual de Filosofía Política. Paidós Estado y Sociedad. Barcelona – España 1999.

GARAY, Luis Jorge (Coordinador General). Repensar a Colombia. Síntesis Programática. Talleres del Milenio. Alfaomega Colombia S.A. Primera Edición enero 2002.

GIRALDO, Angel Jaime. GIRALDO, López Mónica. GIRALDO, López Alejandro. Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica. Legis. Primera Edición. 1999.

GARGARELLA, Roberto. Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Un Breve Manual de Filosofía Política. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1991.

GAUTHIER, David. Egoísmo, Moralidad y Sociedad Liberal. Paidós I.C.E.U.A.B (Universidad Autónoma de Barcelona). Primera Edición. 1998.

GIRALDO, Javier sj. Colombia esta democracia genocida. www.derechos.org/nizkor/colombia/giraldo1.html

GOMEZ SERRANO, Laureano. El Control Constitucional en Colombia. Evolución Histórica. Colección HEXDOC. Editorial UNAB. Bucaramanga-Colombia –2001.

GUTIERREZ, Carlos. CEPEDA, Margarita María. Los Presupuestos de la Fundamentación Liberal de la Justicia en Rawls y Ackerman. Serie Cuadernos de Trabajo. Facultad de Ciencias Humanas. Universidad Nacional de Colombia.

GUZMAN CAMPOS, Germán. FALS BORDA, Orlando. UMAÑA LUNA, Eduardo. La Violencia en Colombia. Carlos Valencia Editores. Novena edición mayo 1980. Bogotá – Colombia.

JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Editorial Albatros. Buenos Aires – Argentina. 1970.

JENOFONTE. Recuerdos de Sócrates. Editorial Porrúa, S.A. México 1973.

KERN, Lucian. MÜLLER, Hans Peter. (Compiladores) La Justicia: Discurso o Mercado? Los Nuevos Enfoques de la Teoría Contractualista. Gedisa Editorial. Estudios Alemanes. Primera Edición 1992.

KOHN, Carlos. Las Antinomias de la Democracia Liberal. Universidad Central de Venezuela. www.bu.edu/wcp/papers/oApp/Oappkohn.html

LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Segunda Edición Definitiva. Editorial ARIEL. Barcelona – España. 1980.

MESA NARANJO, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial TEMIS. Séptima Edición. Santa Fé de Bogotá – Colombia. 1997.

MILL, John Stuart. Sobre la Libertad. Capítulos sobre el Socialismo y otros escritos. Biblioteca de Política, Economía y Sociología. Ediciones Orbis. S.A. 1979. Barcelona – España.

MOLANO BRAVO, Alfredo. Siguiendo el Corte. Relatos de Guerras y de tierras. El Ancora Editores 1997.

MOLINA, Gerardo. Las Ideas Liberales en Colombia. Tomo I 1849 – 1914. Colección Manuales Universitarios. Ediciones Tercer Mundo. Séptima edición febrero de 1979.

——— Tomo II 1915 – 1934. Colecciones Manuales Universitarios. Ediciones Tercer Mundo. Cuarta edición marzo de 1980.

——— Tomo III De 1935 a la iniciación del Frente Nacional. Colecciones Manuales Universitarios. Ediciones Tercer Mundo. Quinta edición diciembre de 1982.

PECAUT, Daniel. Orden y Violencia 1930 – 1954. Siglo XXI Editores. 1987 Iera Edición.

PEREZ CASAS, Luis Guillermo. Los Campesinos, Distribución y utilización de la tierra en Colombia, Violencia y Desplazamiento forzado. www.derechos.org/koaga/vii/perez1.html

RAMIREZ ACOSTA, Pedro. La Formación de la Conciencia Civil: Un Acercamiento Político pedagógico de Rousseau. Revista Acta Académica. Universidad Autónoma de Centro América. www.uaca.ac.cr/acta/1998nov/pramirez.htm

RAWLS, JOHN. Justicia como Equidad. Materiales para una Teoría de la Justicia. Tecnos S.A. 1999.

——— La Justicia como Equidad. Una Reformulación. Edición a cargo de Erin Kelly. Edición Paidós Ibérica S.A. Traducción de Andrés de Francisco. 2002.

——— Liberalismo Político. Fondo de Cultura Económica. 1996.

——— Sobre las Libertades. Ediciones Paidós. I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona. Primera edición 1990.

RESTREPO YUSTI, Manuel. Guía Práctica para la administración de la investigación Sociojurídica. Santafé de Bogotá, D.C. enero de 1998. Ministerio de Justicia y del Derecho. Imprenta nacional de Colombia.

RICCEUR, Paul. Historia de la Idea de Justicia. John Rawls: Teoría de la Justicia. Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura. Número 23. Al Borde del Sujeto. Invierno. 1995. Página: 106 a la 122.

RODRIGUEZ ZEPEDA, Jesús. (Coordinador) Imperativos de la Igualdad. Justicia, Sujetos y Derechos. www.ifs.esic/es/consen/m-5.html

ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato Social. Los Grandes Pensadores. Editorial Sarpe. 1983. Madrid – España.

——— La Desigualdad entre los hombres. Editorial TOR, Buenos Aires.

RUALE, Giovanni – ARITISERI, Dario. Historia del Pensamiento Filosófico y Científico. Editorial Herder. 1988. Barcelona – España.

RUBIO CARRACEDO, Jose. Paradigmas de la Política. Del Estado Justo al Estado Legítimo. (Platón, Marx, Rawls, Nozick). Antrophos Editorial del Hombre. 1990.

SABINE, George H. Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. Séptima Reimpresión 1976. Bogotá.

SARTORI, Giovanni. Qué es la Democracia? Altamir Ediciones. 1994. Primera Edición en Colombia.

SOUZA, María de Lourdes. ILSA. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Primera Edición en Castellano 2001.

STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph (Compiladores). Historia de la Filosofía Política. Fondo de Cultura Económica. México 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. La Democracia en América. Biblioteca de Política, Economía y Sociología. Editorial Orbis, S.A Barcelona – España 1985.

TOUCHARD, Jean. Historia de la Ideas Políticas. Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1961.

TOURAINÉ, Alain. Igualdad y Diversidad. Las Nuevas Tareas de la democracia. Fondo de Cultura Económica – México. Segunda Edición en español.

URIBE, María Victoria. VÁSQUEZ, Teófilo. Enterrar y Callar. Comité Permanente por la defensa de los Derechos Humanos. Fundación Terres des Hommes. Primera Edición, Santafé de Bogotá 1195.

VALLESPIN, Fernando. Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan. Alianza Editorial S.A. Madrid 1985.

VEGA MENDEZ, Francisco. La Sociedad en la Concepción de Adam Ferguson. www.members.tripod.cl/derechoulare/ferguson.html

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas. LEGIS. Octava Edición.

WITKER, Jorge. La Investigación Jurídica. Mc Graw Hill. Serie Jurídica. 1995.

ZULUAGA, Jaime y PIZARRO, Eduardo. ¿Hacia dónde va la paz? Análisis Político No 36.

GOVERNABILIDAD Y
POLÍTICAS PÚBLICAS

ESTHER PARRA RAMÍREZ
DANIEL VARGAS MARÍN

GOBERNABILIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS

ESTHER PARRA RAMÍREZ
DANIEL VARGAS MARÍN

GOBERNABILIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS
AUTOR: ESTHER PARRA RAMÍREZ – DANIEL VARGAS MARÍN
DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: 01/04/2003

DESCRIPTORES: Gobierno, Políticas públicas, Gestión pública, Participación, Poder
RESUMEN: Este artículo busca dar cuenta de la estrecha relación entre la capacidad del gobierno de resolver problemas y satisfacer necesidades que hoy se denomina gobernabilidad y las acciones o inacciones del estado o políticas públicas.

KEY WORDS: Government, public policies, public management power participation.
ABSTRACT: This paper seeks to show the narrow relationship existing between the government's ability to solve issues and satisfy needs which is nowadays called "governability" and the actions or idleness of the State or public policies.

MOTS CLEFS: Gouvernement, politiques publiques, pouvoir, participation
SYNTHESE: Cet article cherche démontrer les étroites relations qui existent entre l'habilité du gouvernement pour donner des solutions aux problèmes et besoins sociaux, aujourd'hui dénommé « gouvernabilité », et les actions or inactions de l'Etat et des politiques publiques.

INTRODUCCIÓN

En el camino hacia el crecimiento económico y en la redefinición de las relaciones con la sociedad civil, América Latina experimenta un proceso de reorientación del papel del Estado. La perspectiva histórica permite mostrar los procesos de surgimiento, desarrollo y resolución de las problemáticas sociales, ámbito de acción de las políticas estatales.

El proceso de planeación de los asuntos públicos, refleja las condiciones y coyunturas políticas, económicas y sociales que se suceden en el tiempo. Por ejemplo en el siglo XIX y hasta la segunda mitad del siglo XX, la acción pública en Latinoamérica era esencialmente la respuesta de los decisores, es decir, de los altos funcionarios públicos. Así, el Estado seleccionaba las demandas y proveía servicios, mientras que la sociedad se mostraba como independiente de la esfera estatal. Lo anterior condujo a una planificación autoritaria, poco realista y carente de visión política, reduciéndose con ello la capacidad de los Estados para legitimar el orden político – democrático a través de la generación de respuestas concretas a problemas coyunturales de la población.

Desde los años sesenta y hasta los inicios del siglo XXI, la problemática del Estado en acción ha girado en torno a varios aspectos que van desde el énfasis en la implementación de las decisiones públicas, el análisis de los modelos del Estado benefactor, la constitución de agendas gubernamentales, el rol de los actores que influyen en las políticas públicas, y la tendencia más reciente en torno a lo que se conoce como la "nueva gestión pública" cuyo centro de interés gira sobre la eficiencia y a la evaluación de la acción estatal.

A diferencia del pasado donde primaban los rasgos centralizadores, una estructura de clase poco compleja, pautas de necesidad social homogéneas, lo local cumpliendo roles básicamente operativos, escasa definición de modelos de ciudad, y un monopolio estatal en el diseño de políticas públicas, el concepto de democracia se muestra hoy, inseparable del de gobernabilidad. Esta última, trasciende exclusivamente la esfera política, hacia factores económicos, tecnológicos, sociales, el contexto internacional, que se entrelazan en "sociedades complejas globalizadas".

Se trata del ámbito de las ciudades postindustriales en donde se transforma la dimensión urbana territorial así: relaciones multilaterales entre diferentes centros, una estructura polinuclear, nudos direccionales de la economía que se adaptan a la globalización de los mercados, incremento de la posibilidad del rompimiento económico del espacio, así como el diseño de esquemas de expansión urbana sostenible.

Es en este ámbito en el que ha de operar la acción o inacción del Estado y que en definitiva constituye el nuevo panorama de la gestión pública moderna: la gobernabilidad, la productividad, el desarrollo local con equidad, la sustentabilidad del desarrollo urbano, y la democracia desde el ámbito de legitimidad, universalidad de las decisiones, transparencia, apertura de la participación ciudadana en la formulación de políticas, y el control de la gestión pública.

EL MARCO CONCEPTUAL

El estudio de la relación entre la gobernabilidad y las políticas públicas exige la concreción de conceptos como : lo público, ciudad, orden urbano, cuestión urbana, gobierno, gestión pública, gobernabilidad, y políticas públicas.

Por **gestión pública** se entiende la organización y manejo de recursos humanos, económicos, políticos, normativos, y técnicos, por parte de las autoridades públicas para ofrecer a los diversos sectores de la población la satisfacción de sus necesidades¹. Pero, para garantizar eficiencia y eficacia, la gestión pública se ha subdividido en "gestión institucional", y "gestión del desarrollo"², la primera se

orienta a la generación de productos que posibilitan el fortalecimiento de las instituciones públicas, y la segunda, busca la producción de bienes y servicios desde la dimensión técnica por medio de la elaboración de planes, proyectos, programas de desarrollo, seguimiento y evaluación de gestión; y desde la dimensión política, orientando el gasto público, la participación ciudadana en la gestión pública, los modelos de gestión, entre otros.

Según Fabio Velásquez³, las particularidades de la gestión urbana radican, por un lado, en la responsabilidad que poseen los gobiernos de mantener el justo medio entre la protección del bien público y la satisfacción de intereses particulares. En segundo lugar, se encuentra el mirar la ciudad como una estructura socio espacial compleja que requiere el accionar de varios actores y los estudios de múltiples disciplinas.

Política pública por su parte, se asume como "la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad"⁴ la cual se transforma a su vez, en un programa alrededor de objetivos explícitos. La política pública implica un "conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables"⁵. La acción del gobierno se desarrolla en función de problemas sociales, por ello, para André- Noel Roth "una política pública existe siempre y cuando instituciones estatales asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar objetivos estimados como deseables o necesarios, por medio de un **proceso** destinado a cambiar un estado de las cosas percibido como problemático"⁶, además de este proceso, existen otros tres elementos centrales que permiten identificar la existencia de una política pública, la dirección gubernamental, la percepción de problemas y la definición de objetivos.

Es importante señalar que la política pública implica mucho más que la norma y "no es una decisión aislada, sino un conjunto de tomas de posición que involucran una o varias instituciones estatales"⁷. A su vez, los enfoques modernos sobre política pública, insisten en la necesidad de superar las dos corrientes tradicionales antagónicas : la que considera al Estado como dependiente de las diferentes fuerzas y actores sociales, y aquella que afirma que el Estado selecciona las demandas y provee servicios de manera independiente de la sociedad⁸. La tendencia actual toma tanto los factores internos como los externos para explicar la acción pública, en un marco de relaciones complejas e interdependientes entre la esfera pública y privada.

Lo **Público** se entiende como el ámbito de lo no secreto, lo accesible a todos. Se mueve en varias dimensiones que implican lo cultural, los recursos naturales, los

espacios públicos, el gobierno. Aunque tradicionalmente se asocia lo público con lo estatal, en el ámbito moderno vemos el surgimiento de una nueva dimensión, lo público no estatal en un panorama de constante interrelación entre los sectores público y privado. En concreto se hace referencia a lo público como proceso de construcción gradual y permanente de lo colectivo.

La **ciudad**, por su parte, se presenta como "epicentro del conflicto entre la constitución de un espacio público y la apropiación de ese espacio en función de intereses privados"⁹. A la forma como se resuelve el conflicto entre el ámbito público y el privado en la ciudad se le denomina **cuestión urbana**, en tanto que a la garantía a la identidad de la ciudad como espacio público que posibilita el desarrollo de los intereses privados, se le denomina **orden urbano**.

El **gobierno** en tanto, es un mecanismo de administración que da efectividad a los propósitos del Estado. Es Estado es algo más que el gobierno, el Estado no dispone de otro instrumento que del gobierno para realizar cualquier actividad¹⁰. El gobierno comprende a un conjunto de elementos que permiten actuar al pueblo organizado, a la comunidad política, al Estado.

Respecto a la **governabilidad**, se trata de un concepto que hace referencia no sólo a la institucionalidad gubernamental, sino también a las relaciones entre la sociedad civil y el Estado¹¹ que se traducen como mecanismos de legitimación política los cuales están directamente relacionados con la estabilidad del sistema. Se habla de gobernabilidad cuando existe una armónica relación entre los ciudadanos y el gobierno, no sólo porque no necesitan recurrir a métodos violentos para incidir en las decisiones públicas, sino además porque confían en la eficacia de la acción gubernamental.

UNA RELACIÓN NECESARIA

A diferencia del pasado, el concepto de democracia aparece tan inseparable del de gobernabilidad, y es por ello que hoy se hace referencia a la gobernabilidad democrática, la cual esta sujeta a la capacidad de los gobernantes, los ciudadanos, así como sus intermediarios – partidos, gremios, asociaciones,.. - para lograr consensos que posibiliten formular políticas que permitan responder equilibradamente a lo que se espera del gobierno¹². De la salvación de una ideología, de una bandera, de la figura carismática de un "héroe", de un modelo, de la lucha de clases, referentes tradicionales hasta los años setenta, se pasó a la combinación entre la aspiración por una mayor participación de la sociedad en las decisiones públicas y una mayor exigencia respecto a la capacidad de los

gobiernos, de manera que hoy éstos son juzgados por sus resultados, por el éxito que puedan tener.

Según Luciano Tomassini, la "*governabilidad va de la mano con la desconfianza en los grandes modelos y con la valoración de la habilidad de los gobernantes y la calidad de la gestión pública para mantener el equilibrio asegurando la obtención de resultados con transparencia y sin corrupción*"¹³. De ahí surge la necesidad por parte del gobierno y de los sectores sociales de poner en práctica la habilidad para combinar tres aspectos: un crecimiento económico dinámico, márgenes aceptables de equidad, igualdad de oportunidades y protección social, y niveles crecientes de participación ciudadana en las decisiones de carácter político.

Este proceso de ampliación de la participación va de la mano con el fortalecimiento de la gestión local, ya que en un entorno cada vez más diversificado y globalizado, se ha estimulado la repolitización del gobierno local. Desde el punto de vista de la gestión pública, tradicionalmente al municipio se le trataba como menor de edad, con cierta desconfianza, de ahí que era muy limitado su nivel de competencias, escasas las trasferencias de recursos, abundantes los mecanismos que lo tutelaban, así como las restricciones legislativas que minaban su capacidad de actuación.

En el nuevo contexto en el que se encuentra el gobierno local, se ve abocado a dar respuesta a demandas cada vez más segmentadas y especializadas de sectores sociales a su vez más exigentes. Según Brugue y Gomâ, "*...el ámbito local está experimentando un importante proceso de reestructuración. Un proceso que parece escapar al control de sus protagonistas y que se rige por las exigencias de un guión donde se describe una sociedad más fragmentada y más dualizada, donde aparece el villano de la globalización y donde las nuevas tecnologías dominan el escenario*"¹⁴. Los municipios, se vieron forzados a tomar conciencia de su ubicación en la amplia red de intercambio, así como de las oportunidades y riesgos que surgen de tal ubicación para su viabilidad económica, la identidad cultural y su estructura social.

Uno de los conectores entre gobernabilidad y políticas públicas se halla en la participación de la planeación del desarrollo, llamada hoy planeación pública moderna. En este caso, se hace necesario que se cumplan dos requisitos: 1. Que tanto los gobiernos como los gobernados tomen en serio y de manera responsable las transferencias de poder, 2. Que se avance en encontrar el rumbo de la planeación participativa¹⁵. Una visión política y no solamente administrativa, permitirá a las administraciones locales fortalecer su capacidad para reaccionar ante las oportunidades y riesgos a los que están sujetas.

Este fortalecimiento desde el nivel local tiene en las políticas públicas los cursos de acción orientados a resolver problemas sociales que han rebasado la capacidad de respuesta del Estado, por lo que han llegado han instaurarse en la agenda como prioritarios, es decir, se han constituido como "situaciones socialmente problemáticas", o "aquellas en las cuales la sociedad de manera mayoritaria percibe un problema social como relevante y considera que el régimen político debe entrar a enfrentarlo a través de políticas públicas"¹⁶ y es este proceso el que ha de estimular la participación ciudadana, con miras a reducir el conflicto.

Estos primeros años del siglo XXI, nos muestran un Estado que cambia su rol y una sociedad moderna y compleja permeados según Sergio Boisier¹⁷ por el nuevo paradigma dominante, bajo la identificación de cuatro megatendencias: 1. La revolución científica y tecnológica que ha generado mayor descentralización decisional y territorial. 2. La reforma del Estado que debe legitimar un nuevo orden político, impulsando una participación más activa de la sociedad civil. 3. Nuevas y Crecientes demandas de la sociedad civil tanto para incidir en las decisiones como para fortalecer la autonomía local. 4. La privatización de actividades productivas y de servicios con repercusiones sobre las finanzas públicas.

De los aspectos anteriores merece especial énfasis la reforma del Estado en el sentido de reemplazar las redes clientelares de los partidos por mecanismos de distribución centrados en el Ejecutivo y orientados a cubrir grupos dispersos y focalizados. Esta tendencia se refleja claramente en el nuevo escenario con el predominio del "Estado eficientista", la privatización de las políticas públicas, la desinstitucionalización y descentralización de estas últimas¹⁸. Lo anterior implica que el referente no será la pretensión universalista de la justicia social, sino la reducción - focalización - de los niveles de pobreza.

El rol del Estado es esencial, ya que siempre habrá objetivos que no pueden ser atendidos por el mercado, como las exigencias de equidad y de planificación a largo plazo. Por esto se hace necesario un **Estado estratégico** para que por medio de sus políticas oriente e impulse el desarrollo, un **Estado social**, que intervenga en la reducción de la desigualdad que propicia la distribución del ingreso, promueva la igualdad de oportunidades, y mantenga la protección social, y un Estado que se anticipe pues, él en sí mismo, se constituye en la única institución que "puede ampliar el horizonte temporal del mercado"¹⁹.

A su vez, desde el plano institucional, es importante identificar en el proceso de política pública la configuración del poder en un periodo específico y en una sociedad

concreta. Lo anterior exige un análisis de las políticas públicas desde la noción de poder, pues las demandas pueden surgir de grupos sociales con suficiente capacidad de presionar a las instituciones públicas, así como al mismo juego político al interior del gobierno en medio de conflictos de interés en el seno de una sociedad heterogénea.

EPÍLOGO

La adecuada relación entre gobierno y sociedad civil implica que la comunidad desde el punto de vista político institucional se regule por la democracia. En este proceso de mutuas implicaciones entre gobernabilidad - políticas públicas, se combinan las crecientes aspiraciones por una mayor participación ciudadana en la formulación, implementación y evaluación de los asuntos públicos, así como de un mayor grado de exigencia hacia los gobiernos por los resultados de su gestión.

Desde los años ochenta, con la pluralidad de visiones y la desconfianza en los modelos, el énfasis se ubicó en la habilidad de los gobernantes y en la calidad de la gestión gubernamental, de manera tal que para erosionar el sistema político solo hace falta escoger mal las políticas que han de resolver o llevar a niveles manejables, los problemas sociales.

Superar la crisis de gobernabilidad en América Latina se ha vuelto una tarea prioritaria teniendo en cuenta la gran inestabilidad de algunos de sus países, y ello se hace posible desde cuatro factores: la capacidad del gobierno para manejar la pobreza, crecimiento económico con moderada inflación, un clima internacional favorable, e incrementar el grado de legitimidad de las instituciones políticas. De ahí que la gobernabilidad de dichas instituciones dependerá fundamentalmente de la capacidad de negociación entre los distintos actores políticos y sociales para consolidar coaliciones duraderas y efectivas frente a demandas heterogéneas y dispersas.

Teniendo en cuenta que la comunidad está representada por el Estado y que éste ha de propiciar el desarrollo del individuo fomentando su participación en los asuntos públicos²⁰, se postula hoy su redefinición desde el fortalecimiento de la fuerza que anima al Estado, es decir, el gobierno. Es por ello que hoy más que en ninguna otra época se estrecha la relación gobernabilidad - políticas públicas.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ Al tratarse de recursos limitados de donde deben surgir productos intermedios esenciales para producir bienes y servicios que cubran las necesidades de la población. Estos productos intermedios pueden ser de dos categorías: los destinados a incrementar la capacidad de gestión de los entes públicos, y los orientados a ordenar y sistematizar sus acciones. VELÁSQUEZ, Fabio. Seguimiento y Evaluación de la Gestión Pública Urbana. Bogotá : Fundación Social DNDL, 1997. 11p.
- ² VELÁSQUEZ, F. Op. Cit. 12-13ps.
- ³ Ibid. 21-22ps.
- ⁴ THOENIG, Jean Claude. MENY, Yves. Las Políticas Públicas. Barcelona : Ariel, 1992. 8p.
- ⁵ VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas. Bogotá : Almudena, 1999. 57p.
- ⁶ ROTH DEUBEL, André – Noel. Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación. Bogotá : Aurora, 2002. 26p.
- ⁷ VARGAS, A. Op. Cit., 58p.
- ⁸ ROTH DEUBEL, A-N. Op. Cit., 29-31ps.
- ⁹ VELASQUEZ, F. Op. Cit. 15p.
- ¹⁰ CERRONI, Umberto. Política: Método, Teorías, Procesos, Instituciones y Categorías. Bogotá : Siglo XXI, 1992
- ¹¹ UNGAR, Elizabeth. Gobernabilidad en Colombia: Retos y Desafíos. Bogotá : Uniandes, 1993
- ¹² TOMASSINI, Luciano. "Gobernabilidad y Políticas Públicas". En : Democracia en Déficit : Gobernabilidad y Desarrollo en América Latina y el Caribe. Washington: B.I.D., 2001
- ¹³ El cuestionamiento surge frente a la posibilidad de fortalecimiento de la gobernabilidad democrática en un nuevo siglo en donde se da un alto grado de neutralidad ideológica y paradigmática. Ibid.
- ¹⁴ BRUGUE, Quim. GOMA, Ricard. Gobiernos Locales y Políticas Públicas: Bienestar Social, Promoción Económica y Territorio. Barcelona : Ariel, 1998. 23p.
- ¹⁵ Según Mauricio Betancourt, la planeación debe operativizar los sueños de los pobladores, articular lo local con lo regional y nacional, unirse con lo sectorial, intentar superar el seguir siendo, para el caso colombiano por ejemplo, el país de los planes, pero donde menos funciona la planeación. En : Planeación y Participación : Construyendo la Democracia Local. Bogotá : Instituto Maria Cano, 2001. 21-23ps.
- ¹⁶ VARGAS, A. Op. Cit., 59p.
- ¹⁷ Retomado por JIMÉNEZ, William. Conocimiento, Poder y Democracia. Bogotá : ESAP, 1998. 85p.
- ¹⁸ VARGAS, Alejo. "Las Políticas Públicas entre la Racionalidad Técnica y la Racionalidad Política" En : Dimensiones Político-Económicas del Nuevo Orden Constitucional. Bogotá : UNAL, 1996
- ¹⁹ TOMASSINI, L. Op. Cit.
- ²⁰ Este aspecto fundamental es desarrollado ampliamente por GUERRERO OROZCO, Omar. Teoría Administrativa del Estado. México : Oxford, 2000

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
DE CARÁCTER COLECTIVO EN LOS
SINDICATOS DE EMPLEADOS
OFICIALES EN COLOMBIA

JOSÉ ANDRÉS AMAYA CÁRDENAS

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER COLECTIVO EN LOS SINDICATOS DE EMPLEADOS OFICIALES EN COLOMBIA

JOSÉ ANDRÉS AMAYA CÁRDENAS

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER COLECTIVO EN LOS SINDICATOS DE EMPLEADOS OFICIALES EN COLOMBIA

AUTOR: JOSÉ ANDRÉS AMAYA CÁRDENAS

DIRECCIÓN: Facultad de Derecho UNAB

FECHA DE RECEPCIÓN: 12/02/03

DESCRIPTORES: Empleados Públicos, Trabajador Oficial, Derechos Colectivos, Negociación Colectiva, Derecho Internacional, Derecho Interno

RESUMEN: En este artículo se analiza lo referente a los derechos Constitucionales de carácter Colectivo de los Servidores Públicos y de manera más específica, lo atinente a los Empleados Públicos y su posible derecho a la Negociación Colectiva, sustentado en Convenios de índole Internacional que así lo autorizan y permiten.

KEY WORDS: public servant, collective rights, collective bargaining, international law.

ABSTRACT: This paper analyzes the public servants' Constitutional Rights of collective character specifically addressing the public employees and their possible rights towards the collective negotiation based on international agreements that authorize and accept it.

MOTS CLEFS: serveurs publics, droits de caractère collectif, négociation collective, accords internationaux

SYNTHESE: Cet article contient une analyse des droits constitutionnelles de caractère collectif des serveurs publics et plus spécifiquement des employés publics et leur possible droit à une négociation collective basée sur des accords internationaux qui l'autorisent et l'acceptent.

El presente escrito no pretende cambiar la posición que hasta ahora tenemos sobre las personas aforadas de un sindicato ¹, por el contrario nos hemos encontrado con providencias de los **Altos Tribunales de Colombia** donde se nos da la razón de la perspectiva expuesta, es decir, que el Fuero sindical es una Garantía sin Función social.

Unas de esas sentencias, es la proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga – Sala Laboral – donde se indicó que “ (...) **aunque no puede descartarse la posibilidad de que estas agrupaciones utilicen la protección foral para amparar trabajadores cuya destitución está próxima a concretarse, la consecuencia de este abuso de facultades no genera el desconocimiento del fuero que la ley reconoce al grupo de trabajadores que describe el artículo 406 del C.S.T modificado por la ley 50 de 1990 artículo 37 (...)**” ² (Negrilla fuera de texto)

No obstante, y citando el adagio popular de “**dar a cada quien lo que le pertenece**”, nos introducimos en el estudio, todo con el ánimo de

¹ AMAYA CARDENAS. José Andrés. Fuero Sindical una Garantía sin Función Social. Revistas Temas Socio – Jurídicos Volumen 20 No 42. Universidad Autónoma de Bucaramanga. 2002.

² M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega. Fecha. 22 de Feb de 2002.

analizar si es posible la **NEGOCIACIÓN COLECTIVA** de los empleados públicos sin estar estos afiliados a un **SINDICATO** de genero **MIXTO** ³.

Parafraseando al Prominente Doctor **DIEGO YOUNES MORENO** ⁴, nos hallamos que los **SERVIDORES PUBLICOS** o **EMPLEADOS OFICIALES** se clasifican de la siguiente manera:

EMPLEADOS PÚBLICOS y dentro de estos se encuentran los servidores que se vinculan a la administración como empleados de carrera – administrativa -, de libre nombramiento y remoción y los de elección popular.

La característica primordial de estos trabajadores es que su vinculación se realiza mediante un acto administrativo, es por ello, que el régimen aplicable es de derecho público "(...) y las controversias a que dé lugar su aplicación son competencia de la jurisdicción administrativa" ⁵, excepto lo relacionado, con la Seguridad Social y el fuero sindical (**Art. 2º No 2 - 4º Ley 712 de 2001**).

En relación a este tipo de empleados la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** señaló que son aquellas " (...) personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, y en todas sus dependencias, con excepción : a) De las personas vinculadas a la construcción y sostenimiento de obras públicas, las cuales se califican como trabajadores oficiales (...)" ⁶.

Ahora, en lo que respecta a los **TRABAJADORES OFICIALES** se entiende que son aquellas personas naturales que se encuentran " (...) ligados por contrato ficcionado de trabajo" y además son los " (...) que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, a menos que por disposición especial de los respectivos estatutos hayan sido calificados como "empleados públicos" por desempeñar dentro de tales empresas actividades de dirección o confianza" ⁷.

Hay que resaltar, que esta clasificación se aplica " (...) tanto a los servidores nacionales como a los servidores de departamentos, intendencias, comisarías y municipios, por cuanto ella define la naturaleza jurídica de la vinculación de los servidores oficiales, y la autorización conferida por el artículo 1º, literal g), de la Ley 65 de 1967, para hacer la clasificación de empleos no se limitó a orden nacional sino que fue indiscriminado" ⁸.

Establecido lo anterior y como se anoto, que " (...) en principio se tiene que dentro del sector oficial, los trabajadores oficiales se vinculan mediante contrato y los empleados públicos a través de un acto administrativo, es decir mediante vinculación legal y reglamentaria, **sin embargo**, no siempre las entidades ajustan su actuar en lo que contratación de los servidores del Estado se refiere a las directrices mencionadas y es así como puede ocurrir, que quien se vincula a la administración para desempeñar actividades propias del empleado público, sea incorporado bajo la forma de un contrato laboral o viceversa, que quien cumpliendo oficios propios de trabajador oficial, su enganche está precedido de un nombramiento y posesión aplicable solo para el ingreso de empleados públicos. Es por ello, que la sola referencia a la forma utilizada para vincular el empleado al servicio de una entidad estatal, resulta insuficiente para atribuirle una condición u otra" ⁹, es así, que " (...) no es dado la sola aplicación de la norma de manera exégetica, ya que se debe examinar de igual manera los hechos que rodean las condiciones del trabajo realizado (...)" ¹⁰ (Negrilla fuera de texto).

Establecidas las calidades de los **EMPLEADOS OFICIALES** y efectuadas las precisiones, nos internamos en el estudio de los derechos de índole **COLECTIVO** y constitucional que a estos trabajadores les corresponde ¹¹ :

1. DERECHO DE ASOCIACIÓN:

Este derecho encuentra su consagración en el Artículo 38 de la Constitución Política de Colombia y en el Artículo 353 C.S del T., modificado por la Ley 584 de 2000. (Convenio OIT No 87 ratificado por la ley 26/76)

La **Corte "Suprema" Constitucional** ha definido el **Derecho de asociación** como el «ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o

⁸ Íbidem . Corte Suprema de Justicia.

⁹ T.S. de Bucaramanga. Sent. 19 de julio de 2002. M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega.

¹⁰ T.S. de Bucaramanga. Sent. 15 de marzo de 2002. M.P. Laura Elsa Gamarra de Noriega.

¹¹ GARCIA BARAJAS. Carlos Mauricio y AMAYA CARDENAS. José Andrés. Cinco Grandes Fundamentos del Derecho Colectivo del Trabajo. Resumen de Laboral Colectivo para el estudio de Exámenes de Estado para abogados. Inédito. 2002.

³ Este tipo asociación se encuentra regulada por la Ley 50 de 1990, indicándose que "son las organizadas por trabajadores oficiales y empleados públicos, cuya constitución queda autorizada por el precepto. Para el ejercicio de sus funciones actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto del nexo jurídico de sus afiliados para con la administración". La Corte Constitucional en Sentencia C- 110 de marzo 10 de 1994 resalto que esta norma es de difícil aplicación dada la diferencia de regímenes previstos.

⁴ Derecho Administrativo Laboral. Editorial TEMIS S.A. Santa fe de Bogotá. 1998. pag. 22.

⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO General y colombiano. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá. 1999. Pag 169 – 171.

⁶ Sala Laboral. Sentencia de abril 07 de 1981.

⁷ Íbidem. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sent abr. 7 de 1981

*integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos»*¹².

Este derecho es comprendido en un doble aspecto o modalidad, establecido de la siguiente manera:

- **Libertad Positiva de asociación:** Referido directamente al campo laboral, se entiende por ésta el respeto que se le debe tener al hombre para adherirse a un sindicato o retirarse de él, según sea su voluntad. Igualmente comprende al sindicato mismo en lo que respecta a su libre formación, al ejercicio de sus funciones, las tareas que le son propias, y a la facultad de unirse a asociaciones profesionales de grado superior como son las federaciones y las confederaciones. (Ver Sentencia T – 173 M.P. Carlos Gaviria Díaz)
- **Libertad negativa de asociación:** Consiste en el derecho de **NO** afiliarse a ninguna asociación profesional, el derecho a no ser compelido a ser parte de una asociación determinada. (Ibídem Sent. T - 173)

No esta demás anotar, que el **derecho de asociación** se entiende como la prolongación de las libertades de pensamiento, expresión y reunión igualmente consagradas por la Constitución. Además constituye, una antesala a los derechos de participación.

Por último, este derecho se diferencia del derecho de **reunión**, en el sentido que este último es de duración limitada, es informal y no acusa algún tipo de estructura interna, mientras que el de **asociación** tiene, en principio, vocación de permanencia, supone un grado mayor de formalidad, en cuanto requiere de un acuerdo expreso de constituirla y una identificación más definida de sus objetivos. Además, la asociación posee una estructura y organización interna más notable¹³.

En relación con este derecho y respecto de los Trabajadores que estudiamos – **EMPLEADOS PÚBLICOS y TRABAJADORES OFICIALES** – la **Corte Constitucional** ha señalado que *"(...) la Constitución únicamente excluyó a los miembros de la fuerza pública, con el objeto de preservar su absoluta imparcialidad, pues la función que cumplen tiene por fin primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (art. 217 íbidem) (...)"*¹⁴.

¹² Para mayor información ver Sentencia C-606 de Diciembre 14 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

¹³ GARCÍA, Joaquín. "los derechos políticos: El derecho de asociación y el derecho de reunión" Volumen I. Editorial Tivan Lo Blanch. Citado por Constitución Política de Colombia, Legis editores.

¹⁴ Sentencia C – 110 de marzo 10 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Es decir, *"(...) la carta de 1991 no estableció distinciones entre los demás trabajadores y, por el contrario, reconoció esta garantía a todos ellos, independientemente de su vinculación a empresas privadas o a entidades públicas"*, es por ello que *"no hay, entonces, exclusión constitucional de esta garantía respecto de los trabajadores del Estado"*¹⁵.

Consideramos prudente hacer una reflexión respecto del aparte: **"únicamente excluyó a los miembros de la Fuerza Pública"**, debido a que esta exclusión no se extiende a los empleados públicos y trabajadores oficiales que integran el **PERSONAL CIVIL** al servicio del Ministerio de Defensa y de los establecimientos públicos y empresas adscritas y vinculadas a dicho ministerio, debido a que **NO SON MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA** y, por tal razón, gozan del mismo derecho que tienen los demás empleados y trabajadores del Estado de formar sindicatos¹⁶.

2. DERECHO DE SINDICALIZACIÓN:

Según el **artículo 39 de la Constitución Política** consiste este derecho en la facultad que tienen tanto trabajadores como empleadores para constituir sindicatos o asociaciones sin la intervención del Estado, entendido como una materialización del derecho general de asociación.

En relación al mencionado artículo superior, el **Alto Tribunal Constitucional** indica que no sólo se trata de *"garantizar la libre asociación, derecho que se tiene según el artículo anterior, sino de asegurar que no habrá injerencia oficial de ninguna índole en la constitución de las respectivas entidades, cuya personería jurídica no dependerá, como en el pasado, de un acto administrativo que le reconozca sino que provendrá de la libre voluntad de los asociados hecha explícita mediante la simple inscripción del acta de constitución, y no podrá ser cancelada por decisión del gobierno o del administración sino por vía judicial. Esto garantiza la independencia de los gremios y sindicatos frente al gobernante (...)"*¹⁷.

En efecto, una asociación sindical constituye sin lugar a dudas una especie de organización social ya que reúnen las características esenciales de estas:

1. Un acto libre de constitución,
2. Vocación de permanencia,

¹⁵ Ibídem. Sent. C – 110.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia., Sala Plena, Sent. Mayo 4 de 1989 y oct. 31 de 1991

¹⁷ Ibídem. Sent. C – 110.

3. Grado mayor o menor e formalidad, y
4. Organización de y estructuras internas.

El artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo, establece ciertas hipótesis en las cuales el empleador, público o privado, atenta contra el derecho de asociación sindical de sus trabajadores, así:

- Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical protegida por la ley, mediante dádivas, promesas, condiciones, mejoras o beneficios, estas tres últimas respecto del empleo.
- Despedir, suspender o modificar las condiciones de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de organizaciones sindicales.
- Negarse a negociar con la organización sindical si hubiera presentado el pliego de peticiones en el tiempo y la forma debida.
- Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación.
- Adoptar medidas de represión contra los trabajadores que han acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas que se adelantan en contra del empleador por las causales atrás señaladas.

De la ocurrencia de alguna de estas situaciones se puede derivar, además de la responsabilidad administrativa y contractual, una de índole penal consagrada en el **artículo 200 del C. Penal**, que dice: "El que impida o perturbe reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias por motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en multa".

Con esto se quiere hacer alusión que tanto los sindicatos de Servidores Públicos, es decir, trabajadores oficiales o empleados públicos, y los de trabajadores privados o particulares, gozan sin discriminación alguna de las mismas protecciones y trámites para hacer efectivo su derecho a la conformación de sindicatos.

3. DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA:

Su regulación se encuentra consagrada en el artículo 55 de la C.P. y en los convenios No 98 y 107 de la OIT.

Cabe reseñar, que antes de la expedición de la Constitución de 1991, este derecho era de rango legal y por ello su estipulación en el C.S del T.

Además, es un derecho inherente al derecho de sindicalización, el cual ha sido considerado por la **Corte constitucional** como "el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo de quienes están ligados por contrato de trabajo"¹⁸ y las condiciones tanto jurídicas como económicas.

La **FINALIDAD** esta enmarcada en evitar conflictos laborales y afianzar un clima de tranquilidad social, y tiene por **OBJETO** regular asuntos directa o indirectamente referidos a las relaciones laborales en los distintos sectores de la economía. Son **SUJETOS** de este derecho, los sindicatos, asociaciones y trabajadores no organizados por una parte, y los empleadores singular o colectivamente considerados por la otra.

En relación a este derecho la **Corte Constitucional** ha dicho, analizando el artículo 416 del C.S del T, que "*los sindicatos de empleados públicos **NO PUEDEN PRESENTAR PLIEGOS DE PETICIONES, NI CELEBRAR CONVENCIONES COLECTIVAS.** En cambio, los sindicatos de trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos y sus pliegos se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga*",¹⁹ (Resaltado fuera de texto) siempre y cuando, no estén vinculados a una empresa que preste un servicio público esencial²⁰.

Como corolario de lo expuesto, los **empleados públicos** sólo pueden presentar solicitudes respetuosas, mas **NO** entrar a pactar su relación con su empleador (Estado).

Para intentar desvirtuar lo antes dicho, obvio con un fundamento jurídico, recurrimos al **DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO** y la incidencia que tienen las **RECOMENDACIONES** y **LOS TRATADOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL** de la **ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)** en el derecho interno Colombiano.

¹⁸ Sent. C-112 Mar. 25 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara

¹⁹ Ibidem. C - 110.

²⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sent. de octubre 27 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Respecto de las **recomendaciones** no nos detendremos mucho, pero haremos las aclaraciones del caso con el objeto de evitar malos entendidos y futuras contrariedades.

El Doctor **JOSÉ GABRIEL MESA C**²¹, realiza un estudio concienzudo de la Sentencia T – 568 de 1999, con ponencia del Doctor **CARLOS GAVIRIA DIAZ**, mediante la cual se dijo:

- Se afirma en esta, que en virtud de la obligatoriedad de las recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se asemejan de igual forma las emanadas del Consejo de administración de la OIT, pues se tratan de recomendaciones emanadas del órgano de control de un organismo internacional;
- Segundo, que las recomendaciones provenientes de organizaciones internacionales son, *per se*, obligatorias, máxime si se emanan de sus órganos de control y,
- Tercer, que las normas reguladoras de la organización prevén la facultad del consejo de emitir recomendaciones de obligatoria aceptación por los miembros.

La crítica a las consideraciones de la Corte, hechas por el **Dr. MESA** son las que se exponen a continuación y que obviamente compartimos, se ciñen en advertir que *"remitirnos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para regular con ella asuntos propios de la OIT, no sólo equivale a desconocer flagrantemente el artículo 38²² referido, sino también abrir la puerta a situaciones, no solo absurdas, sino también peligrosas, pues se despojaría al derecho internacional de la posibilidad de aplicar el principio del pacta sunt servanda, en la medida en que todos los Estados partes podrían interpretarlo acudiendo a otros instrumentos internacionales, ratificados o no por las demás partes, y exigir de estas obligaciones no contenidas en el instrumento original", (...)* "es por ello que resulta imposible la interpretación analógica a nivel internacional".

Remata diciendo, que esta interpretación se yuxtapone al preámbulo de la Constitución de la OIT donde reza que *"las partes contratantes, movidas por sentimientos de justicia y humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente*

21 La Corte Constitucional y los Efectos de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT en el derecho interno. Revista Actualidad Laboral. Editorial LEGIS.

22 Artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes".

del mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo", estos es, dice el Dr. Mesa, aquellos Estados que eventualmente no compartieron los postulados allí contenidos, disponen de toda la libertad para no sujetarse a la constitución, es decir, para no ser parte de la organización.

De lo anterior se puede deducir, que las Recomendaciones de la **OIT** no ingresan al ordenamiento jurídico Colombiano de *ipso facto*, sino que requiere su adopción por medio de un tratado, para que tengan jerarquía legal dentro del sistema jurídico de nuestro país.

Desechada la posibilidad de darle un carácter vinculante a las **recomendaciones** provenientes de los órganos de control de la OIT, nos introducimos en el examen de los verdaderos acuerdos que obligan a los Estados partes, es decir, **los tratados internacionales del trabajo**.

Siguiendo las directrices del Profesor **CARLOS ERNESTO MOLINA** en su escrito de las formas de "Incorporación de las normas internacionales en Colombia"; localizamos que su ensayo establece, una unión entre las reglas internacionales del trabajo al ordenamiento interno de Colombia *"(...) a partir de la Constitución de 1991, no queda duda (...) de que (...) esas normas se introducen en el sistema jurídico interno de forma automática (...)"* (Negrilla Fuera de Texto).

Discrepamos, pero respetamos, esa manera automática de incorporación los tratados internacionales del trabajo a la legislación interna, debido a que consideramos que esto no es así, ya que la misma Constitución Colombiana y tratadistas de derecho Internacional público han indicado y desarrollado que para la incorporación de un tratado, cualquiera que sea su clase, requiere agotar los siguientes pasos:

1. Negociación del tratado:

La negociación no es otra cosa que las propuestas y contrapuestas que se formulan mutuamente los jefes de Estado o sus representantes para acordar el texto definitivo. Hecho lo anterior las partes contratantes estampan su firma.

En Colombia ha sido siempre norma constitucional que la función de negociar o concertar tratados radique en cabeza del jefe de Estado. Parafraseando el artículo 189 numeral 2 de nuestra actual Constitución Política, nos encontramos que corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, celebrar con otros Estados y entidades de

derecho internacional, tratados o convenios que se someterán a la aprobación del congreso.

Sin embargo dada la dificultad para que el Presidente de la República concrete y negocie cada uno de los instrumentos internacionales que se celebran con terceros, esta función se delega en los ministros de relaciones exteriores, sus agentes diplomáticos o plenipotenciarios ad Hoc designados por el gobierno nacional.

En este caso, los plenipotenciarios llevan consigo "Plenos poderes" o documentos que los habilitan para firmar o concluir el tratado respectivo. Por regla general tales documentos llevan la firma del presidente de la República y la del ministro de relaciones exteriores, pero el mandatario presidencial debe confirmar o aprobar lo realizado por el plenipotenciario.

2. Firma del tratado:

La firma es el último requisito para fijar el texto definitivo de un tratado, y por lo general va acompañada del sello personal de los dignatarios, pero ella puede ser lisa y llana, o bien suscrita ad referendum y con reservas.

3. Sometimiento al Congreso:

Es al órgano legislativo al que le compete crear las leyes y por medio de ellas aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados.

El artículo 150 numeral 16 de nuestra Carta Magna dispone: "*Corresponde al Congreso aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados*".

Lo anterior quiere decir que el Congreso debe expedir una ley para incorporar las disposiciones de un tratado a nuestro derecho internacional. En general, las leyes que aprueban tratados internacionales deben seguir el mismo trámite que las mismas leyes ordinarias.

A lo anteriormente establecido se encuentra una excepción, consagrada en nuestra Constitución Política en su artículo 224 que contempla lo siguiente: "Los tratados por su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado".

4. Ratificación y sanción presidencial:

En Colombia la **ratificación** está sujeta a un procedimiento compartido entre el órgano ejecutivo y legislativo, pues el Presidente de la República es quien ratifica los tratados previa aprobación del Congreso Nacional. El instrumento de ratificación no es otra cosa que la inserción de un documento por escrito de la ley aprobatoria del tratado respectivo, en donde manifiesta el Presidente de la República que aprueba el correspondiente tratado comprometiendo para su observancia el honor Nacional.

Una vez el mandatario presidencial da su consentimiento, procederá a sancionar la ley aprobatoria del tratado respectivo, utilizando la fórmula ritual de "Publiquese y ejecutese".

5. Control Constitucional:

Consiste en la facultad que tiene un determinado órgano de poder para velar por la guarda e integridad de la Constitución Política.

Específicamente en este caso sería analizar cada tratado, en virtud de que no vaya en contra de ninguna disposición constitucional. Nuestra Carta Magna en su artículo 241 numeral 10 dispone claramente que "La Corte Constitucional tiene como función, decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional. El Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva".

6. Intercambio de ratificaciones y canje o depósito de ratificaciones:

El consentimiento respecto a la aprobación del tratado por parte del órgano ejecutivo, se perfecciona mediante el canje de los instrumentos de ratificación en los tratados bilaterales y del depósito del mismo (Tratado) en los multilaterales.

En el caso del canje de los instrumentos de ratificación es costumbre que la ceremonia se verifique en el Estado contrario al de la firma del tratado de que se trate, procedimiento que no es tan sencillo cuando se está en presencia de partes contratantes que no mantienen relaciones diplomáticas, porque la ceremonia del canje y en el acta que allí se levanta se hace constar que generalmente que las partes están debidamente acreditadas o que llevan consigo plenos poderes para negociar, lo cual implica el mantenimiento de las relaciones diplomáticas.

Para que en Colombia un tratado internacional entre en vigencia y pueda aplicarse como ley Nacional es necesario proceder al canje o depósito de los instrumentos de ratificación y luego publicar el tratado respectivo en el Diario Oficial.

7. Promulgación o difusión:

Tan pronto como sea perfeccionado el vínculo internacional que ligue a Colombia por medio de un tratado, el órgano ejecutivo dictará un decreto de promulgación en el cual quedará insertado el texto del tratado o convenio en referencia y en su caso, el texto de las reservas que el Gobierno quiera formular o mantener en el momento del depósito de ratificación.

De manera que el requisito de promulgación se exige para determinar la fecha en que se depósito un instrumento de ratificación. Se exige un requisito de publicidad para que todos los gobernados se enteren de la existencia del tratado y de la ley que lo incorpora.

8. Aplicación por todos los órganos del poder:

Una vez realizadas las etapas previamente descritas, entrará en vigencia el respectivo tratado o convenio Internacional pudiéndolo aplicar los Estados parte.

En palabras del profesor **DOMINGO CAMPOS RIVERA** y para reafirmar nuestra posición, indica que "*naturalmente, para que una convención o un convenio internacional del trabajo sea obligatorio en un país, debe ser ratificado previamente*

*por el Estado en el cual se ha de poner en vigencia. El procedimiento de la ratificación es el de la expedición de una ley. El congreso, en consecuencia, debe expedir la ley correspondiente, ratificándolo (...)"*²³

Pero esa inserción, cualquiera que sea, no adopta una sola modalidad, sino dos, las cuales son ²⁴ :

- **EL BLOQUE DE LEGALIDAD LABORAL (Art. 53 de la C.N) y,**
- **EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.(Arts. 93 y 94 de la C.N)**

Para poder clasificar si un tratado entra en uno o en otro de los bloques ya referidos, solo hay que observar lo siguiente:

Supongamos el caso de un Convenio internacional de trabajo en el que se busque incorporar al **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**. La pregunta que nos nace es ¿Que se requiere para ello?

De acuerdo con el **artículo 93 de la norma de normas**, para que un tratado tenga prevalencia y por ende se vincule al orden interno, debe cumplir los puntos que se indican a continuación:

1. Que desarrolle Derechos Humanos, y que estos tengan el carácter de fundamentales o intangibles y,
2. Que prohíban su limitación en los estados de excepción.

Siguiendo al Dr. **CARLOS ERNESTO MOLINA** el nos dice que los "*derechos humanos son aquellos que dimanen de la propia naturaleza humana y por tanto son esenciales a ella. Su ejercicio es necesario para poder satisfacer las necesidades individuales y sociales del ser humano, tanto en lo físico como en lo espiritual. (...)*". En relación a los derechos laborales indica que también son "*(...) derechos humanos porque están íntimamente ligados a una de las características esenciales del hombre, como es el trabajo*".

Sobre los **DERECHOS HUMANOS** de índole laboral, el precitado profesor establece **que no es una lista taxativa**, pero si unos derechos que a su entender se enmarcan dentro de los requerimientos que discriminan renglones atrás. Estos son:

²³ Derecho Laboral Colombiano. Quinta Edición. Editorial TEMIS S.A. Bogotá .1988. pag. 108.

²⁴ Tomado del escrito del Dr. MOLINA. Carlos Ernesto. "Incorporaciones de las normas internacionales en Colombia". Revista Actualidad Laboral. Editorial Legis.

- a. La libertad sindical y la protección al derecho de sindicación (Convenio OIT No 87 1948), y lo relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de **NEGOCIACIÓN COLECTIVA** (Conv. OIT No 98 de 1949);
- b. Lo relativo a la abolición del trabajo forzoso (Conv. OIT 105 de 1957)
- c. El convenio referente a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina, por un trabajo de igual valor (Conv. OIT 100 de 1951);
- d. Lo relacionado con la discriminación en materia de empleo y ocupación (Conv. 111 de 1958) y,
- e. El convenio que analiza las peores formas de trabajo infantil (Conv. 182 de 1999).

Todo esto nos lleva a entender, y compartir, la inconformidad expuesta por el **Dr. JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ**²⁵ en lo atinente al **DERECHO DE NEGOCIACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**, debido a que mediante Convenio 151 de la OIT y ratificado por Ley de la República (**411 de 1997**), se reconoció éste derecho a los trabajadores que se encuentren dentro de referido genero.

El artículo 8, en su parte V, del Convenio mentado y gestor de lo estudiado, reza que *"la solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr (...) por medio de la **NEGOCIACIÓN** entre las partes"*, autocomposición o arreglo directo (Subrayada propia).

Decantado lo anterior, se puede **concluir** que el Convenio 151 de la OIT hace parte integral de la Legislación interna, prevalece en el orden interno y como ley interna que es, modifica en forma tacita la legislación existente en los aspectos desfavorables y contrarios a esta disposición. Se debe dejar en claro que los Estados partes de un tratado no pueden argumentar e invocar disposiciones de orden interno para incumplir lo establecido en un Convenio²⁶.

Es así, que consideramos que el Convenio 151 ratificado por la ley 411 de 1997, deroga o subroga, aquellos aspectos en que se le contradiga o consagre menores niveles tuitivos (Arts. 414, 415 y 416 del C. S del T).

²⁵ Empleados públicos y derecho de negociación colectiva. Revista Actualidad laboral. Editorial Legis. 2002.

²⁶ Esta posición la sostuvo el Consejo de Estado en la Sentencia ACU - 902 de septiembre 16 de 1999 con Ponencia del Dr. Alberto Arango Mantilla.

Entonces, de lo anterior se colige que los **EMPLEADOS PÚBLICOS PUEDEN NEGOCIAR SUS CONDICIONES LABORALES** siguiendo los parámetros establecidos por el Código Sustantivo del Trabajo para estos casos.

Cabe acotar, y contrario a lo expuesto, el argumento dado por la Honorable Corte Suprema de Justicia que reitera la providencia C- 110 de 1994, donde se enfatizo nuevamente que *" (...) los sindicatos de empleados públicos no tienen la posibilidad legal de generar un conflicto colectivo para entrar a discutir a través de un proceso de negociación colectiva incrementos o cualesquiera otro de los beneficios relativos a la situación laboral de sus afiliados, toda vez que la fijación del régimen salarial y prestacional de éstos a nivel nacional se encuentra atribuida expresamente por la Constitución al Congreso de la República (art. 150, num 19, ord 8) y al Presidente de la República en el evento del numeral 14 del artículo 189 ibídem; y en el ámbito territorial, a las asambleas departamentales, y a los concejos municipales (C.P., art. 300, num 7º y art. 313, num 6º), ora a los gobernadores y alcaldes en las precisas circunstancias previstas en los artículos 305 (num 7º) de la misma Carta (sic).*

*"Lo anterior **no** se contrapone a los convenios 151 y 154 de la OIT, aprobados por las leyes 411 del 5 de noviembre de 1997 y 524 del 12 de agosto de 1999 respectivamente, **porque en tales instrumentos internacionales se consagra la negociación colectiva para los empleados públicos** como una de las opciones que puede adoptar la autoridad nacional competente o también como una medida deseable para que las organizaciones que representan a aquellos participen con las autoridades públicas competentes en el establecimiento de las condiciones de trabajo así como la solución de sus diferencias laborales (...)"*²⁷ (Resalto fuera de texto).

Analizando desde nuestra óptica lo que se arguye aquí, la Corte Suprema de Justicia señala que no es dable aplicar los convenios internacionales mentados debido que estos son **¿potestativos?** y **¿no imperativos como su status lo indica?**, es por todo esto, que se dejan estas incógnitas abiertas para un futuro estudio.

Visto lo anterior y adoptando el lector la posición que considere más acertada, creemos necesario y con el objeto de no dejar "cabos sueltos", indicar que en el **BLOQUE DE LEGALIDAD LABORAL** se hallan los derechos que no tienen el carácter de derechos humanos fundamentales y por ende, pueden ser limitados en los estados de excepción. No obstante, vinculados al orden interno del país

²⁷ Sala de Casación Laboral. Sentencia de Junio 05 de 2001. M.P Germán G Valdés Sánchez.

adquieren la jerarquía de una ley, y derogan o subrogan las normas que le sean contrarias.

4. DERECHO DE HUELGA:

Se puede indicar que la huelga es la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo que se efectúa con fines económicos o profesionales, que los trabajadores proponen a sus patronos.

Sobre este derecho, la **Corte Constitucional** ha indicado que la "(...) huelga se constituye en una de las más importantes conquistas logradas por los trabajadores en el presente siglo. Se trata de instrumento legítimo para alcanzar el efectivo reconocimiento de aspiraciones económicas y sociales que garanticen justicia en las relaciones obrero - patronales, y un progresivo nivel de dignidad para el trabajador y su familia, (...)"²⁸.

El **artículo 56** de la Constitución Política regula este derecho, mediante el cual se garantizó la huelga a los trabajadores oficiales, y según nuestra posición, extensivo a los Empleados públicos. La única excepción a este derecho, se constituye para aquellos trabajadores que prestan sus servicios en empresas de servicios públicos **ESENCIALES**.

Para aclarar este punto, la Corte Constitucional en **sentencia C - 450 de octubre 04 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonel**, manifestó que el "carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales". Con base en este criterio, la misma corporación en la igual providencia hizo la siguiente enumeración de **servicios públicos** definidos como **esenciales**:

- La actividad de la Banca central (Ley 31 de 1992, art. 39 inciso 2º),
- Los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994),
- El servicio de seguridad social en lo relacionado al sistema de seguridad social en salud y en pensiones, siempre que este vinculado con el reconocimiento y el pago de las mismas - pensiones -. (Ley 100 de 1993)

²⁸ Sent. T -443 Julio 06 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

- El servicio de transporte, ya sea por tierra, mar o aire. La Corte de la el carácter de esencial estableciendo que esta está destinada a asegurar la libertad de circulación que consagra el art. 24 constitucional, o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la educación, el trabajo, etc,
- El servicio de las telecomunicaciones, por que tienden a garantizar la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones, y la de informar y recibir información. Igualmente, pueden resultar necesarias o constituir medios para asegurar el ejercicio o el amparo de otros derechos fundamentales tales como los mencionados en la calavera anterior,
- Las actividades de explotación, refinación y transporte de petróleo o sus derivados, ya que éstas son actividades básicas y fundamentales para asegurar a su vez otras actividades esenciales como el transporte, la generación de energía, etc, todas ellas dirigidas a asegurar igualmente el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales".

Es obvio, concluye la Corte, que la balanza entre los derechos constitucionales fundamentales y el derecho de huelga de los trabajadores de servicios públicos esenciales se inclina a favor de los primeros por el mayor rango que estos tienen en el ordenamiento constitucional.

5. FUERO SINDICAL:

Consagrado a escala constitucional en la parte final del artículo 39. Es considerado por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia como un mecanismo de protección de los derechos de asociación y libertad sindical.

Este derecho se reconoce, entre otros, a los representantes sindicales y su regulación le compete al C.S del T en su segunda parte, regulada para el derecho colectivo del trabajo.

La Corte en su interpretación del artículo constitucional precitado, ha sido amplia en indicar que el **FUERO SINDICAL** se hace extensivo a todos los trabajadores, vinculados a un sindicato y que tengan el carácter de representantes, sin importar que se encuentren subordinados a un empleador privado o con la administración pública, y en esta última, en sus calidades de trabajador oficial o empleado público.

Se restringe este derecho en relación con los últimos, siempre y cuando el "(...)

funcionario o empleado que ejerza jurisdicción , autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa”²⁹

De todo lo anterior se puede **CONCLUIR**, que no existe ninguna consideración, pese al argumento por la Corte Suprema de Justicia, que se pueda alegar o aducir con el objeto de realizar una discriminación respecto de los derechos colectivos y constitucionales atrás anotados y estudiados a cabalidad para los Empleados Oficiales, en sus dos especies.

BIBLIOGRAFÍA:

- RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Editorial Legis – edición actualizada 2002.
- YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial TEMIS S.A. Santa fe de Bogotá. 1998.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO General y colombiano. Editorial TEMIS. Santa Fe de Bogotá. 1999.
- REVISTA ACTUALIDAD LABORAL. Editorial Legis. 2002.

²⁹ C. Const. Sent. C- 59 dic 14 / 93. M.P Carlos Gaviria Díaz.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURÍDICAS
TALLERES DE INVESTIGACIÓN
AÑO 2002

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO - JURÍDICAS
TALLERES DE INVESTIGACIÓN
AÑO 2002

1. NOMBRE DEL TALLER:

Cláusulas abusivas en los contratos de seguro.

OBJETIVO

Establecer los derechos del asegurado frente a las cláusulas abusivas de los seguros de cumplimiento.

DIRECTOR

Antonio Bohorquez Orduz

INTEGRANTES

Beatriz Elena González Quijano

2. NOMBRE DEL TALLER:

Diseño de un sistema de gestión de seguridad y salud ocupacional S & SO, para Metalizadora del Oriente Ltda. 2002-2004.

OBJETIVO

A partir de un diagnóstico situacional de la seguridad ocupacional, en la organización Metalizadora del Oriente Ltda. Elaborar de un programa de Gestión de Seguridad y Salud ocupacional S & SO., adecuado a las necesidades propias de la organización a partir de la priorización de problemas, la formulación de objetivos, la elaboración de políticas y estrategias, la definición de actividades por objetivos y la elaboración de un presupuesto.

DIRECTOR

Nemesio Camelo Poveda

INTEGRANTES

Martha Rivero Díaz

3. NOMBRE DEL TALLER:

Reforma del Código de Policía del Municipio de Bucaramanga.

OBJETIVO

Reformar el Código de Policía del Municipio de Bucaramanga, de acuerdo normas

vigentes, para mejorar la eficacia de la seguridad y protección ciudadana, por parte de las autoridades competentes.

DIRECTOR

Jaime E. Puentes Torrado

INTEGRANTES

Claudia Fernanda Durán Ruiz

Nohora Jimena Pinilla Torres

Sulani Hernández Villamizar

4. NOMBRE DEL TALLER:

La cuota alimentaria frente a los principios de dignidad y solidaridad.

OBJETIVO

Determinar si la cuota alimentaria establecida por los jueces de familia de Bucaramanga es suficiente para satisfacer las necesidades básicas de los menores como salud, seguridad social, alimentación equilibrada, educación, cultura y recreación, asegurando los principios de dignidad y solidaridad fundantes del Estado Social de Derecho haciendo prevalecer los derechos de los niños al tenor de la Constitución Política.

DIRECTOR

María Elena Duarte de Hernández

ASESOR

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Jimena Andrea Díaz Romero

Amado Augusto Quintero Pérez

Henry Zapata Reyes

Alex Adolfo Patiño Rodríguez

5. NOMBRE DEL TALLER:

Derecho consuetudinario penal de la comunidad Indígena Wayúú.

OBJETIVO

Realizar un estudio a las leyes consuetudinarias penales de la comunidad indígena Wayuú encaminando este análisis a una recolección de penas y castigos impuestas por esta comunidad, estableciendo una comparación con nuestra legislación penal, dando como resultado final un "Código Penal Wayuú".

DIRECTOR

Ximena Useche Gómez

INTEGRANTES

Belkis Gutiérrez Duluque

6. NOMBRE DEL TALLER

Manual de procedimiento de contrataciones adelantadas por la división de contrataciones de la comisión nacional de televisión.

OBJETIVO

Elaborar el manual de procedimientos de contratación que se llevan a cabo en la división de contrataciones de la comisión nacional de televisión traducido a un a porte tangible para la entidad.

DIRECTOR

Lilia Aidee Velasco Abril

ASESOR

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Diana Rocio Arismendy Parra
Emma Paola Hernández Merlano

6. NOMBRE DEL TALLER

Actualización Legal y Jurisprudencial del marco normativo de la regulación energética.

OBJETIVOS

Revisión y actualización de la base de datos jurídica de derecho energético.

DIRECTOR

Luis Raúl Carvajal Almeida

ASESOR

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Jorge Andrés Morales Montero
José A. Vega Fernández

7. NOMBRE DEL TALLER

Estudio de viabilidad desde la perspectiva jurídica para la creación del laboratorio de biología molecular para la realización de pruebas de filiación en la UNAB.

OBJETIVOS

Establecer las condiciones jurídicas, tecnológicas, científicas y procedimientos para la creación e implementación de un laboratorio de biología molecular, mediante un estudio de viabilidad de carácter jurídico, con el fin de ofrecer la posibilidad de la realización y análisis des las pruebas de ADN, decretadas dentro del distrito judicial de Bucaramanga y su área de influencia.

DIRECTOR MEDICO

Norma Cecilia Serrano Díaz.

DIRECTOR JURIDICO

Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES

Karina Icela Rojas Maestre.

8. NOMBRE DEL TALLER

Régimen complementario y comparativo sobre los principios básicos contables aplicables en Colombia.

OBJETIVOS

Realizar un estudio que demuestre la posibilidad de aplicación de Normas supletivas en materia contable, especialmente lo relacionado a Normas Básicas o Principios Relacionados con la Ciencia Contable, identificar el conjunto de Normas supletivas, en materia contable aplicable a nuestra legislación y evaluar la concordancia en la aplicación de Normas Supletivas Contables para cubrir el vacío ante una declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 2649/93.

DIRECTOR

Carlos Andrés González León

INTEGRANTES

Daniel Alberto Rojas Ardila

9. NOMBRE DEL TALLER

Aspectos jurídicos del derecho marcario de la comunidad andina.

DIRECTOR

Pablo Andrés Delgado Peña

INTEGRANTES

Natalia Sorzano Trillos

10. NOMBRE DEL TALLER

La institución del fuero sindical desde la óptica del derecho colombiano.

OBJETIVOS

Establecer las incidencias de los sindicatos en la vida económica, social y política del país.

INTEGRANTES

Lisette Paola Reyes Calderon

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas.
Talleres de Investigación 2002

DIRECTOR: Luz Amparo Sarmiento

11. NOMBRE DEL TALLER

Análisis de las acciones del gobierno local, relacionados con la prevención, atención y promoción de las necesidades básicas del menor desplazado, asentado en la ciudad de Bucaramanga.

OBJETIVOS

Analizar las diversas acciones desarrolladas por el gobierno local, relacionados con la prevención, atención y promoción de las necesidades de la población menor asentada en la ciudad de Bucaramanga, a la luz de la normatividad expedida por el gobierno nacional.

INTEGRANTES

Indira Astrid Ruiz Piñeros

DIRECTOR

Lya Fernández de Mantilla

12. NOMBRE DEL TALLER

Aceptación social de la penalización del aborto con consentimiento en la zona urbana del Municipio de Bucaramanga.

OBJETIVOS

Determinar si las sanciones establecidas por la legislación penal colombiana en los artículos 122 y 124 del capítulo 4º título 1º libro 2º para el tipo penal del aborto, son rechazadas

o aceptadas socialmente en el área urbana del municipio de Bucaramanga.

INTEGRANTES

Laura Marcela Bautista Galaviz
Helena Neira Arias

DIRECTOR

Enrique García Galvis

13. NOMBRE DEL TALLER

Participación política de las comunidades indígenas en el Congreso de la República a partir de la Constitución Política Nacional de 1991.

OBJETIVOS

Determinar la real participación política de las comunidades indígenas en el Congreso de la República y su incidencia en el mejoramiento de las condiciones políticas y de protección por parte del Estado y demás entes gubernamentales.

INTEGRANTES

Helmunth Ortiz Mejía

DIRECTOR

Mauricio Rodríguez Delgado

14. NOMBRE DEL TALLER

Implicaciones jurídicas del comercio electrónico en Colombia y otras legislaciones.

OBJETIVOS

Adquirir conocimientos fundamentales sobre comercio electrónico en el mundo, analizando la viabilidad y eficacia de la normativa colombiana, y otras legislaciones, en las negociaciones mercantiles nacionales e internacionales que a través de dicha actividad se llevan a cabo.

INTEGRANTES

Enndy Alveiro Ramírez Ramírez
Carlos Fernando Bohórquez Mantilla
Claudio Enrique Carrascal Lizarazo

DIRECTOR

Laura Milena Parra Rojas

ASESOR

Mario Guevara Mendoza

CÓDIGO DE ÁRBITROS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN

RTSJ001 RTSJ002 RTSJ003 RTSJ004 RTSJ007
RTSJ008 RTSJ017 RTSJ006 RTSJ018

 Correos de Colombia	CAMBIAMOS PARA SERVIRLE MEJOR A COLOMBIA
	ESTOS SON NUESTROS SERVICIOS VENTA DE PRODUCTOS POR CORREO SERVICIO DE CORREO NORMAL CORREO INTERNACIONAL CORREO PROMOCIONAL CORREO CERTIFICADO E.M.S. INTERNACIONAL SERVICIO POST EXPRESS RESPUESTA PAGADA ENCOMIENDAS FILATELIA, CORRA, FAX.
 ADPOSTAL <i>Llegamos a todo el mundo!</i>	<p>Le atendemos en los teléfonos: 4 29 73 20 - 3 34 03 04 980015503 Fax 2 43 89 62</p> <p>Visite nuestra página web www.adpostal.gov.co</p>