Editorial

En la entrega número 49 de la revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS se presentan trabajos realizados por la comunidad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y de otros importantes colaboradores para la reflexión y discusión de los lectores.

Destacan durante el semestre el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el Acto Legislativo que declara ajustado a la Constitución la reelección del Presidente de la República, y sobre la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, que también declaró ajustada a la Carta, previa refacción de las dos terceras partes de su contenido, ejercitando así la función de colegislador positivo, en aras de salvar el contenido y las finalidades normativas.

El panorama jurídico político se ha visto ensombrecido por la radicalización de las posiciones de los narcoparamilitares frente al gobierno nacional, en especial en lo relativo a los procesos de extradición contra sus dirigentes y la interferencia armada en el proceso electoral en curso, que llevó a la misma Corte Constitucional a señalar que mientras no se someta y desmonte toda su estructura militar, sus miembros no podran participar en la campaña electoral.

La débil posición del gobierno frente a sus aliados contrainsurgentes, condujo a que la confrontación suscitada frente a la fecha acordada para la desmovilización, 31 de diciembre de 2005, sea aplazada indefinidamente, para el curso del 2006, en cronograma que se dejó para elaboración posterior.

En el panorama internacional del derecho humanitario, se ha descubierto que junto a los procedimientos de tortura de Guantánamo y Abu Ghraib, se han institucionalizado las ***"cárceles voladoras"*** de los Estado Unidos de Norteamérica, so pretexto de combatir el terrorismo.

La revista presenta los trabajos de los profesores: Francisco Sacristán Romero, Benjamín Ardila Duarte, Rocío Serrano Gómez, Jorge Eduardo Lamo Gómez, Jaime Enrique Puentes Torrado, Iván Santos ballesteros, Pablo Delgado, Juan Carlos Díaz, Mauricio Enrique Rodríguez y de la estudiante Indira Astrid Ruiz.

Bucaramanga, noviembre de 2005

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
DIRECTOR

Reseña Portada

Mario Hernández Prada

Nació en Piedecuesta, Santander, en 1923. Realizó estudios de pintura en la Academia de Bellas Artes de Santander. A partir de 1944, estudió en la Escuela de Bellas Artes de Bogotá junto a Obregón, Grau, Ramírez Villamizar, Julio Castillo, Manuel Hernández y Alipio Jaramillo. Participó en la organización del primer Congreso Intelectual de Colombia. Participó en el VII Salón de Artistas Colombianos en 1946. Realizó su primera exposición individual en 1949 en la Galería de Artes de Bogotá. Trabajó como dibujante del diario "EL País" de Cali. En 1964 ganó el segundo premio en el Quinto Salón Nacional de Pintura, organizado por la Sociedad de Amigos del Arte de Santa Marta. En 1965 ganó el primer premio en el Primer Salón Santandereano de Pintura. Fue director de la Academia de Artes de Santander y gestor del Instituto Santandereano de Cultura Santandereano (INSAC) en 1969.

Ha realizado exposiciones colectivas e individuales en América Latina, Estados Unidos y Europa. Su importante labor docente ha impulsado el desarrollo de las nuevas generaciones de artistas de Santander. Fue miembro fundador del Museo de Arte Moderno de Bucaramanga.

Falleció el 28 de Noviembre de 2005.

Políticas laborales en España para los inmigrantes latinoamericanos

Francisco Sacristán Romero

Políticas laborales en España para los inmigrantes latinoamericanos

Francisco Sacristán Romero

POLÍTICAS LABORALES EN ESPAÑA PARA LOS INMIGRANTES EUROPEOS
AUTOR: FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO
DIRECCIÓN: fransacris@ozu.es
FECHA DE RECEPCIÓN: agosto 16 de 2005
DESCRIPTORES: Empleo, Políticas activas, inmigración, Latinoamérica, trabajo, España
RESUMEN: Las políticas activas de empleo para el colectivo latinoamericano pretenden contribuir al incremento de las posibilidades de incorporación y mantenimiento laboral de estos trabajadores tan ligados a la cultura española, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo. Además, en términos macroeconómicos, la actuación selectiva sobre la oferta y la demanda, con medidas tales como el fomento de la iniciativa privada, la ayuda a la movilidad a sectores con suficiente demanda o la creación directa de empleo, permiten reducir los desequilibrios o desajustes en el mercado de trabajo.
KEY WORDS: Employ, active Policies, immigration, Latin America, work, Spain
ABSTRACT: The active policies of use for the Latin American group try to contribute to the increase of the incorporation possibilities and labor maintenance of these workers so related to the Spanish culture, combining, at the same time, flexibility and security in the use. In addition, in macroeconomic terms, the selective performance on the supply and the demand, with measures such as the promotion of the deprived initiative, the aid to mobility to sectors with sufficient demand or the direct creation of use, allow to reduce to the imbalances or misalignments in the work market.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Para situar al lector interesado en esta parcela de la realidad jurídica actual de una forma lo más cercana posible a los objetivos que se pretenden conseguir en el desarrollo de esta cuestión relativa al concepto y características de las políticas activas de empleo enfocadas a los nacionales de los distintos países de Latinoamérica, es necesario empezar matizando que, desde un enfoque amplio, dichas políticas intentan suplir las desigualdades presentes en el mercado de trabajo a partir de la toma en consideración de la heterogeneidad de los diferentes colectivos que participan en el mercado. Así, entre las políticas activas de empleo, se podrían distinguir tres grandes grupos, a partir de la clasificación realizada por Sáez[1]:

1º. Las que persiguen el desarrollo de un buen sistema de intermediación entre la oferta y la demanda a través de medidas de diversa naturaleza.

2º. Las actuaciones encaminadas a la mejora de los mecanismos de educación y formación a efectos de facilitar a los jóvenes una base de partida que les permita desempeñar una profesión y avanzar en la cualificación profesional de los adultos.

3º. Las que tienen una directa conexión con la promoción del empleo.

En este contexto interesa especialmente analizar la combinación de medidas con relación a la orientación, formación y experiencia laboral. Además, respecto a las consecuencias jurídicas de tales políticas, hay que hacer un especial esfuerzo para adentrarse en la operatividad de los programas hacia la población-objetivo que constituye el colectivo de trabajadores inmigrantes.

Conviene recordar que en los países más desarrollados se ha registrado en los últimos diez años un notable aumento de las políticas activas de empleo destinadas a los colectivos con una baja tasa de colocación, entre los que se encuentran los inmigrantes.

Según Sáez, el grupo más importante ha sido el de los desempleados de larga duración (superior a un año) y que superan cierta edad, el segundo conjunto de colectivos se caracteriza por el de aquellas personas cuya experiencia laboral es muy pobre o incluso inexistente (marginados, personas con historial delictivo, inmigrantes y gente con baja cualificación) y el tercer grupo serían los jóvenes recientemente incorporados al mercado de trabajo. Otros grupos de segunda línea son los considerados como inactivos (especialmente se refieren a las mujeres) y los receptores de rentas sociales, a los que se empuja hacia el empleo como mecanismo de integración social.

Una vez realizada esta incursión general, es preciso destacar que para una de las instituciones españolas con más conocimiento y experiencia en esta materia, como es el Consejo Económico y Social (CES), estas políticas comprenderían dos grandes grupos de medidas, a saber:

1º. Las destinadas a una actuación directa que incida sobre el mercado de trabajo para aumentar el empleo o reducir el paro, tales como los incentivos económicos(bonificaciones, subvenciones, etc...) a la contratación.

2º. Las que van dirigidas a la mejora sustancial y cualitativa de los procesos de ajuste a corto y medio plazo entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea mediante la formación de los activos, el incentivo(o la supresión de obstáculos)

a la movilidad geográfica de la mano de obra, la mejora de la intermediación entre los flujos de oferta y demanda en el mercado de trabajo, e incluso una más fluida información de este mercado (que es, por ejemplo, uno de los esfuerzos de los observatorios públicos de empleo).

En España, un estudio serio y riguroso de las políticas activas de empleo destinadas a los trabajadores inmigrantes debe partir de dos factores básicos en su configuración: su contextualización dentro del modelo adoptado por la Unión Europea y el alto grado de descentralización en las competencias, servicios y funciones que les atañen.

Las políticas activas de empleo pretenden contribuir al incremento de las posibilidades de incorporación y mantenimiento laboral de los inmigrantes, combinando, al mismo tiempo, flexibilidad y seguridad en el empleo. Además, en términos macroeconómicos, la actuación selectiva sobre la oferta y la demanda, con medidas tales como el fomento de la iniciativa privada, la ayuda a la movilidad a sectores con suficiente demanda o la creación directa de empleo, permiten reducir los desequilibrios o desajustes en el mercado de trabajo.

Tomando como punto de partida y referencia esencial la vigente Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre, ya en la misma Exposición de Motivos se alude a que uno de los factores esenciales que han estado presentes en el entramado actual del mercado laboral español es el denominado por los redactores de la ley "fenómeno inmigratorio", que sin lugar a dudas ha contribuido a una importante modificación cualitativa y cuantitativa del empleo en España.

Lo establecido en la Exposición de Motivos tiene continuidad en la misma Ley cuando el artículo 2, concerniente a los objetivos de la política de empleo, cita de forma específica al colectivo migratorio externo en su apartado g), entendiendo que una de las metas de la Ley es la coordinación de la articulación de las políticas de empleo, teniendo muy presentes tanto a la inmigración interna como a la externa; estos aspectos van ligados a los principios de la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.2 de la CE.

Además, este apartado g) del artículo 2 conecta con su apartado d), especificando que los inmigrantes se encuentran dentro del conjunto de colectivos en los que es preciso fomentar políticas destinadas a la integración

laboral, dado que son grupos que presentan por las diversas características que concurren en ellos más trabas y problemas a la hora de encontrar empleo que el resto de ciudadanos. Entre estos colectivos, el artículo 2, apartado d), de la Ley de Empleo cita de forma específica a los "jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años".

Una vez introducidas estas dos puntuales referencias significativas sobre el objeto de estudio, ubicadas en la Exposición de Motivos y el artículo 2 de la Ley, enfoco la atención al importante artículo 23 que delimita el concepto básico sobre el que pivota este trabajo y éste no es otro que el de "políticas activas de empleo". En consonancia con el espíritu integrador que orienta a esta Ley de Empleo, se definen las políticas activas de empleo como "el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social".

De esta definición se pueden extraer algunas características básicas acerca de estas políticas activas de empleo que, desde mi perspectiva particular, serían las siguientes:

1ª. Se advierten tres ejes esenciales sobre los que descansarían estas políticas: **orientación, empleo y formación.**

En torno a estas tres líneas de actuación deberíamos tener presente el esquema mental de inserción del colectivo inmigrante en el mercado laboral español, puesto que se van a reproducir en la legislación específica que tiene como destinatarios principales a los inmigrantes.

Dicho esto, no podemos pasar por alto que para intentar acercarnos a las anteriores tres líneas de actuación, las medidas favorecedoras para integrar a los colectivos con más dificultades, no sólo para encontrar empleo, sino también para consolidar un puesto de trabajo estable y de calidad, deben acompañarse de un importante incentivo económico.

En este sentido, el actual Ministro español de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, recalcaba que "la cantidad destinada a políticas activas de

empleo en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para el año 2005 es de 6.372,6 millones de euros, que supone un aumento de 462,3 millones, un 7,8%, con respecto al año anterior"[2].

En el capítulo específico relativo a la integración laboral de los inmigrantes, el presupuesto que corresponde a la Dirección General de Inmigración se sitúa en unos 12 millones de euros, despuntando de una manera especial las transferencias que desde la Administración Central se harán a distintas instituciones autonómicas y municipales, que de acuerdo a lo comunicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, coparán tres cuartas partes del presupuesto.

2ª. Se alude en la definición sobre políticas activas de empleo a que éstas van enfocadas al grupo de **"los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores"**. Es pertinente, por ello, hacer una distinción entre dos grupos ya de entrada:

a) Desempleados por cuenta propia o ajena.
b) Trabajadores en lo relativo a su formación y recalificación para el empleo.

3ª. Fomento del ánimo de creación de empresas y de la denominada **"economía social".**

Desgranado el concepto y características de las políticas activas de empleo, el artículo 26 de la Ley de Empleo se refiere a los inmigrantes como "colectivo prioritario" al que deben ir dirigidas las medidas de fomento del acceso y mantenimiento en el empleo.

2. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN LA EUROPA COMUNITARIA

Partiendo del Tratado de Ámsterdam se incorporó el artículo 13 que establece que "el Consejo (...) podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Al amparo de este precepto, se aprobó en el año 2000 una Directiva muy relevante referida al establecimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en concreto, la Directiva 2000/78/CE. Así, en el considerando nº 9 de esta Directiva, se establecía que "el empleo y la ocupación son elementos esenciales

para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal".

La normativa comunitaria es un fiel reflejo del trabajo realizado en el Consejo Europeo de Luxemburgo, celebrado en noviembre de 1997, en el que la Unión Europea dio un impulso muy importante y de una forma progresivamente integrada, a las políticas activas de empleo, como un desarrollo del nuevo Título de Empleo que se incluyó en el Tratado de Ámsterdam. La consecuencia jurídica que se deriva de todo este proceso es que las políticas activas de empleo en España vienen definidas en buena parte por las líneas y directrices generales que introduce la Unión Europea en el Derecho Comunitario.

Tres años más tarde de la reunión de Luxemburgo se celebró el Consejo Europeo de Lisboa, en concreto en marzo de 2000, en el cual se acordaron una serie de actuaciones relevantes tales como la definición de una estrategia global para el crecimiento económico a largo plazo, el pleno empleo, la cohesión social y el desarrollo sostenible en una sociedad basada en el conocimiento, que se ha venido denominando en el marco comunitario con el título de Estrategia de Lisboa. Dentro de ésta hay que realizar una especial mención a la denominada Estrategia Europea de Empleo, que se conoce con las siglas EEE. Este enfoque sobre el empleo en el ámbito de la Unión Europea intenta hacer una reordenación y ampliación de las diversas directrices para el empleo que se habían configurado como principios informadores para la política comunitaria, completándose con una serie de objetivos de tipo cuantitativo a diez años. Para la instrumentación de esta Estrategia Europea de Empleo, se definieron cuatro grandes pilares, en los que cada año se establecerían diversas directrices, debiendo ser desarrolladas éstas por los países miembros de la Unión Europea en políticas concretas, dentro de los sucesivos programas nacionales para el empleo con un período anual de actuaciones. En concreto, los cuatro grandes pilares son:

1º) Mejora de la capacidad de inserción profesional.

2º) Desarrollo del espíritu de empresa.

3º) Fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas.

4º) Refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

En el contexto de este proceso que empezó en Luxemburgo en 1997, las sistemáticas revisiones de la EEE han llevado a la determinación de la necesidad de realizar un ejercicio de simplificación para ofrecer enfoques y orientaciones más generales, con una mayor determinación de las acciones prioritarias y responsabilidades que mejor están definidas. Así, en junio de 2003, se procede a una crucial modificación de la EEE para el período trianual 2003-2005, en el que las características más sobresalientes están construidas alrededor de unos puntos muy específicos, tales como la determinación de tres objetivos generales, cuya materialización pasaría por el cumplimiento de cuatro requisitos básicos que deben recogerse en la aplicación por parte de los Estados miembros de la EEE revisada, un menor número de directrices, reducido a diez y un período de vigencia de estas directrices a tan sólo tres años. De forma paralela, se han ido matizando un conjunto cada vez más amplio de indicadores cuantitativos para la medición y la evaluación de las políticas en las que se recojan estas líneas de actuación genérica.

Podemos vislumbrar que en el actual marco comunitario, uno de los efectos más clarificadores de la filosofía que encierra la Estrategia de Lisboa, es el de destacar el papel tan relevante que deben tomar las políticas activas de empleo en los países miembros de la Unión Europea. De acuerdo a la EEE, los Estados han ido elaborando cada año programas nacionales de acción para el empleo. Conviene mencionar que la actuación encaminada a la mejora de la capacidad de inserción profesional de los trabajadores es la que concentra la mayor parte de las políticas activas del mercado de trabajo. A pesar que ese objetivo se haya dirigido en mayor proporción a la ordenación de programas y actuaciones ya existentes que para el diseño y la puesta en marcha de otros nuevos, sí es preciso mencionar que sobre dicho objetivo se han establecido las bases para el arranque de distintas medidas que tienen un reflejo en los denominados Planes Nacionales de Acción para el Empleo de nuestro país.

Tres de los fines de estos Planes se han enfocado a la incentivación de la participación en el mercado de trabajo, la potenciación de la búsqueda de empleo y la promoción de la igualdad de oportunidades.

En el diseño de este artículo interesa especialmente la directriz 7, destinada a la promoción activa y decidida de la integración de todos aquellos colectivos desfavorecidos por distintas causas en el mercado de trabajo y a enfrentarse de una manera eficaz a la discriminación que sufren.

En el camino indicado por esta anterior directriz, las acciones a favor de la integración de los colectivos desfavorecidos se destinan a actuaciones concretas en el campo de la educación y formación de jóvenes y adultos, personas discapacitadas e inmigrantes. En el caso concreto que ocupa la atención de este artículo, o sea, el colectivo inmigrante, existen diferentes actuaciones para luchar contra su discriminación, que pasan por la elaboración de itinerarios integrados de inserción laboral que contemplen sus potencialidades y posibilidades de empleo de forma individualizada; por la formación de profesionales en el campo de la inmigración y por la regularización de la situación laboral de los inmigrantes que acrediten el desempeño de un trabajo durante al menos el período de un año.

En la atención particular al colectivo inmigrante son tres medidas específicas las que están previstas en el denominado Programa Operativo "Lucha contra la discriminación", cofinanciado por el Fondo Social Europeo, a saber:

1ª) Itinerarios integrados de inserción laboral para inmigrantes.

En esta apartado se toman en consideración las diferentes y variopintas características personales y laborales de los inmigrantes, con el objetivo de intentar el descubrimiento y la potenciación de las posibilidades de acceso al empleo desde un enfoque netamente individualizado. Este itinerario está formado por una serie de fases, a saber:

a) Diagnóstico de la situación, cuya herramienta esencial es una entrevista personal.
b) Formación previa, con instrumentos poderosos tales, como el aprendizaje del idioma español y de otra lengua específica oficial de la Comunidad Autónoma que se trate, además de un entrenamiento básico en habilidades sociales.
c) Orientación sociolaboral.
d) Formación ocupacional.
e) Apoyo al autoempleo.
f) Medidas de acompañamiento de tipo sociopedagógico, que se concretan en ayudas destinadas a gastos de guarderías y escuelas infantiles, ayudas para sufragar los costes de transporte y manutención para aquellos casos que se entiendan como más vulnerables, etc...

2ª) Formación de profesionales con dedicación exclusiva enfocada al colectivo inmigrante.

Se trata de impulsar medidas eficaces para dotar de una preparación teórica y práctica en materia de extranjería y recursos sociales existentes en las diferentes Administraciones Públicas de ámbito territorial estatal, autonómico o local, destinada a todos aquellos profesionales de los diversos organismos e instituciones públicas y privadas que trabajan directamente con los inmigrantes, con el objetivo esencial de su inserción en el mercado laboral.

3ª) Sensibilización, estudios y seminarios sobre el colectivo inmigrante.

El objetivo es alcanzar una efectiva concienciación social a través de la realización de campañas concretas y la realización de encuentros, jornadas y seminarios, intentando que en estos diferentes actos participen el mayor número de agentes sociales implicados en todo lo que constituyen las trabas esenciales que impiden la plena integración de los inmigrantes en el mercado de trabajo español.

Las propuestas particulares que los dos Sindicatos españoles más representativos en el ámbito territorial estatal, UGT y CC.OO., entienden esenciales para hacer efectivos los objetivos de la Directriz 7 se centrarían en estos cinco puntos:

1º) Desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería, dando cabida a la participación de los interlocutores sociales.

2º) Establecimiento de unas normas claras y participativas para la determinación de los contingentes, teniendo presentes la situación nacional de empleo, el papel de los Servicios Públicos de Empleo, la articulación sectorial y territorial y la implicación de empresarios y organizaciones sindicales.

3º) Dotación de medios y recursos suficientes a la Administración española en los países de origen de la población trabajadora inmigrante para la potenciación de la contratación en sus países de nacimiento y el establecimiento de planes de acompañamiento y de integración sociolaboral (lengua, derechos laborales, regulación colectiva, protección social, etc...)

4º) Luchar contra las situaciones de explotación y desigualdad de las personas inmigrantes vinculadas a la irregularidad y al empleo sumergido, así como la promoción de los procedimientos de actuación coordinada entre las distintas

Administraciones Públicas, incluida la Inspección de Trabajo, con el objeto de hacer emerger a la superficie el empleo irregular, con la persecución del fraude empresarial y asegurando la protección a los trabajadores que pongan en conocimiento de las instancias judiciales estas situaciones.

5º) Definición de programas de integración social destinados a los inmigrantes en materia de educación, vivienda, servicios sociales, etc...

Bajando al terreno concreto de las distintas Comunidades Autónomas, la materialización de esta directriz 7 se concreta en las siguientes actuaciones:
-Aragón:
* Ayudas a la contratación de trabajadores en riesgo de exclusión en Empresas de Inserción Laboral.
* Información, atención especializada y asesoramiento individualizado acorde a inmigrantes.
* Participación en la iniciativa comunitaria EQUAL potenciando la formación e integración de colectivos desfavorecidos.
* Ayudas a los empresarios para facilitar el alojamiento de trabajadores temporales e inmigrantes.
* Convenios con asociaciones de agricultores y cooperativas para la contratación de trabajadores temporales e inmigrantes.
* Convenios con entidades para la intermediación laboral con personas inmigrantes y sensibilización de las empresas.
-Asturias:
* Plan de Formación para personas con discapacidad y amenazados de exclusión.
-Canarias:
* Acciones para la integración de colectivos en riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
* Inserción laboral de inmigrantes.
-Cataluña:
* Proponer oportunidades de integración a los colectivos con riesgo de exclusión del mercado de trabajo.
* Subvención global.
-Comunidad Valenciana:
* Programa de Talleres de Formación e Inserción Laboral.
* Plan Integral de empleo para personas con riesgo de exclusión social.

-Galicia:

* Incentivos a la contratación temporal e indefinida de desempleados en riesgo de exclusión social.

-Madrid:

* Ayudas a empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social.

-Navarra:

* Formación e inserción de inmigrantes.

-La Rioja:

*Ayudas a la contratación estable, mínimo de un año, de trabajadores desempleados en riesgo de exclusión social.

Haciendo un repaso al conjunto de medidas específicas dentro del ámbito territorial autonómico, se percibe de una forma nítida que Aragón es la Comunidad Autónoma española que más programas y presupuesto regional destina a hacer posible la concreción de la directriz 7 en lo concerniente al colectivo inmigrante.

Por último, en el marco de la Unión Europea conviene hacer una especial mención a la conocida como iniciativa comunitaria EQUAL, que tiene como objetivo la cooperación transnacional para la promoción de una nueva metodología de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de todo tipo existentes en relación con el mercado de trabajo. El objetivo de esta iniciativa, tal y como se contempla en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de 5 de mayo de 2000, es el de "promover nuevas maneras de combatir todas las formas de discriminación y desigualdad en relación con el mercado de trabajo a través de la cooperación transnacional".

En el campo particular que centra el interés de este trabajo, EQUAL distingue dos propósitos diferentes para enfocar el alcance de la capacidad de inserción profesional:

a) Hacer posible a través de una serie de instrumentos y herramientas concretas el acceso y la reincorporación al mercado de trabajo de las personas que sufren en mayor medida las trabas y obstáculos para integrarse o reintegrarse en el mercado laboral.

b) Tomar medidas drásticas y eficaces para luchar contra el racismo y la xenofobia conectados al mercado de trabajo.

3. ÁMBITO DE ACTUACIÓN ESPAÑOL EN LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Una vez perfiladas las ideas básicas del modelo comunitario que subyace con relación a las políticas activas de empleo, para afrontar una perspectiva adecuada de lo que ocurre en España, conviene no ignorar la configuración múltiple, tanto en los aspectos del diseño como en los de la ejecución, que provienen de la distribución de competencias entre la Administración Central del Estado y las 17 Comunidades Autónomas y las 2 Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en esta materia, y de la capacidad de las Administraciones locales de adoptar medidas de tipo complementario. Retrotrayendo la atención al tercer punto de este epígrafe, se veía que la actual y vigente Ley de Empleo tiene como objetivos fundamentales el de la armonización del modelo surgido de la distribución de competencias y garantizar la adecuada cooperación y coordinación entre las diferentes Administraciones y entre los agentes públicos y privados, que se encuentran implicados, para intentar en la medida de lo posible la movilización y optimización de los recursos disponibles al objeto de lograr mayores niveles de eficiencia en las políticas de empleo.

Se puede constatar que la Ley de Empleo ha instaurado un concepto integral de política activa de empleo, diseñada como el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas cuyos objetivos vienen determinados por el desarrollo de programas y medidas dirigidas a la consecución del pleno empleo, además de la calidad del empleo, la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo y la reducción y debida protección de las situaciones de desempleo. Una de las consecuencias evidentes de la amplitud del concepto de política activa de empleo que se recoge en la vigente Ley de Empleo, es la imprescindible regulación de las competencias de cada una de las instituciones y organismos implicados en su diseño y ejecución, pero no ignorando en ninguno de los supuestos posibles a las Administraciones Públicas de carácter local en el desarrollo del conjunto de las políticas activas de empleo. En virtud de todas las circunstancias, es relevante el modelo del Sistema Nacional de Empleo, cuyos ejes esenciales de actuación se centran en un modelo de descentralización territorial y de coordinación funcional, en el que las finalidades se centren en el aumento progresivo de las tasas de intermediación laboral y en asegurar la aplicación de las políticas activas de empleo y de la acción protectora por desempleo, así como la ineludible garantía de la unidad del mercado de trabajo en España, su integración en el mercado único europeo y la libre circulación de los trabajadores.

Especificar que el Sistema Nacional de Empleo está formado por el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las diferentes Comunidades Autónomas. En el caso del Servicio Público de Empleo Estatal, hablamos de un organismo autónomo de la Administración General del Estado que tiene como fines esenciales la ordenación, desarrollo y seguimiento de la política de empleo. En lo concerniente a los servicios de las Comunidades Autónomas, decir que son los órganos o entidades a los que se encarga, en su correspondiente ámbito territorial, la gestión de la intermediación laboral y de las políticas activas de empleo.

Por último, dejar constancia que a partir del objetivo deseable de dotar de una mayor transparencia al mercado laboral, se establecen unos determinados principios comunes de actuación, tales como los de integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información, además de la existencia de un lugar común en la red telemática que haga posible el conocimiento de las ofertas y demandas de empleo y oportunidades de formación en todo el territorio español.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS POR ORDEN ALFABÉTICO

-AJA, E,(Coordinador): *La nueva regulación de la inmigración en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-ARAGÓN BOMBÍN, R. y CHOZAS, J., *La regularización de inmigrantes durante 1991-1992*, MTySS, Madrid, 1993.

-BAYLOS, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.

-BAYLOS, A., "Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español 1977-1987", en *Revista de Trabajo* Nº 91, julio-septiembre, 1988, Madrid, págs. 9-21.

-BILBAO, A. y PRIETO, C., «Políticas empresariales de mano de obra en el sur metropolitano", en *Economía y Sociedad* Nº 3, Madrid, 1990, págs 141-143.

-CAPEL, Horacio. Los inmigrantes en la ciudad. Crecimiento económico, innovación y conflicto social. Publicado también en DELGADO, M. (Ed.). *Debat de Barcelona. Ciutat i inmigració.* Barcelona: Centre de Cultura Contemporánea, 1997, p. 83-112. Publicado también en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, nº 3, 1 de mayo de 1997, 24 págs.

-CASAS, M. E. y ESCUDERO, A., "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº 17, Madrid, 1984, págs. 51-92.

-CASTILLO MENDOZA, C.A., "Control y organización capitalista del trabajo. El Estado de la cuestión", en *Sociología del Trabajo* Nº 9, Madrid, 1990, págs. 117-139.

-CENTI, C., "Mercado de trabajo y movilización", en *Sociología del Trabajo* Nº 4, Nueva Época, otoño 1988, págs. 43-66.

CERÓN RIPOLL, P. : *La inmigración dominicana en Madrid* (Tesis doctoral sin publicar), Universidad Complutense, Madrid, 1999.

-COLECTIVO IOÉ : *La inmigración extranjera en España,* Grup de Fundaciones La Caixa, Madrid, 2000.

-COLECTIVO IOÉ, «Rasgos generales y perfil sociodemográfico», en GIMÉNEZ, C. (coord.), *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, 1993, Tomo I, págs. 137-419. 211

-COLECTIVO IOÉ, "La inmigración extranjera en España: sus características diferenciales en el contexto europeo", en CONTRERAS, I. (coordinador), *Inmigración, racismo e interculturalidad*, Talasa, Madrid, 1994, págs. 83-119.

-COLECTIVO IOÉ, *Inmigrantes extranjeros en la Sierra Oeste de Madrid*, Mancomunidad de Servicios

Sociales Sierra Oeste, San Lorenzo del Escorial, 1994.
-COLECTIVO IOÉ, *Discriminación contra trabajadores marroquíes en el acceso al empleo en España*, OIT, Ginebra, 1995.
-COLECTIVO IOÉ, *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*, Fundamentos, Madrid,1995.
-COLECTIVO IOÉ, *Discursos de los españoles sobre los extranjeros. Paradojas de la alteridad*, CIS, Madrid, 1995 (Colección Opiniones y Actitudes, Nº 8).
-COLECTIVO IOÉ, "Inmigrantes y mercados de trabajo en España. Planteamiento general y aplicación a un caso concreto: los trabajadores marroquíes en el sector de la construcción en la Comunidad de Madrid", en Seminario *Inmigración, empleo e integración social*, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, julio de 1995.
-COLECTIVO IOÉ, *La educación intercultural a prueba: hijos de inmigrantes marroquíes en la escuela*, CIDE/ Laboratorio Estudios Interculturales Universidad de Granada, Granada, 1996.
-DÍEZ NICOLÁS, J.: *Los españoles y la inmigración*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, MTAS, Madrid, 1999.
-ESPADA RAMOS, Mª L., *¿Europa, ciudad abierta?. La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de Formación y Empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997.
-FUNDACIÓN IESA (Toharia, L., García Serrano, C. y Sahún, Mª), *El factor trabajo en la construcción: empleo, demandas y ofertas (1985-1990) y la formación profesional ocupacional en el sector*, MOPT, Madrid, 1991.
-GIMÉNEZ, C. (coord.), *Inmigrantes extranjeros en Madrid*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, Tomo I y II.
-IBAÑEZ, Jesús, *Más allá de la sociología. El Grupo de Discusión: técnica y crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1979.
-INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Población Activa* (varios años).
-INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS, *Evolución Social en España 1977-1987*,Cuadernos I.S.E. Nº 2, Madrid, 1988.
-INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS, *Evolución social en España 1993*, Madrid, 1993.
-JURADO GOMEZ, E., *El mercado de trabajo en el sector de la construcción*, ANCOP,Madrid, 1995.
-LÓPEZ DE LERA, D., "Análisis de la estadística sobre población extranjera", en *Serie de Artículos y Ponencias* del Instituto de Demografía del CSIC, Madrid, 1991.
-LORCA, A., ALONSO, M. y LOZANO, L. A., *Inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Encuentro, Madrid, 1997.
-MIGUÉLEZ, F., "Trabajo y relaciones laborales en la construcción", en *Sociología del Trabajo* Nº 9, Madrid, primavera de 1990, págs. 35-54.
-MIGUÉLEZ, F., RECIO, A. y ALÓS, R., *Transformaciones laborales en la industria de la construcción en Cataluña*, U.A.B./CC.OO Catalunya, Barcelona, 1990.
-MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Encuesta de Coyuntura Laboral*,2º trimestre de 1992), Madrid, 1993.213
-MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Anuario de Estadísticas Laborales 1990*, Madrid, 1991.
-MURO, J. y otros, *Análisis de las condiciones de Vida y Trabajo en España*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988.
-OKOLSKI, M., "Poland", Informe para el *SOPEMI 1991* de la OCDE, Varsovia, 1991 (edición interna).
-PALOMEQUE, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991.
-PRIETO, C., "Cambios en la gestión de mano de obra: interpretaciones y crítica", en *Sociología del Trabajo* Nº 16, Madrid, 1992.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] SÁEZ, F. (1997): "Políticas de mercado de trabajo en Europa y en España". *Papeles de Economía española,* 72:309-325

[2] Este dato está tomado de la publicación electrónica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, NIPO 201-04-014-X ISSN: 1577-189 X, 14 de octubre de 2004, Madrid.

Andrés Bello: Padre del Derecho Internacional Latinoamericano

Benjamín Ardila Duarte

Andrés Bello: Padre del Derecho Internacional Latinoamericano

Benjamín Ardila Duarte

ANDRÉS BELLO: PADRE DEL DERECHO INTERNACIONAL LATINOAMERICANO
AUTOR: BENJAMÍN ARDILA DUARTE
DIRECCIÓN: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 10 de 2005
DESCRIPTORES: derecho internacional, América, historia.
RESUMEN: El autor hace una descripción genérica que exalta el papel de pionero en el campo del derecho internacional en la América post colonial, como parte de la divulgación de la obra jurídica de Andrés Bello
KEY WORDS: international right, America, history
ABSTRACT: The author makes a generic description that raises the paper of pioneer in the field of the international right in America post colonial, as it leaves from the spreading of the legal work of Andrés Bello

En los inicios formativos de nuestras repúblicas don Andrés Bello, como lo dice su biógrafo Rafael Caldera, fundó el Derecho Internacional en Iberoamérica.

"Bello, quien debía conocer ya las nociones del Derecho de Gentes cuando salió de Venezuela, las amplió considerablemente durante su carrera diplomática. Estudió ante problemas patentes las opiniones de los mejores internacionalistas de su tiempo y las aplicaciones prácticas que en la vida de las naciones habían tenido las normas jurídicas internacionales. Una vez en Chile, entró al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores y estableció una cátedra particular de Derecho Internacional: esta enseñanza fue la causa inmediata de la publicación de sus Principios de Derecho de Gentes, cuya edición inicial data de 1832" (Biografía de Bello por Rafael Caldera página 196).

En 1954, en la conferencia Panamericana de Caracas, se le dio a don Andrés Bello el título de Padre del Derecho Internacional de América Latina. Esa sugerencia, convertida en proposición aplaudida y aprobada, la había presentado Caldera (página 199), en años anteriores así:

" El día en que se considere constituida una escuela iberoamericana de Derecho Internacional (en la cual estarán sin duda comprendidos notables especialistas contemporáneos nuestros); una escuela iberoamericana que se distinguiría por su preferencia hacia el estudio de ciertos problemas que de manera especialísima nos interesan y por la defensa esforzada de ciertos principios que tienen para nosotros privilegiada importancia porque protegen nuestros más esenciales derechos, ese día todos los espíritus selectos del Continente Suramericano habrán de volver los ojos a Andrés Bello, para reconocerlo como el fundador de esa escuela, como el padre del Derecho Internacional común de nuestras patrias."

En todos los congresos internacionales de América Latina se recuerdan las tesis bolivarianas sobre el Bloque Latinoamericano que debemos constituir y se citan las frases del Libertador y el criterio de su amigo y maestro don Andrés Bello. Inicialmente el sabio caraqueño miraba la idea de un congreso americano como una bella utopía estéril de consecuencias prácticas. Después le dio su aprobación rotunda: "Las varias secciones de la América han estado hasta ahora demasiado separadas entre sí; sus intereses comunes las convidan a asociarse; y nada de lo que pueda contribuir a este gran fin desmerece la consideración de los Gobiernos, de los hombres de Estado y de los amigos de la humanidad. Para nosotros, aún la comunidad de lenguaje es una herencia preciosa, que no debemos disipar. Si añadiésemos a este lazo el de instituciones análogas, el de una legislación que reconociese sustancialmente unos mismos principios, el de un Derecho Internacional uniforme, el de la cooperación de todos los Estados a la conservación de la paz y la administración de justicia en cada uno (por supuesto con las conocidas y necesarias restricciones que importan a la seguridad individual), ¿ no sería este un orden de cosas, digno por todos títulos, de que tentásemos para verlo realizado medios mucho mas difíciles y dispendiosos que los que exige la reunión de un congreso de plenipotenciarios?". (Obras Completas, Caracas, tomo X, páginas 641 y 642).

EL AUTOR DEL DERECHO INTERNACIONAL

En 1810, salido del colonial ambiente de Caracas, Bello arranca para Londres con Simón Bolívar y López Méndez, delegado de la Junta Central. Políticamente el ambiente era muy tenso. Ocupada la península española por Bonaparte, las colonias leales en su clase rectora y en sus bases indígenas y campesinas sometidas a la dominación cultural y política, el primer acto de rebeldía era

contra la nueva corte de Madrid donde reinaban los banqueros y los palaciegos de todas las victorias. Caracas, Santa Fe, Buenos Aires, Lima, iban deponiendo virreyes y colocando gente nueva, criollos de noble origen vinculados a los cabildos, en contra de las autoridades que carecían de nexo con la corona legítima. La Junta de Caracas los escogió bien. Bello de secretario de Bolívar y de López Méndez en la delegación, presentaron muchos documentos de valor inestimable sobre los justos clamores de independencia de la América Española. La junta suprema los mandó y ellos estuvieron a la altura del deber de plenipotenciarios de las colonias oprimidas. De allí sale el Bello Diplomático, antecesor del Internacionalista.

Cuando llega a Chile publica, en Santiago y en 1832, su gran libro **Principios de Derecho de Gentes**, "bosquejo reducido, pero comprensivo, del estado actual de la ciencia", según sus propias palabras. Bello creaba derecho porque, desde los días lejanos del Descubrimiento, cuando Alejandro VI, los demás Pontífices de la época y los teólogos, justificaban la ocupación, no había debate serio sobre la dominación de las tierras nuevas, de las comunidades aquí encontradas y la disputa sobre límites y jurisdicciones se resolvía por parte de España en sus ministerios, casa de Contratación y autoridades respectivas. Pero el Derecho Internacional no se estudiaba a partir de casos, sino que, muy por el contrario, se tomaban los autores, en Latin macarrónico, se aprendían de memoria y se recitaban en las ceremonias de grado. Por ello la oportunidad de ser original fue espléndida para Bello.

Cuando publicó el Derecho de Gentes dijo: "Mi ambición quedaría satisfecha, si a pesar de sus defectos, que estoy muy lejos de disimularme, fuese de alguna utilidad a la juventud de los nuevos estados americanos en el cultivo de una ciencia, que si antes pudo desatenderse impunemente es ahora de la mas alta importancia para la defensa y vindicación de nuestros derechos nacionales".

PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

A este texto, lo mismo que al plagio y a su indispensable condena, se refirió Meléndez Pelayo en su ensayo sobre la Literatura Latinoamericana en los siguientes términos: "La antigua Capitanía General de Caracas, hoy Republica de Venezuela, tiene la gloria de haber dado a la América española, simultáneamente, su mayor hombre de armas y su mayor hombre de letras: Simón Bolívar y Andrés Bello".

Para referirse a éste último dice el crítico español: "La gran figura literaria de este varón memorable basta por si sola para honrar, no solamente a la región de Venezuela, que le dio cuna, y a la República de Chile, que le dio hospitalidad y le confió la redacción de las leyes y la educación de su pueblo, sino a toda la América española, de la cual fue el principal educador: por enseñanza directa en la más floreciente de sus repúblicas; indirectamente y por sus escritos en todas las demás."

Sin ser jurista, Menéndez y Pelayo, estudia la parte jurídica de la obra de Bello en una página concreta que es bueno conocer:

"Pero si no ha dejado ningún libro de Filosofía del Derecho, es insigne a lo menos como tratadista de Derecho de Gentes. Los Principios de esta ciencia, que publicó en 1832 y fue retocando y mejorando mientras le duró la vida, han sido obra clásica en América, han corrido en España bajo el nombre del peruano D. José María Pardo, que se los apropió casi a la letra; y hoy mismo conservan todo el valor que puede tener un manual de esta clase después de los profundos cambios que el Derecho internacional ha experimentado en estos últimos años. Sirvió de base a éste, como a tantos otros libros de Derecho Internacional, la obra de Vattel, pero fue Bello de los primeros que sintieron la necesidad de reformarla, reuniendo y metodizando la doctrina esparcida en voluminosas colecciones de jurisprudencia mercantil y en repertorios diplomáticos: empresa tan árida y prolija como útil, en que precedió a Wheaton, y en que, a despecho del trabajo de compilación, no se echa de menos nunca ni el juicio sereno, ni la claridad de método, en extremo adecuado a la enseñanza, ni la propiedad y pureza del lenguaje, que tan desatendida suele andar en esta clase de libros. La ciencia española, que después de sus grandes teólogos del siglo XVI, fundadores de esta rama de la ciencia jurídica y precursores de Grocio, apenas podía contar entre sus sucesores mas nombres dignos de consideración que los de Finestres, Dou y Abreu, ni más tratadista sistemático que Olmeda, puro abreviador y expurgador de Vattel, tuvo por primera vez en el Manual de Bello un claro, elegante y compendioso resumen, si no de los principios abstractos de la ciencia, a lo menos de su parte positiva y de las practicas y convenciones mas generalmente admitidas entre los pueblos cultos".

La larguísima cita de Menéndez Pelayo, lo mismo que las referencias que la obra de Miguel Antonio Caro y de Marco Fidel Suárez hacen de la obra jurídica e internacional de Bello, nos afirman en la tesis de que el polígrafo caraqueño

es la gran figura del Derecho Internacional en América latina.

Pero veamos las fuentes consultadas por Bello para advertir la seriedad y el rigor del investigador incansable. En la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, al conmemorarse el centenario de la muerte de Bello, el alumno Manuel Antonio Arango detectó "las fuentes que tomó don Andrés Bello para elaborar su tratado de Derecho de Gentes, pueden considerarse las siguientes:

Hugo Grocio, De jure praede;

Samuel de Pufendorff, De jure natureaet gentium libri acto;

Emer de Vattel, El derecho de Gentes;

Federico de Martens, El derecho de gentes de Europa;

Francisco de Vitoria, De indies et jure belli;

Francisco Suárez, De legibus ac deo legislatore;

Domingo Soto, De justicia et jure;

James Kent, Comentario sobre leyes americanas;

Robert Phillimore, Comentario sobre leyes internacionales;

El Derecho de gentes y los tratados de George Fréderic de Martens;

Derecho de gentes, de Shalz;

El tratado de leyes sobre el comercio y manufactura, de Eliot, y el Manual Diplomático de Charles de Martens.

Siempre se consideró a don Andrés Bello como maestro de la juventud y consejero de gobiernos. Pero es su libro sobre derecho de gentes, publicado posteriormente con el título de Derecho Internacional, cuando ya había variado la nomenclatura, la obra jurídica mas apreciada en el campo diplomático. Un jurista de las ejecutorias internacionales de Luis Carlos Zárate se expresa así:

"La obra de Bello, me refiero a sus Principios de Derecho Internacional, apareció publicada en 1832. Primer libro verdaderamente científico que se daba a la luz en Chile, y que si bien estaba destinado a la enseñanza de la juventud, fue luego reconocido como autoridad en la materia. Debe recordarse que a partir del 15 de abril de 1830, como fundamentalmente se puede comprobar, Bello fue el consultor y redactor de los asuntos oficiales de mayor importancia en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. La obra en referencia estaba destinada a reconocer la competencia de Bello en materias internacionales. Bello, fue pues el mentor, a decir de Guillermo Felín Cruz, de la política

internacional de Chile, desde el 15 de abril de 1830 hasta el 30 de junio de 1834."

En el prólogo famoso de la edición mencionada por Caldera, (Andrés Bello obras completas, tomo X, página 1), escribe Bello, con la ortografía de su época:

"Mi principal objeto en la publicación de estos principios ha sido facilitar el estudio de una parte importante del Derecho de jentes, de que las obras mas estimadas que sobre esta materia se han dado a luz en nuestra lengua, nos suministran suficiente noticia, ya sea por haberse introducido en la jurisprudencia internacional novedades que los autores de aquellas obras no alcanzaron, ya porque, considerándola un punto de vista puramente especulativo i abstracto, no tanto fue su ánimo exponer las leyes positivas que reconoce la república de las naciones, cuanto investigar los principios jenerales de que deben deducirse estas leyes para que afiancen la seguridad i bienestar común" .

En un ensayo publicado en la revista Universitas Jurídica Jurgen Samtleben, número 62, junio de 1982, este autor define a Andrés Bello como diplomático en los siguientes términos:

"En el año 1810 llegó a Londres una misión diplomática, procedente de Caracas y encabezada por Simón Bolívar. Viajaba por encargo de la Suprema Junta Gubernativa de las provincias de Venezuela, la cual en ese mismo año había reemplazado al gobierno impuesto por la metrópoli. Una de sus primeras preocupaciones fue enviar aquella delegación diplomática a Londres a fin de entrar en comunicación directa con el gobierno británico y buscar su ayuda. Miembros de la delegación eran además el comisario don Luis López Méndez y el auxiliar don Andrés Bello, que desde un principio se mostró partidario decidido de la lucha por la independencia. Pero la delegación no fue recibida oficialmente y la pretensión promovida por ella para que se favoreciese la revolución apenas comenzada, fracasó por completo. Dos años mas tarde las vicisitudes políticas pusieron término a la junta de Caracas. Con el restablecimiento del régimen colonial en Venezuela, Bello quedó en Londres sin medios de subsistencia."

Desde la capital británica el humanista caraqueño advirtió la pequeñez en el proceder de las grandes potencias. Por ello decía: los estados que nos han

reconocido, lo han hecho por el interés de su comercio, no por mira de amistad o benevolencia, que hayan producido efecto alguno sensible en el éxito de la contienda.

En Londres se fortalece la inteligencia del polígrafo con la lectura inglesa, los trabajos sobre El Mío Cid, el filósofo y el patriota de la independencia latinoamericana. Descubre allí el caraqueño a los grandes luchadores de la independencia americana, a todos sirve y a todos estimula y actúa como diplomático de Colombia y de Chile. Ello explica la visión universal que de todo tenía y, especialmente, la óptica global sobre la política internacional de su tiempo.

Cuando llegó a Chile ya había publicado lo mejor de su obra poética, tenía los borradores de la Gramática castellana y de la gramática latina y, sobretodo, conocía el Derecho Público y las leyes romanas. En Chile ordenó sus papeles y, como hombre responsable, solo vino a publicar los tomos fundamentales y definitivos en el alegre mediodía y en la tarde de su prodigiosa existencia.

Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, dijo: "Merecía esos triunfos, porque ese autor fue como Grocio un diplomático, como Grocio un poeta, y poeta esclarecido y excelso y además un gramático y un civilista. Su nombre está tan alto y es tan conocido que no necesita alabanzas". (Revista de Derecho Internacional, La Habana 1932).

Andrés Bello en la Política Exterior.

A la artillería de los libertadores se suma, a partir de 1832 la obra de Bello.

Don Andrés tuvo un sentido polémico del Derecho Internacional Público y Privado en los casos que le tocó dirimir. No era hombre de salón sino de estudio y en la reivindicación de los derechos de los americanos fue todo un patriota dentro del criterio bolivariano de que "la patria es América". Naturalmente América Latina. En los casos concretos en que actuó no era el ceremonioso personaje de la zalema y de la alfombra palaciega sino el jurista, lleno de citas doctrinarias y de alusiones pertinentes, para ganar las causas en que se empeñó a nombre de su tierra.

Su contacto con don Francisco de Miranda en Londres le fue muy útil en su misión y así lo reconoce Bello con justicia. Los delegados querían que Inglaterra

ayudara a las antiguas colonias españolas, ya en trance de separación, a defenderse de una posible ocupación francesa. No encontraron ambiente para la emancipación pero mejoraron el estado de ánimo de la Corte Inglesa y de la opinión de Londres a favor de la causa americana.

Ya sabemos que Bello estuvo al servicio de la legación de Colombia y de la legación de Chile. El representante diplomático de Chile era un Guatemalteco, don Antonio José de Irisarri y Bello lo conoció por intermedio de Francisco Antonio Zea. Conquistado para el servicio de Chile, ese fue el punto de partida de una vinculación que durará hasta la muerte y que ligará al caraqueño con Chile en la cátedra, en el servicio público y en la asesoría para las grandes cuestiones de esa república austral.

Sobre el libro de Derecho Internacional editado en Santiago podemos añadir: en la casa de Miranda en Londres, según inventario posterior lo señala, había libros de Derecho Internacional, muchos de ellos clásicos en la materia y en idiomas que el caraqueño conocía. Ello nos da idea de la fuente amplísima de su información en la materia.

En 1832, sea para los alumnos de su curso privado en Santiago o para defender los derechos de la América independiente, inició y concluyó la redacción de sus valiosos apuntes de Derecho de Gentes. Tuvo varias ediciones: la obra fue plagiada como queda dicho en páginas anteriores. El libro de Andrés Bello y sus adicionales trabajos sobre Derecho de Gentes y Política Exterior constituye un elenco de ensayos de lo más importante en la materia en todos los tiempos.

Bello al servicio de Colombia en Londres.

En los archivos de Colombia reposan muchos documentos de Bello, escritos por su pluma como diplomático de la patria naciente. Ellos han sido técnicamente clasificados así:

1) Notas sobre gestiones diplomáticas usuales.
2) Cuestiones de protocolo.
3) Correspondencia con el espía Farmer, colombiano de apellido Quintero, quien trabajaba para los países de América Latina en la Corte de Madrid y enviaba preciosos datos sobre la vida política española.
4) Gestiones encaminadas a favorecer el reconocimiento de la independencia de Haití.

5) Asuntos políticos diversos tratados con el gobierno británico.
6) Informes al gobierno colombiano.
7) Deuda Pública y cuestiones financieras.
8) Cuestiones administrativas: Canal de Panamá, educación.
9) Cuestiones relacionadas con Estados Americanos y Europeos.
10) Proyectos de Tratados de Comercio y navegación con algunos países de Europa.
11) Comunicaciones relativas al Congreso de Panamá.
12) Cuestiones personales de funcionarios.

***

Como secretario de la legación colombiana y como encargado de negocios escribió Bello muchos mensajes a nuestra cancillería como al Foreign Office, lo mismo que a representantes de otros países. Pero es su Tratado de Derecho Internacional su obra cumbre escrita en estas materias. Su humildad lo llevó a llamar el texto con el título de Principios y a colocar solo sus iniciales en la edición original.

Cuando se celebró en Caracas la décima conferencia interamericana, en la cuna del ilustre escritor la reunión declaró a don Andrés Bello como eminente precursor de los internacionalistas de América. Era el homenaje de un mundo nuevo a su servidor y jurista, a quien le fue dable entender los fenómenos políticos de su tiempo.

El Tratado de Principios de Derecho Internacional ha sido publicado con prólogo de gentes ilustres. Entre las ediciones importantes están la de Madrid de 1883 con prólogo del doctor Carlos Martínez Silva y la de Buenos Aires de 1946 con prólogo de Rafael Caldera.

En nuestra obra Andrés Bello Jurisperito de América, detallamos el plan de los principios de Derecho Internacional de Bello, cuya sola enunciación es una guía para los estudiosos de esta importante disciplina.

La independencia americana y muchos documentos a ella referidos, tuvieron en la pluma de Bello a un distinguido combatiente y expositor. La unidad de las repúblicas hispanoamericanas, la portentosa tarea en la cancillería Chilena y la docencia colocan a Bello entre los grandes servidores del continente.

Cuando el general Juan José Flores intentó ayudar a Madrid para colocar en servidumbre nuevamente a la América Latina, Bello prendió las antiguas alarmas y puso en guardia a la América Latina contra esa traición.

EL CASO BARTON

Hay un trabajo de Derecho Internacional Público y Privado escrito por don Andrés Bello como asesor del gobierno de Chile, documento que fue publicado en un libro e inserto en las obras completas en Temas Internacionales. Nos referimos a la **Memoria sobre las incidencias ocurridas en el matrimonio del honorable señor Barton**, encargado de negocios de los Estados Unidos de América con la joven Isabel Astaburuaga, aristócrata y rica joven chilena, en el cual se justifica la conducta del gobierno presentada al Congreso Nacional de 1849 por Bello.

Realmente en el caso del diplomático Barton existe un ejemplo de la modalidad española de seguir las líneas de las autoridades religiosas en el Derecho de familia. Barton se casó en el recinto de la legación americana con su novia chilena, originó con ello un problema de Derecho Internacional y el gobierno actuó con una drasticidad asombrosa. Herido como esposo y como diplomático, Barton reaccionó de manera rígida y en la historia diplomática de Chile se recuerda el aludido enlace como uno de los temas más llenos de pequeña y de grande historia en la política de esa nación.

CONCLUSIÓN

Puso don Andrés Bello en su obra de internacionalista todo el talento natural y la cultura inmensa adquirida, en varios idiomas y en varios países, durante una larga vida de estudio. Una sola persona requeriría mucho tiempo para leer, con sus opúsculos y anexos, el caudal de sabiduría de sus trabajos internacionales. Amó a su patria americana, la ilustró, la cantó, la representó y, a pesar de ser conservador a la manera británica y tradicionalista a la española, ayudó a nuestra independencia y a nuestra transformación institucional con su amplísima obra jurídica.

En Colombia, república letrada, su nombre ha sido venerado en los cenáculos del Derecho y de la Diplomacia. Desde la más temprana edad hemos aprendido a querer a Bello y nos inclinamos ante su figura y ante su obra.

Sobre temas de Derecho privado varios autores han espigado en la obra de Don Andrés Bello. El doctor Alfonso López Michelsen escribió su tesis de grado sobre la posesión en el Código de Bello. Nuestros comentaristas de Derecho Civil, particularmente Fernando Hinestroza y Arturo Valencia Zea han trabajado el Código Civil Chileno hasta las profundidades de sus raíces jurídicas e históricas.

El mayor honor para nuestra patria es la frase común de las iluminadas cartillas escolares: Andrés Bello nació en Venezuela, enseñó en Chile y le aprendimos en Colombia.

Homenaje Continental a don Andrés Bello.

La Décima Conferencia Interamericana,

Considerando:

Que la Décima Conferencia Interamericana se celebra en la ciudad de Caracas, cuna de don Andrés Bello, uno de los mas esclarecidos artífices de la cultura del Nuevo Mundo, a la que consagró, en los campos de las ciencias y las letras, su fecunda vida de educador y de guía, creando en ellos formas de pensamiento genuinamente americanas; y

Que en el dominio del Derecho Internacional don Andrés Bello ocupa lugar de precursor en América, por haber sido el primero que en este Continente y en idioma castellano escribió una obra orgánica y sistemática sobre dicha ciencia, sus "Principios de Derecho Internacional", trabajo que contiene importantes innovaciones en relación con los que habían aparecido en su tiempo y que contribuyó a dar autonomía científica a esta rama de los conocimientos jurídicos,

RESUELVE:

1. Declarar a don Andrés Bello eminente precursor de los internacionalistas de América.

2. Rendir homenaje de gratitud continental al sabio caraqueño por los servicios que prestó a la cultura americana y especialmente por los que rindió en el campo del derecho internacional.

3. Expresar este homenaje en documento que reproduzca el texto de esta moción, presentada por la delegación de Cuba, firmado por los Presidentes de todas las delegaciones de los Países representados en esta Conferencia y solicitar al gobierno de la República de Venezuela que haga posible la conservación de dicho documento, en la casa natal de don Andrés Bello en esta ciudad.

BIBLIOGRAFÍA.

Andrés Bello Jurisperito de América: por Benjamín Ardila Duarte, Bogotá 1982.

Andrés Bello, por Rafael Caldera, Monte Avila Editores, Caracas Venezuela 1992.

El Desarrollo Doctrinario del Derecho Civil: por Hinostrosa Fernando (Conferencia).

Bicentenario del Code Civil. El Futuro de la Codificación en Francia y América Latina: por Fernando Hinestrosa (Conferencia).

Historia de la poesía Hispanoamericana: por Menéndez Pelayo, página 347 y siguientes, Consejo Superior de Investigaciones Científicas MCMXLVIII, Madrid.

Bello y la América Latina, Casa de Bello, Caracas 1982.

La Posesión en el Código de Bello, por Alfonso López Michelsen (inédito),
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. (Memoria para Licenciatura de la Universidad de Chile).

Andrés Bello: Obras Completas, Casa de Bello, Caracas. Varios Tomos.

Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano: Congreso Internacional. Roma 1981. Editado por Casa de Bello en Caracas 1987.

Derechos que se adquieren con el nacimiento de la persona humana

Rocío Serrano Gómez

Derechos que se adquieren con el nacimiento de la persona humana

Rocío Serrano Gómez

DERECHOS QUE SE ADQUIEREN CON EL NACIMIENTO DE LA PERSONA HUMANA
AUTOR: ROCÍO SERRANO GÓMEZ
DIRECCIÓN: Escuela de Derecho UIS
FECHA DE RECEPCIÓN: septiembre 23 de 2005
DESCRIPTORES: nasciturus/existencia legal/existencia biológica/personalidad jurídica/capacidad de goce/capacidad jurídica/derechos subjetivos/persona/atributos de la personalidad.

RESUMEN: El código civil señala en su artículo 93 un hecho fundamental en la vida del sujeto: el comienzo de su existencia legal. A partir de haber sobrevivido "un instante siquiera" al nacimiento, se es "persona" y sujeto de derechos. ¿Cuáles son esos derechos que se reconocen por el hecho de existir? Este ensayo busca enunciar y explicar cada uno de ellos sin perder de vista la protección constitucional a los derechos del nasciturus, insistiendo que el derecho público y el privado se complementan para alcanzar la total protección a los derechos del no nacido.

KEY WORDS: legal existence, biological existence, legal personality, capacity of enjoyment, legal standing, subjective rights, person, attributes of the personality

ABSTRACT: The civil code indicates in its article 93 a fundamental fact in the life of the subject: the beginning of its legal existence. From to have survived "a moment at least" the birth, she is "subject person" and of rights. Which are those rights that are recognized by the fact to exist? This test looks for to enunciate and to explain each one of them without losing of Vista the constitutional protection to the rights of nasciturus, insisting that the public right and the prevailed one are complemented to reach the total protection to the rights of not been born.

El código civil señala en su artículo 93 un hecho fundamental en la vida del sujeto: el comienzo de su existencia legal. A partir de haber sobrevivido "un instante siquiera" al nacimiento, se es "persona" y sujeto de derechos. ¿Cuáles son esos derechos que se reconocen por el hecho de existir? Este ensayo busca enunciar y explicar cada uno de ellos sin perder de vista la protección constitucional a los derechos del nasciturus, insistiendo que el derecho público y el privado se complementan para alcanzar la total protección a los derechos del no nacido.

1. Implicaciones jurídicas de la existencia del nasciturus

Nuestra legislación no hace ninguna consideración al nascituros no concebido, llamado por la legislación italiana *conceptuari.*[1] Acorde con la idea de que la existencia legal comienza con el nacimiento, no existe consideración jurídica para quien no tiene ni siquiera existencia biológica. La existencia natural de los no nacidos tiene delimitadas consecuencias jurídicas, como se verá en este ensayo.

Uno de ellas es la titularidad de la herencia de los no nacidos para quienes existe una personalidad anticipada según lo enuncia el artículo 93 del código. La ley dice que los titulares de derecho de herencia deben "existir naturalmente" al momento de abrirse la sucesión es decir, al momento en que es deferida la herencia, o sea, al momento de la muerte del *de cujus.* (Arts. 1019 y 783 c.c). Si quien está en el vientre muere antes de ser separado de la madre o no alcanza a respirar un instante siquiera, los derechos que ya tenía según las normas posteriores que hemos mencionado, se extinguirán y se considerará que la criatura "no ha existido jamás". El derecho de sucesiones considera que entre el momento de la muerte del de cujus y aquel en que se obtiene la posesión efectiva y material de los bienes herenciales hay "posesión legal" de los mismos, que es una situación bastante curiosa donde el sujeto tiene el animus y no el corpus[2]. Con razón se ha dicho por la doctrina que es "una posesión ficticia que imagina el código (...) que puede ser desconocida por el posible heredero, si es que en últimas no acepta el llamamiento en cuestión" [3].

Como vemos, no existe derecho herencial para el *conceptuari* lo que en nuestros días ya es un vacío legal teniendo en cuenta los avances científicos como la crío conservación de embriones en laboratorios con el ánimo de ser introducidos en el útero femenino en tiempos futuros, o la congelación del elemento masculino y femenino para una postrera inseminación. Aparte de la absoluta desprotección jurídica para estos embriones debería contemplarse por el derecho civil colombiano la posibilidad de una existencia "natural" fuera del vientre materno con consecuencias hereditarias.

Así las cosas, el código civil de Andrés Bello solo considera un efecto patrimonial hereditario para quien está en el vientre supeditado a que alcance la calidad de "persona". El hecho jurídico del nacimiento ocasionará la calidad de "persona", y la adquisición de la *personalidad jurídica,* que es la que reconoce la posibilidad de ser sujeto de derechos y titular de obligaciones. Al mismo tiempo, adquiere el recién nacido *capacidad de goce* o "capacidad jurídica", que es la concreción de la personalidad jurídica ya que permite que derechos pendientes de constitución o los que se adquieran en el futuro (y hasta la muerte) se radiquen en la cabeza de la persona. Solo a medida que madura la capacidad intelectual del sujeto adquirirá *capacidad de ejercicio o negocial,* por medio de la cual podrá poner en movimiento el mismo, sin representación alguna, aquellos bienes de los que ya era titular (por la capacidad de goce) y los que adquiera después de cumplir los 18 años.

Adicionalmente, el artículo 91 del código protege "la vida" del que está por nacer. Esta norma tiene su basamento en el derecho romano, donde también se protegía la vida del feto como una consideración especial a la vida que

llevaba la mujer en sus vísceras. Por eso se hizo referencia a la *parts viscerum matris* como elemento de protección.

En algunos textos del *Digesto* se puede observar que el nasciturus no era extraño para el derecho Romano, porque se reputa, según Justiniano, *in rerum naturam esset,* es decir, como si ya estuviera vivo, un elemento de la naturaleza, consideración de la que se desprende la ficción jurídica de considerar al no nacido como vivo para todas las cosas que le sean favorables. Así pues, la protección del artículo 91 es a la vida, -existencia natural-, que es el mayor peligro que puede correr el no nacido, como una consideración jurídica a la futura existencia legal que se adquirirá al nacimiento.

2. Quienes mueren en el vientre materno no son personas

La existencia legal es diferente a la existencia natural. El código civil considera que solo el que nace es sujeto de derechos y como tal tiene personalidad jurídica. Los seres que no sobreviven al nacimiento un instante siquiera están condenados a volver a la nada, no existe para ellos ninguna consideración legal, al punto que"se reputarán no haber existido jamás" [4]. Acorde con esto, el Decreto 1260 de 1970 niega la posibilidad del registro al que nace muerto indicando, como asunto casual, el que deba solicitarse permiso a las autoridades de higiene para su defunción.[5]

Como sabemos, registrar a alguien es **reconocer** su personalidad jurídica, aquella que había adquirido por el solo hecho de sobrevivir al nacimiento. Con esto quiero insistir en que la personalidad jurídica, es decir, el hecho de ser considerado sujeto de derechos, se adquiere por el nacimiento y no por el registro, que es una diligencia posterior de mero reconocimiento de un derecho preexistente. Teniendo en cuenta los principalísimos derechos que se desprenden de este reconocimiento -tales como el nombre, la filiación y la nacionalidad-, la Constitución Nacional enuncia el derecho al reconocimiento de la personalidad como fundamental de todo ser humano y como tal un particular podría demandar en tutela la negación del registro civil[6].

3. Capacidad de goce o capacidad jurídica

Al momento de respirar un instante siquiera el ser humano adquiere personalidad jurídica y capacidad de goce. El hecho de que juntas impliquen "la aptitud de un sujeto de ser titular de derechos o de deberes, o más genéricamente, de situaciones jurídicas subjetivas" [7] hace que se equiparen y que tengan iguales efectos.

Ese reconocimiento le da la posibilidad de ser sujeto de derechos subjetivos, de tipo patrimonial o extramatrimonial. En el primer caso, si tenía derechos herenciales pendientes de materializarse bajo la condición de existir, los recibirá de acuerdo a lo prometido por el artículo 93 c.c., lo mismo otros derechos patrimoniales que puedan radicarse en su cabeza como hijo póstumo, tal sería por ejemplo, la asignación de un seguro del cual fuera beneficiario, o de una pensión de sobrevivientes de su padre o madre muertos.

Los derechos extramatrimoniales hacen referencia a los atributos de la personalidad y algunos derechos fundamentales que aún no podían hacerse efectivos por la condición física del nascituros. [8] Todo esto sucede porque el nacido ya es persona, ya es sujeto de derechos, en otras palabras, ya tiene capacidad de goce (jurídica) y personalidad jurídica.

Tener radicados en su cabeza es ser titular de derechos subjetivos, así no los ejerza aún porque no tiene desarrollada su voluntad jurídica. El derecho subjetivo o *facultas agendi* se conoce como una facultad o poder de la persona y cuya función es la satisfacción de sus necesidades[9]

La subjetividad a que nos referimos implica que se posea una condición esencial: ser sujeto de voluntad, tener iniciativa para poner en movimiento los derechos reconocidos por las normas para satisfacer las necesidades humanas, o por lo menos, tener una capacidad en potencia o esperar tenerla, como es el caso del que nace pero no tiene aún los 18 años, hecho que determina la capacidad jurídica del sujeto. Una cosa es tener el derecho y otra ejercerlo: los menores de edad ejercerán sus derechos subjetivos a través de sus representantes legales, generalmente sus padres (artículo 62 c.c.) o por medio de sus curadores en los casos excepcionales en que ha existido emancipación total de la patria potestad en la minoría de edad, de manera que es necesario nombrar guardador al aún incapaz. (artículo ...)

No ejercer los derechos por si mismo no niega o contradice su titularidad! se trata de verdaderas relacionas jurídicas entre el sujeto y las cosas o entre él y las personas, en otras palabras, derechos reales o personales, de contenido patrimonial o extramatrimonial y como tal están protegidos por la ley. Cualquiera que vea violados los derechos que se radican en su cabeza puede llamar la atención del Estado para que los haga respetar o para que los haga restituir de quien los arrebató. Lo hará por medio de acciones judiciales o administrativas que ejercerán sus representantes legales, pero esto no implica un menor valor de las relaciones jurídicas tuteladas.

El menor de edad disfruta también de estados o situaciones jurídicas de los que se derivan derechos, como el parentesco, el estado civil, y ciertas

cualidades que lo distinguen como son los llamados **atributos de la personalidad**. Como derechos inherentes a su personalidad tiene los atributos por sí mismo, no necesita representación alguna en su ejercicio y no al no tener carga patrimonial se le reconocen al sujeto independientemente de si tiene plena capacidad volitiva o no[10]. Los tiene por el hecho de ser persona y como tal no pueden ser sometidos a transacción o renuncia alguna, según se desprende de los artículos 15 y 16 del código civil.

En Roma, algunos seres humanos no disfrutaban de personalidad jurídica ni de capacidad de goce. Piénsese en los esclavos o hijos de esclavos, quienes tenían categoría de cosas. La personalidad fue un privilegio reservado al *homo liber,* no al *homo servi.* Algunas personas que nacían libres podían perder su personalidad y con ello sus derechos civiles fundamentales si caían en esclavitud, momento en el cual operaba una *capitis deminutio* que disminuía o extinguía definitivamente los derechos según fuera *mínima o máxima.*[11] Hoy en día, los derechos que se adquieren con la adquisición de la personalidad jurídica y con la capacidad de goce que se adquiere por el hecho del nacimiento, se disfrutan hasta la muerte y no se alteran ni se pierden por motivo alguno; tampoco se afectan por la pérdida de las condiciones físicas o sicológicas, como sucedería por ejemplo si el sujeto es sometido a interdicción judicial por demencia o por disipación.

Esto nos lleva concluir una verdad inobjetable: que para el derecho civil, tanto los niños como los interdictos por cualquier causa son sujetos de derechos, es decir, disfrutan de personalidad jurídica y de capacidad de goce por el mero hecho de ser persona. En cuanto al ejercicio de tales derechos, podrá hacerse siempre que se recurra a los representantes legales.

Lo anterior, tiene que ver con la definición del artículo 74 del c.c. que dice: "son **personas** todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe[12] **o condición**". En otras palabras, todos los humanos son personas y tienen personalidad jurídica y de goce cualquiera que sea su situación particular, pero para ser persona y tener estos derechos, es necesario alcanzar los requisitos de existencia señalados en el artículo 90 del c.c.

En últimas, la concepción de Andrés Bello estuvo muy cercana a la protección Romana de la vida del nasciturus. El legislador no contempló la existencia natural para nada distinto a la anticipación de la personalidad en la posesión legal de la herencia, sin embargo una vez nacido, la persona que visualiza el código es un individuo dotado de derechos patrimoniales y extramatrimoniales cuya única limitación es el ejercicio propio de los mismos.

Por fortuna, la interpretación sistemática de la norma civil permite relacionarla los tratados internacionales, la Constitución Nacional y otros ordenamientos internos, reglamentación que complementa perfectamente la existencia legal del sujeto con su existencia natural.

La protección constitucional a la vida del nasciturus y la categoría civilista de "persona".

Contrario a lo que opinan los doctrinantes del derecho natural, creo que el código civil de Bello al seguir tan de cerca la legislación Romana de la partio mulieris no considera al nasciturus un sujeto independiente de la madre, un individuo con todos los atributos del derecho privado entre ellos la de ser persona. Desde mi punto de vista, el nasciturus no es persona sencillamente porque para nuestro código esta consideración de ser sujeto de derechos depende del nacimiento.

En otras palabras, si el término "persona" es meramente un tecnicismo legal, no es requisito ostentar esta categoría para ser susceptible de protección por el derecho. En mi sentir, la discusión que se ha dado para justificar el aborto porque "el nasciturus no es persona" no tiene sentido, como tampoco lo tiene aquel argumento de que el aborto es punible porque "hay persona desde la concepción". La protección a la *existencia natural* otorgada por la doctrina constitucional Colombiana es un alegato jurídico lo suficientemente fuerte como para defenderse por sí solo: hay vida desde la concepción y la vida es un derecho fundamental de todo ser humano que debe ser defendido por las autoridades del Estado. Para mi, es un empecinamiento estéril tratar de basar la protección a la vida del nasciturus en las escasas normas del código civil: tan romanista como lo hemos visto y tan categórico en su posición sobre la existencia jurídica del sujeto. Al fin y al cabo, la personalidad jurídica que se desprende del nacimiento otorga derechos subjetivos, pero no son los únicos porque sencillamente el código civil no es el único que los contempla! Una visión sistemática del derecho ayudaría a quienes ven en el código civil el único panorama posible para su defensa.

En efecto, en la sentencia C-133 de 1994 que resolvió la constitucionalidad del artículo 343 del Código Penal[13] estableció que la protección al nascituros era una manifestación de la defensa al derecho fundamental a la vida, tan sagrado para cualquiera que inclusive puede anteponerse a los derechos del libre desarrollo de la personalidad de la madre, quien bajo esta idea no puede decidir sobre la vida del nasciturus según su deseo. Acorde con lo dicho en este ensayo, la sentencia de constitucionalidad afirma que la defensa a la vida inicia con la concepción y que el nasciturus encarna un valor fundamental "por la esperanza de su existencia como persona y por su estado de indefensión".

Las normas que defienden la vida de todas las personas, consagradas en los artículos 2 y 5 de la Constitución, se le aplican a la vida de quien está en el vientre, pero no por esto reconoce la norma suprema que exista "persona" en el concepto civilista que hemos analizado.

Igual posición asume el alto tribunal cuando despacha tutelas que protegen los derechos de la mujer embarazada que trabaja [14] así como en sentencias de constitucionalidad que resuelven el problema jurídico de la pretendida personalidad jurídica del nasciturus, mas específicamente la sentencia número 591 de 1995 que resolvió la constitucionalidad de los artículos 90, 91 y 93 del código civil con varios argumentos, entre ellos que la existencia legal no es una categoría constitucional sino meramente civil, ya que no existe ni una sola norma en la constitución que reconozca que la existencia legal de la persona comienza en la concepción, lo que hace incomprensible el ataque de inexequibilidad de las normas en mención. Para la Corte "persona" es aquel que tiene personalidad jurídica, siendo "hombre" o "ser humano" conceptos mucho mas amplios, relacionados con la protección constitucional a la vida, que empieza desde la concepción.

Por otro lado, los tratados internacionales suscritos por Colombia reconocen protección a la vida desde la concepción. La sentencia T-179 de 1993 advierte que los derechos del nasciturus pueden ser defendidos vía tutela inclusive contra particulares, por violación directa a los derechos de quien está por nacer, como se presenta en el caso analizado en esa oportunidad de un padre que se negó a suministrar alimentos a la madre durante el embarazo y a suplir los gastos causados por el parto. Al resolver este asunto la revisión de la tutela relaciona los tratados internacionales que reconocen vida desde la concepción y menciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 que consagra que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" y el Convenio número 03 de la OIT sobre protección jurídica a la mujer trabajadora antes y después del parto.

En conclusión, aunque el nasciturus no tiene una "existencia legal" si tiene una "existencia natural" protegida por el derecho por normas que protegen la vida del nasciturus como un derecho fundamental que le pertenece desde que es concebido. Sin duda, el bloque de constitucionalidad que conforman los tratados internacionales y la legislación interna serán un duro punto a debatir por quienes defienden la despenalización del aborto en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

BRECCIA HUMBERTO, Derecho civil. Tomo I Vol ¡. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992

CALDERÓN RANGEL Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario. Sucesión *ab-intestato*. UNAB, Bucaramanga, 2001.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de familia. TEMIS, Bogotá, 1981

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil parte general y personas. Tomo I. TEMIS, Bogotá, 1997

Sentencia T-179 de 1993

Sentencia C-133 de 1994

Sentencia C-591 de 1995

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Según Humberto Breccia (1992) el código civil italiano en sus artículos 462, 784 y 643.1) contempla la posibilidad de que puedan recibir por testamento y por donación los hijos de una persona viva al momento de la muerte del testador o al momento de la donación, aun cuando no hayan sido todavía concebidos.

[2] Aunque el concebido no nacido o cualquiera que desconozca la muerte del de cujus no tendría ni siquiera el ánimus domini!

[3] CALDERÓN RANGEL Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario. Sucesión *ab-intestato*. UNAB, Bucaramanga, 2001. Pág. 30

[4] Artículo 90 inciso final

[5] Artículos 48.2 y 78 del Decreto 1260 de 1970

[6] Artículo 14 de la Constitución Nacional.

[7] BRECCIA HUMBERTO. Derecho Civil. Tomo I-Vol I. Normas, Sujetos y relación jurídica. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. Pág. 129

[8] Piénsese por ejemplo en el derecho a la libre locomoción, a la libertad de cultos y otros que si bien son inherentes al ser humano solo serán posibles después del nacimiento.

[9] VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho civil. Parte general y personas. Vol 1, Décimo cuarta edición, Temis, Bogotá. 1997 Pág. 232

[10] La doctrina ha identificado como atributos de la personalidad: nombre, estado civil, nacionalidad, capacidad y domicilio. El patrimonio fue considerado como atributo por la teoría francesa pero hoy en día está cuestionado cada uno de sus argumentos a tal punto de considerar al patrimonio como lo que es, es decir, un conjunto de bienes y obligaciones pertenecientes a un sujeto, sin que sea un signo distintivo o individualizador de su persona.

[11] SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. TEMIS, Bogotá, 1981

[12] La "estirpe" hace referencia al linaje del sujeto. Es un término acuñado de acuerdo a la época en que se redactó el código civil, a mediados del siglo XIX época en que existía como un atributo del sujeto. Hoy en día no tiene ninguna justificación de acuerdo al principio de igualdad y dignidad del ser humano, reconocido por los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados.

[13] Esta norma contemplaba una pena de 1 a 3 años para la mujer que se practicara un aborto y para la persona que la ayudara en dicho procedimiento.

[14] Ver sentencias T-040/01, T-075/01, T081/01, T1022/00, T-1023/00 y T-020/01.

Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos fundamentales

Laureano Gómez Serrano

Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos fundamentales

Laureano Gómez Serrano

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
AUTOR: LAUREANO GÓMEZ SERRANO
DIRECCION: lgomezse@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 27 de 2005
DESCRIPTORES: Corte Constitucional, sentencia, derechos fundamentales, Colombia
RESUMEN: Se presenta la reseña que contiene el INFORME DE INVESTIGACIÓN sobre la Cuarta Parte del proyecto adelantado dentro del programa de Doctorado en Justicia y Derecho (Gobernabilidad y garantías), de la Universidad Pablo De Olavide (Sevilla- España).
KEY WORDS: Constitutional court, sentences, fundamental rights, Colombia
ABSTRACT: The review that contains the REPORT OF INVESTIGATION on the Fourth Part of the project advanced within the program of Doctorate in Justice and Right (Governability and guarantees), of the University appears Pablo De Olavide (Seville Spain).

CUARTA PARTE

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La cuarta parte, en concreto abordará, el análisis crítico de la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, en torno a la protección de los Derechos Fundamentales, durante sus primeros catorce años de existencia (1991-2005).

La doctrina de la Corte se despliega alrededor del catálogo de Derechos Fundamentales establecidos en la Carta Política de 1991; unos corresponden a la autonomía privada (Vida, Libertad, Igualdad, Propiedad); otros, son relativos a la autonomía política (Seguridad Jurídica, Pluralidad y diversidad); este criterio constituye un elemento aglutinador para su estudio.

El análisis abordará la producción jurisprudencial desde una triple perspectiva, normativa, analítica y empírica , dado que establece una estructuración sistemática de la doctrina constitucional , en su doble condición estática y dinámica.

Desde la perspectiva normativa se examinarán los Derechos Fundamentales garantizados en la Constitución Política Colombiana de 1991, en relación con los que se garantizan por las normas fundamentales vigentes en las naciones occidentales (Alemania, Italia, España, Estados Unidos) ; desde la arista analítica se estudiará la coherencia interna y externa de las decisiones jurisprudenciales, y por el aspecto empírico se tendrán en cuenta las repercusiones que para la vigencia y eficacia real de los preceptos sobre los Derechos Fundamentales , tienen las interpretaciones judiciales sobre las normas constitucionales, precisando, restringiendo o extendiendo su alcance.

El tema está Desglosado en los siguientes apartados:

4.1 SISTEMA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1.1 El sistema abstracto de Derechos Fundamentales
4.1.2 Aglutinamiento y correlación
4.1.3 El máximo o el mínimo del derecho y su representación

4.2 DOCTRINAS SOBRE LA AUTONOMÍA PRIVADA

4.2.1 Vida
4.2.2 Libertad
4.2.3 Igualdad
4.2.4 Propiedad

4.3 DOCTRINAS SOBRE LA AUTONOMÍA POLÍTICA

4.3.1 Seguridad Jurídica
4.3.2 Pluralidad y diversidad

4.4. EFICACIA REAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.4.1 Desarrollo oscilante
4.4.2 Contradicciones e incoherencias
4.4.3 Ejercicio y defensa en concreto

Capítulo 24: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

"La Jurisprudencia es la teoría de las reglas por las que deberían dirigirse los gobiernos civiles"[1].

1.- EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Al plantear la primacía de la Constitución y deferir su guarda y la de su integridad a la Corte Constitucional, el constituyente dejó planteados los linderos de la acción del propio Juez constitucional, a fin de que este no desborde su competencia y termine sustituyendo a los otros poderes públicos, lo cual genera tensiones y polémicas constantes, como lo ha mostrado la experiencia de todos los Tribunales Constitucionales, que aparecen dirigiendo mandatos no sólo al poder ejecutivo sino al propio legislador, según lo señala Aja **"A menudo, los Tribunales dejan de ser legisladores negativos para convertirse en legisladores positivos, en auténticos legisladores"**[2].

Para que el juez constitucional, al ejercer la función de intérprete auténtico de la Constitución no derive en arbitrario, la sentencia de constitucionalidad, tiene sus límites ínsitos en la propia función, como es la motivación del fallo en derecho, es decir, con criterios estrictamente jurídicos, el respeto a los antecedentes constituidos por las normas y principios ya sentados y el hecho cierto de que su acción se desata por impulso externo que impone su pronunciamiento, unas veces la acción ciudadana, en otras ocasiones la acción del ejecutivo, bien sea porque objeta un proyecto de ley o porque su propia acción genera automáticamente la revisión de constitucionalidad[3].

Como premisa inicial debe tenerse en cuenta que la amplitud del acto de interpretación implica comprender la norma constitucional para aplicarla en el caso concreto sometido al juicio de constitucionalidad, entendiendo que en ella hay varios sentidos posibles, unos ilegítimos e incluso varios legítimos, esto es **"reconocer el espíritu, que a través de la forma de su objetivación (el lenguaje), habla al espíritu intérprete; pero el intérprete es llamado a reconstruir y a reproducir el pensamiento ajeno como si hubiera devenido propio..."**[4].

Igualmente, debe asumirse que la Ley Estatutaria de la Administración en su artículo 46, siguiendo la doctrina española[5] dispuso una interpretación sistemática de la Constitución, considerándola como un todo, en que cada precepto asume su sentido en la valoración en conjunto con los demás, al ordenar expresamente que la Corte Constitucional **"deberá confrontar las**

disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución"[6], y buscar siempre la solución menos traumática para el ordenamiento jurídico, dando vigor al principio de presunción de legalidad que reviste la acción del poder legislativo.

2.- LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Los pronunciamientos de la Corte son inatacables e intangibles desde el punto de vista formal, haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional como lo expresa el artículo 243 de la Carta; sin embargo, en la doctrina subsiste una vieja polémica respecto a si el efecto se extiende a los contenidos materiales, lo cual castraría la posibilidad de la evolución jurisprudencial.

No obstante que la Corte Constitucional ha llegado a sostener que incluso la parte motiva se ve cobijada por el efecto de cosa juzgada implícita, por contener la razón jurídica de la decisión (***ratio iuris***)[7], lo cierto es que en su práctica, unas veces la hace relativa al objeto concreto de la impugnación, y en otras, como en el caso del examen de las funciones judiciales de los Congresistas, ella misma no dudó en desechar la cosa juzgada explícita, actuando contra sus decisiones anteriores.[8]

La Corte Constitucional ha sostenido que además de la parte resolutiva, tienen fuerza vinculante los argumentos básicos, necesarios e indispensables de la misma, que le sirven de soporte y que inciden directamente en ella, esto es , los conceptos que guarden una **"relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva."**[9]

3.- DE LA FORMA AL CONTENIDO

Un segundo escollo que ha debido sortear el Tribunal constitucional colombiano ha sido el del límite de su propia competencia para conocer la sustancia o contenido de los actos reformatorios de la carta política, esto es, si se halla limitada a confrontar el cumplimiento de los ritos procedimentales de su mutación, o si, por el contrario, la defensa de la integridad de la constitución le impone el examen del contenido material de las reformas.

La Corte Constitucional, por vía jurisprudencial, en interpretación extensiva del numeral 1, artículo 241 de la Carta, que le otorga competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad de " **los actos**

reformatorios de la constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación"[10], ha extendido el ámbito de su competencia al estudio de los vicios de fondo que puedan afectar los actos reformatorios de la Constitución.

Al respecto dijo la Corte :

> *"No obstante, de la integridad de la Carta Política y, en particular, de la radicación del poder constituyente en el Pueblo soberano y del carácter de constituidos de los poderes por él configurados, se infiere que la facultad de reformar la Constitución no es absoluta sino que tiene límites competenciales, dado que con base en el poder de reforma la Carta no puede sustituirse por otra. En tal virtud, el control constitucional de los de los mecanismos de reforma de la Constitución , se extiende al examen de los vicios de competencia en que el constituyente pudo haber incurrido."*[11]

Estos límites ya habían sido esbozados en la sentencia C-551 de 2003[12], por medio de la cual se desarrolló la revisión de constitucionalidad de la Ley que convocaba a un referendo constitucional, y en la cual el juez constitucional dijo :

> *" La Constitución Política de 1991, si bien no establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles, tampoco autoriza expresamente su sustitución integral. Lo único que autoriza es que se reforme la carta vigente, pero no establece que ésta pueda ser sustituida por otra Constitución. Por ello, la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan."*[13]

Así , la Corte Constitucional precisó que las reformas a la Carta sólo pueden ser realizadas por los titulares del poder de reforma que de manera taxativa se señalan el título XIII de la Constitución, esto es el Congreso, una asamblea constituyente o por el pueblo mediante referendo, y dentro de los límites competenciales que la fija la Constitución para hacerlo, en su decir:
:

> *"Si la Constitución atribuye a la Corte el control de los actos refor matorios por vicios de procedimiento (CP art. 241 y 379), debe entenderse que le atribuye también el control de los presupuestos del procedimiento (...). Esto demuestra entonces que la necesidad de considerar la competencia dentro de los objetos de control constitucional de los actos*

reformatorios de la Constitución, entre ellos los actos legislativos, resulta imperativa, a fin de evitar consecuencias paradójicas y contrarias al deber esencia de la Corte Constitucional de guardar la supremacía e integridad de la Carta. En efecto, no podría admitirse que la Corte avalara la constitucionalidad de un acto reformatorio que hubiera sido tramitado de manera impecable, pero por parte de un órgano que carecía de de competencia para hacerlo."[14]

Así, entonces, la Corte: ha señalado que el parámetro normativo para desarrollar el control de los actos legislativos implica la articulación de las normas constitucionales con ciertas normas infraconstitucionales, que: i) son presupuesto básico para la formación de la voluntad democrática del constituyente delegado; ii) se relacionan estrechamente con principios y valores constitucionales , en especial el principio democrático; iii) tienen una entidad de tal naturaleza, que su desconocimiento genera vicio de procedimiento en la formación del acto legislativo.

Dijo al respecto :

"Es obvio que otras normas de la Carta y del reglamento del Congreso resultan aplicables al trámite complejo que se cumple con ocasión de los proyectos conducentes a la modificación de la Carta y que la inobservancia de estas otras normas compatibles con el proceso de reforma constitucional, puede derivar en la inconstitucionalidad del acto reformatorio."[15]

4.- CARACTERÍSTICAS Y CLASES DE SENTENCIAS

En el ejercicio del control de constitucionalidad, lo que en el fondo se produce es un enjuiciamiento a la Ley para determinar en caso de que sea contraria a la Carta su expulsión del ordenamiento jurídico, en ejercicio del derecho de autopreservación de la norma fundamental siendo, por tanto, la sentencia constitucional de manera simultánea un acto procesal, un acto creador e integrador del derecho y una decisión política, porque como dice Rubio Llorente **"la jurisdicción constitucional crea Derecho, innovando el ordenamiento. Esta creación, a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples razones de oportunidad, no es creación libre sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente..."**[16]

La sentencia constitucional, como acto emanado de un Juez se vincula racionalmente a la motivación que hace parte de su estructura intrínseca, en

que plenamente se reconoce la parte motiva, en la cual se consigna la fundamentación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma objeto del examen y la parte resolutiva que concretiza el fallo, al decidir sobre el conflicto normativo.

Entre las dos ha de mediar una estricta correlación, deben ser coherentes; es indispensable que la sentencia respete los presupuestos lógicos de la interpretación constitucional, realizando una interpretación adecuada a la norma fundamental y concretándola en una decisión justa pero jurídicamente correcta[17], que debe ser expuesta **"no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado..."**[18].

No ha sido pacífico ni en la doctrina constitucional extranjera, ni en la nacional, el tema de la ligazón racional del juez constitucional, ya que en múltiples ocasiones se le ha endilgado su pretensión de sustituir al legislador e incluso de obrar arbitrariamente, de sobrepasar los límites de su poder discrecional, situación ésta que deslegitimaría su actividad, desde una perspectiva democrática[19], a no ser que se asuma como cierto el cínico aserto del juez Hugges de que **"las sentencias están fundadas sobre razones que simplemente respaldan las predilecciones de los jueces"**[20].

La legitimidad es un don preciado del juez constitucional, que no puede dilapidar insensatamente, so pena de destruir la seguridad jurídica, poniendo en riesgo su propia subsistencia, y que en particular los mismos Tribunales procuran preservar limitando los eventos del ejercicio de sus poderes discrecionales, acudiendo en lo posible a un derrotero técnico y argumentativo que sirva para penetrar el sentido de la norma y no como mera argucia justificativa posterior, que demuestren que la decisión es producto de un razonamiento lógico y jurídico consistente de carácter objetivo, sujeto a una regla, **"la idea de que se sigue una regla parece presuponer que no se actúa de manera arbitraria sino por alguna razón"**[21].

La Corte Constitucional colombiana ha determinado que sólo a ella corresponde declarar los efectos de los fallos que produce ciñéndose exclusivamente al texto y al espíritu de la Carta, lo que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo que son la justicia y la seguridad jurídica, tarea que debe desarrollar en cada sentencia, en cumplimiento de su función de custodio constitucional, porque según su afirmación **"... entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel."**[22]

Tampoco puede irrumpir el juez constitucional contra la norma, como ángel exterminador, sino que debe tener en cuenta la necesidad de rescatar al máximo el acto normativo del legislador. Antes de expulsarlo del ordenamiento debe proceder al salvamento de la misma en desarrollo de lo que Xavier Pibernat Domenech denomina **"principio de conservación de la norma"**[23], simple desarrollo del principio de presunción de constitucionalidad de la Ley, y que se expresa mediante tres formas:

i) Las sentencias de constitucionalidad, que son desestimatorias de la impugnación y por consiguiente determinan que la norma juzgada está de acuerdo con la Constitución.

ii) Las interpretativas, donde se resta eficacia normativa a la norma, señalando la lectura y comprensión que debe hacerse para entenderla acorde con la Carta.

Aquí realmente lo que la Corte descarta es el texto de la norma y no el sentido de la disposición normativa, para proceder a darle una mejor configuración, entendiendo que el objeto de control son las proposiciones normativas, sobre el contenido material de la ley y no su texto[24].

Estas sentencias pueden asumir dos variantes, a) la interpretativa estimatoria o de acogimiento, en la cual se señala que al menos una de las interpretaciones de la norma es contraria a la Carta y por contera determina la inconstitucionalidad de toda la norma, y b) la interpretativa desestimatoria, en la cual la Corte señala que si se da un sentido determinado a su interpretación, la norma puede permanecer en el ordenamiento jurídico.

iii) Las sentencias integradoras o manipulativas, a través de las cuales se modifica la norma, mediante una operación de eliminación de la parte viciada, y se reconfigura el contenido de la ley, con el objeto de encuadrarlo dentro del ordenamiento constitucional.

Igualmente bajo esta forma pueden aparecer derivaciones, como:

a) El acogimiento o estimación parcial, con desestimación una parte de la norma y en consecuencia haciendo derivar la parte rescatada en una proposición normativa preñada de contenidos diferentes a los iniciales.

b) Las manipulaciones aditivas, en las cuales la Corte realiza agregaciones

de elementos que ella considera obligatorios para su pervivencia dentro del ordenamiento jurídico,

c) Las manipulaciones sustitutivas, en las que se declara inconstitucional una parte de la ley, y se determina, el contenido válido de la disposición en reemplazo del original establecido en la norma.

La Corte Constitucional colombiana se ocupó de señalar su capacidad para dictar, en ejercicio de la función de guarda de la plenitud de la Carta, sentencias integradoras, con plenos efectos ***erga omnes***, definiéndolas así:

> *"... la sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual el juez constitucional, (...) proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal...."*[25].

5.- EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Un punto neurálgico del desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional colombiana, ha sido el de su propia sujeción a la fuerza vinculante de sus decisiones, esto es, si ella ha de seguir forzosamente el precedente en el juzgamiento de los casos análogos.

En la doctrina constitucional, el principio del precedente se basa fundamentalmente en la necesaria seguridad jurídica, que implica que los jueces mantengan una interpretación coherente de las normas y en el principio de igualdad, que requiere que todos los ciudadanos sean juzgados bajo los mismos criterios, haciendo necesario que cuando los Tribunales abandonan sus viejas doctrinas para formular nuevos principios jurídicos, tengan en cuenta elementos técnicos paliativos de la inseguridad retroactiva y prospectiva que se genera[26].

Al romper con la sujeción al imperio de la Ley, establecido en el artículo 230 de la Carta, la Corte se vio obligada a reconocer su vinculación a las decisiones previas, constitutivas del precedente jurisprudencial (***stare decisis***)[27], considerándolo como esencial al Estado de derecho, al menos por cuatro razones:

i) En primer término, por consideraciones atinentes a la seguridad jurídica y

de coherencia del sistema jurídico, pues las normas deben ser estables y las decisiones judiciales razonablemente previsibles;

ii) En segundo término, porque la seguridad jurídica es básica para proteger las libertades ciudadanas y el desarrollo económico;

iii) En tercer término, en virtud del principio de igualdad, porque los casos análogos deben ser resueltos de manera similar por los jueces;

iv) En cuarto término, por razones de control de la propia actividad judicial, que implica la demanda de un mínimo de racionalidad y universalidad a la actividad judicial.

La Corte no ha dudado en variar sus precedentes, cuando a juicio de la mayoría es necesario recoger tesis sentadas anteriormente.

Del examen de la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional puede deducirse un proceso de conservatización; esto es, de colocarse cada vez más al lado de los poderes tradicionales que han dominado las relaciones jurídicas y sociales. De la primera Corte, encabezada por Ciro Angarita Barón que abrió el camino para el desarrollo de la tutela, para la revisión del Concordato con el Estado Vaticano, el reforzamiento de los derechos fundamentales o la restricción a los poderes del ejecutivo en los Estados de Excepción, es poco lo que queda tras quince años de ejercicio jurisprudencial.

Así mismo , la tutela ha derivado en un ejercicio meramente retórico, no sólo por el abuso de sus usuarios, sino por la animadversión de la judicatura, en especial el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, que prefieren las eternas y exotéricas ritualidades de la casación a la vía expedita, de términos preclusivos y con sanción expresa del mecanismo extraordinario, sino porque la misma Corte Constitucional prefiere los ejercicios escolásticos en torno al derecho al consumo personal de la marihuana, o a proscribir las reprensiones escolares, que proscribir los abusos de las autoridades militares y de policía, en las requisas personales, los allanamientos domiciliarios, o la obtención de pruebas por medios ilegales.

Tal conducta se puso de presente tempranamente, cuando al examinar la Ley 137 del 2 de junio de 1994, Estatutaria de los estados de Excepción, la Corte avaló contra el mandato expreso del artículo 214, numeral de la Carta, que impide la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la limitación a esos mismos derechos, de tal manera que se hacen nugatorios; igualmente ha permitido la Corte que la mora en las decisiones judiciales se

purgara mediante el expediente de impedir la aplicación del derecho de ***Habeas Corpus***, modificando los términos judiciales en virtud de un decreto de conmoción interior, violando los principios constitucionales del debido proceso, legalidad y favorabilidad de los delincuentes, volviendo a las viejas andanzas de la Corte Suprema de Justicia, que en contubernio con el ejecutivo, mantuvieron el país en un permanente Estado de Sitio.

Y no hay que olvidar que la anormalidad institucional fue el motivo determinante para el golpe de mano que se dio a la Constitución de 1886 y a su custodio tutelar, abriendo paso a la nueva institucionalidad, de la cual la Corte Constitucional se erige como guarda, intérprete y defensora.

Capítulo 25: JURISPRUDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

" Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder."[28]

1.- LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Corte debió asumir tempranamente la defensa de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución, a cuyo efecto, en su intelección adoptó un criterio teleológico, para salir al paso a las posiciones formalistas que los retrotraían a los enunciados expresamente en el capítulo 1, del Título II de la Carta. Asumió plenamente su competencia con fundamento en el numeral 9, del artículo 241 de la Constitución y del artículo 2 del Decreto 2591 de 1991, para determinar los derechos constitucionales que son objeto de protección mediante la acción de tutela, a partir de la naturaleza del derecho, es decir, de su esencia, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar; en su decir, **" los derechos fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona."**[29]

La Corte ha señalado la existencia de dos criterios principales orientadores del juez para identificar los derechos fundamentales, a saber :

i) Si el derecho es "esencial" de la persona humana.
ii) Si el Constituyente lo reconoció expresamente como fundamental.

Además estableció los criterios auxiliares para analizarlos.

2.- LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Derechos Fundamentales se hallan delimitados, y se distinguen de los referentes genéricos, usualmente denominados como Derechos Humanos, precisamente en que ellos gozan de un mecanismo potenciado de defensa contra el desconocimiento o vulneración por parte de los poderes públicos, como la acción de tutela, que los torna en derechos realmente exigibles, esto es en derechos constitucionales de aplicación directa e inmediata[30] que, por tanto, para su eficacia, no requieren de ningún desarrollo por parte del legislador.

En principio, la Constitución enunció los derechos dotados de la acción de tutela, pero tal enumeración no es ni exhaustiva ni taxativa, por tanto, la doctrina como la misma Corte han reconocido que existen otros derecho constitucionales que escaparon del señalamiento expreso del constituyente y que, por tanto , corresponde a la Corte Constitucional en su función de intérprete supremo de la Constitución , identificar los derechos constitucionales respecto de los cuales procede el ejercicio de una acción reforzada.

3.- LA SUMISIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La Corte Constitucional desde el inicio de su magisterio determinó la plena sumisión de las decisiones judiciales frente a los Derechos Fundamentales amparándolos frente a ellas mediante la acción de tutela, por vía de la doctrina de la ***"vía de hecho"***[31], para corregir las actuaciones judiciales que se desvían ostensiblemente del orden constitucional, e incurren en vicios protuberantes como :

i) Defecto sustantivo, cuando la decisión judicial controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable.
El defecto sustantivo " **que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen...**"[32], se presenta en los siguientes eventos[33]:

a) Cuando la decisión se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, bien sea por no correspondencia, por impertinencia, o por no hallarse vigente (derogación , declaración de inexequibilidad, u omisión de aplicar la excepción de inconstitucionalidad).

b) Cuando la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el

caso concreto, desconoce sentencia con efecto ***erga omnes*** que han definido su alcance.
La sentencia desconocida puede ser originada en la jurisdicción constitucional o en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva. [34]

c) Cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones necesarias aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

El error hermenéutico, bien sea por inadvertencia o inaplicación de una norma, o por intelección inaceptable o contraevidente (***interpretación contra legem***), o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes por ser irrazonable o desproporcionada, conduce a la vía de hecho, pese a que la Constitución reconoce al juez un amplio margen para interpretar la norma.[35]

d) Cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.

e) Porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, su aplicación al caso concreto resulta inconstitucional, por violar otras normas constitucionales.

ii) Defecto fáctico, cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en que sustenta la decisión.

iii) Defecto orgánico, cuando el juez que profiere la sentencia impugnada, carece absolutamente de competencia para ello.

iv) Defecto procedimental, cuando se actúa completamente al margen del procedimiento establecido.[36]

4.- LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS VÍCTIMAS

La Corte Constitucional colombiana en una construcción doctrinal en la cual se relacionan principios, valores y reglas establecidos en la Carta, articulados mediante las técnicas del método sistemático de interpretación con las del

método teleológico, para determinar como ***derechos constitucionales*** protegidos mediante el mecanismo de la acción de tutela, por su estrecha relación con la protección de los Derechos Fundamentales básicos, el derecho de las víctimas de los actos punibles a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Parte la Corte de la determinación de la naturaleza del Estado colombiano, instituido como un ***"Estado social de derecho"***, regido por la ***"democracia participativa"*** y basado en ***"el respeto a la dignidad humana"***, conforme lo estipula el artículo 1º de la Constitución Política de 1991

Prosigue con la identificación de los fines esenciales del Estado, señalados en el artículo 2º, como lo son la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, el aseguramiento de un orden justo, la protección de las personas en sus vidas, honra, bienes , creencias, derechos y libertades.

Continúa en la labor hermenéutica con la integración del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, en la actuación judicial, dispuesto por el artículo 228 de la Carta, con el derecho al acceso a la justicia, del 229, y la obligación del Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación de hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, así como la obligación de velar por la protección de las víctimas, conforme al mandato de los artículo 250, numerales 1 y 4 de la Carta.

En Colombia, periódicamente resurge el fascismo, ahora fertilizado por los dineros del narcotráfico, articulando la tenebrosa alianza del dinero y la política mediante intrincadas filigranas jurídicas, como lo dijo el poeta Jorge Zalamea : **" La concupiscencia del poder, primero ; la codicia luego, engendraron la crueldad y abonaron el odio. Una y otra abortaron ese feto: el terror."**[37]

Una de sus expresiones es la llamada ***"ley de justicia y Paz"*** que legitima al narcoparamilitarismo y lo inserta en la vida nacional co0mo "delito político" bajo la modalidad de "sedición", corresponderá a la Corte Constitucional, determinar si ratifica sus precedentes jurisprudenciales sobre la protección de los derechos constitucionales de las víctimas y los perjudicados por delitos de ***"lesa humanidad"***, o si, vulnerándolos autoriza la tenebrosa alianza de los dirigentes políticos con el paramilitarismo y el narcotráfico, que expiden una ley abiertamente inconstitucional, pretendiendo ampararse en el subterfugio del período de eficacia de las leyes inexequibles, que va desde su promulgación hasta la declaración del vicio de inconstitucionalidad; si declara la inconstitucionalidad, deberá proceder como lo hizo la Corte argentina con

las llamadas ***"leyes de punto final"***, y determinar la plena nulidad , con efecto retroactivo de la inexequibilidad, para impedir la impunidad de los delitos contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Capítulo 26: EL DERECHO A LA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

"Juego mi vida, cambio mi vida, de todos modos la llevo perdida.... "[38].

1.- LA VIDA POR LA VIDA MISMA

La vida es presupuesto de la existencia de todo derecho. Sin seguridad para la preservación de la existencia, la sociedad y su forma política, el Estado, carecen de sentido; la forma superior de expresión de la materia que adquiere conciencia de su existencia genera las acciones indispensables para su preservación, a conservarse como ser; como lo señala Hobbes, todo hombre desea evitar lo que le es penoso, la muerte y el dolor, en especial cuando es causado por la agresión externa; en su decir **" Constituye un derecho natural que cada hombre pueda conservar con todas sus fuerzas su propia vida y sus miembros."**[39]

Instituida la sociedad civil y con ella el Estado, es presupuesto indispensable el reconoci- miento por estos del derecho a la vida, al constituirse en agresores primigenios y poten- ciales de la existencia y la integridad del individuo. Por tanto, el "derecho a la vida" ad- quiere las connotaciones de derecho civil universal, esto es predicable de todos los indi-viduos; absoluto, que es oponible frente a todos aquellos que pretendan vulnerarla; im prescriptible, esto es, que permanece durante la existencia del individuo; e inviolable, es decir, que no existe causa o motivo, ni ser alguno, autorizado para menoscabarlo o vulnerarlo, excepto su propio titular.

Los constituyentes de 1991, discurrieron sobre su naturaleza. Para unos consiste en un bien jurídico, asimilando este con la protección otorgada por el Estado; para otros consiste en un derecho que genera una obligación de garantía por parte del Estado; para otros consiste en un derecho invulnerable, esto es, inviolable[40]. Resultando a la postre una redacción ecléctica para superar el debate filosófico subyacente, en la formulación del artículo 11 dispuso: **"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte."**[41]

La categórica prohibición a la existencia de la pena de muerte determina que ninguna autoridad, ni la legislativa, ni la judicial, ni la ejecutiva pueden decretar, imponer, o ejecutar la pena capital, bajo ninguna de sus formas ni siquiera durante los estados de excepción constituidos por la guerra exterior o la conmoción interior.

Esta misma posición ecléctica se expresa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que lo señala como el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos :

> *" ...el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad, en los pactos internacionales de derechos que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución."*[42]

2.- LA PERSONALIDAD

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que la Constitución Política reconoce la autonomía personal como un fin determinado en sí mismo y no como un medio para un fin, y por ello es a la propia persona a quien corresponde dar sentido a su existencia, razón por la cual **" si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena."**[43]

Ello implica que en los asuntos que sólo atañen a la persona, ésta debe obrar con absoluta libertad; de lo contrario se cosificaría la persona, se vulneraría su condición ética y, en consecuencia, al pronunciarse respecto al uso de la dosis personal de consumo de estupefacientes señaló: **" El legislador puede prescribirme la forma como debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere en la órbita de la acción de nadie. "** [44]

El ordenamiento constitucional ha reconocido al ser humano su condición intelectual, autónoma y autosuficiente, por medio de ciertos conceptos superiores de los cuales dimanan derechos del individuo como son el respeto a su intimidad personal, a la honra, al buen nombre, el reconocimiento de su capacidad jurídica para la disposición de sus bienes, pues como lo señaló el pensador de Köninsberg, **" Persona es aquel sujeto cuyos actos pueden**

serle imputados. (...) Pues una persona no está sometida a otras leyes que a las que se ha dado a sí misma, sola o junto con otras ."[45]

La condición racional del individuo, su facultad de asumir sus conductas, de establecer relaciones de poder y de deber para actuar libremente en la vida social, implica que se le respete la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de la persona y de sus allegados, **"pues ese reducto mínimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tienen derecho."**[46]

3.- ABORTO

Al realizar el examen de la constitucionalidad de la norma del Código Penal que penalizaba la interrupción de la gestación, en la cual se señalaba entre uno y tres años de prisión para la madre, cuando el aborto era voluntario, y estableciendo una pena atenuada de cuatro meses a un año de prisión en los casos de embarazo resultante de acceso carnal violento o abusivo, o de inseminación artificial no consentida[47], la Corte, planteó respecto a la norma preconstitucional, que si bien es cierto, en el texto de la Constitución lo que se establece es la protección al derecho la vida humana, esta protección se extiende a la ***"vida latente del nasciturus"***, que se origina en la gestación, entendiendo que **"el proceso de la vida humana se inicia con la concepción , se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento."**[48]

La Corte niega a la gestante toda decisión sobre el fruto de su concepción, y se pronuncia en favor de una penalización absoluta del aborto, al ponderar que el valor absoluto de la vida humana se erige frente a los derechos constitucionales de los padres, en especial de la madre, sobre la procreación y el libre desarrollo de su personalidad, equiparando al que está por nacer con la persona humana, para dar prevalencia al derecho del ***nasciturus*** sobre los derechos de la gestante.

Mediante la sentencia 037 de 1997[49], al examinar la constitucionalidad de las atenuaciones punitivas señaladas en los artículos 345 y 348 del Código Penal la Corte ratificó el planteamiento de prevalencia del derecho a la vida del ***nasciturus***, pero adujo que era al legislador a quien correspondía evaluar la intensidad punitiva y señalar atenuaciones a las conductas punibles, siempre y cuando estas sean razonables y proporcionadas.

Por medio de la ley 599 de 2000 el legislador, al expedir un nuevo Código Penal, señaló como pena para el aborto entre uno y tres años de prisión, pero estableció una disminución de la pena de las tres cuartas partes, cuando el embarazo fuere el resultado de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida; así mismo se autoriza al funcionario judicial para prescindir de la pena, y cuando el aborto se realiza en ***"extraordinarias condiciones anormales de motivación"***, como, por ejemplo, en casos de peligro de la vida de la madre o de malformación del feto.[50]

La Corte Constitucional, conformada por nuevos magistrados, matiza el precedente jurisprudencial, aplicando ahora el criterio técnico de ponderación por proporcionalidad, para prohijar la política del legislador respecto de una punición atenuada, esto es, que aún cuando continúa considerando la acción abortiva como delito, reconoce la existencia de circunstancia de atenuación para la conducta de la gestante , o que incluso permiten la ausencia de punibilidad, cuando colisionan los derechos del feto con los derechos de la gestante, en aquellos casos en que la gestación es producto de circunstancias que legitiman su inconformidad.

En tales casos, considera la Corte, el legislador, dentro del ámbito de sus competencias y potestades, ha establecido una punición atenuada a la conducta e incluso ha previsto que en algunos eventos es inútil la aplicación de una pena, por existir circunstancias que ameritan dejar impune la conducta; estas deben ser evaluadas por el juzgador, en cada caso concreto, sin que de ello resulte vulneración del derecho a la vida, al establecer una causal personal de exclusión de la pena, por parte del legislador.[51]

Cuatro magistrados aclararon su voto para señalar que el legislador no puede establecer el libre aborto, pero sí puede establecer circunstancias en las cuales es factible prescindir de la imposición de la pena; que por eso deben ponderarse tanto los derechos del feto como los de la gestante y que en dicha ponderación al legislador compete establecer el margen de configuración de cada uno de los derechos, para señalar su forma de coexistencia; y que la ausencia de punición cubre no sólo a la mujer gestante, sino a quienes la auxilien en la realización de la conducta; por ejemplo, el personal médico.

4.- EUTANASIA

La legislación penal colombiana ha contemplado bajo la denominación de **"homicidio por piedad"**, la atenuación de la conducta homicida cuando ella

tiene por objeto poner fin a sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave incurable, a cuyo efecto determina una pena entre uno y tres años de prisión[52].

Ante la impugnación de inconstitucionalidad de la norma, por considerarla una autorización para matar que vulnera el derecho a vida y a la igualdad de los enfermos, la Corte determinó que quien ocasiona el homicidio eutanásico obra con alto sentido altruista, razón por la cual el legislador establece una pena atenuada, por tanto, la conducta prosigue siendo antijurídica, pero con una sanción menor; igualmente señala la Corporación, que no basta el simple sentimiento pietístico, sino que es necesario que el sufrimiento generado por la lesión corporal o enfermedad grave o incurable del sujeto pasivo sea intenso, ya que el derecho a la vida no consiste en la simple subsistencia, sino que implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad, a cuyo efecto la Corte precisa que **"El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente..."**[53]

En la parte resolutiva de la sentencia la Corte asume una función colegisladora para advertir que **"en caso de enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada"**[54], y culmina exhortando al legislador para que regule el tema de la muerte digna.

5.-EL HOMICIDIO EN COMBATE

La concepción de la Corte Constitucional colombiana sobre la defensa al derecho a la vida es armónica con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se expresa categóricamente para manifestar su carácter de garantía absoluta oponible a todos los poderes públicos, en cualquier circunstancia, ya que no es restringible en los ***"estados de excepción"***, estando su protección a cargo del Estado, conforme lo establece el artículo 2□ de la Carta Política.
Al examinar la constitucionalidad de una inveterada norma del código penal colombiano, que consagraba la eximente de responsabilidad de los rebeldes o sediciosos por los homicidios y otros delitos cometidos en combate siempre que no **"constituyan actos de ferocidad , barbarie o terrorismo"**[55], la Corte otorgó la prevalencia absoluta al derecho constitucional a la vida y procedió a expulsar del ordenamiento jurídico las normas que lo restringían, con un tratamiento favorable de la acción de los rebeldes y sediciosos.

Según la Corte Constitucional, por la ejecución de los delitos políticos no sólo se deben sancionar los actos de ferocidad , barbarie o terrorismo sino que se debe proscribir y penalizar todo uso de la violencia en la confrontación política, impidiendo que el asesinato y la muerte queden impunes, tanto las realizadas por parte de los rebeldes como por las fuerzas oficiales , para impedir que estas disputas se diriman según el método exterminio, institucionalizando la pena de muerte, porque, de lo contrario **" al colocar el combate por fuera del derecho, degrada las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua ..."**[56]

En el salvamento de voto de los dos Magistrados disidentes, en el cual planteando la aplicación de una ponderación por proporcionalidad, señalan que la Corte se equivoca, incurre en inconsistencias argumentativas y desconoce el modelo constitucionalmente establecido para el tratamiento del delito político al adoptar **"... argumentos abstractos de filosofía política sobre la manera como las democracias deben responder a los alzamientos políticos armados."**[57]

Aducen los discrepantes que el tratamiento benigno de los delitos de homicidio y lesiones cometidos por los rebeldes y sediciosos en combate, al contrario de lo que plantea la sentencia, propugna por un ejercicio bélico civilizado, exento de actos de ferocidad, guiado por las reglas del derecho humanitario, y señalan que la decisión de la Corte, más bien generará un mayor ensañamiento y ferocidad en la guerra entre colombianos.

Culminan los dos Magistrados con una premonición, que desafortunadamente cobró realidad en la llamada "Ley de Justicia y Paz"[58]; al destruir la estructura del concepto de delito político establecido en la Constitución de 1991, al eliminar la subsunción de los delitos conexos en la rebelión, como el homicidio cometido en combate, establecida por el legislador en el Código Penal Colombiano, al calificarla de ***"amnistía general, anticipada e intemporal"***, para sostener que el Legislador en cada caso, por motivos de conveniencia pública, ha de ejercer la potestad constitucional, del artículo 150, numeral 17, para definir el ***"delito político"*** y determinar los hechos punibles objeto de indulto y amnistía; así, la Corte , destapa su propia caja de Pandora.

6.-GENOCIDIO PARAMILITAR

Esculpida con el más agudo cincel jurídico la ley 975 de 2005[59] no sólo pretende obturar las posibilidades de aplicación de la justicia internacional en la sanción de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el paramilitarismo,

sino blindar a sus autores contra la extradición por las acciones de narcotráfico; amparándolos con las prerrogativas de los delincuentes políticos al calificarlos de sediciosos , les brinda el acceso a la acción política en cargos de representación popular, les tiende un manto de impunidad, a través de un expedito y acelerado proceso de ***"indagación"*** basado en sus propias versiones, que obstruyen cualquier pesquisa seria para establecer los crímenes atroces cometidos , sus autores y partícipes en todo caso son beneficiados con una ***"pena alternativa"*** de entre cinco y ocho años, purgados en sitios especiales, esto es, en sus haciendas.

El Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán Arana, quien fue impulsor de la ley cuando fungía de Viceministro de Justicia, al responder , con pasmosa frialdad que raya en el cinismo, respecto a los beneficios que otorga la Ley a los genocidas dice: **"...Una persona que acepta tres masacres y deja de aceptar dos a sabiendas de que es responsable, ¿ será que quiere que le inicien un proceso ordinario sin beneficios? La Ley incita a la verdad."**[60]

La respuesta a su interrogante, la consecuencia de callar no sólo sobre dos, sino sobre todas las masacres cometidas por el paramilitar acogido, se halla en el artículo 25 de la ley que él mismo contribuyó a redactar y que ahora debe aplicar : **"una ampliación del veinte por ciento de la pena alternativa impuesta y una ampliación similar del tiempo de libertad a prueba"**[61] ; es decir, un año adicional, eso sí, siempre que se demuestre que **"la omisión haya sido intencional."** [62]

Así, la ejecución extrajudicial de más de dieciseismil personas en el período comprendido entre 1988 y 2005[63], por parte de lo grupos paramilitares denominados como ***"Autodefensas"*** pretende ser redimida por la generosidad de los mismos victimarios consigo mismos, amparados por su dominio de los órganos legislativo y ejecutivo del Estado.

Los grupos de ***"Autodefensas", " Convivir"*** o de ***" Paramilitares"***, aparecen como una reacción permitida, tolerada y auspiciada por el Estado y sus fuerzas militares ante los abusos de las fuerza insurgente guerrillera frente a la población civil, en especial de los propietarios urbanos y rurales con la práctica generalizada de la extorsión, el secuestro , las ejecuciones de quienes les hacían resistencia y hasta de sus propios militantes.[64]

No obstante su claro origen contrainsurgente, la fuerza paramilitar no se caracteriza por enfrentarse militarmente a la fuerza guerrillera, con la cual sólo ha desarrollado esporádicos combates, sino que se ha desplegado como una fuerza táctica para socavar las bases reales o presuntas de apoyo social de la insurgencia.

La Corte Constitucional, al estudiar la tipificación del genocidio introducida por la Ley 589 de 2000 al código penal, en la cual el gobierno pretendía excluir las masacres contra grupos políticos ilegales, estableció que este no sólo se configuraba cuando el sujeto pasivo de la supresión de la vida se radicaba en un grupo étnico, racial o religioso, sino que comprendía también al grupo político, indistintamente si este era legal o ilegal, ya que condicionarlo a grupos legales significaría una restricción al derecho a la vida, a la integridad personal y a la igualdad de las personas.[65]

La masacre[66], como técnica del ejercicio del terror, se convirtió en la forma de exterminio ejecutada por una acuciosa fuerza armada irregular que se especializó en realizar el trabajo sucio a las fuerzas militares institucionales, mediante el aniquilamiento, que implica utilizar el cadáver como transmisor de un mensaje político antisubversivo, con la decapitación, la desmembración o el mutilamiento[67].

El Presidente Álvaro Uribe Vélez coincide con los jefes de las autodefensas , en la utilización de los paramilitares en tareas de seguridad, en lo que él ahora llama ***"policía cívica"***[68], mientras que el general Gilibert, ex director General de la Policía Nacional, reclama que se incorporen a las filas de dicha institución.[69]

Veamos la condición humana de los futuros ***"guardias nacionales"*** o ***"policías cívicos"***:

Una ex combatiente reinsertada de las Autodefensas Campesinas de Casanare, al relatar los actos macabros que hacían parte de su entrenamiento, señala cómo el instructor militar dio la orden de ejecutar a una compañera incapaz de superar las pruebas físicas a las que se les sometía; posteriormente ordenó descuartizar el cadáver, freír la carne de sus nalgas y comerla en el almuerzo; dice alias Patricia : " **No pude dormir durante un mes porque yo nunca había hecho eso, pero después uno se acostumbra."**[70]

El Presidente de la República de Colombia al instalar la Comisión Nacional de Reparación y Conciliación, creada por la Ley de Justicia y Paz, al autocalificarse como víctima, señaló: **"Es imposible la reparación total. Incluso las víctimas pobres de patrimonio, que son la mayoría, por más que se les pueda resarcir patrimonialmente, nunca encontrarán reparación total. El dolor que esta violencia ha producido trasciende las aspiraciones de la retribución material."**[71]

Capítulo 27: JURISPRUDENCIA SOBRE LAS LIBERTADES PRIVADAS

"Un derecho sagrado e inalienable es real y efectivamente *imposible de valorar* : pues visto que esta expresión no significa nada, no hay nada con lo que pueda ser medido."[72]

1.- LA LIBERTAD

La suprema conquista del pueblo inglés, en 1215, al imponer al rey Juan la Carta de Derechos, determinó que el poder soberano en adelante se hallaba sujeto a un ordenamiento jurídico superior, esto es, que los gobernantes estaban vinculados frente a todos y cada uno de los súbditos, sin que fueren absolutamente libres para restringir sus acciones, a su propio criterio o conveniencia, razón por la cual dichas restricciones sólo pueden provenir de la necesidad de garantizar la utilidad general, como lo señala Paley , **"La libertad civil consiste en no estar sujeto por ninguna ley salvo por la que conduce al mayor grado de bienestar público"**[73]

El concepto de libertad lleva implícito el de su restricción, por cuanto, como lo señala Austin, no es la garantía de la libertad civil o política el fin principal de la existencia de los gobiernos, sino que a ellos compete la garantía del bienestar general, razón por la cual todo derecho tiene deberes correlativos, e incluso, en ocasiones, es indispensable la imposición de deberes absolutos sin derechos correspondientes, en su decir **" las libertades civiles o políticas raramente existen al margen de sus correspondientes restricciones jurídicas."**[74]

2.- EXPRESIONES DE LA LIBERTAD

La libertad se halla limitada no sólo por la naturaleza, sino también por la sociedad y el Estado, por ello en la construcción del llamado estado social de derecho que estableció la Constitución Política de 1991, junto a la proclamación abstracta de la libertad, bajo sus diferentes manifestaciones, introduce los parámetros y mecanismos para imponerle restricciones; igualmente desde la perspectiva jurídica del estado capitalista, en ella se reconoce que las decisiones sociales tienen como punto de partida las decisiones individuales que no son homogéneas, sino contradictorias , determinadas no sólo por el aspecto cognitivo, sino también por elementos emocionales y que conducen a decisiones que no siempre son racionales.

En la Carta política, al título II, De los derechos, las garantías y los deberes, sociales, en el capítulo I, primero, De los Derechos Fundamentales, se

enuncia la libertad junto con la igualdad jurídica (artículo 13), se proscriben tres condiciones negativas, como son la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos,(artículo 17), se declara que " **toda persona es libre**"[75] (artículo 28), para luego señalar los efectos de dicha declaración, como es la inviolabilidad personal, familiar y domiciliaria, y la determinación de las potestades estatales para su restricción, por motivos determinados en la Ley y mediante orden judicial .

Igualmente en ella, se diferencian tres ordenes o niveles de concreción de la libertad, como son las libertades privadas, la libertad de acción y las libertades públicas.

Las libertades privadas son producto de la capacidad de autodeterminación de las personas y de su individualidad, predecesoras del ordenamiento civil, que le permiten fijar curso a su vida mediante el uso de la razón, inherentes a la persona humana, a su dignidad , oponibles no sólo frente al Estado sino frente a todos los individuos, entre ellas, la libertad personal, la de conciencia o pensamiento y de opinión.

3.- LA LIBERTAD PERSONAL

La libertad personal, es considerada por la Corte Constitucional como íntimamente ligada con el derecho a la igualdad; no obstante, el individuo que nace libre es sólo igual ante la ley, es decir que el derecho no repercute en su condición material sino que solamente se expresa como condición jurídica, mientras que el Estado tan sólo asume la promoción de las condiciones para la realización y efectividad, así como la protección de grupos discriminados y marginados.

Para la Corte, la libertad se determina por la ausencia de las condiciones negativas de restricción: **"Por libertad personal (...) debe entenderse, la ausencia de aprensión, retención, captura o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona".**[76]

Consecuencia del reconocimiento de la libertad, es la proscripción de la esclavitud, la servidumbre y de la trata de seres humanos en todas las formas, para impedir que unos individuos cosifiquen a otros, tratándolos como simples animales; como ya lo señalaba Blackston al pronunciarse sobre la esclavitud, el amo no tiene derecho sobre el trabajo de su esclavo: " **En toda época, y en casi todas las naciones, ese derecho han sido creado por el derecho positivo, al tiempo que esa disposición nociva del derecho positivo ha**

sido respaldada por la moral positiva de las clases propietarias o libres."[77]

4.- LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA INTIMIDAD

La libertad de conciencia, pensamiento y opinión, establecida en el artículo 18 de la Carta, impide cualquier molestia para su asunción, la compulsión para su revelación o el constreñimiento para actuar en forma contraria a las mismas, hallándose vinculada a la concepción del mundo que cada individuo tiene, sin que sea lícito al Estado, ni a los demás miembros de la sociedad , entrometerse en ella, a menos que su exteriorización genere un impacto dañino en la colectividad.

Ha dicho la Corte que el buen nombre es el resultado del comportamiento social, **"Tiene buen nombre quien lo ha adquirido merced a su buena conducta, pues él no se recibe gratuitamente de los demás. Y la buena fama, la buena opinión que los demás tengan de alguien, es el resultado de la conducta que observan en él."**[78]

5.- EL *HABEAS DATA*

Dentro del derecho a la intimidad, la Constitución estableció el Derecho al dato, o ***"habeas data"***, que es una esfera exterior del derecho a la intimidad y consiste en la autodeterminación y control que tiene el individuo sobre la información que la sociedad y el Estado pueden tener sobre él, y por tanto, a su derecho para conocerla, actualizarla, rectificarla, exigir su confidencialidad e incluso la supresión de la referida a su vida íntima, ideas políticas , religiosas , a actividades lícitas y la caducidad del dato negativo.

El ***"habeas data"*** como derecho fundamental que es, se halla protegido mediante la acción de tutela, ejercitable ante las autoridades o los particulares, que permite dirimir de manera expedita el conflicto existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, privilegiando a la veracidad de la información y el manejo responsable de la misma. La Corte ha sostenido que el derecho a la información puede colisionar con el derecho al buen nombre, cuando se divulga información inexacta, esto es cuando ella no es cierta o es incompleta: **" ... además la información para ser veraz debe ser completa..."** [79]

6. INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

La inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, estable cida en el inciso tercero del artículo 15 de la Carta, sólo sujetas a intervención por orden judicial, con las formalidades establecidas por la ley, es oponible a las autoridades del Estado y a todos los individuos, y garantiza no sólo la libre comunicación y circulación, sino la reserva de sus contenidos.

Son igualmente inviolables los documentos privados, en especial las historias clínicas, así como los documentos de comercio, los documentos bancarios y tributarios , pero éstos, se hallan sujetos a inspección de las autoridades judiciales y administrativas, en ejercicio de las funciones de intervención, vigilancia e inspección del Estado, tanto en las actividades tributarias, económicas, educativas y de servicios públicos, mediante los procedimientos estipulados en la ley; como lo señaló la Corte, **" es lícito que el Estado exija documen tos privados de cuyo análisis pueda concluirse la determinación de tributos y exenciones..."**[80]

Capítulo 28: JURISPRUDENCIAS SOBRE LA LIBERTAD DE ACCIÓN.

"La libertad de la pluma es el único paladín de los derechos del pueblo."[81]

1.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para el desarrollo de la personalidad, es necesario exteriorizar la conducta mediante acciones, sin restricciones diferentes a las impuestas por los derechos de otros o por el orden jurídico; así la libertad deja de ser un atributo de la conciencia y se objetiva, trasciende del pensamiento , asume un contenido y se manifiesta en el mundo exterior.

Entre las principales expresiones de la libertad de acción se destacan el derecho a la expresión del intelecto, para manifestare y difundir el pensamiento o la opinión, que es la emisión de juicios de valor; como lo ha señalado la Corte, este es un Derecho Fundamental absoluto : **" la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites"**[82], para su ejercicio **" sólo se requieren las facultades físicas y mentales de su titular."**[83]

Cuando la libertad de expresión no se materializa, o cuando su expresión no tiene por objeto informar, como en el caso de las producciones literarias,

artísticas, plásticas, fílmicas, o cinematográficas , no puede ser restringida, ni sometida a acciones tendientes a rectificar , corregir o modificar su contenido, ya que este en su unidad inescindibles es intangible, siempre y cuando no afecte derechos de terceras personas, en especial su intimidad, honra y buen nombre.

La libertad de expresión, que es un juicio de ser, mediante el cual ser se comunica el conocimiento sobre una situación o hecho, se correlaciona con el derecho de informar y recibir información veraz e imparcial; por ello, la libertad de informar, dada su trascendencia para la formación de la opinión pública y la actividad democrática, esta atada constitucionalmente a dos condiciones: la veracidad y la imparcialidad, razón por la cual se justifican las restricciones o límites que la propia Constitución impone a su ejercicio, que deben ser determinadas mediante una ley estatutaria.

En el mundo moderno, el desarrollo de las tecnología cibernéticas permiten manipular los datos para convertirlo en información, que en si misma es libre y puede circular libremente por el espacio cibernético sin restricciones, salvo cuando cause perjuicios a terceros o al orden público y social, en cuyo caso el Estado puede intervenir para la salvaguardia de éstos; la Corte ha dicho que **"El dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que dicho dato adquiera sentido."**[84]

La libertad de prensa, que es la concreción objetiva de la libertad de expresión y del derecho de informar, según la Corte Constitucional colombiana, constituye un requisito esencial para la existencia de la democracia, porque contribuye a formar a los ciudadanos y al libre desarrollo de la personalidad , sirve de vínculo social, de instrumento de control de los poderes públicos y contribuye de manera decisiva a la formación de la llamada ***"opinión pública"***.

Mientras la libertad de expresión no se pueda realizar plenamente, no puede desarrollarse un sistema de libertades, como emanación del uso público de la razón y proyección de la ilustración colectiva.

3. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La libertad de enseñanza y aprendizaje, de investigación científica y de cátedra; para la Corte ha de coexistir el derecho del estado a la difusión de la cultura con el derecho de los particulares para instruir y educar al ser humano a fin de lograr la realización de su personalidad y del sentido de su dignidad.[85]

La Corte Constitucional ha señalado que la educación es un derecho de la persona, de carácter fundamental amparable mediante la acción de tutela, y un servicio público a cargo del Estado, la sociedad y la familia, obligatoria para los menores entre cinco y quince años, de carácter laico, gratuita en las instituciones estatales, que puede ser desarrollada directamente o con la concurrencia de los particulares, pero siempre bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado, pero exigiéndole a este **"un esfuerzo permanente, regular y continuo, que permita avanzar en la extensión del servicio de la educación..."**[86]

En la Constitución se establecen especiales cargas al Estado para la erradicación del analfabetismo, la educación de limitados físicos o mentales, la de superdotados, de minoría culturales y étnicas, y el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos, la posibilidad de los colegios y educadores de impartir educación sexual, de controlar moderadamente sus impulsos por medio de la disciplina pero excluyendo toda forma de violencia, y ha señalado la Corte que corresponde al estado **"controlar que la información y los conocimientos trasmitidos se realicen de forma objetiva, crítica y pluralista, sin traspasar el límite del adoctrinamiento."** [87]

4. LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN

La Libertad de locomoción y de circulación[88], que comprende los derechos al libre tránsito por el territorio nacional, al ingreso , egreso y permanencia dentro del territorio de la república, y a la libre fijación de residencia y domicilio, que como lo ha señalado la Corte Constitucional es un derecho inherente a la condición humana, consagrado por el bloque de constitucionalidad que incorpora la declaración universal de los Derechos Humanos y el pacto internacional de los Derechos Civiles y políticos, prohijados mediante la ley 74 de 1968, **" cuyo sentido más elemental radica en la libertad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del país , especialmente si se trata de las vías y de los espacios públicos."** [89]

Sin embargo, la corporación reconoce que el derecho de locomoción no es absoluto, por cuanto es susceptible de restricciones señaladas el legislador, como las que pueden imponer las autoridades judiciales, o las que demande la seguridad nacional, el orden público , los derechos de terceros o circunstancias ecológica como es el caso de las restricciones migratorias al archipiélago de San Andrés , Providencia y Santa Catalina, estatuidas en el inciso segundo delo artículo 310 de la Constitución, con reserva de ley especial.

5. LA LIBERTAD DE PROFESIÓN

La libertad de elección y ejercicio de profesión u oficio, se correlaciona con el libre desarrollo de la personalidad, permite que cada quien se dedique a laborar en la actividad que corresponda a sus conocimientos y dotes; sin embargo el Estado, en aras del bien común, en algunas profesiones que implican riego social y exigen formación académica puede exigirle " **la demostración de la suficiencia que tiene para desempeñar labores propias de la actividad en la cual eligió ocuparse, como es la exigencia de los títulos de idoneidad."** [90]

6. LA LIBERTAD DE CULTOS

La libertad de cultos, para profesar cualquier religión, o ninguna, para difundirla individual y colectivamente realizar los ritos inherentes a la misma, son esenciales en una sociedad democrática, participativa y pluralista; por tanto no hay religión oficial en el Estado, que es laico, ni posibilidad de que este restrinja alguna de ellas; esta libertad tiene como " **límites los establecidos por la ley para proteger la seguridad , el orden, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades fundamentales de los demás."**[91]

7. LA LIBERTAD ECONÓMICA

La libertad económica y la libre empresa, piedra angular de la sociedad capitalista, que permite al ciudadano ejercer cualquier actividad lucrativa sólo restringida por el orden público, en aras del interés colectivo , el patrimonio nacional, el espacio público y el medio ambiente; sin embargo cuando el legislador impone una regulación es manifiestamente irrazonable o desproporcionada incurre en una inconstitucionalidad manifiesta.[92]

Capítulo 29: JURISPRUDENCIA SOBRE LAS LIBERTADES PÚBLICAS.

"Todo ser humano que tiene poder siente la inclinación de abusar de el, yendo hasta donde encuentra límites..."[93]

1. - LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Las libertad públicas garantizan el acceso de los ciudadanos a la esfera pública en defensa de su ámbito privado, mediante el ejercicio del poder político, regulador de las relaciones entre las clases, entre los individuos y el Estado, a cuyo efecto la Corte señaló que **"El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modo de comportamiento social y político."** [94]

El principio de participación democrática se desarrolla a través de los derechos a participar en la conformación, en el ejercicio y en el control de todos los poderes públicos, mediante la intervención activa y pasiva en el proceso electoral, y en el ejercicio de la acción de revocatoria del mandato, como lo ha dicho la Corte, **" los instrumentos de participación democrática garantizados por la Constitución no se limitan a la organización electoral sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria."** [95]

La democracia participativa , de naturaleza universal y expansiva, garantiza a todos los ciudadanos los derechos a elegir y ser elegido y el derecho al voto, en especial bajo la forma de voto programático; es un derecho de aplicación inmediata, que no requiere previo desarrollo legislativo, ni reglamentación legal o administrativa ni condiciones para su ejercicio[96]; sin embargo, cuando el legislador interviene para su reglamentación esta debe expedirse mediante una ley estatutaria[97].

El principio democrático se despliega en todos los ámbitos de la vida, tanto la privada, la social y la política, en el régimen electoral, en la función legislativa, judicial y administrativa, en los servicios públicos, en materia presupuestal y la planeación estatal, así como en las organizaciones gremiales , profesionales, y en los partidos políticos.

2. PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS

Los partidos y movimientos políticos, son organizaciones instrumentales para la movilización de los ciudadanos, la agregación de intereses , la difusión de

ideas y programas sobre la constitución y funcionamiento de la sociedad y el Estado, la postulación de candidatos a funciones públicas, así como para la canalización de demandas sociales, como instancia mediadora entre los ciudadanos y Estado, dotados de personería jurídica como reconocimiento del acatamiento a los requisitos que la Constitución y la ley les señalan para su funcionamiento.

La Constitución colombiana no definió los conceptos de partido o movimientos políticos, como una forma de garantizar la libre expresión de los intereses políticos, bien sea mediante una estructura orgánica con vocación de permanencia, o mediante la simple manifestación espontánea depositaria de una voluntad social significativa; por su parte, la Corte ha precisado que " **los partidos se definen como instituciones permanentes; los movimientos , en cambio, son asociaciones de ciudadanos constituida libremente.**"[98]

3. LIBERTAD DE REUNIÓN

La Libertad de reunión y manifestación , públicas y pacíficas, es principio esencial de la democracia participativa, trasciende el simple derecho a la protesta, por tanto sus restricciones sólo podrán ser señaladas por la ley, que ha de tener carácter estatuario .

La Corte ha establecido que las limitaciones se encuentran vinculadas con la preservación del orden público, y que por tanto sólo se pueden impedir o disolver las manifestaciones cuando existan amenazas graves o inminentes, y no un simple peligro eventual o genérico, un tremor o una sospecha: " **la naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*.**"[99]

4. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

La libertad de asociación es el derecho a la unión permanente de las personas para la realización de fines colectivos, de cualquier orden, entre ellas sindicales o patronales, sin intervención estatal, e implica el derecho a ingresar a las ya existentes y ha recibir el reconocimiento de orden legal; se deben regular por principios democráticos, y la cancelación y supresión de personería jurídica sólo puede realizarse por decisión judicial; y en todo caso el asociado tiene derecho a retirase, como precisa la Corte, al decir que: " **El derecho a**

libre asociación (...) conlleva el derecho irrenunciable a dejar de pertenecer a ellas *ad libitum*; la afiliación, tanto como la pertenencia a una asociación, son actos voluntarios y libres, y dependen exclusivamente y por siempre de la decisión de una persona."[100]

Se correlaciona con otros derechos constitucionales a saber : i) el derecho al trabajo (artículo 25) ; ii) el derecho de asociación (artículo 38) ; iiii) el derecho a la remuneración mínima vital y móvil (artículo 53); iv) el derecho a la capacitación laboral (artículo 54) ; v) el derecho a la negociación colectiva (artículo 55) ; vi) el derecho a la huelga (artículo 56); vii) el derecho a la participación democrática (artículo 103).

5. DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición, para presentar solicitudes respetuosas a las autoridades, con interés general o particular, y a obtener de ellas pronta resolución, establecido en el artículo 23 de la Constitución , es según la Corte, indispensable para el logro de los fines esencia les del Estado, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes constitucionales y la participación ciudadana, así como para garantizar el cumplimiento de sus funciones por parte de las autoridades, que ser resuelto positiva o negativamente, y cuyo cumplimiento puede exigirse por vía de la acción de tutela, cuando se presenten actos u omisiones que impida u obstruyan su ejercicio, o no se resuelva oportunamente sobre lo solicitado, ya que según la Corte " **la respuesta para que sea oportuna... tiene que comprender y resolver el fondo de los pedido ..."**[101]

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] SMITH, Adam. Lecciones sobre Jurisprudencia, Editorial Comares, Granada, 1995, 1ª edición en español, página 37.

[2] AJA, Eliseo. Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual (compilación), Ariel Derecho, Barcelona, 1998, página XXIX.

[3] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C 527 de 1994, C 037 de 1996 y C 320 de 1997, en que la Corte reiteró su doctrina de que **"no corresponde a esta Corporación efectuar una revisión oficiosa de las leyes ordinarias, sino un control de aquellas normas que han sido expresamente demandadas por un ciudadano".**

[4] BETTI, Emilio. La Interpretación de la Ley y los Actos Jurídicos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, página 72.

[5] Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de España, STC del 4 de febrero de 1983, del 18 de noviembre de 1983 y del 7 de junio de 1989.

[6] Ley 270 de 1996, artículo 46.

[7] Ibídem.

[8] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de unificación SU 47 de 1999, magistrados ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; y en la sentencia C 527 de 1994, donde limita el alcance la cosa juzgada a lo relacionado con los artículos declarados exequibles, por razón de no prosperar la acusación general contra la norma.

[9] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C – 113 del 15 de marzo de 1993 con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

[10] Constitución Política de Colombia de 1991, editorial Temis, Bogotá, página 111.

[11] Ibídem.

[12] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de 551 de 2003, con ponencia del Magistrado ponente Guillermo Montealegre Lynett; se reitera en las sentencia C-.1200 de 2003 y C- 572 de 2004, y en la sentencia C-888 de 2004, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

[13] Ibídem.

[14] Ibídem.

[15] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 387 de 1997, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz..y sentencia de 816 de 2004, con ponencia de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimmy.

[16] RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder, estudios sobre la constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, página 492.

[17] Vid. ARAGON REYES, Manuel, Constitución y control del poder, UEC, Bogotá, 1999, página 100.

[18] WROBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Editorial Civitas, Madrid, 1998, página 62.

[19] Vid. SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución, editorial Tecnos, Madrid, 1998, página 245; la primera edición en alemán, data de 1929 (Berlín).

[20] HUGHES, Charles Evans; citado por SCHWARZ B, en A presidential stricourt, federalism. En su obra La Corte Suprema de los Estados Unidos, FCE, México, 1971, página 7, el mismo HUGHES, quien fuera presidente de la Corte norteamericana entre 1931 y 1941 señaló que **"Vivimos bajo una Constitución, más la Constitución es lo que los jueces dicen que es".**

[21] IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, página 226.

[22] CORTE CONSTITUCIOINAL, sentencia C-113, marzo 25 de 1993, Magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

[23] PIBERNART DOMÉNECH, Xavier. La sentencia constitucional como fuente del derecho, Revista de Derecho Político, número 24, Madrid, 1987, página 78.

[24] Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 543 de 1996, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, en especial el salvamento de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

[25] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 109 del 15 de marzo de 1995, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

[26] Vid. ALONSO GARCÍA, Enrique. La Interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

[27] Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T 13 de 1995, C 400 de 1998 y SU 47 de 1999.

[28] LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Monografías Jurídicas, editorial Temis, Bogotá, 2003, página 78.

[29] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de T-02 del 8 de mayo de 1992, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

[30] Un derecho constitucionalmente consagrado, es de aplicación directa, si es exigible por el individuo sin necesidad de desarrollo legal, y lo es de aplicación inmediata, por cuanto la vigencia de la Constitución se inicia desde el mismo momento de su promulgación.

Otros derechos constitucionalmente establecidos , llamados de ***"desarrollo legal"*** , demandan la intervención del legislador para precisar su contenido; igualmente en la Carta Política aparecen ***"cláusulas programáticas"*** o de ***"desarrollo progresivo"*** que contienen mandatos al legislador u otras autoridades del Estado para que adopten políticas encaminadas a desarrollar o hacer eficaz un derecho, a cuyo efecto utiliza las modalidades gramaticales del futuro como ***" promover, fortalecerá, creará , fijará y establecer..."***

[31] CORTE CONSTITUCIONAL , sentencia C-543 de 1992, , con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

[32] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU –159 de 2002, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

[33] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-949 de 2003 de 1994, Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett; 189 de 2005; T- 522 de 2001, T-189 de 2005, y T- 1244 de 2004, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa; T-205 de 2004 y T- 807 de 2004, Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández; T-536 de 1994 y T- 814 de 1999 Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; T- 694 de 200, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-056 de 2005, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería; T-556 de 2003, Magistrado ponente Jaime Córdoba Treviño

[34] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-462 de 2003, Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

[35] Ibídem.

[36] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-231 de 1994, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-1184 de 2001, Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, y SU –159 de 2002 con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa.

[37] ZALAMEA, Jorge. El Sueño de la escalinatas, editoial Tercer Mundo, Bogotá, 1964, página 37.

[38] DE GREIFF, León. Relato de Sergio Stepansky. Obras completas, Tercer Mundo editores, Bogotá, 1975, tomo I, página 435.

[39] HOBBES, Thomas. Elementos de derecho natural y político, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1979, página 203.

[40] Vid. CEPEDA ESPINOSA, Manuel J. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991, editorial Temis, Bogotá, 1997, página 22 y ss.

[41] Constitución Política de Colombia, artículo 11, editorial Temis, Bogotá, 1991.
[42] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-013/97.

[43] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-221 del 5 de mayo de 1974, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

[44] Ibídem.

[45] KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, editorial Porrúa, México, 1995, página 85

[46] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 611 del 15 de diciembre de 1992, Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo

[47] Código Penal Colombiano, Decreto 100 de 1980, artículos 343 y 345; editorial Leyer, Bogotá, 2000 .

[48] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-133, Sala Plena, marzo 17 de 1994, con ponencia del Magistrado Antonio María Barrera Carbonell, aprobada por mayoría de voto de seis magistrados contra tres.

[49] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia 037 de 1997, Magistrado ponente José Gregorio Hernández, apoyada por Fabio Morón , Vladimiro Naranjo, Hernando Herrera y Jorge Arango Mejía; salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez Caballero.

[50] Código Penal Colombiano, Ley 599 del 24 de julio de 2000, artículo 124.Editorial Leyer, Bogotá, 2000.

[51] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-647 del 20 de junio de 2001, magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

[52] Artículos 326 del Código penal de 1980 (Decreto 100) y artículo 106 del Código penal de 2000, Ley 596 de 2000.

[53] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C- 239 del 20 de mayo de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la cual se reafirman las sentencias T- 366 de 1993 Y T-123 de 1994.

[54] Ibídem.

[55] Código Penal Colombiano de 1980, artículo 127, y en el mismo sentido el artículo 184 del Código Penal Militar.

[56] Ibídem.
[57] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997, salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[58] Ley 975 de 2005, sancionada y publicada en el diario oficial 45.980 el 25 de julio de 2005, por medio de la cual " se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios".

[59] La Ley 975 de 2005, con setenta y dos artículos, se estructura así :Capítulo I, Principios y definiciones; Capítulo II, Aspectos preliminares; Capítulo III, Aspectos procesales; Capítulo IV, Investigación y Juzgamiento; Capítulo V, Penal alternativa; Capítulo VI, Régimen de privación de la libertad; Capítulo VII, Instituciones para la ejecución de la presente ley; Capítulo VIII, Derechos de las víctimas frente a la administración de justicia; Capítulo IX, Derecho de reparación de las víctimas; Capítulo X, Conservación de archivos; Capítulo XI, Acuerdos Humanitarios; Capítulo XII, Vigencia y disposiciones complementarias.

[60] Entrevista del Fiscal General Mario Iguarán al diario EL TIEMPO, con Yamith Amat, edición del domingo 24 de julio de 2005.

[61] Ley 975 de 2005, inciso segundo, artículo 25.

[62] Ibídem.

[63] Vid. CINEP, Banco de datos de violencia política. Deuda con la Humanidad. Paramilitarismo de Estado en Colombia (1988-2003), Bogotá, 2004.

[64] El señor Alberto Uribe Sierra, padre del Presidente Uribe Vélez, fue asesinado por el quinto frente de las FARC, el 14 de junio de 1983.; el señor Jesús Antonio Castaño González, padre de los hermanos Castaño Gil, dirigentes fundadores de las AUC, fue asesinado por las FARC, en 1981. Dentro del ELN se ha penalizado con la muerte el robo de una panela por parte de guerrilleros y en la FARC se aplica la pena capital por la comisión de delitos graves como la deserción o el homicidio no autorizado por los mandos.

[65] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-177, del 14 de febrero de 2001, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz; el artículo 322A del código, insertado por la Ley 589 de 2000, estableció una pena de prisión entre cuarenta y cinco ya sesenta años, multa e interdicción de derechos y funciones públicas entre cinco y diez años.

[66] Vid. Diccionario Real Academia Española: Masacre: (Del. Fr. *Massacre*), f.. Matanza de personas, por lo general producida por ataque armado o causa parecida.

[67] El ELN, utiliza con éxito la modalidad de utilización del cadáver con fines políticos, en septiembre de 2005, al devolver los despojos mortales de un político liberal, muerto en cautiverio un año antes; el gobierno de Uribe Vélez responde colocando en libertad vigilada a un dirigente preso para que gestione conversaciones con el movimiento insurgente.

[68] Ver, Diario El Tiempo, del lunes 8 de agosto de 2005.

[69] Ver Diario El Siglo , del miércoles 10 de agosto de 2005.

[70] CARDENAS SARRIÁ, José Armando. Los Parias de la guerra, ediciones Autora, Bogotá, 2005, página 241.

[71] URIBE RUEDA, Álvaro. Discruso del 4 de octubre de 2005. Diario El Tiempo, Bogotá, número 33193, páginas 1-2.

[72] AUSTIN John. El objeto de la jurisprudencia, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, página 74.

[73] Ibídem, página 191.

[74] Ibídem, pagina 262.

[75] Constitución Política de Colombia, artículos 13,17,28.Editorial Temis, Bogotá, 1991.

[76] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-024 de 1994, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

[77] AUSTIN John . Op. Cit., página 190.

[78] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU- 082 del 1º de marzo 1995, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, y sentencia T-2229 de 1994, Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

[79] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU- 082, del 1o de marzo de 1995, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía.

[80] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-381, septiembre 14 de 1991,con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

[81] KANT, Inmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ariel, Barcelona, 1996, página 73.

[82] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 066 del 5 de marzo de 1998,con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

[83] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-056 del 16 de febrero de 1995,con ponencia del Magistrado Antonio María Carbonell.

[84] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 414 del 16 de junio de 1992,con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón.

[85] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 219 del 9 de junio de 1993 , con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell.

[86] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 236 del 17 de mayo de 1994 , con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la sentencia T-440 del 2 de julio de 1992 y la SU- 624 del 25 de agosto de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

[87] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 440 del 2 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en correspondencia con la sentencia T- 108 del 17 de marzo de 1993 , con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, , y sentencia de Sala plena C-371 del 25 de agosto de 1994, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

[88] Constitución Política de Colombia, artículo 24: **"Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia."**

[89] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 518 del 16 de septiembre de 1992, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

[90] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 106 del 17 de marzo de 1993, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell.

[91] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-088 del 3 de marzo de 1994, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, y la sentencia T-403, del 3 de junio de 1992 , con ponencia del Magistra do Eduardo Cifuentes Muñoz.

[92] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-219 del 10 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Barón y C-265 del 2 de junio de 1994 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

[93] MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, barón de la Brede. Del espíritu de las leyes, Madrid, Tecnos, 1990, página 153.

[94] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C- 180, del 14 de abril de 1994, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara.

[95] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-889 del 3 de marzo de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

[96] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-469 del 17 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

[97] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-089 del 3 de marzo de 1994, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

[98] Ibídem.

[99] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-456, del 14 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Jaime Sanín Greiffenstein.

[100] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-454, del ... de 1992, con ponencia del Magistrado....

[101] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-037, del 30 de enero de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, y la sentencia T-012, del 25 de mayo de 1992, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

La responsabilidad profesional en el derecho europeo actual

Marcelo J. López Mesa

La responsabilidad profesional en el derecho europeo actual

Marcelo J. López Mesa

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL DERECHO EUROPEO ACTUAL
AUTOR: MARCELO J LÓPEZ MESA
DIRECCIÓN: lopezmesa@ciudad.com.ar
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 21 de 2005
DESCRIPTORES: Diligencia, profesional, derecho, deber, información
RESUMEN: El presente artículo contiene la disertación presentada por el Dr. Marcelo López Mesa ante la academia de derecho y ciencias sociales de Córdoba en el acto de asunción como académico de esa corporación, en donde reflexiona sobre el deber de actuar con diligencia, exigida al profesional del derecho en la actualidad.
KEY WORDS: Diligence, professional, law, information
ABSTRACT: The present article contains the dissertation presented by the Dr Marcelo Lopez Mesa before the law academy and social sciences of Cordoba in the act of assumption like academic of that corporation, in where it reflects on having to act with diligence, demanded to the professional of the right at the present time.

1) La acentuación de la diligencia exigida al profesional.

En tren de analizar la actualidad de la doctrina y jurisprudencia europea en materia de responsabilidad profesional, es dable advertir liminarmente que los desarrollos del viejo continente por lo general endurecen la diligencia exigida al profesional imponiendo nuevos deberes profesionales sobre el mismo o acrecentando la importancia de los que tuvo desde siempre.

Si bien con diferentes matices en cada rubro, todo profesional carga sobre sí con importantes deberes, cuyo incumplimiento engendra responsabilidad. Los deberes que tienen mayor interés con relación a este estudio son:

1. a) deber de guardar secreto de las informaciones que recibiera durante la relación con el cliente.

Uno de los deberes esenciales de los profesionales es el deber de secreto profesional, es decir, el deber de no revelar datos relativos a la situación de su cliente o paciente o a las confidencias que el mismo le hiciera en ocasión de la consulta o cualquier otro acto profesional.

Bien ha dicho Yves MAYAUD que "La exigencia de secreto tiene una gran dimensión social, que normalmente coloca al obligado a resguardo de la persecución criminal; el secreto porta una gran importancia social, porque él representa la confianza indispensable para ciertas relaciones. El significa para el orden social que la discreción y el silencio están asegurados puesto que tales revelaciones se inscriben en una particular relación de confianza. Es en ese sentido que los médicos, los abogados y los sacerdotes fueron los primeros en ser reconocidos como depositarios de tales secretos, no para que sus funciones se beneficiaran con una legitimidad superior a otras, sino porque ellas representan mecanismos útiles para la misma sociedad"[3].

En lo tocante específicamente al médico, éste tiene el deber y el derecho de guardar secreto de aquellos datos referentes a su paciente que llegaran a su conocimiento con motivo del ejercicio del arte medical. Este deber debe, obviamente, compatibilizarse con la obligación de denunciar cualquier delito de acción pública que compete a los médicos y que se encuentra presupuesta en la ley y es, por ende, anterior en el tiempo a la supuesta obligación de reserva que pudiera contraer el facultativo al atender a un paciente.

Es decir que si existe justa causa de relevamiento de la obligación de secreto, el profesional puede y debe poner en conocimiento de la autoridad la comisión de un delito, etc. Pero si la misma no existe, la violación de este deber por parte del profesional compromete su responsabilidad tanto civil como penal, además de anular la comunicación que el galeno hiciera[4].

La importancia de este deber de secreto es tal, que él ha sido protegido legalmente en cuanto a su ejercicio y penado penalmente en cuanto a su violación[5].

1.b) deber de información y comunicación al cliente, directamente relacionado con el deber de requerir su consentimiento a determinada práctica profesional: Así como el profesional tiene el deber de callar ante terceros ciertos datos, que le fueron revelados en el marco del secreto profesional –siempre que no configuren delitos de acción pública-, tiene la obligación de comunicar al cliente determinada información[6].

Los deberes del profesional, con respecto a la información que recibe en el ejercicio de su mettier, pueden parangonarse a una moneda: el anverso nos muestra el deber de información que éste para con su cliente, mientras que la contracara es el secreto profesional[7].

Ambos lados componen un todo cuya conclusión obvia es que el profesional no es el dueño de la información que recibe con motivo de sus incumbencias,

ya que no puede divulgarla hacia terceros ni retacearle al cliente el conocimiento de su situación legal, estado contable, estado de salud, etc., según se trate en cada caso[8].

Pero, la obligación de informar no se presenta de un modo uniforme, pues puede perseguir diversos objetivos. En primer lugar se pueden situar aquellos casos en los que la información es justamente el servicio solicitado al profesional, en su carácter de experto, por el cliente. Comúnmente en tales casos, la solicitud incluye un asesoramiento sobre la información recibida, de modo que el cliente pueda adoptar con posterioridad las decisiones que estime más oportunas para sus intereses. En un segundo anaquel, se ubica la información necesaria para un adecuado disfrute de los servicios prestados o de los bienes adquiridos, especialmente, cuando es imprescindible para una adecuada representación por parte del cliente de los riesgos que deben evitarse para sí mismo y para los demás usuarios mediante una correcta utilización del producto adquirido o del servicio prestado, o, incluso, para la preservación del bien adquirido (vgr. las instrucciones de uso y conservación de un bien o aparato, la llamada información terapéutica). Y, finalmente, la información como presupuesto necesario para poder prestar un consentimiento no viciado al profesional y que éste pueda realizar legítimamente la actividad profesional sobre la que se consiente.

Bien ha observado ROMEO CASABONA que "es característica común a todas las modalidades de información profesional que su extensión, forma, contenido, nivel de comprensión, restricción, etc , debe adaptarse a cada situación concreta, sobre todo a la naturaleza de la prestación profesional y a las condiciones personales del cliente[9].

Es así que resulta capital para la validez del consentimiento prestado por el cliente a la práctica aconsejada por el profesional, una previa información sobre el alcance de sus consecuencias y sobre otros cursos de acción posibles en su situación, sobre las ventajas e inconvenientes de éstos.

El problema es que como ha expuesto brillantemente ROMEO CASABONA, "el deber de información a los clientes ha tenido, desgraciadamente con demasiada frecuencia, escaso cumplimiento en la práctica y en ocasiones insuficiente acogida en la legislación de algunos países; debido ello, entre otras razones, a una falta de sensibilidad sobre su trascedencia fáctica y jurídica..."[10].

1.b.1) **deber del médico de informar y comunicar ciertos datos al paciente, directamente relacionado con el deber de requerir su consentimiento informado a determinada práctica:**

Javier PLAZA PENADÉS, ha hecho un interesante aporte al exponer que "el consentimiento informado se constituye así en un derecho fundamental o derecho humano positivizado, propio, singular y distinguible o diferenciado, siendo además una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, y manifestación necesaria o proyección de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física, derecho a la libertad personal y de conciencia, y manifestación del principio de libre desarrollo de la pesonalidad y de la autodisposición, dentro de los límites legales, sobre el propio cuerpo"[11]. Como bien dice PALMIERI, "en el actual panorama de la profesión médica, caracterizada por un alto grado de tecnicismo y especialización sectorial, el tema de la información al "cliente" o paciente asume, con mayor razón, una relevancia cada vez más importante desde el punto de vista deontológico"[12]. El Tribunal Supremo de España ha sostenido que "deontológica y legalmente todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica"[13]. Y un autor de prestigio como BILANCETTI ha llegado a expresar que "La diligencia atañe, en materia de responsabilidad profesional médica, no solo a la ejecución de la prestación debida sino también a la debida información, de parte del médico, para permitirle al paciente expresar un consentimiento consciente y luego eficaz ... la información no es solo un deber deontológico, sino que además constituye un aspecto distintivo de la diligencia..."[14].

Es dable aclarar que en la mayoría de los países de Europa, como en nuestro país, este deber de información ha sido impuesto y desarrollado principalmente a partir de una jurisprudencia creativa que se fue acumulando capa tras capa, ante la insuficiencia de los textos legales.

Según SAVATIER, el deber de informar o comunicar su situación al paciente, "nace de la especial relación de confianza entre médico y paciente comprendiendo como contenido de la información de los extremos de la enfermedad, -de manera que el enfermo pueda entenderlo- un tratamiento y la peligrosidad del mismo, si la hubiere, así como la de una intervención quirúrgica"[15].

Como principio el médico no puede efectuar ninguna intervención o tratamiento sobre el cuerpo de un paciente sin obtener el consentimiento de éste. Obvio es, que para obtener dicho consentimiento, el médico deberá informar al paciente sobre su estado de salud, pronóstico, y ventajas del tratamiento que aconseja; y, también, que para que el consentimiento sea válido, el médico deberá informar al paciente asimismo las posibles desventajas del tratamiento, así como los riesgos que él implica[16].

Por ello se ha dicho con razón que "paralelamente a la obligación técnica de brindar al paciente un tratamiento consciente, atento y conforme a las verdades adquiridas de la ciencia, el médico debe requerir del paciente un consentimiento libre y esclarecido"[17].

Como bien expuso PALMIERI, "el cliente, o mejor dicho el acreedor de la prestación profesional, es puesto más o menos indirectamente en medio de una elección de costo y beneficio, siempre ardua y difícil de comprender, asumiendo luego riesgos a menudo de significación; para la validez de esta opción del paciente resulta fundamental, además de la cultura general del paciente, el suministro de información correcta por parte del profesional"[18].
Es una verdad a puños que "todo consentimiento a un acto medical comporta en parte una aceptación de riesgos. Es por ello que el paciente debe estar convenientemente informado sobre aquello a que brinda su consentimiento"[19].
Es obvio, por otra parte, que la profundidad y el caudal de información a suministrar al paciente debe ser directamente proporcional a la entidad del riesgo que éste asume[20].

El paciente tiene que saber qué es concretamente lo que está consintiendo, la gravedad de su estado, el motivo de las prácticas que se le aconsejan, la urgencia de realizarlas, su posible evolución en caso de someterse a tales prácticas y en caso de negarse, el alcance de las intervenciones o tratamientos, los riesgos que conllevan, la modalidad, las consecuencias y los posibles efectos secundarios de la intervención médica proyectada y las eventuales alternativas del tratamiento[21].

La Corte de Casación italiana ha precisado el alcance de esta obligación galénica; en una sentencia suya, dijo que un consentimiento inmune de vicios no puede formarse sino después de haber tenido el paciente plena conciencia de la naturaleza de la intervención médica o quirúrgica, de su alcance y extensión y de sus riesgos, del resultado que espera conseguirse con ella y de las posibles consecuencias negativas; todo ello presupone una información completa y sin retaceos de parte del médico o del cirujano. Solo entonces el paciente podrá concientemente decidir si someterse a la intervención u omitirla, efectuando un balance entre las ventajas y los riesgos del acto medical[22].
La Audiencia de Zaragoza resolvió en un caso que "El consentimiento del paciente ha de ser emitido con adecuada información previa de la intervención que se va a hacer y de los riesgos que conlleva, información que ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible, de forma que si así se hace, los riesgos quedan asumidos por el paciente que consiente, y, de lo contrario, el facultativo asume el riesgo por sí solo..."[23].

Esta fórmula estereotipada de la exigencia del suministro al paciente de una "información objetiva, veraz, completa y asequible", constituye una constante en la jurisprudencia ibérica y ha sido receptada como molde o paradigma conceptual por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España[24].

1.b.2) La exigencia de información previa al consentimiento en el derecho francés actual.

Es un hecho aceptado en el derecho francés que el paciente debe estar plenamente avisado del costo y de los riesgos de su tratamiento y de la evolución probable de su estado; el enfermo debe poder comparar las ventajas esperadas y los riesgos implícitos en el tratamiento aconsejado[25].

Pero así como no se duda de lo anterior, resulta claro para los autores que la relatividad de los conocimientos médicos, así como el deseo de preservar el estado sicológico del enfermo, excluyen toda posibilidad de exhaustividad[26].

Una distinción tradicional de la jurisprudencia francesa otorgaba efectos a la frecuencia estadística de efectivización del riesgo, y así el médico tratante no debía informar al paciente más que de los riesgos corrientes del tratamiento, y no de aquellos que se produzcan excepcionalmente[27].

Alguna doctrina había criticado este criterio por su subjetividad y falta de parámetros comparativos serios, lo que producía que el riesgo que para una Corte de Apelación era considerado excepcional, era visto como corriente por otro tribunal, o entre distintas Salas de una misma Corte[28].

Pero, en un precedente de Octubre de 1997, la Corte de Casación profundizó su jurisprudencia de los últimos años, que venía agravando cada vez más la obligación de información a cargo de los médicos, precedente que causó en su momento un gran revuelo doctrinal[29], sentando que la información debe ser "leal, clara y apropiada" y debe ser inteligible para el paciente[30].

El principio sentado por la Casación francesa podría sintetizarse así: los riesgos graves, y no solamente los corrientes, constituyen el objeto de la obligación de información del médico[31]. Echa de verse que el concepto indeterminado de "riesgo grave" constituye la llave de bóveda que divide el campo donde actúa el médico en dos grandes terrenos: el de los riesgos graves, que deben ser informados y el de los riesgos no graves o menores que pueden ser obviados[32]. A partir del arrèt "Guyomar" quedó superada la doctrina tradicional que obligaba a los médicos a informar sobre los riesgos corrientes o normalmente previsibles, pero no de las complicaciones o riesgos excepcionales o no frecuentes, doctrina que nos parece razonable y atinada; desde entonces, se obliga a los médicos

a informar al paciente sobre todos los riesgos, aun los excepcionales[33], lo que no es conveniente en orden a la buena disposición del paciente a favor de su curación.

Admite explícitamente la jurisprudencia gala algunas excepciones al principio, tales como los casos de urgencia, imposibilidad, y de rechazo del paciente de recibir información[34]; alguna doctrina francesa (SARGOS y LE TOURNEAU-CADIET) han postulado que existirían otras excepciones implícitas a la regla general de información de todos los riesgos[35], aunque esta posición no ha ganado demasiados adeptos.

En realidad, ningún texto legal admite una limitación de la información sobre los riesgos del tratamiento, por el hecho de una fragilidad sicológica o espiritual del paciente. El art. 35 del Código deontológico francés legitima solamente, en interés del paciente, una disimulación del diagnóstico o del pronóstico cuando es grave; esta norma podría usarse por via de interpretación para arribar al resultado que proponen SARGOS y LE TOURNEAU-CADIET, pero en realidad el mentado art. 35 no establece una excepción directa a la exigencia de información.

La Corte de Casación a través del precedente de 1997, rompió el esquema clásico, reemplazando el criterio cuantitativo o estadístico tradicional, fundado sobre el concepto de riesgo corriente o estadísticamente significativo, por un criterio cualitativo: el de la gravedad intrínseca del riesgo objeto de la información[36].

El nuevo criterio de la Casación francesa consiste en que el médico debe informar al paciente de los riesgos graves que lleva implícitos el acto medical, y el carácter estadísticamente menor del riesgo no dispensa al galeno de su obligación[37].

En fallos posteriores la Casación francesa ratificó las líneas directrices del precedente "Guyomar", resolviendo que excepto en casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente a ser informado, un médico está obligado de brindarle una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves referentes a los estudios y tratamientos que le propone; precisó luego que "el médico no está dispensado de dar información sobre la gravedad del riesgo por el solo hecho de que la intervención sea médicamente necesaria[38]. En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado francés, juzgando que la sola circunstancia de que riesgos graves no se produzcan más que excepcionalmente no dispensa a los médicos de la obligación de informar al paciente sobre ellos[39].

Denis MAZEAUD comenta la evolución de la jurisprudencia de la Casación francesa en materia de responsabilidad medical, diciendo que "Progresiva y metódicamente, la Corte de Casación fue mejorando, mediante toques sucesivos, la situación de las víctimas de perjuicios sufridos como consecuencia de un acto medical"[40], concluyendo que el precedente "Guyomar" "constituye un pequeño toque de realismo en un océano de buenas intenciones"[41].
Continúa relatando MAZEAUD que la Casación francesa primero amplió los supuestos de obligaciones de resultado a cargo del médico, luego afinó la apreciación de la culpa del médico, después estableció la presunción de culpa en el caso de las infecciones hospitalarias o nosocomiales[42] y por último, impuso de una manera general, una obligación de información muy rigurosa sobre los médicos.

En cambio, las críticas al criterio de "Guyomar" se han basado en dos frentes bien diferenciados: por un lado, la inconveniencia terapéutica de abrumar a los pacientes con informaciones que pueden afectar su confianza de mejoramiento y, por otro, la complejidad instrumental de la prueba de la información brindada, que torna prudente que el médico transcriba por escrito la información dada al paciente y haga firmar a éste para constancia[43].

La Corte de Casación, en otros pronunciamientos posteriores ha ido contorneando el alcance del precedente "Guyomar". Así, en un fallo de comienzos del año 2000, el mismo tribunal resolvió que un médico no está obligado a lograr el convencimiento de su paciente sobre el peligro del acto medical que éste solicita, bastando con que le informe de tal riesgo[44].

La esencia del consentimiento es el acuerdo entre las partes, a través de la información y la comprensión por el paciente de los actos profesionales a que se someterá, para una libre aceptación de los mismos. En línea con ello, el deber de información a cargo del médico, resulta indiscutiblemente parte esencial de la prestación contractualmente debida[45], pero no debe ser llevado más allá de una línea de razonabilidad: una cuya transposición puede afectar la curación del enfermo, a través de minar su confianza en su propia curación.

1.b.3) ¿Qué información se debe suministrar al paciente?
Cabe preguntarse en concreto ¿cuál es el nivel aconsejable de complejidad de la información suministrada al paciente?

Resulta útil consignar que existe una notoria separación entre lo que las normas rectoras de la Medicina indican como standard mínimo exigible de este deber de información, de lo que le han exigido a los médicos los fallos judiciales, especialmente de la Corte de Casación francesa, a partir del precedente "Guyomar" de 1997[46].

Podría decirse incluso que los abogados que componen los cuerpos judiciales sobre todo europeos –y también la doctrina- han sido mucho más exigentes con los médicos que lo que lo son las normas de la deontología médica; esta dualidad o dicotomía no debe asombrar, pero sí debe ser tenida en cuenta debidamente.

Las normas deontológicas médicas ponen el énfasis en el tratamiento, esto es, en no comunicar al paciente aquellos datos que puedan comprometer la eficacia del tratamiento, minando la confianza en su restablecimiento o mejoría; los fallos judiciales y la doctrina, en cambio, han hecho prevalecer el derecho del paciente a estar al tanto de su estado de salud, pronóstico y expectativas, por sobre otras consideraciones.

En nuestra opinión debe seguirse una línea intermedia entre ambos extremos: ni liberar al profesional de la debida comunicación, ni exigirle que exponga al paciente a una dolorosa o traumática experiencia psicológica, donde se le comunique fríamente que los riesgos del tratamiento aconsejado son enormes y que, si se cumplen las estadísticas, sus posibilidades son escasas. Este tipo de sesiones son absolutamente contraproducentes de el punto de vista médico, la minar la confianza del paciente, por lo que el aspecto jurídico del consentimiento informado no debe ser el único a tomarse en cuenta.

Coincidimos, en consencuencia, con el Prof. FERNÁNDEZ COSTALES sobre que deben evitarse dos males: hacer del médico o profesional sanitario un profesional inseguro y del paciente una persona vulnerable[47].

No puede olvidarse que el conocimiento médico es todavía limitado en punto a los sistemas espontáneos de sanación del cuerpo humano y no debe hacerse a un lado que, por ejemplo, existen mecanismos como la reabsorción espontánea de tumores malignos, que literalmente rescatan de la muerte a último momento a personas que la ciencia médica había desahuciado[48] y sobre cuya curación no existen explicaciones ortodoxas ni convincentes.

Con ello a la vista reafirmamos que nos parece que debe seguirse una línea media en esta materia, una bisectriz que pasa por la información veraz al paciente, pero de manera que el mismo comprenda su estado general, sin ser agobiado con la explicación de posibilidades remotas o de riesgos estadísticamente poco probables de acontecer en casos como el suyo. De otro modo el consentimiento informado se transformaría en un catálogo de salvedades y apostillas, que frustraría su verdadero objeto[49].

Por caso, nos parece que generalizar las lìneas fundamentales del arrèt "Guyomar" implica la asunción de severos riesgos en todos los casos para evitar daños puntuales en algunos supuestos.

En esta línea, la Audiencia Provincial de Zaragoza esclareció en un fallo suyo el alcance de este deber galénico, sentando que el deber de información del médico es necesario para que exista un consentimiento libre del paciente a la intervención o al tratamiento, ya que este último tiene derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico, pero, desde luego, la información a dar por el médico ha de tener en cuenta múltiples factores, como son la capacidad de comprensión y decisión del paciente, sus deseos de información, la necesidad del tratamiento y el riesgo, así como los probables efectos de la información sobre el paciente, evitando la inoportunidad e incluso inquietarle inútilmente. También ha de tener distinta valoración el incumplimiento del deber de información, o el modo en que se hace, si se está ante una intervención terapéutica, o ante una operación preventiva de embarazo, supuesto éste en el que la información puede ser ofrecida con mayor claridad para el cliente y, por tanto, es exigible al médico mayor rigor en el cumplimiento de dicho deber[50]. Suscribimos cada palabra de este precedente.

La información al paciente, constituye, como otras, una labor que debe llevarse a cabo con prudencia y tino y sin caer en extremos; entre abrumar al paciente y minar su confianza con datos estadísticos y retacearle la información, existe un ancho campo por donde debe transitar el profesional. El ejercicio del deber de información por parte del médico nos pone nuevamente ante una cuestión de proporciones, no siendo conveniente ni el exceso ni el defecto.
En nuestro concepto, el deber de información del médico se cumple con la explicación clara y sin ambages a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como el esclarecimiento del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados. El suministro de la información al paciente debe ser hecha de manera comprensible y no parcializada o reticente, sin alarmarlo indebidamente ni darle tranquilidades o confianzas excesivas, que no resulten proporcionadas a su estado de salud[51].

Creemos que para llenar este deber no se requiere que el profesional dicte una clase magistral en la especialidad a que concierne la práctica, pero tampoco que en forma telegráfica vierta conceptos rudimentarios como si se destinaran a un rústico o a un deficiente mental.

El deber de información queda satisfecho cuando el paciente –o sus familiares en caso de estar éste impedido- ha tenido ocasión de conocer en forma

comprensible su condición física y las virtudes y defectos de la terapéutica recomendada, así como sus riesgos más probables y el pronóstico esperable de la dolencia, si se encara el tratamiento o si no.

Asimismo, en la doctrina y jurisprudencia francesa se acepta la limitación de información al paciente, cuando ella se funda en una conveniencia terapéutica[52].

La Corte de Casación francesa ha expuesto que el art. 42 del Código de Deontología médica autoriza al médico a limitar la información de su paciente sobre un diagnóstico o un pronóstico grave; una limitación tal debe estar fundada en razones legítimas y en el interés del paciente que debe ser apreciado en función de la naturaleza de la patología, de su evolución previsible y de la personalidad del enfermo[53].

Obviamente que esta limitación de información no puede ser antojadiza, sino que debe estar de acuerdo con los parámetros indicados por la casación[54], justificándose en tal caso que un paciente, que no pueda soportar la revelación de una enfermedad grave, pueda ser mantenido en la ignorancia de ella[55].

Patrice JOURDAIN afirma al respecto que "muy largamente aprobada en doctrina, esta limitación es conforme al buen sentido. La obligación de información se impone en interés del paciente; si aparece claro que la información puede dañarlo, especialmente en razón de los efectos psicológicos desastrosos de un diagnóstico o de un pronóstico grave, el mismo interés el paciente debe conducir a dispensar al médico. Este último debe apreciar en conciencia si las razones terapéuticas legitiman la limitación de la información médica"[56].

Nuestra conclusión es que el deber de información consiste en el suministro al paciente de información suficiente, de un modo razonable, debiendo comportar el justo medio entre dos extremos: el exceso de información, que es nocivo para el paciente porque embota su juicio y lo sume en incertidumbres, ansiedades y cavilaciones, que solo complican su estado de salud y desmejoran su ánimo y disposición; y el defecto, que implica proceder con el paciente como si se tratara de un niño, cuyo juicio insuficiente hace que el médico tome las decisiones por él[57].

Entre estos extremos hay un ancho paño sobre el cual trabajar, para decidir en cada caso concreto que se presente en juicio, si en el mismo el suministro de información ha sido suficiente o no, si ha existido reticencia y, en su caso, si ésta ha sido dolosa o culposa y si, finalmente, pese a la carencia de información que pudiera constatarse existe un daño indemnizable, porque la

falta o insuficiencia de información no genera per se, y con prescindencia de otros factores, un daño indemnizable.

1.b.4) Efectos de la falta de información suficiente.

El suministro de una información correcta y suficiente por parte del médico es condición indispensable para la validez del consentimiento del paciente[58], implicando la falta de esta información suficiente y adecuada un consentimiento viciado[59].

La Corte de Casación francesa, recientemente ha establecido el principio de que el defecto de información, para comprometer la responsabilidad del médico, debe haber tenido incidencia sobre el consentimiento del paciente[60]. Como dice PLAZA PENADÉS, "la falta de información es por sí sola fuente de responsabilidad civil para el médico, si por la falta de información se produce el resultado que se quiso evitar o el resultado previsible aunque infrecuente del que no se informó"[61].

En un caso en que la Corte de Apelaciones constató que el médico no había informado a su paciente del riesgo grave que luego se realizara, de perforación intestinal inherente a una colposcopía con ablación de un pólipo, sin embargo se rechazó la demanda de daños dirigida contra el profesional. Se consideró para ello que si bien era cierto que el profesional había faltado a su obligación de información, el paciente no había justificado ningún perjuicio indemnizable. La Corte sostuvo que el único perjuicio que había alegado el actor, que era el de perder la chance de decidir si negarse a la intervención no era un perjuicio indemnizable, por cuanto la operación debía realizarse, dado que el pólipo que se le descubriera al paciente tenía gran riesgo de degenerar en un cáncer[62]. Este fallo sigue la línea recientemente sentada por la jurisprudencia francesa de que ninguna pérdida de chance de rehusar la intervención puede ser indemnizada, cuando el beneficio obtenido de la operación es superior a los trastornos provocados por la realización de los riesgos[63].
Por último debe tenerse presente que, como apunta PENNEAU, en ausencia de toda culpa técnica, la sola culpa constituída por la falta de información no puede dar lugar a reparación del daño corporal resultante de una intervención[64]. Nos parece obvia esta solución, por lo que a ella hemos adherido[65].

1.c) deber de actuación profesional diligente.

Cuando se produce un resultado dañoso a consecuencia de una práctica profesional, suele alegarse que se ha infringido la "Lex Artis" o que el profesional de que se trate no ha cumplido con ella[66].

El concepto de "Lex Artis" no es de nuevo cuño, pero desde hace un tiempo, al compás del paulatino incremento de las acciones de mala praxis médica, se ha generalizado su uso, llegándose hasta el exceso.

Cabe preguntarse por ello ¿qué es la Lex Artis?

Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, la ha definido como "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina -Ciencia o Arte médica-, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto médico de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios puestos y en particular, de la posible responsabilidad de su autor por el resultado de la intervención o acto médico ejecutivo" [67].

El objeto de la "Lex Artis" es el de fijar o establecer el standard de práctica profesional normal u ortodoxa para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar.
La jurisprudencia española utiliza recurrentemente en sus pronunciamientos la pauta de la "lex artis ad hoc". Y así, por ejemplo, ha resuelto el Tribunal Supremo que la actuación de los médicos, a efectos de su declaración de responsabilidad, debe regirse por la denominada lex artis ad hoc, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional[68].

El incumplimiento de este deber de actuación diligente, compromete la responsabilidad civil del profesional, a título de negligencia, de impericia o de imprudencia.

La impericia es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio, es una ausencia de saber o de habilidad reprochable, dado que ejercer el arte o profesión mediando ella, constituye ya de por sí una amenaza general de producir daños[69].

Impericia es la ausencia de los conocimientos normales que toda profesión requiere cuando se trata de un médico general y los propios de la especialidad si se trata de un especialista; la negligencia es considerada como el descuido o falta de aplicación o diligencia en la ejecución de un acto o tarea puesta al servicio del acto profesional[70].

La imprudencia, consiste en una temeridad, el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podría desembocar su acción irreflexiva.

La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho –y como elemento o forma de la culpa- es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto o en un hecho humano; puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.

Para poner un ejemplo clarificador, existen diversas formas de negligencia médica, pero una de las más señaladas es el olvido de un elemento utilizado en el acto quirúrgico dentro del cuerpo del paciente[71].

Siguiendo esta línea, Pierre SARGOS, conseiller de la Corte de Casación francesa, en un dictamen suyo ante el Magno Tribunal, refirió numerosos casos en que la jurisprudencia francesa, especialmente de la misma Casación Civil, ha condenado a cirujanos a reparar los perjuicios causados a sus pacientes por la producción accidental o culpable de lesiones como: corte accidental del nervio ciático[72]; perforación del esófago (Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/11/66); perforación del útero[73]; perforación de la arteria femoral[74]. También puede citarse un caso en que la Corte administrativa de apelaciones de Nancy, con fecha 9/7/91 en el caso "Mme Guyot", declaró la responsabildad de un cirujano y el centro sanitario por el corte que el primero hiciera de la pared vesical de una enferma, mientras le practicaba una histerectomía, sufriendo la paciente a consecuencia de ello una fístula vésiculo-vaginal [75]. En todos los casos el daño surge como producto de una impericia y negligencia extrema, inocultable hasta para un profano.

También en otras ramas, obviamente, pueden cometerse yerros profesionales que comprometen la responsabilidad civil, a título de negligencia o impericia. Por caso, en materia abogadil, la falta de impulso de actuaciones que lleve a la declaración de caducidad de instancia, la prescripción de una acción; en ciencias veterinarias, el inadecuado control de un rodeo que produzca la expansión a los animales de otros campos de una epidemia de fiebre aftosa; en escribanía, la omisión de realizar un adecuado estudio de títulos, que cause daños al adquirente de una propiedad; en materia contable, la falta de verificación de los comprobantes documentales, respecto de las aserciones realizadas en balances o declaraciones impositivas, etc.

1.d) Deber de asesorar debidamente y no inducir a engaño a los clientes.

El profesional debe individualizar el objetivo perseguido por el cliente, la situación de hecho que se encuentra en la base de la exigencia de éste y todo

otro elemento útil, y luego de ello el profesional decidirá si acepta el encargo y dispone de los instrumentos útiles para la realización del objetivo final de su cocontrante[76].

Pero, si acepta el encargo debe previamente haber asesorado debidamente al cliente sobre las posibilidades de su caso, según la ciencia y saber del experto, de modo de no inducirlo a engaño sobre su situación real o sobre la prospectiva de la gestión.

Por citar un caso, la Corte de Apelaciones de París, resolvió que en su calidad de profesional, el abogado tiene hacia su cliente una obligación particular de información y de consejo, sin que las capacidades de su cliente puedan, por sí solas, dispensarlo de tal obligación[77].

El deber de consejo o asesoramiento que tiene el abogado para con su cliente, debe consistir en un informe al mismo en el cual se le indiquen las ventajas, desventajas y contraindicaciones de su posición jurídica, sus límites, y los riesgos que involucra[78]; si no obrara así el cliente podrá reprocharle con asidero que no lo ha "puesto en guardia"[79].

En similar sentido se ha expuesto que el cliente debe obtener de parte del abogado una conducta dirigida a munirlo de toda la información útil para el tratamiento del caso, evitando la información no esencial[80].

YVES SERRA afirma que "guardián de los intereses de su cliente, el abogado está sujeto, en ciertas circunstancias, en el marco de su deber de consejo, a una obligación de resultado consistente en informar a su cliente y a provocar la reflexión de este último" sobre las consecuencias de determinado acto[81].

La Corte de Casación francesa ha expuesto, en otro plano, que el abogado no se libera de sus obligaciones profesionales, entre ellas especialmente las de asesoramiento y consejo, por el solo hecho de las competencias personales de su cliente[82].

1.e) Deber de reducir los riesgos a que se somete al cliente.

Otro deber profesional, y no de menor importancia, es el de reducir los riesgos a que se expone al cliente, deber que va de la mano con la obligación de indicarle al cliente a qué riesgo se expone; si éste asume voluntariamente luego de ser informado, los riesgos, el profesional queda liberado de compromiso. Pero si el profesional no informó al cliente los riesgos a que se exponía con la solución adoptada o, si el profesional eligió la opción por el cliente y lo hizo del modo más riesgoso, en sustitución de otras posibilidades

de acción más conservadoras o prudentes, la responsabilidad del experto se impone.

En materia medical, Jean PENNEAU anotó un fallo de la Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, donde se reafirmó un principio que parece indiscutible: un cirujano debe abstenerse de practicar una intervención cuando no existe necesidad terapéutica, pues en tal caso no se trata de una operación sino de una aventura[83]. La plataforma fáctica del caso resulta interesante de referir brevemente: se trató de una operación destinada a obtener un alargamiento de los miembros inferiores de una niña cuya talla, según los párametros corrientes estaba en el límite de la insuficiencia de estatura, no alcanzando un supuesto de enanismo; el cirujano utilizó una técnica importada de la URSS, que no había sido empleada en Francia hasta ese momento.

El Código de Deontología médica francés de1995, mantiene la regla que ya figuraba en el viejo código, según la cual el médico no debe en la terapéutica que prescribe o en las intervenciones que realiza, hacer correr al enfermo un riesgo injustificado; es esta la regla de la razón proporcionada [84].

El beneficio buscado debe ser comparado con el riesgo corrido. Esta regla ha sido largamente debatida con relación a la cirugía estética, pero se aplica a todas las intervenciones quirúrgicas[85] y a todos los actos profesionales de los profesionales de todas clases.

Respecto de esta causal resulta útil referir las consideraciones que hiciera la Corte administrativa de Apelaciones de Lyon, en el caso "Gómez". Allí resolvió el citado tribunal que la utilización de una terapéutica novedosa, cuando sus consecuencias no son enteramente conocidas todavía, crea un riesgo especial para los enfermos que han sido objeto de ella; por ello, cuando recurrir a tal terapéutica no se impone por razones vitales y las complicaciones excepcionales y anormalmente graves han sido directamente causadas por ella, se genera responsabilidad, aún en ausencia de culpa comprobada del médico o del servicio público hospitalario [86].

También en otras profesiones constituye un imperativo la reducción del riesgo al mínimo posible, evitando asumir posiciones de riesgo innecesario, como ocurre por ejemplo en la abogacía al aconsejar al cliente la interposición de recursos o la promoción de acciones que se sabe de antemano muy riesgosas para sus intereses.

Por caso, si un letrado adopta una estrategia que objetivamente entraña riesgo para el cliente, y si a ello va unido que éste no fue informado convenientemente ni le fue requerido su necesario consentimiento, esta situación encuadra en la

previsión del art. 6 inc. e) ley 23187[87], configurándose un supuesto de mal desempeño de la profesión.

El quebrantamiento del principio de reducción de riesgos compromete la responsabilidad del profesional.

2) Observaciones.

Un repaso liminar por los meandros del derecho civil europeo, permite extraer algunas conclusiones provisionales sobre la actualidad de la responsabilidad profesional:

a) Inconveniencia de la objetivación genérica de la responsabilidad profesional. No compartimos en absoluto el criterio de objetivar la responsabilidad de los profesionales. Es más, aún quienes proponen una objetivación "equilibrada"[88] deben, inmediatamente después, reconocer los riesgos que tal objetivación entraña los que, además, admiten no se pueden ponderar previamente con exactitud.

Es así que nos parece una ocurrencia la objetivación genérica de la responsabilidad profesional, sea equilibrada o sea extrema. Creemos que tales "soluciones" no son una respuesta adecuada a problemas serios, que ameritan por ende soluciones serias y ponderadas.

Respecto de los médicos, pero aplicable a los profesionales en general, con su reconocida maestría y solvencia el maestro SANTOS BRIZ en un voto suyo postuló que "La obligación del profesional sanitario no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, ya que está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia (lex artis ad hoc) y la situación actual de los conocimientos en medicina. En este sector del resarcimiento de daños no es de aplicación la idea de responsabilidad objetiva, por lo que no puede prosperar la acción de responsabilidad si no se ha probado una culpa incontestable, patente, en el demandado, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes [89].

Compartimos cada palabra de dicho voto y creemos que para responsabilizar a un profesional por un acto suyo, debe existir una culpa o negligencia –por acción u omisión- de éste, probada en juicio, en el desarrollo de dicho acto. Nos manifestamos de tal modo contrarios a la objetivización de la responsabilidad profesional en general, excepción hecha, de algún supuesto puntual, que por sus características merezca tal tratamiento.

23/12/2005, 14:29

En nuestro entendimiento, la culpa debe seguir –y de hecho sigue- siendo el eje del sistema de responsabilidad civil[90], pero despojada del tizne moral que algunos le endilgan, convirtiéndose en una culpa ob causante, una culpa objetivada, por así decirlo.

Sin embargo, cabe aclarar que sí puede –y en ocasiones debe- objetivarse la responsabilidad de los sanatorios, clínicas y nosocomios que prestan servicios médicos, pues contando ellos con una organización empresarial perfeccionada y de envergadura, destinada a efectuar tales prestaciones, no les son aplicables los criterios que pueden utilizarse respecto de simples médicos que brindan sus servicios en humildes consultorios o en las propias casas de los pacientes. Por ello compartimos el criterio del Tribunal Supremo de España, a partir de un voto del maestro Xavier O' Callaghan Muñoz, que sostuvo que la responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, "hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva" [91].

Por nuestra parte coincidimos con nuestro maestro Félix TRIGO REPRESAS sobre que el factor de atribución de la responsabilidad civil de los profesionales en general y de los médicos en particular es subjetivo, siendo necesario entonces que quien con su obrar resultó autor del daño causado, pueda ser tenido además como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo o propiamente culpa o negligencia[92]. También ha expuesto el autor que "La culpa comienza en efecto cuando terminan las discusiones científicas y no puede exigírsele a un médico más de lo que sea posible hacer al promedio de quienes desempeñan igual profesión o especialidad"[93].

Es así que no nos convence la objetivación integral de la responsabilidad profesional, sin perjuicio de que esa objetivización sea necesaria en algunos

supuestos excepcionales, coincidiendo con la consideración de las obligaciones incumplidas que les dan orígen como obligaciones de resultado.

b) Supervivencia de la culpa como factor de atribución de responsabilidad profesional.

Creemos también que "una visión mecanicista del responder podrá llegar a reparar el perjuicio sufrido por el damnificado, pero su posible eficacia se verá menguada si prescinde de considerar la culpabilidad"[94].
Además, como dijeran brillantemente geniales juristas europeos, el libre juego de las fuerzas sociales -el laissez faire- encuentra su expresión más genuina no sólo en la libertad de dominio y en la libertad contractual, sino también, dentro del plano de la responsabilidad, en el principio de la culpa[95].

Según el galano decir de RADÉ, "la culpa irradia como un sol el derecho de la responsabilidad civil. Ello es así, naturalmente porque la culpa es un presupuesto de la responsabilidad, sea que ella esté probada, sea que el ordenamiento simplemente la presuma en algunos casos. Pero la culpa forma un mismo cuerpo con la responsabilidad civil, en la que ella constituye el fundamento, por no decir su alma, en la mayoría de las hipótesis. Y puede sacarse una lección principal de un siglo de esfuerzos constantes de la jurisprudencia para aminorar la vigencia de la culpa: no parece posible que la culpa y la responsabilidad civil vivan separadas de hecho y el divorcio entre ellas, que algunos agoreros han dictaminado debe juzgarse carente de todo apoyo real y normativo"[96].

Y, en lo estrictamente tocante a la responsabilidad de los profesionales, ello ocurre con particular énfasis. Bien ha expuesto José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ que "... Las notas que, usualmente, caracterizan la responsabilidad profesional son las siguientes:

1. La responsabilidad profesional tiene una pluralidad de fuentes, ya que no cabe caracterizarla o incluirla, exclusivamente, como responsabilidad contractual o extracontractual. Diversas resoluciones jurisprudenciales la han tildado de "responsabilidad extacontractual derivada de contrato" admitiendo que la fundamentación jurídica de las reclamaciones se basara, tanto en el art. 1101, como en el 1902 del Código Civil.

2. La responsabilidad civil de los profesionales exige los mismos requisitos generales que se predican de cualquier caso de responsabilidad, a saber: a) acto u omisión antijurídicos; b) producciñon de un daño; c) relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño; y d) culpa o negligencia o cualquier otro título válido de imputación.

3. La culpa del profesional no cabe incardinarla en la moderna teoría del riesgo, ni cabe aplicar a ella plantamientos objetivizadores, ni aun postular en este terreno inversiones probatorias. Sigue respondiendo a los tradicionales criterios que exigen "culpa o negligencia", por cuanto la obligación del profesional no constituye una obligación de resultado, sino que tiende, simplemente, a poner los medios necesarios y la habilidad precisa en cada campo de actuación,e sto es, lo que ... denominamos "lex artis ad hoc", que no es, sino la norma de conducta precisa a que deben sujetarse los profesionales en su actuar, atendidas las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto. Dicha norma de conducta constituye una adecuada regla para medir la conducta profesional, y que toma en consideración diversos parámetros, esencialmente, a) la adecuación de la conducta con la técnica normal requerida; b) la capacidad ténico-profesional del experto y c) la adaptación al caso concreto.

4. Corresponde al perjudicado probar la existencia del daño, su cuantía o extensión, la intervención del agente en su producción, su falta de diligencia y el nexo causal preciso y, ello, de acuerdo con el principio general que en materia probatoria establece el art. 1214 de nuestro Código"[97].

c) Ideología de la reparación:
En un párrafo genial, el maestro Denis MAZEAUD ha desnudado la ideología que impregna las mentes de notorios jueces y juristas, exponiendo que «Debe indemnizarse»! Tal es el slogan con que martillean, después de más de un siglo, la ley y la jurisprudencia, y que les ha conducido con toda buena conciencia, a recurrir, en nombre de «la ideología de la reparación», a manipulaciones jurídicas más o menos groseras en vista de reparar toda suerte de perjuicios. El imperativo de indemnización, que se aprecia sin dificultad en el estado de ánimo de legisladores y jueces, en primer lugar, ha importado el retroceso y la mutación de la culpa, considerada como un obstáculo a su expansión. Puede, en segundo lugar, contarse la irreductible incertidumbre que afecta a la noción de perjuicio, con la remarcable plasticidad, así como las profundas metamorfosis de que ha sido objeto, que traduce la sorprendente precariedad conceptual e ilustra sobre los múltiples forzamientos y torsiones que han hecho perder a la responsabilidad civil su simplicidad y su coherencia originales. Ninguna duda que el ya celebérrimo arrêt dictado por la Asamblea plenaria, del 17 nov. 2000, se inscribe perfectamente en esta tendencia grave de nuestro derecho contemporáneo que se traduce ineluctablemente por el divorcio entre la indemnización y la responsabilidad"[98].

Esta "ideología de la reparación" tiene manifestaciones graves y tangibles en el derecho europeo –también en el argentino- pudiendo citarse, paradigmáticamente, entre ellas la agravación extrema de las consecuencias

de la falta de información suficiente al paciente por parte del médico, que según algunos preconizan puede hacer nacer una obligación indemnizatoria ex nihilo, es decir, aún a falta de toda omisión o negligencia del galeno en su prestación, lo que nos resulta inaceptable.

No nos parece que sea buena idea hacer de la reparación del perjuicio una ideología, pues como toda ideología, al ser extrema, hace perder a quien la porta objetividad y mesura, asumiéndola hasta extremos de otra forma inconcebibles, como ha pasado con la indemnización del daño, que ha llegado a obsesionar a juristas de fuste, y que se ha manifestado en un extremo inconveniente: la desnaturalización o desvirtuación de uno o varios de los presupuestos de la responsabilidad, lo que provoca un concepto mucho más flexible y light de daño resarcible, afectando a la justicia y a la seguridad jurídica.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Texto de la disertación del Dr. Marcelo J. López Mesa ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el acto de asunción como Académico de esa Corporación, desarrollado en Córdoba, el día 11 de Mayo de 2004.

[2] Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires - Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Palermo - Universidad Argentina de la Empresa (UADE) - Prof. Titular del Postgrado en Derecho Civil de la Universidad Nacional de La Plata – Autor de ocho libros en diversas materias de derecho civil.

[3] MAYAUD, Yves, La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César..., Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Chroniques, p. 345.

[4] Vid el fallo de la CSJN in re "Zambrana Daza, Norma", publicado en LL 1999-B-166.

[5] TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. II, p. 314.

[6] TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado, cit., T. II, p. 316.

[7] MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, El deber de secreto del profesional, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", XXII Coloquio de derecho europeo, Carlos María Romeo Casabona (Coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit, p. 157; en similar sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, cit, T. II-A, p. 168..

[8] Por caso, luego de que el médico informa al cliente de su estado, y pronóstico de su dolencia, le indica cuál es a su juicio el tratamiento acorde a la misma para, por último, requerir su consentimiento para practicarla. Por ello se ha dicho que la información del paciente resulta esencial para que éste pueda decidir, siempre que se halle conciente y que la urgencia no sea absoluta (HAÏM, Victor, De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet. Réflexion sur quelques questions d'actualité, Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Chroniques, p. 125).

[9] ROMEO CASABONA, Carlos M., Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales - Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", XXII Coloquio de derecho europeo, Carlos María Romeo Casabona (Coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit, p. 418.

[10] ROMEO CASABONA, Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 416.

[11] PLAZA PENADÉS, Javier, El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 69.

[12] PALMIERI, A., Relazione médico paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista, en "Foro italiano", T. 1997- I, p. 777, comentando el fallo de la Sección III de la Corte de Casación italiana del 15/1/97, sent. Nº 364, in re "Scarpetta"; en similar sentido, VON EYBEN, Bo, Professional's duty to informe their customers, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", ROMEO CASABONA (Ed.), Canarias, 1993, pp. 134 y ss.

[13] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 24/5/95, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LL (Esp.) t. 1995-3, p. 554 (caso 16886-R).

[14] BILANCETTI, Mauro, La responsabilità penale e civile del medico, 5ª edic., Cedam, Padova, 2003, p. 975.

[15] SAVATIER, René, Responsabilité medicién, París, 1956, pp. 23 y ss.

[16] SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil. Temas actuales, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 206.

[17] PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information medicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145.

[18] PALMIERI, A., Relazione médico paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista, cit., en "Foro italiano", T. 1997- I, p. 778.

[19] LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1998, p. 319, Nº 991.

[20] Cfr. PALMIERI, op. cit., p. 779 y ss; en similar sentido, PLAZA PENADÉS, J., El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, cit, p. 71; Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, in re "Guyomar", en Dalloz, t. 1997, Sec. Inf., p. 236 y en Juris-Classeur Périod., t. 1997, Nº 22942, con nota de Pierre SARGOS.

[21] Cfr. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, El consentimiento informado y la información clínica en el derecho español, en "Derecho médico. Tratado de derecho sanitario", dirigido por MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis y DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, Madrid, AEDS (Asociación Española de Derecho Sanitario), t. I, pp. 323 y ss.

[22] Corte de Casación italiana, Sección III, en sent. Nº 10014, del 25/11/94, "Sforza c/ Milesi Olgiati", en "Foro italiano", t. 1995-I, p. 2913 y en "Nuova giurisprudenza civile commentata", t. 1995- I, p. 937.

[23] Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 2ª, 27/5/95, ponente: Sr. Mora Mateo, LL (Esp.), t. 1995-4, p. 175, con cita de dos sentencias del Trib. Supremo de fecha 12/2/88 y 23/4/92.

[24] Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 23/4/92, ponente: Sr. Gullón Ballesteros, LL (Esp.), t. 1992-3, p. 678 (caso 14692-R).

[25] Corte de Casación francesa, 1ª Cám. Civil, 22/11/94, Dalloz, 1995, sec. Inf., p.12; Corte de Apelaciones de París, 17/12/93, en «Gazette du Palais», t. 1994-1, p. 147.

[26] PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information medicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, pp. 145 y ss.

[27] En este sentido, vid, sent. Corte de Casación, 1ª Cámara (sección) civil., 14/4/61, en «Gazette.du Palais", t. 1961-2, p. 53 ; ídem, 23/5/73, en Juris-Classeur Périod. T. 1975-II, N□ 17955, con nota de R. SAVATIER; ídem, 29/5/84, en Dalloz, t. 1985, sec. Jurisprudence, p. 281 ; ídem,. 3/1/91, en «Bulletin Civ»., t. I, N□ 5; ídem, 2/3/94, en «Resp. civ. et assur.», t. 1994, N□ 220..

[28] GUIGUE, J., su nota sobre una sentencia de la Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, del 25/2/97, en «Gazette du Palais», t. 1997-1, p. 279; PORCHY, Stéphanie, Volonté du malade et responsabilité du médecin, tesis presentada en la Universidad Jean Moulin Lyon III, citada en PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information medicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, pp. 145 y ss.

[29] Cfr. observaciones de G. VINEY a ese fallo, en Juris-Classeur Périod., t. 1997- I, N□ 4025; nota de Jean PENNEAU, en Dalloz, t. 1997, cit, sec. Sommaires commentés, p. 319; LE TOURNEAU y CADIET, Droit de la responsabilité, cit., p. 319, Nº 993. Y a favor del criterio de la Casación, PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation..., cit, Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145.

[30] Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, in re "Guyomar", en Dalloz, t. 1997, Sec. Inf., p. 236 y en Juris-Classeur Périod., t. 1997, Nº 22942, con nota de Pierre SARGOS.

[31] PORCHY, Stéphanie, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, en Dalloz, t.. 1998, sec. Chronicle, p. 379.

[32] Alguna doctrina ha considerado que la nueva referencía jurisprudencial a la gravedad del riesgo se justifica plenamente, porque la noción misma de riesgo grave resulta fácil de aprehender (PORCHY, Redefinition, cit., p. 148), afirmación que no compartimos, pareciéndonos un criterio innecesariamente ambiguo, que genera inseguridad tanto en pacientes como en médicos.

[33] Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, arrêt "Guyomar", en Dalloz 1997, Sec. Inf., p. 236 y en Juris-Classeur, 1997, Nº 22942.

[34] PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation..., cit, Dalloz 1999, sec. Jurisprudence, p. 145.

[35] Cfr. LE TOURNEAU y CADIET, Droit de la responsabilité, cit., p. 319, Nº 993.

[36] PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation..., cit, Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145.

[37] PORCHY, Stéphanie, Redéfinition .., cit, Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145.

[38] Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., 15/7/99, caso No. 97-20.160, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. sommaires commentés, p. 393; ídem, 18/7/00, caso No. 99-10.886 (No. 1321 F-P), Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Informations rapides, p. 217.

[39] Consejo de Estado francés, 5/1/00, caso No. 181899, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Informations rapides, p. 28.

[40] MAZEAUD, Denis, L'obligation d'information du médecin englobe aussi les risques qui se réalisent exceptionnellement, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Sommaires commentés, p. 259.

[41] MAZEAUD, Denis, L'obligation d'information du médecin englobe..., cit, Dalloz, t. 1999, sec. Sommaires commentés, p. 261.

[42] En este sentido se ha pronunciado la Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., en sentencia del 21/5796, en Dalloz, t. 1997, sec. Sommaires commentés, p. 320, con nota de Denis MAZEAUD y en Juris-Classeur Périodique, t. 1996-I, No. 3895, con nota de .G. VINEY.

[43] LE TOURNEAU y CADIET, Droit de la responsabilité, cit., p. 319, Nº 993.

[44] Corte de Casación francesa, 1ª Cám. Civil, 18/1/00, caso No. 97-17.716 (No. 72 P), en Recueil Dalloz 2001, sec. Jurisprudence, p. 3559. Pese a ello MATHIEU-IZORCHE (Prof. de Montpellier), en su artículo Obligations du médecin: informer, ou convaincre?, publicado en Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, p. 3559, como comentario a esa sentencia, se pregunta si en realidad la obligación no es de convencer en lugar de informar, concluyendo que "él (el médico) debe sin duda intentar convencer al paciente de la existencia de riesgos excesivos, esperando que el paciente retire su pretensión, cuando su pedido sea irreflexivo, pero, como él no está obligado a conseguir convencer al enfermo, debe cerrar el debate y rechazar la intervención" (MATHIEU-IZORCHE, Obligations du médecin: informer, ou convaincre?, Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, p. 3567).

[45] CARBONE, V., L'informazione sulle possibili anestesie e sui relativi rischi, en "Danno e responsabilitá", t. 1997-2, p. 183; SPIRITO, A., Responsabilità professionale ed obbligo d'informazione, en "Danno e resp.", t. 1996-1, p. 24.

[46] Cfr. Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, in re "Guyomar", en Dalloz, t. 1997, Sec. Inf., p. 236 y en Juris-Classeur Périod., t. 1997, Nº 22942, con nota de Pierre SARGOS.

[47] FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente, en "Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana", cit, p. 132.

[48] Cfr DEEPAK CHOPRA, La curación cuántica. Explorando las fronteras de la medicina mental y corporal, Ed. Grijalbo, México, 1994, p. 54.

[49] TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 324.

[50] Audiencia Prov. de Zaragoza, Secc. 2ª, 27/5/95, ponente: Sr. Mora Mateo, LL (Esp.), t. 1995-4, p. 175.

[51] TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 325.

[52] Cabe recordar que el principio general en materia de información, en el derecho francés, es que excepto los casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente de ser informado, un médico está obligado a darle una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves relativos a la investigación y cuidado propuesto; el médico no se libera de esta obligación por el solo hecho de que los riesgos se realicen excepcionalmente (Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., 7/10/98, caso N□ 97-10.267, en Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145). Si se aprecia bien la cuestión, ya en el principio general existen importantes excepciones a la obligación de informar; la excepción por conveniencia terapéutica viene a ser otra excepción, que por tanto debe interpretarse estrictamente, pues de otro modo, se convertiría en el cómodo expediente para liberar al médico de una manera indirecta de una obligación esencial suya.

[53] Corte de casación, 1ª Cám. Civ., 23/5/00, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 470.

[54] En un caso reciente, la Corte de Casación consideró que no podía invocar motivos terapéuticos el médico que no había comunicado a la paciente los resultados alarmantes de un exámen que justificaba una consulta especializada en genética y en ecografía, omisión que hizo perder a la madre la posibilidad de recurrir a una amniocentesis y a una interrupción del embarazo; la Corte consideró que la culpa del médico se hallaba en relación directa con el perjuicio resultante para el niño que nació minusválido (Corte de Casación, en pleno, 28/11/01, en Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Informations rapides, p. 3588).

[55] JOURDAIN, Patrice, Limitation thérapeutique de l'information medicale en matière de diagnostic, Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 471.

[56] JOURDAIN, Patrice, Limitation thérapeutique de l'information medicale en matière de diagnostic, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 470.

[57] TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 327.

[58] Cfr. Sección III de la Corte de Casación italiana, sent. Nº 10014, del 25/11/94, in re " Sforza c. Milesi Olgiati", en "Foro italiano", t. 1995- I, p. 2913 y en "Nuova giurisprudenza civile.commentata", t. 1995- I, p. 937; BILANCETTI, Mauro, La responsabilità penale e civile del medico, 5ª edic., Cedam,. Padova, 2003, p. 975.

[59] BILANCETTI, M., La responsabilità del chirurgo estetico, en "Giurisprudenza italiana", t. 1997-2, vol. IV, p. 354 y ss; ídem, La responsabilità penale e civile del medico, cit, p. 975; en igual sentido, VON EYBEN, Bo, Professional's duty to informe their customers, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", ROMEO CASABONA edit., cit, p. 134.

[60] Corte de Casación francesa, 1ª Sección civil, 20/6/00, Dalloz, t. 2000, sección Sommaires commentés, p. 471, con nota de Patrice JOURDAIN. .

[61] PLAZA PENADÉS, J., El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, cit, p. 73.

[62] Cfr. el fallo y el comentario de Patrice JOURDAIN, titulado Sanction de l'obligation d'information du médecin sur les risques d'un acte medical, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 471.

[63] Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 7/10/98, en Juris-Classeur Périod., t. 1998-II, N□ 10179, con nota de Pierre SARGOS y en Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145, con nota de S. PORCHY..

[64] PENNEAU, Jean, En l'absence de toute faute technique, la seule faute constituée par le défaut d'information du patient ne peut donner lieu à réparation du préjudice corporel résultant d'une intervention, Recueil Dalloz, t. 1995, sec. Sommaires commentés, p. 100.

[65] Vid a mayor abundamiento, LÓPEZ MESA, Marcelo, Los daños por mala praxis médica y su cuantificación en algunos aspectos particulares, en rev. La Ley del 1 de marzo de 2004, pp. 1 y ss.

[66] TRIGO REPRESAS- LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 337.

[67] MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, La responsabilidad civil médico-sanitaria, colección "Jurisprudencia Práctica", Editorial Tecnos, Madrid, p. 7.

[68] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 7/2/90, ponente: Sr. Fernández Rodríguez, LL (Esp.) t. 1990-2, p. 481. También han empleado el paradigma de la "lex artis ad hoc" las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 2/2/93, ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo, Archivo LL (Esp.), t. 1993, Nº . 460; TS, Sala 1ª, 29/6/90, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LL (Esp.), t. 1990-4, p. 192; ídem, 11/3/91, ponente: Sr. Martínez Calcerrada y Gómez, LL (Esp.), t. 1992-3, p. 192; ídem, 20/2/92, ponente: Sr. Burgos y Pérez de Andrade, Archivo LL (Esp.), t. 1992, Nº 2979; Audiencia Provincial de Tarragona, Secc. 1º, 23/3/92, ponente: Sra. Aparicio Mateo, LL (Esp.), t. 1992-2, p. 303.

[69] En ocasiones la conducta culposa del médico puede degenerar en delito criminal. En un caso tal, la CSJN resolvió que es penalmente responsable del delito de homicidio culposo el profesional médico, que conociendo que estaba asistiendo a una persona alérgica a las drogas, lo cual lo obligaba a extremar los recaudos para la selección del material terapéutico, le prescribió un medicamento que le produjo la muerte. Obvio resulta que aquél tuvo la posibilidad cierta y concreta de advertir el peligro para la vida que representaba la administración de tal medicamento, verificándose de tal manera la violación de un elemental deber de cuidado, que basta para fundar claramente la responsabilidad penal por el resultado producido (CSJN, 8/8/89, "Abelenda, Eloy F.", LL 1990-E-433 y DJ 1989-2-746).

[70] TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, Tratado, cit., T. II, p. 338.

[71] En una sentencia reciente del Tribunal Supremo de España se dispuso que el dejar luego de una operación una gasa dentro de la herida constituye una omisión "de cuya culpabilidad no cabe duda", que implica un inicial incumplimiento de la obligación de prestar correctamente el servicio médico (Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 29/11/02, sent. Nº 1152/2002, ponente: Sr. O'Callaghan Muñoz, sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/51858).

[72] Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 25/5/83); corte en el uréter (Corte de Cas., 1ª Cám. Civil, 5/7/78 y 27/1/93, arrêt N□ 191.

[73] Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 8/10/91, arrêt N□ 1151, no publicado.

[74] Corte de Casación francesa, 1ª Cám. Civil, 27/10/70), todos los casos han sido citados por SARGOS, Pierre, en su artículo titulado Tout fait maladroit d'un chirurgien engage sa responsabilité, Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Jurisprudence, p. 189.

[75] Cfr. BON, Pierre - DE BÉCHILLON Denys, Responsabilité d'un centre hospitalier pour faute simple et maladresse commise par un chirurgien au cours d'une intervention chirurgicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Sommaires commentés, p. 49.

[76] FAVALE, Rocco, La responsabilitá civile del professionista forense, cit, p. 77.

[77] Corte de Apelaciones de París, Sala 1ª, 19/11/01, en Recueil Dalloz, t. 2002, sec. Informations rapides, p. 39.

[78] LE TOURNEAU y CADIET, Droit de la responsabilité, cit, p. 635, Nº 2447; en similar sentido, Corte de Apelaciones de París, 29/9/81, en «Gacette du Palais», t. 1982-1, p. 124 ; HAMELIN, V. J. - DAMIEN, A., Les règles de la profession d'avocat, 8ª edic., Dalloz, París, 1995, N□ 309.

[79] LE TOURNEAU - CADIET, Droit de la responsabilité, cit, p. 635, Nº 2447 in medio.

[80] FAVALE, Rocco, La responsabilitá civile del professionista forense, cit, p. 77.

[81] SERRA, Yves, Le devoir de conseil de l'avocat impose à celui-ci d'attirer l'attention de son client sur les conséquences financières de la rupture du contrat de travail résultant de l'existence d'une clause de non-concurrence, en Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Sommaires commentés, p. 102.

[82] Corte de casación, 1ª Cám. Civ., 19/5/99, caso N□ 96-20.332, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 153.

[83] PENNEAU, Jean, Il appartient à un chirurgien de s'abstenir de pratiquer une intervention sans nécessité thérapeutique, Recueil Dalloz, t. 1995, sec. sommaires commentés, p. 100

[84] MÉMETEAU, Traité de la responsabilité medicale. Les études hospitalières, París, 1996, N□ 109 y s.

[85] Cfr. LAROCHE-GISSEROT, Florence, L'acharnement procréatif en cause, Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Jurisprudence, p. 530.

[86] Vid el fallo y el comentario al mismo de BON, Pierre y TERNEYRE, Philippe, Risque spécial créé par l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle et responsabilité sans faute du service hospitalier en cas de complications exceptionnelles et anormalement graves, Recueil Dalloz, t. 1991, sec. Sommaires commentés, p. 292.

[87] Cám. Nac. Fed. Contadm., Sala II, 16/2/92, "R., J. L. y otras", JA 1994-I- sínt.

[88] ROMEO CASABONA, Carlos M., Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales - Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", XXII Coloquio de derecho europeo, Carlos María Romeo Casabona (Coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit, pp. 410/411.

[89] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 4/3/93, ponente: Sr. Santos Briz, Archivo LL (Esp.), t. 1993, p. 553.

[90] En este sentido se ha pronunciado importante doctrina: SALERNO, Marcelo Urbano, Culpa y sanción, LL 1993-C-1044; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las obligaciones, Edit. Platense, La Plata, 1996, T. IV, p. 502, Nº 2412; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso de derecho de las obligaciones, Depalma, Bs. As., 2001, T. III, p. 78; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, Ediar, Bs. As., 1971, v. I, pp. 129 y ss; Nº 53 y nota 179; BREBBIA, Roberto H., Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino, LL 1990-B-1074; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, Manual de obligaciones, Astrea, Bs. As., 1997, p. 599; CASIELLO, Juan J., Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor, LL 1990-C-509.

[91] Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 29/11/02, sent. Nº 1152/2002, ponente: Sr. O'Callaghan Muñoz, sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/51858.

[92] TRIGO REPRESAS, Félix A., El carácter algo conjetural de la medicina y la configuración de la "mala praxis" médica, LL 1997-C-593.

[93] TRIGO REPRESAS, Félix A., El carácter algo conjetural de la medicina y la configuración de la "mala praxis" médica, LL 1997-C-595.

[94] SALERNO,. Marcelo U., Culpa y sanción, en "Derecho de Daños", cit, p. 285 ; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso, cit, T. III, pp. 79/80.

[95] En este sentido, PONZANELLI, G., La responsabilità civile. Profili di diritto comparato, Edit. Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 50 y ss; PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo cit, p. XXIX; DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Cívitas, Madrid, 1993, p. 323.

[96] RADÉ, Christophe L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Chroniques, p. 301.

[97] CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, Derecho de daños, 2ª edic., Bosch, Narcelona, 1999, p. 241.

[98] MAZEAUD, Denis, Réflexions sur un malentendu, Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, p. 332.

Conflictos en las relaciones de trabajo

(Apuntes para Derecho Laboral Colectivo)

Jorge Eduardo Lamo Gómez

Conflictos en las relaciones de trabajo
(Apuntes para Derecho Laboral Colectivo)

Jorge Eduardo Lamo Gómez

CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO
AUTOR: JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
DIRECCIÓN: jlamo@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 18 de 2005
DESCRIPTORES: relaciones laborales, trabajo, conflicto, laudo

RESUMEN: Este documento presenta, desde dos perspectivas, los conflictos que en las relaciones laborales y el cómo se solucionan a través de un adecuado manejo que incluye la forma en que se asumen los conflictos y la proyecciones de estos en el ambiente de trabajo.

La perspectiva jurídica trata el tema a partir de los sujetos intervinientes y el procedimiento legal a partir del pliego de peticiones hasta la conclusión del conflicto mediante un laudo contra el cual procede recursos

KEY WORDS: labor relations, work, conflict, laudo

ABSTRACT: This document presents, from two perspectives, the conflicts that in the labor relations and how they are solved through a suitable handling that includes the form in which the conflicts and the projections of these in the work atmosphere are assumed. The legal perspective treats the subject from the intervening subjects and the legal procedure from the request sheet until the conclusion of the conflict by means of I render against which it comes resources.

CONCEPTO GENERAL ACERCA DEL CONFLICTO DEL TRABAJO Y SU MANEJO

Las relaciones de trabajo, como toda relación de la vida social, suponen circunstancias de permanente interactuación entre personas, ya sea que ellas pertenezcan a equipos de trabajo que desarrollen actividades concretas , o cuando esos equipos se inter-relacionan con otros, o en los eventos de relaciones de jerarquía.

Pero, en ese proceso de relación social – laboral , se pueden y suelen presentar discrepancias que adquieren connotaciones diferentes, dependiendo tanto de las personas involucradas como de la razón o causa que las originaron.

Las soluciones oportunas y eficientes de los conflictos, determinan factores de confianza hacia la empresa como institución organizada , climas laborales propicios al trabajo y al diálogo, creación de conciencia colectiva acerca de los valores de la tolerancia y la armonía, y circunstancias pre-establecidas sobre productividad.

En el concepto anteriormente expresado, por tanto se desechan soluciones autoritarias e irracionales a los conflictos, en la medida en que una decisión impuesta alrededor de estos asuntos, crea soluciones aparentes, por cuanto tocan con lo que pueden ser las meras exteriorizaciones de un problema cuyas raíces suelen ser mas profundas, y que por tanto quedarían vigentes, gravitando negativamente y en forma soslayada en el desarrollo de la actividad empresarial.

De ahí que el ideal en la solución de conflictos debe partir de condiciones personales, que incorporen actitudes , conocimientos y técnicas por parte del encargado de solucionarlos, en las que debe hacer presencia permanente las capacidades de escucha, análisis y equidad, pero muy especialmente concretas aptitudes de comunicación.

Los conflictos parten de la existencia de situaciones de tensión, que a su vez (de no ser encarados en forma racional) pueden conducir a la frustración y a la agresividad, que suele manifestarse abiertamente (como expresión canalizada o como violencia destructiva) o que simplemente se reprime y no da lugar a manifestación externa, pero que tiene incidencia en el comportamiento de la persona ya sea dentro del trabajo o incluso que se traslada a su ámbito personal.

La existencia de conflictos, crea en primer lugar la necesaria concientización acerca de su existencia y de las consecuencias que representan para el manejo de personal al interior de una organización incluyendo su estabilidad, y en segundo lugar el análisis acerca de su origen o naturaleza, como una manera de permitir la inter-actuación que conduzca a compromisos frente a la empresa.

Dentro de la variedad de conflictos que se suelen dar, se destacan los siguientes:

i. Intrapersonal:

Corresponde a aspectos de vivencia interna , circunstancia por la cual adquiere características de gran complejidad: la persona tiene conciencia acerca de la existencia del conflicto, pero no lo entiende o cree no entenderlo.

Si el ser humano es uno solo, esto es comporta una unidad en su trabajo y fuera de el, este tipo de situaciones internas tienen reflejo en el comportamiento laboral, que incluso puede traducirse en conflictos de los otros órdenes, por cuanto pueden dar lugar a situaciones que chocan con las formas de actuar de otras personas o grupos.

El conflicto así considerado, puede corresponder a :

Conflicto de metas : Se da cuando se presentan insatisfacciones en el balance entre la visión de vida de pasado y su proyección de futuro.

Para su solución se pueden dar formas alternativas que se enuncian como de "ACERCAMIENTO – ACERCAMIENTO " (dos opciones viables o posibles), "EVASIÓN – EVASIÓN" (se dan dos o varias opciones negativas, y se busca la menos negativa, lo que de suyo constituye fuente generadora de grandes tensiones) y "EVASION – ACERCAMIENTO" (plantea opciones positivas y negativas, frente a las cuales se debe tender hacia lo positivo).

Sobre factores o elementos cognoscitivos: Se manifiesta como una disonancia o no concordancia que se traduce en el alejamiento entre lo que pienso y hago, con lo cual se mantiene en forma permanente el nivel de conflicto.

Se deben buscar espacios de reflexión y concientización acerca de la necesidad de actuar de acuerdo con los valores y principios que son propios de una persona, como manera de obtener la congruencia entre lo que se piensa y como se actúa.

Sobre aspectos afectivos: Se derivan de las carencias reales o pretendidas de la aceptación de su entorno familiar o social que se pueden traducir en el desprecio por si mismo y por los demás, que se plantean a la manera de tendencias neuróticas que dan paso a comportamientos violentos. Dada su complejidad, también da paso a soluciones complejas que requieren de tratamientos psicológicos.

ii. Conflicto Interpersonal:

Se sustentan en la percepción de dos o mas personas acerca de que sus actitudes, conductas o metas preferidas son antagónicas con el rol que desempeñan, y que se expresan por lo que se denominan las formas de conflicto de rol, que suelen darse con referencia a :

Conflictos del rol intra - emisor: El emisor de un mensaje lo da en forma equívoca, imposible o contradictoria.

Conflicto de rol inter – emisores : Se presenta cuando existen varios emisores de ordenes, cuyos mensajes resultan desarticulados y/o contradictorios, con referencia a los cuales se asume una actitud evasiva que se evidencia en buscar encontrar la responsabilidad en terceros, tengan o no que ver en la emisión o en su cumplimiento.

Conflicto inter – roles : Hay lugar a este conflicto cuando surgen discrepancias derivadas por la pertenencia a grupos diferentes en creencias o interpretaciones. Su solución se puede dar cimentando los valores de la tolerancia y del respeto hacia la diferencia o la diversidad.

Conflicto persona – rol : Está planteado por la disconformidad que se genera entre las capacidades y conocimientos de una persona respecto de las exigencias del rol. Las soluciones se pueden buscar en crear esquemas que permitan crecer (capacitación o adiestramiento) para permanecer en el mismo estado (situación de conformismo que conduce a quedarse en donde se está, a no ascender)

iii. Conflictos inter – grupos:

Están dados por la oposición o choque entre diferentes grupos, los que pueden derivarse de las reglamentaciones internas que existan, de las órdenes que

se den para su cumplimiento, de los derechos y obligaciones que se han creado o de la misma falta de adecuados medios de comunicación entre ellos.

Asume dos posibilidades:

Vertical: Se deriva de la existencia de controles rígidos del superior hacia el subordinado. Lleva al conflicto la forma de actuar de quien maneja el poder en contraposición con el entendimiento que de la autoridad tiene el que debe obedecer.
Se produce por la transgresión de la libertad, la baja o inadecuada comunicación y el conflicto de metas.

También tiene lugar por la carencia de normas o el desconocimiento acerca de las mismas o de su razón de ser.

La solución debe encontrarse en la determinación acerca de los fines de la autoridad y en especial acerca de su racional ejercicio que no puede conducir nunca a la arbitrariedad, y que la existencia y cumplimiento de normas se encuentre precedido de la fluida, racional y respetuosa comunicación entre quienes las dan y los que deben obedecerlas.

Horizontal: Se presenta entre trabajadores de un mismo nivel jerárquico y tiene ocurrencia o por la consecución de metas o por la búsqueda de mayor poder o autonomía en las decisiones.

Se evidencia como problemas en el ambiente de trabajo, que no propician su desarrollo en equipo, y para cuya solución debe actuarse a partir de la racionalización acerca de que los fines de la organización solo pueden derivarse de la actuación armónica de los diferentes estamentos y personas que las conforman.

iv. Inter - organizacionales:

Ocurren entre diferentes organizaciones y se derivan de la existencia de intereses opuestos o de vivencias diferentes acerca de su misión y visión.

Su solución suele ser difícil, dado que parte de "intereses" en juego y en razón a que los acercamientos y pactos entre ellos puede dar lugar a actos atentatorios contra las libertades de las personas, como podrían suceder en cualquier intento de acuerdo con fines monopolísticos o de creación de "kartel"

ESTILOS PARA ASUMIR EL MANEJO DE LOS CONFLICTOS

MANEJO DE CONFLICTOS

El manejo de los conflictos, dentro de los canales propios e internos de cada empresa, exige captar, por parte de quien debe darles solución sea o no parte de ellos, que hay de fondo en el sentimiento, la emoción y la expresión del otro, constituyéndose en un aspecto sustancial con miras a su solución.

A su vez frente a "ese otro", debo con claridad establecer cual es mi problema, ya sea desde la perspectiva de lo personal o del rol que estoy desempeñando o desde las necesidades, perspectivas y políticas de la organización empresarial.

Gestos y expresiones denotan actitudes, mensajes que pueden ser explícitos, implícitos, encubiertos o falsos (estos, cuando en nada tienen que ver con el problema), pero que de todas maneras resultan referentes obligados respecto de lo que anima a la persona frente al conflicto y su solución.

Quien quiere actuar de manera positiva frente al conflicto y la posición que respecto del mismo haya asumido, debe buscar tener siempre el control de la situación, ya se trate desde una postura lógica, afectiva o incluso de desdén. La verdad es que el control irracional (agresividad) no conduce a la solución.

No puede olvidarse que la posición que cada quien asume frente al conflicto, tiene que ver con sus propias experiencias personales , marcos de referencia anteriores (filtros perceptuales, significado de vivencias) y sistemas de valores, por lo que la persona debe en primer lugar determinarlos y luego racionalizarlos y socializarlos a fin de que no se conviertan en elemento negativo frente al conflicto, ya que se deben enfrentar con los de los oponentes, precisándose establecer hasta que punto resultan conciliables.

La captación del conflicto y sus proyecciones constituye aspecto cognitivo sustancial. De ahí que se pueda asumir el conflicto como:

- Situación de resistencia (se enfrenta como un desafío y lleva a una postura de rebeldía y negativismo)
- Situación de hostilidad abierta, que se traduce en el propósito de controlar el comportamiento del otro mediante la fuerza física o verbal, que determinan sentimientos con un fondo irracional (resistir o aceptar ser dominado)
- Situación de sumisión
- Situación de ocultamiento: no se asume directamente para lo cual muestra una realidad diferente que enmascare lo que realmente se piensa sobre el asunto en divergencia.
- Situación de transferir la responsabilidad al otro, que en el fondo significa una posición evasiva.
- Situación de intimidación, especialmente cuando se reconoce la propia culpa acerca de las causas determinantes del conflicto.

La radicalización, cualquiera que sea, lleva a la no solución del problema, e incluso a que el factor constitutivo del conflicto se desconozca.

Así mismo, las actitudes netamente defensivas enmascaran el problema y no permiten ir al fondo para darles solución.

Es importante observar que en la solución, todas las situaciones antes referidas hacen presencia, pero se insiste : deben estar racionalizadas, lo cual se logra a partir de la conciencia de lo que tenemos como paso previo a la aplicación de las técnicas o ayudas de solución.

Se precisa también considerar que en un momento dado es importante la confrontación, pero debe tratarse de una "confrontación asertiva", que es la única que permite captar los sentimientos y actitudes que subyacen en cada uno de los intervinientes .

Los mensajes que se dan dentro del proceso de enfrentamiento del conflicto suelen asumir diferentes categorías, pudiéndose sintetizar de la siguiente forma:

- Que HUMILLAN, producen una lesión en la auto-estima de los oponentes (REACCIÓN de la contraparte: DEFENSA)

- Que DESCONOCEN EL PROBLEMA, esto es descalifican la situación que lo originó (REACCIÓN : MAYOR SENTIDO DE FRUSTRACIÓN FRENTE AL PROBLEMA)

- Que SOLUCIONAN PERO QUE NO MOTIVAN A LA REFLEXIÓN, generan mas dependencia (REACCIÓN : PÉRDIDA DE LA AUTONOMÍA)

- Que respetan al oponente, dan el sentido del conocimiento del problema y buscan su reflexiva solución. (REACCIÓN: COLABORACIÓN, REFLEXIÓN, MANTENIMIENTO DE LA CORDIALIDAD Y DEL RESPETO, RACIONALIZACIÓN DE LA SOLUCIÓN).

Empero la situación , como cualquiera circunstancia de interactuación del ser humano, no es posible de esquematizarla ni de pensar que siempre obedece a parámetros pre-establecidos, y surgen problemas a los cuales debe darse solución dentro del mismo curso del conflicto.

Lo anterior es trascendente en tratándose de problemas en la comunicación, ya que se generan barreras que pueden bloquear la necesaria inter – actuación o determinan desconcierto que se traduce en reacciones o mecanismos de defensa que producen confrontación o agudización del problema, dando paso a sentimientos de culpabilidad, rechazo, degradación o crítica.

Por ello, la comunicación debe ser cuidadosa, de manera que siempre conserve los sentimientos de respeto, tolerancia y comprensión respecto de la parte oponente.

El mensaje de la comunicación es trascendental. Si se parte del "yo", puede incorporar una visión exclusivista, que no admite razones de la contraparte, si se parte del "tu", puede indicar señalamientos ("Ud. es el culpable"), no dando lugar a eventuales soluciones.

De ahí que si bien en todo diálogo hacen presencia el "yo" y el "tu", los aspectos excluyentes o negativos se deben superar adicionando otros elementos: *COMPORTAMIENTO + SENTIMIENTOS + EFECTOS.*

Con referencia a situaciones o hechos las CONFRONTACIONES suelen presentarse como:

- ESPECÍFICAS: Van a lo concreto y evitan generalizaciones.
- DESCRIPTIVAS: Presentan el asunto, sin evaluación alguna
- DIRECTAS: SE traducen en el señalamiento de conductas que deben ser mejoradas o superadas por el otro, incluso frente a los mecanismos de solución del conflicto.
- INMEDIATAS: Esto es, como una reacción en el tiempo y espacio, que debe ser lo mas inmediata posible.

Antes de una CONFRONTACIÓN, quien la va a provocar debe revisar tanto las motivaciones como los propósitos que se quieren obtener. De ahí que como medio para ORDENAR LA COMUNICACIÓN debe antes que todo realizar un proceso mental de ubicación asertiva de los asuntos materia del conflicto.

Esta ubicación asertiva se puede lograr, mediante la respuesta a los siguientes interrogantes:

Comunicación ⟶

Ubicación asertiva ⟶

Por qué?
Qué?
Cómo?
Cuándo?
Dónde?
Para qué?

La ACTITUD DE ESCUCHA es muy importante cuando "el otro" es quien tiene el problema o el conflicto. Empero, en los asuntos del trabajo, es importante determinar quién es quién en realidad tiene el problema, ya que bien puede suceder que sea "uno" quien lo causa o provoca y el "otro" quien lo padece, o que partiendo del esquema anterior, se haya acrecentado por la ausencia de actitud de escucha, que se deriva de modelos de manejo empresarial autoritarios en donde se acusa la ausencia de toda técnica de involucramiento del personal de trabajadores con relación a los asuntos de la empresa, muchos de los cuales pueden resultarles desconocidos.

De ahí que adicionalmente a la actitud de escucha deben crearse directos y efectivos CANALES DE COMUNICACIÓN entre los trabajadores y la empresa, que deben tener una doble vía, esto es permitir ESCUCHAR y SER ESCUCHADO, dentro de un intercambio recíproco, tolerante y respetuoso acerca de los asuntos de la empresa que afectan al trabajador.

Para efectos de lo anterior, existe para el manejo empresarial lo que se ha denominado como TÉCNICAS DE ESCUCHA, que se han catalogado gráficamente dentro de las siguientes posibilidades:

- Abrir puertas
- Escuchar pasivamente
- Dar respuestas de reconocimiento
- Escuchar activamente

De su aplicación correcta, adoptando una posición activa y comprometida para el conocimiento y solución del o los problemas, es posible determinar:

- La identificación de sentimientos del otro (expresiones verbales y gestuales)
- Interpretación de lo observado
- Devolución de sentimientos acerca de la interpretación dada (retroalimentación)
- Solución que comprometa y satisfaga a ambas partes, dentro de las posibilidades y realidades derivadas del entorno de la empresa.

Es importante tener en cuenta que dentro del abocamiento del conflicto surgen

unas RELACIONES EN EL PROCESO DE SU SOLUCIÓN O NEGOCIACIÓN, que se pueden traducir en:

- RELACIONES DE COLABORACIÓN, que se derivan de la existencia por parte de quienes negocian, de la conciencia acerca de la necesidad de llegar a acuerdos en su recíproco beneficio.

- RELACIONES DE CONSENSO, cuando a pesar de la disimilitud de las posiciones de los actores, hay conciencia de que cada uno debe ceder en sus aspiraciones con el fin de lograr mutuos beneficios o mantener relaciones de armonía y tranquilidad.

- RELACIONES DE CONFLICTO, que se presentan cuando las posiciones de las partes están tan radicalizadas que sólo puede imponerse una de ellas.

DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DEL TRABAJO

(A partir de la doctrina y la ley laborales)

Desde la perspectiva jurídica, de siempre se ha dado importancia a la existencia de conflictos, hasta el punto de considerarlos como uno de los fundamentos que explican la razón de ser del Derecho como ordenador de la vida social en procura de unos fines superiores que se han dado sobre los presupuestos de justicia, equidad, solidaridad y primacía del interés colectivo sobre el particular.

Aparecen así como connaturales a las relaciones sociales la existencia de discrepancias y divergencias, que han llevado incluso a muchos pensadores a ver en ellas el motor explicativo del desarrollo social.

CARNELUTTI en alguna de sus obras señaló que "Donde no hay conflicto de intereses no hay razón del derecho: no existe un fenómeno jurídico en cuya raiz no encuentre el análisis tal conflicto", y agregó : "El elemento económico del derecho es el conflicto de intereses" (Cfr. "Teoría General del Derecho. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pag. 30)

En los asuntos del Derecho del Trabajo, existe conciencia acerca de la trascendencia que los conflictos laborales asumen para la sociedad, por las

proyecciones que para ella tiene el trabajo considerado como derecho fundamental y como principio y valor del sistema político y adicionalmente por cuanto desde lo sociológico, en el están comprometidos dos estamentos con intereses que pueden ser real o aparentemente divergentes: el empleador como dueño de los bienes de producción, y el trabajador quien al colocarse al servicio de aquél para permitirle obtener los objetivos económicos derivados de su organización, encuentra en el salario y los derechos laborales que se derivan del contrato de trabajo, su medio de subsistencia.

En la doctrina laboral se ha elaborado de antaño una clasificación desde la perspectiva de lo legal, que también determina las respuestas normativas para su solución, que involucran circunstancias que tocan en principio con prácticas directas de definición (esquemas de conciliación o arreglo directo en que hacen presencia los esquemas de solución arriba anotados), o que en últimas deben serlo mediante los canales propios de la Jurisdicción (ordinaria o especial) y mediante actuaciones claramente definidas en las leyes del trabajo.

La realidad laboral indica la existencia de un antagonismo de intereses entre empresario y trabajador, así se haya avanzado en esquemas de colaboración que han ido sustituyendo algunos aspectos los de subordinación laboral derivados del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (véanse las normas sobre COPASO o los principios surgidos de las sentencias de la Corte Constitucional acerca de imposición de reglamentos que comporten la aplicación del derecho sancionatorio), la realidad es que el campo del ejercicio de la actividad laboral resulta propicio para la existencia de conflictos que pueden darse con referencia al ejercicio mismo de la actividad laboral como con relación a las normas que la rigen, ya sea las derivadas del sistema legal que regula el trabajo de las propias establecidas al interior de la empresa.

La situación antes considerada, parte del supuesto según el cual luego de una lenta evolución conceptual se llegó a la conclusión de que cuando las partes involucradas en un conflicto no pueden llegar por si mismas a su solución, es al Estado a quien corresponde servir de árbitro para su solución, mediante procedimientos pre-establecidos y definidos en la misma legislación.

Es importante observar, dentro de las diferentes posiciones que los doctrinantes han asumido acerca del conflicto en lo laboral, la tesis estructurada por ANTONIO VASQUEZ VIALARD *(Cfr. "EL TRABAJO HUMANO", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 137)* de acuerdo con la cual :

El conflicto que se expresa a través de la empresa suele tener sus raíces fuera de esta y no sólo tiene una causa económica. No existe una equivalencia entre situación material de los trabajadores y comportamiento laboral. El conflicto es algo mas que una respuesta a ciertas condiciones en la relación de trabajo .
La situación material afecta una parte, dentro de una serie de factores que actúan como condicionantes. Existen otras motivaciones que provocan perturbaciones: falta de madurez psicológica, problemas de familia, de habitación, falta de seguridad, de diálogo, estructuras sociales concebidas para otros tipos de relación, que no se adecúan a las nuevas situaciones, etc. ...
Dentro del cúmulo de causas del conflicto, además de las aspiraciones de carácter económico : remuneración, deseo de un aumento del ingreso en las épocas de prosperidad, existen otras que pueden ser incluidas dentro de un capítulo de "problemas humanos", provocados por despidos abusivos, ausencia de psicología en los cuadros directivos, vejaciones, sentimientos confusos de frustraciones, mala organización del trabajo, ataque a la libertad sindical, etc."

Puede concluirse entonces, que el marco de los conflictos del trabajo trasciende el marco restrictivo que se deriva de su simple consideración de tratarse de controversias por causa o razón de la formación, modificación o cumplimiento de las relacines individuales o colectivas del trabajo.

FORMAS DE EXPRESIÓN DEL CONFLICTO DENTRO DE LA EMPRESA

Desde la perspectiva de la actuación del Empresario

INDIVIDUAL *COLECTIVA*

La forma de detectarlos y evitarlos se suele hacer mediante actividades que analicen los aspectos sensibles tanto personales como grupales, mediante las técnicas conocidas como de :

- CHEQUEOS: Revisiones periódicas con el objeto de "alinear" , esto es para examinar y re-orientar procesos y procedimientos en las situaciones acerca del manejo de personal.

Sirven para controlar el conflicto pero también pueden crearlo, cuando crea sentimientos de persecución o desconfianza.

- MANEJO DE PRERROGATIVAS: Que se traduce en dar reconocimientos por logros alcanzados y por desempeños.

Es importante observar que estas técnicas no garantizan la inexistencia de problemas, pero si ayudan a crear canales para su amortiguamiento, en la medida en que se traduzcan en un clima de confianza y conocimientos recíprocos, carentes de elementos de confrontación emocional.

Trabajador

→ *INDIVIDUAL : Caracterizado por rotación, ausentismo, accidentalidad, maltrato de material, desobediencia de instrucciones, ocultamiento de información, evasión de responsabilidades, tácticas dilatorias, alteraciones psico-somáticas, adicciones, disputas territoriales, hiper- conformismos*

→ *COLECTIVA*
Se traducen en :
- *PARO*
- *HUELGA*
- *SABOTAJE*
- *REDUCCIÓN DE LA PRODUCCIÓN*

CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO

Las clasificaciones que se han dado, suelen presentarse desde varias perspectivas:

1. De acuerdo con la MATERIA DEL CONFLICTO, se ha buscado concretarlos dentro de las asuntos propios que surgen de las relaciones de trabajo, por lo que excluyen todos aquellos que puedan presentarse entre las partes de la relación de trabajo , pero en que se debaten problemas ajenos a la vida laboral.

En estas condiciones , desde los albores de la doctrina laboral en Colombia por parte de GUILLERMO CAMACHO HENRIQUEZ *("DERECHO DEL TRABAJO TOMO II – RELACIONES COLECTIVAS, 2ª Edición, Editorial ABC , Bogotá, 1973, pags. 175 y 176)* se ha propuesto la siguiente, que el autor citado explica, se hace a manera de "clasificación general" :

I. Entre trabajadores y empleadores (estén o no asociados en sindicatos, directamente o a través de ellos);

II. Entre trabajadores;

III. Entre patronos;

IV. Entre sindicatos (sean de trabajadores o patronos);

V. Entre una asociación profesional y sus afiliados;

VI. Entre una asociación profesional y terceros trabajadores;

VII. Entre un instituto de seguridad social y sus afiliados, asegurados o beneficiarios"

La clasificación anterior debería adicionarse con los conflictos que suelen darse dentro de las relaciones de trabajo out-sourcing, que pueden darse entre trabajadores en misión y empresa usuaria, entre trabajadores out-sourcing y trabajadores de planta , entre trabajadores out sourcing y las respectivas empresas prestadoras de los servicios y entre trabajadores out-sourcing y asociaciones sindicales.

2. De acuerdo con la NATURALEZA DEL CONFLICTO, la doctrina ha reconocido la existencia de dos clases :

i. Los CONFLICTOS JURÍDICOS, que se derivan de la existencia, entendimiento y aplicación de las normas legales y de las fuentes mismas del derecho , que para el caso serían las de la legislación del trabajo, en cuya base o fundamento se encuentra el propósito del sistema jurídico de lograr una justicia con mayor énfasis en lo social, que suele confundirse con el concepto de "epiqueya" utilizado por los griegos.

Su concreción puede derivarse del siguiente cuadro:

APLICACIÓN DE NORMAS
O FUENTES PREEXISTENTES

↓

Supone ANÁLISIS JURÍDICO
Acerca de su :

↓

Existencia y Aplicabilidad
Interpretación
Extensión en su aplicación
Ocurrencia de los supuestos de hecho ante el caso concreto
Prueba de la existencia de los hechos que constituyen el presupuesto normativo

Puede presentarse a la manera de un conflicto individual, esto es cuando se refiere a derechos que corresponden al trabajador o grupo de trabajadores con referencia a derechos que hacen parte del denominado derecho individual y prestacional, incluido el de seguridad social. O de un conflicto colectivo , que se presenta, siguiendo la tesis de MARIO DE LA CUEVA (*Derecho Sindical y de Previsión Social, 3ª. Edic., Buenos Aires, 1957, pag. 777)* :

Cuando se dan controversias que versan "sobre el derechoa la existencia y la libertad de los grupos profesionales o la interpretación genérica o aplicación del contrato colectivo del trabajo, siempre que en este último caso se afecte el interés profesional que representen los sindicatos."

ii. Los CONFLICTOS ECONÓMICOS O DE INTERESES, que se ha entendido como propio del derecho del trabajo, y se origina respecto de aquellas situaciones en que el trabajador busca mejorar los derechos que les ha concedido la legislación vigente o modificando o suprimiendo derechos cuando provienen de la parte empresarial, o creando un nuevo derecho diferente al consagrado en la ley o al reconocido por el empresario.

De igual forma se suele presentar en aquellas situaciones en las que el empresario o empleador busca modificar o suprimir derechos creados con su concurso (derecho convencional) o por su decisión propia.

Su razón de ser se centra entonces, en

CREAR MODIFICAR SUPRIMIR	el status laboral	CREANDO NORMAS reguladoras de las	Condiciones Generales del trabajo, que : las estructuren las interpreten las modifiquen las suspendan las supriman
			Relaciones empresa sindicato

También suelen darse dentro de la doble posibilidad de tener el carácter de individuales o colectivos.

Serán individuales, si se plantea entre un trabajador que pretende buscar normas que creen , modifiquen o supriman fuentes de derecho reguladoras del trabajo y que estén por fuera de los mínimos señalados en la ley del trabajo, por constituir estos fuentes de orden público y por ende de imperiosa obligatoriedad.

Y serán colectivos cuando vinculan a una colectividad de asalariados en forma impersonal, ya sea que se trate de una colectividad organizada bajo la forma de un sindicato, o simplemente expresen el criterio de una pluralidad de trabajadores.

PERSONAS INTERVINIENTES EN LOS CONFLICTOS DEL TRABAJO

Suelen acudir a la solución de los conflictos, cuando se busca lograr su definición de manera directa por los interesados :

i. El empresario: directamente o por conducto de sus representantes

ii. El trabajador, o los trabajadores, ya sea directamente o por medio de la organización sindical o de los voceros de la pluralidad de trabajadores

iii. Los asesores ya se trate de asesores legales o económicos tanto del empresario como de los trabajadores (sindicalizados o no).

Cuando la solución del conflicto se hace en estrados judiciales, a mas de los anteriores, se involucran:

i. El Juez, a quien corresponde definir el conflicto, ya sea que se trate de hacerlo en derecho (cuando se trate de procedimiento judicial o de fallos arbitrales cuando la cláusula compromisoria o el compromiso obligan al fallo en derecho) o en conciencia (Jueces arbitrales para los conflictos económicos colectivos o en el caso de conflictos jurídicos cuando así se ha establecido en la cláusula compromisoria o en el compromiso)

ii. Los auxiliares de la justicia

iii. Los apoderados de las partes

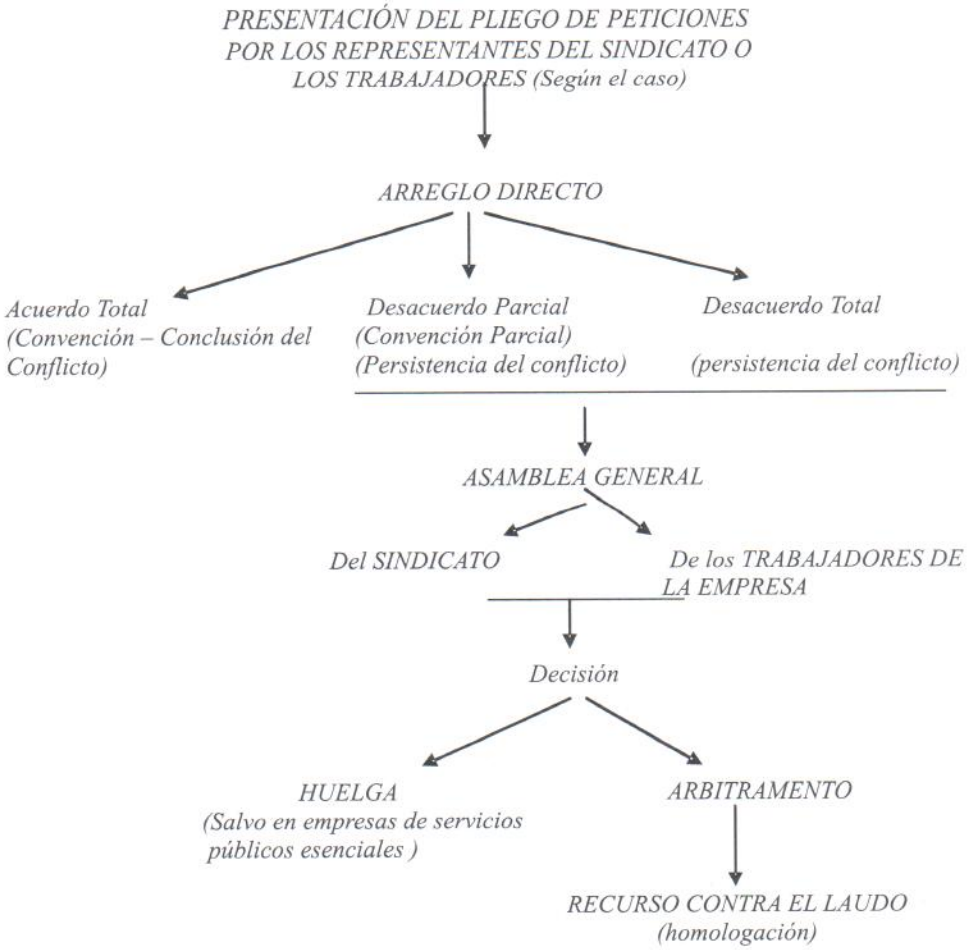
De igual forma, es importante tener en cuenta que al Ministerio de la Protección Social (antes Ministerio del Trabajo), le competen funciones administrativas como vigilante y mediador de las relaciones de trabajo, razón por la cual actúa a fin de buscar soluciones conciliadas de los conflictos, o también (cuando se trata de violaciones a las leyes del trabajo) actuar como autoridad policiva buscando la prevención de conductas que choquen contra la legalidad o cuando estas ya se han presentado imponer sanciones económicas.

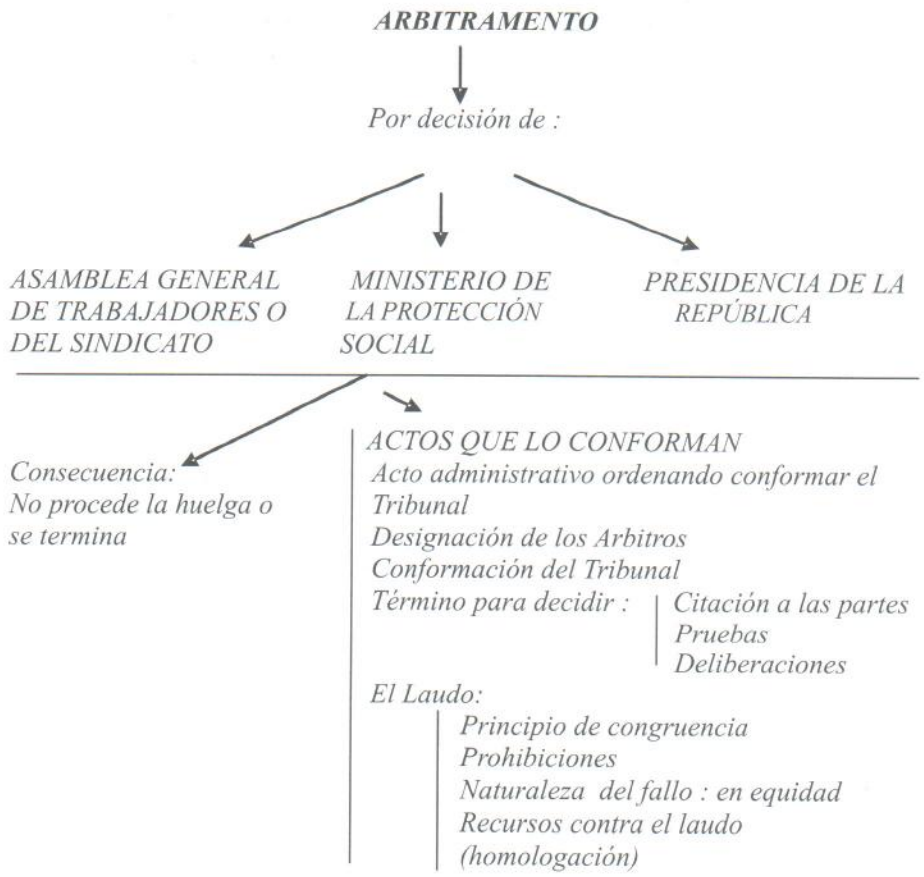
Luego de la Constitución de 1991, en desarrollo del artículo 56 Superior, el Congreso dictó la Ley 278 de 1996, que creó la llamada COMISIÓN PERMANENTE DE CONCERTACIÓN DE POLÍTICAS SALARIALES Y LABORALES, que teóricamente (por cuanto no ha funcionado) tiene injerencia en la solución de los conflictos del trabajo, ya sea a partir del fomento de las buenas relaciones laborales que den paso al logro de la justicia como se le concibe en el artículo 1º del CST o de la contribución a la solución de los conflictos colectivos de trabajo a la manera de amigable componedora.

solu

SOLUCIÓN DE CONFICTOS DE INTERESES DE CARÁCTER COLECTIVO

(Procedimiento Legal - Esquema)





BIBLIOGRAFÍA:

1. ACTUALIDAD LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL, Revista

2. ARIAS Nimia. Apuntes de conferencias dentro del marco de posgrado de Relaciones Laborales.

3. CAMACHO Henríquez Guillermo, "Derecho del Trabajo, Tomo II, Relaciones Colectivas. " Ed., Editorial ABC , Bogotá, 1973

4. CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y PROCESAL DEL TRABAJO, Colección Códigos Básicos, Legis 2005.

5. RÉGIMEN LABORAL COLOMBIANO, Legis.

6. SARKIS Bassam, MATIZ Merlano Jorge, Administración de los Conflictos Laborales (La Negociación Colectiva en Colombia) , 2ª. Edición, Editorial Legis 2000.

Mujer, Niñez y Violencia.

LAS VÍCTIMAS INVISIBLES.

Jaime Enrique Puentes Torrado

Mujer, Niñez y Violencia.
LAS VÍCTIMAS INVISIBLES.

Jaime Enrique Puentes Torrado

MUJER NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
AUTOR: JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO
DIRECCIÓN: olajaimep@yaho.com
FECHA DE RECEPCIÓN: noviembre 4 de 2005
DESCRIPTORES: maltrato intrafamiliar, comportamiento, violencia, niñez, adolescencia, mujer.
RESUMEN: En el maltrato intrafamiliar o doméstico los patrones de comportamiento llevan una pesada carga histórica enquistada en el imaginario colectivo, pautas de maltrato o tolerancia sin las cuales sería imposible entrar a determinar como fenómenos individuales. Es así que el fenómeno del maltrato y violencia dentro del seno de las familias no tiene una sola causa, sino que es la sumatoria de infinidad de situaciones que durante el devenir histórico se han conjugado para desembocar en dicha problemática.
KEY WORDS: domestic violence, childhood, adolescence, woman.
ABSTRACT: There is not a single cause of the domestic violence, this conflict is the result of a infinity of situations that during the historical happening have been conjugated.

"Cuando la mujer se convenció que dios era hombre, sentencio su papel histórico de víctima de sus propias creencias."

Luego de casi diez años de trabajo en un proceso de observación e intervención a un grupo social en donde se había detectado, por las entidades encargadas del control y manejo del problema de la violencia intra familiar, un alto índice de maltrato doméstico, y valiéndome de una condición privilegiada de acceso a diferentes fuentes textuales y contextuales, he encontrado que es el momento de registrar estas experiencias, no a manera de diagnóstico del fenómeno, sino como un aporte interdisciplinario a lo que puede enriquecer el manejo de estas complejas situaciones.

Consideraciones previas.

Lo primero que se percibe en el ambiente académico, es el sobre diagnóstico del fenómeno de la violencia doméstica, la mayoría de entidades e instituciones vinculadas a la proyección social han tomado el tema como punta de teorizaciones de toda índole, llevando incluso a la saturación de conclusiones asistencialistas, sin abordar el fondo del asunto.

Para colocar un ejemplo extremo, nos encontramos con una unidad de la Fiscalía que alegremente construyó desde lo jurídico y con algún pobre apoyo psicológico un plano de intervención a las víctimas de maltrato, hallamos estudiantes de primeros semestres de Psicología expertos absolutos, dueños de verdades, sin ninguna metodología de intervención[1]. Aquí lo que se percibe es un campo muy extenso de buenas intenciones, de presaberes y de conjeturas, llevados al plano de la intervención social, con todas las consecuencias que ello puede conllevar y que por regla general producen un desgaste social en los sistemas de intervención reales.

Por lo anterior, antes de iniciar cualquier análisis del fenómeno se debe precisar que antes de entrar a conjeturar o intervenir se requiere la definición de una base epistemológica que valide la posición que se asuma y que permita disciplinarmente construir una metodología adecuada de intervención social, por ello en esta propuesta se partirá de la conceptualización básica de los llamados acuerdos, el ser humano guía su conducta bajo dos elementos muy definibles, una motivación y la concreción de acuerdos.

En este trabajo se ha encontrado como elemento común estos acuerdos sociales, enmarcados en la definición de representación, hechos y conductas con sentido psico social.

Los acuerdos pueden ser de dos ordenes, un acuerdo básico primario, que permite que el efecto permanezca en el tiempo y genere otros efectos colaterales y un sistema de acuerdos secundarios que solamente van a permitir que una conducta se ejecute.

En materia de relaciones afectivas, podríamos pensar que una pareja esta guiada por motivaciones particulares, por sus hormonas, en reposo o en explosión, y el contexto, elementos que juegan un papel determinante en la fijación de esas motivaciones psico sociales – pensemos en las representaciones sociales de que nos hablaba Durkheim - .[2]

Si quisiéramos entender un poco ese concepto, deberíamos hablar de motivaciones que se construyen en el imaginario inconsciente de la sociedad y que permanecen allí generando que los individuos realicen algunas conductas. Se esconden como motivaciones ocultas del inconsciente social. Pensemos en un ejemplo rápido, cuando en nuestra comunidad nace un ser humano los colores juegan un papel importante en su determinación de identidad sexual. Cuantas veces nos hemos preguntado porqué si el que nace es un niño su ropa será azul, o si es niña rosada. Porqué cuando observamos a un bebe con vestido azul concluimos que es un niño?.

Nos damos cuenta como el color implica una construcción histórica en la cual la sociedad ha dado una determinación sexual al mismo, cuál es nuestra reacción si al niño lo visten de rosado? . evidentemente la representación es el vestido de determinado color y lo que significa para los miembros de la sociedad es una construcción social de sentido.

Más adelante trataremos este tema con mayor profundidad cuando abordemos el concepto de sentido de acción social, desde la concepción Weberiana.[3]

Como ésta, hay miles y miles de representaciones que motivan la conducta humana, y así mismo, otras miles que determinan los acuerdos psico afectivos.

Una pareja cuando se enamora, sin entrar a pensar siquiera en un concepto de que podría ser el amor, lleva consigo una carga social de elementos que la determinan. En muchos casos encontramos como se representa el amor con una carga muy fuerte de sufrimiento, se da sentido de acción social como una condición de amor – dolor.

En este punto observamos un componente psico social vinculado a la concepción religiosa de la felicidad, se trata de algo abstracto, inalcanzable en este mundo, que se construye desde el sufrimiento terreno. En el cristianismo, concepción religiosa del contexto observado, Jesús sufrió todo un proceso de calvario para darnos la posibilidad de ser felices al estar al lado del padre.

En una entrevista que hacia con una mujer víctima de maltrato, ella decía que en el fondo ella sabía que su pareja era así, ella lo conoció borracho y algo violento, al indagarse acerca del porque entonces decidió convivir con él, la respuesta fue muy simple, pensó que iba a cambiar.

Surge entonces el interrogante, de cuál fue la real motivación de esta mujer para llegar a un acuerdo de ir a convivir con un sujeto que sabía era violento y que consumía licor. Uno no puede partir de la premisa que en una mujer madura el amor este ligado a la estupidez.

Sin pretender en este momento, un análisis profundo acerca del trasfondo de la intención, lo cual ocupara un apartado más adelante, si podemos inferir que existen factores psico sociales que constituyen lo que vamos a llamar - imaginario colectivo inconsciente -, pero delimitando esta definición para no confundirla con las muchas definiciones que existen en la sociología sobre el tema.[4]

Este imaginario colectivo inconsciente es como la base genética de la sociedad, allí existen una serie de nódulos marcados que van a determinar los comportamientos humanos. Nótese que no se trata de un cromosoma trasmitido generacionalmente, sino de concepciones sociales que son inconscientes para el sujeto que los asume. Cuando trabajemos los conceptos de hábitos y encarnación[5] mostraremos como estos comportamientos se evidencian y cual es su proceso de construcción.

Cuando un hombre nace de piel negra, ojos negros, o piel blanca o amarilla, finalmente es su estructura genética la que se evidencia y posee indudablemente un componente histórico. Así mismo ocurre con la sociedad, cuando una mujer adulta permite en un plano de acuerdos, que su pareja sea violento y tolera finalmente este comportamiento, allí más que un grado sumo de idiotez existe un componente histórico que la determina a esa tolerancia. Pero, mucho cuidado, no es un problema de la mujer como sujeto, sino del contexto social que tiene ese comportamiento como permitido.

El sujeto en una sociedad básicamente articula patrones de comportamiento que se le entregan desde su mismo nacimiento, se le va moldeando su concepción inconsciente de su existencia. Si nace hombre habrá unos comportamientos masculinos, si es mujer existen otro tipo de comportamientos etc... lo importante es el planteamiento que la sociedad moldea a sus miembros.

En el ámbito de la relación de pareja, volviendo al caso de nuestra señora maltratada, esta mujer nació en un país donde se evidencia la presencia de una cultura del macho dominante, el mundo si se quiere es un mundo de machos dominantes. Podríamos especular un poco y concluir que es una problemática de especie y que el cerebro primitivo del hombre, implica un rango inconsciente de dominación. Habrá que preguntar a los antropólogos si esta tesis tiene algún asidero o si se trata simplemente de un argumento sin sentido. En este momento vale la pena recordar como la antropología vincula muchas acciones del ser humano a un patrón instintivo absolutamente animal. En la Universidad de California una investigación en este sentido determino, por ejemplo, que en ciertas especie de mamíferos superiores las hembras escogían sus machos para copular y ser preñadas, por las condiciones físicas de fuerza que representaban, pero causo interés observar como estas hembras también establecieron como rango reiterativo el hecho de que los machos escogidos tenían casi en su totalidad cicatrices notorias en su cuerpo. La investigadora que estudio el asunto concluyó como las cicatrices representaban en la hembra una significación de lucha y supervivencia, y el sentido de la decisión de escogerlo como macho para su

preñez radicó fundamentalmente en el sentido de seguridad frente a sus crías. El estudio proyectó esta conclusión en los elementos antropológicos de representación de estos mamíferos a las conductas de escogencia sexual de un grupo de mujeres que hacían parte del universo donde se desarrollaba la investigación.

Independientemente de la validez que podamos darle a este tipo de investigaciones, frente al análisis de la conducta humana desde las ciencias sociales, lo cierto es que debe existir algún tipo de explicación para que el mundo occidental y gran parte del oriental sea un mundo bajo la concepción del hombre como animal dominante.

Esta mujer de nuestro caso, nace en este contexto donde el lenguaje es un lenguaje de hombres y donde la mujer se ha llevado a extremos de materialización y dominación.

En el proceso de observación se registro a un marido maltratante cuando decía que en su adolescencia siempre pensaba era en el número de mujeres con las que podría tener sexo, y que después de muchos años, ya siendo un adulto, todavía elaboraba una lista de esas mujeres que cumplieron su logro, en su ingenua sinceridad planteaba como eran un objeto, un trofeo que se volvía más preciado en cuanto más dominante fuera en la relación. Para este hombre por ejemplo, el que una mujer realizara ciertas practicas sexuales como el sexo oral etc... más que un acto de placer – el que no negaba- era un acto de dominación. Algo así como posesión total.

Bueno, volviendo a nuestro caso central, esta mujer nació y se crió en esta sociedad llena de machos dominantes, con los que debe necesariamente interactuar si pretende adaptarse a ella y en términos de Piaget, sobrevivir. Casi la podríamos representar como un organismo que debe adaptarse a un contexto hostil para lograr su supervivencia.

Si miramos la historia de esta persona, su relación paterna fue absolutamente – normal – vio a su padre siempre como un ejemplo, pero lo que más representaba era la autoridad en la familia. Nos dice como su padre casi nunca intervenía en las discusiones cotidianas que se presentaban con sus otros siete hermanos, ni con su madre, solamente cuando las cosas se salían de control, aparecía la figura paterna a quien se le temía y obedecía. Lo curioso, es que recuerda, que su padre nunca los castigo físicamente, pero se le temía mucho más que a la madre que si utilizaba la fuerza física – correa – como medio de persuasión y prevención.

Si nos detenemos un poco en esta parte del relato encontramos que a esta mujer la aceptación del maltrato del macho compañero, no surge en la inmediatez del maltrato que pudo ser objeto por la madre en su labor de educación y corrección, sino que la cuestión aparece mucho más compleja.

Si el patrón de comportamiento hubiese sido el maltrato de que fue objeto y que debía tolerar porque provenía de su madre, porqué tolera el maltrato del compañero, no existe una correspondencia directa, pues en el plano inconsciente la fijación del maltratante es de un hombre y no de una mujer.

Pero cómo le presentaba la madre de esta mujer en su niñez al padre?, aparece como el hombre bueno, pero quien llevaba incita una amenaza de castigo, - si usted sigue haciendo eso, yo le digo a su papá y con él las cosas son a otro precio -, bueno lo cierto esta mujer nunca supo a que precio eran las cosas con su padre, pero le temía al igual que sus hermanas y hermanos. Observó y acepto el temor de su madre frente al padre y sublimo ese miedo en amor paterno.

Todo este sistema de relaciones, llevaban paralelo otros miles de representaciones bajo la misma actitud paterna, por ejemplo, en la familia la valoración de los varones era muy diferente que el de las niñas de la casa. Al varón se le permitía y se le incitaba al riesgo y a la niña se le protegía, pero básicamente se le reprimía. Esta mujer era plenamente consciente que el valor dado por las estructuras familiares a su condición de mujer era muy diferente a la que se daba a sus hermanos y lo acepto como un hecho.

La mujer siempre encontró que su vida era un riesgo, desde los primeros años los padres manejan un lenguaje en el cual la prevención unida a la represión van de la mano, recordemos frases tan significativas como: usted no debe salir a la calle porque allá hay muchos peligros, las niñas son de la casa, una niña decente no debe... o debe...,el hombre es hombre, usted no debe defraudar a su papá, usted debe y debe... no hay duda que el contenido simbólico de esa estructura de lenguaje lleva consigo la más invasiva de las represiones.

Resucitando a Freud[6], retomemos los temas en que habló de los planos inconscientes, muchos dirán pero es que este señor ya perdió vigencia, sea lo que sea, él fue quien primero hablo de la existencia de esa caja negra que es el inconsciente. En este plano, el sujeto guarda motivaciones inéditas totalmente desconocidas hasta para él mismo, pero lo cierto es que el contexto se convierte en un elemento determinante frente a como moldea esas motivaciones.

Cuando existe tanta represión bajo la simulación de protección, esa mujer siempre se va ver a si misma con un ser en permanente riesgo que necesita de los muros de su casa para estar protegida, pero desde lo simbólico esos muros están representados en el macho que la puede proteger.

Pero porqué esa mujer tolera el maltrato, si su padre nunca la maltrató físicamente?, este es realmente el trasfondo de la acción tolerante y la respuesta solo se encuentra en el mundo de las representaciones psico sociales, es decir, en el imaginario inconsciente colectivo.

Si nos detenemos, esta mujer, no se explica muchos de las cosas que han ocurrido en su vida, por ejemplo, narra como cuando cumplió 25 años empezó a preocuparse porque aún estaba soltera. Era consciente incluso que su padre le decía que no se casara, entre otras cosas porque conocía a su novio.

Pero desde el sentido de esa acción, cual era el trasfondo intencional que motivaba a esta mujer a buscar un compañero. Existen unos patrones definidos en la sociedad, que establecen edades para todo, edad para enamorarse, edad para tener sexo, edad para tener novio, edad para estudiar, edad para no estudiar más, edad para casarse, edad para tener hijos, edad para dejar de tenerlos. Pero lo claro es que estas representaciones no se crearon para esta mujer, ni fueron producto de su situación particular, existían allí, antes y después de ella y finalmente la afectaron y determinaron el sentido de su conducta.

En nuestra contexto se evidenciaron formas de maltrato doméstico que son toleradas desde la misma percepción psico social, pensemos un momento en la presión a que son sometidos los infantes por sus padres para que sean los mejores estudiantes, para que ganen los premios escolares, para que sean los mejores deportistas, y que decir, de la tolerancia de los padres frente a actitudes de colegios que siembran en el inconsciente del estudiante una motivación sanguinaria de competencia y exigen ciertas condiciones no en beneficio del estudiante, sino en su propio beneficio, si queremos darnos cuenta de semejante abuso miremos la paginas de los principales periódicos en las que aparecen las instituciones educativas mostrando sus logros. En una reunión de padres de familia, planteaba un entrevistado sobre el tema, se dispuso por las directivas de un colegio que solo los estudiantes de mejores resultados académicos podrían presentarse a las pruebas de Estado, como estudiantes del Colegio y que los de bajo o mediano rendimiento debían presentarse como estudiantes independientes, como si hubieran validado sus estudios, el argumento que se esgrimía era para proyectar una buena imagen de la institución a nivel nacional, ya que

con esta medida se garantizaba que los estudiantes iban a estar en los primeros lugares de puntajes y que el promedio nacional sería alto. Acaso esto no es un evidente maltrato para los menores que son discriminados y excluidos por la decisión del Colegio, acaso los padres y la sociedad no son cómplices y replicadores de esta forma tan aberrante de maltrato.?

Este ejemplo que se trajo es simplemente uno de los miles que se hallan enquistados en las representaciones sociales que se observaron y registraron en el marco de la población intervenida.

De nuevo en el caso de la mujer maltratada, basta preguntarnos si el peso histórico de como nuestra comunidad valoraba a la mujer hasta los años 70, no tiene incidencia en la tolerancia y reproducción de la violencia doméstica.

Lo primero que encontramos en el registro histórico – jurídico de nuestro Estado, es que hasta los años 70 las relaciones domésticas estuvieron blindadas en el ámbito de lo privado, nada de lo que ocurría al interior de la familia se exponía a la luz pública y en realidad al Estado poco lo importaba regular este tipo de relaciones. Recordemos ese dicho popular de que "la ropa sucia se lava en casa".

Si existían abusos físicos, psicológicos, sexuales, eran un problema privado dela familia que debía ser resuelto en ese entorno. Cuantas muertes, cuantas violaciones, cuantos abusos no quedaron cobijados por ese velo histórico de impunidad fundamentada en patrones muy claros de definición institucional de espacios públicos y espacios privados. Al Estado le interesaba única y exclusivamente reprimir las conductas violentas que trascendían al espacio público. El Derecho penal solo enfocaba su posibilidad de acción a reprimir asuntos extra familiares. Recordemos que incluso el Código Penal de 1936, vigente hasta 1980, tenía figuras tan cuestionables como la eximente de punibilidad (no era objeto de pena) cuando el marido causaba la muerte a la mujer adultera en el lecho de adulterio, era una norma solo aplicable cuando el hombre era el sujeto que realizaba la conducta.

Igualmente la sexualidad de la mujer en el matrimonio hasta la década de los ochenta, era un asunto privado y entendido como un derecho del marido con ocasión de la existencia del vínculo matrimonial. La mujer que era forzada o abusada por el marido, no podía exigir del sistema de justicia penal protección o castigo para el maltratante, dado que si bien la conducta típica de acceso carnal violento o abusivo, finalmente no era antijurídica ya que el marido estaba ejerciendo su derecho al debito conyugal.

El tope lo establecía el Código Penal, cuando planteaba como una causal de extinción de la acción, el hecho de que el violador contrajera matrimonio con su víctima. Era claro que el problema no era la mujer como víctima, sino la honra y el honor del padre de esta.

El mismo sistema jurídico consideraba a la mujer un ciudadano de segunda categoría que solo hasta finales de la década de los cincuenta (1957) se le reconocen ciertos derechos políticos.

Teníamos a una mujer que nacía con una "capitis diminutio" (capacidad disminuido por ministerio de la Ley) y crecía bajo la potestad del padre – patria potestad – para pasar posteriormente a la potestad del marido. Esta mujer nacía y moría sin plena capacidad para intervenir en la vida jurídica, y esencialmente se entendía siempre y durante toda su vida bajo la dominación de un hombre, llámese padre o marido.

Socialmente se establecen representaciones que determinan claros roles que dan sentido a los planos de convivencia marital. Tenemos a una mujer ama de casa, centro de la crianza de sus hijos y sujeción a la potestad marital y un marido dominante que ejerce un rol externo a su hogar como agente económico, circunstancia que lo ubica en un contexto más extenso de posibilidades, mayor información, y por ende con mayor capacidad de dominación.

Cuando la mujer sale a la calle, y deja de ser esencialmente "ama de casa", rol de connotación eminentemente machista, que le determina un espacio y una función en su vida, y se encuentra con que existe un mundo diferente a las cuatro paredes de su cocina y del inmueble donde ha sido confinada por obra y gracia de su matrimonio, pues necesariamente expande su complejo cerebral y abre una serie de esquemas de relaciones en su espacio mental vital. En otras palabras el mundo se hace más grande, y como la mujer es un ser humano, así a muchos no les convenza la idea, siente la necesidad de descubrir, siente la curiosidad del niño que empieza a gatear y logra alcanzar objetos.

La mujer deja de ser una criaturita de brazos, gatea y empieza a caminar. Obviamente que caminar le implica poder recorrer caminos nunca explorados, arriesgarse, caerse, levantarse, amar, odiar, llorar, todo esto en el ámbito de las relaciones públicas.

Algunos estudiosos del tema atribuyen este fenómeno a una problemática puramente economicista, la mujer sale a la calle como una reacción del

mercado laboral. Se trata de una mano de obra mas barata que la masculina y su posibilidad de subordinación es mayor. Para esta tesis, la mujer es incorporada de forma masiva a la industria y ello implica que rompa el paradigma del "ama de casa" y se convierta en "obrera".

Lo percibido durante el tiempo de intervención permite registrar la circunstancia de la incorporación de la mujer al mercado laboral como una mera consecuencia de algo mucho más complejo, y es el hecho de que el mundo estaba cambiando. La información ya no es un privilegio de unos pocos – hombres -, sino que empieza un fenómeno de universalización de valores y en el mundo aparecen desde finales de los años 50 movimientos feministas que pretenden romper los viejos esquemas de un universo masculino. La mujer no quiere ser obrera, quiere es libertad, constituirse en un ser tan libre como el hombre y quizá allí estuvo el peor error de este movimiento, pensar en un prototipo a igualar, nada peor que la figura masculina. Recordemos que las feministas de los 60 y 70 fueron criticadas por parecer o querer ser "marimachos" mujeres comportándose como hombres.-

Y porqué se infiere que fue el gran error?, simplemente porque el mismo sistema que las había llevado históricamente a la tolerancia de la violencia doméstica como "esclavas o amas de casa", las estaba colocando en la posición más vulnerable frente a ese gran monstruo que es el mercado capitalista.

La mujer deja su espacio privado de maltrato – sin que este desaparezca por este hecho-para incorporarse a un espacio público que la recibe con las mismas escalas valorativas, fundamentalmente como un ser débil a quien hay que proteger, y por esta razón se le permite abusar de ellas.

Si observamos ciertos sectores de la industria en nuestro país la mano de obra es fundamentalmente femenina, tenemos a las costureras en la industria textil, a la del calzado, en líneas generales vinculadas a toda aquella actividad que no requiera fuerza física. Es claro que representa una mano de obra barata y una posibilidad de subordinación más alta que la del hombre. El discurso empresarial a todo nivel, que la mujer es mas responsable, más honesta, más cumplidora, más respetuosa, no es otra cosa que la evidencia de una representación social que ubica a la mujer en una condición de desventaja laboral.

Mientras al hombre se le reconocen calidades de ser deshonesto, irresponsable, perezoso, borracho y poco productivo, entonces se le acepta bajo ese esquema de condiciones, a la mujer se le esta vendiendo la idea de

que ella es mejor que el hombre en esos puntos, pero el problema es que debe demostrarlo.

Cuando a nuestras profesionales recién egresadas de las universidades, se les ofrece un puesto de trabajo, en la entrevista frecuentemente se escuchan esas escalofriantes palabras: "hemos decidido que sea una mujer la que ocupe el cargo, por su responsabilidad, honestidad, respeto etc..." finalmente si se mira el trasfondo de la motivación de esa contratación, es porque la mujer ofrece mayores posibilidades de subordinación.

Lo peor de esto, es que la mujer cree que lo que el mercado laboral pregona de ella es cierto y bajo esta concepción acepta un menor salario que el del hombre, una jornada laboral indefinida y siempre una mayor carga, porque finalmente es más eficiente.

Muchas mujeres cuando se han socializado estas conclusiones saltan de sus sillas y manifiestan que es todo lo contrario, que precisamente es la presión de su incursión en el mercado laboral la que ha hecho que los hombres creen y recreen un discurso en el cual las tilden de "regaladas laborales" pero que simplemente ello obedece a razones de desplazamiento. Si se quiere, este también un punto definido por las relaciones de mercado, se quiere que se piense eso.

Siendo pragmáticos, veamos la realidad para concluir este breve comentario, cuantas mujeres están ocupando cargos de obreras en la industria manufacturera y en todo el sector primario donde la necesidad es la destreza o las manufacturas que no requieran de fuerza física. Igualmente cuantos cargos directivos de alto nivel están ocupados en el sector privado por mujeres en proporción a los ocupados por hombres. Sin adentrarnos en planteamientos metodológicos complicados hagamos simplemente un ejercicio de observación en cualquier empresa o fabrica. No lo hagamos en sector público, porque recordemos que allí hay una ley que obliga al nombramiento de un 30% de mujeres en los cargos del Estado.

Resulta tan evidente esa discriminación laboral, que hubo la necesidad de proferir una Ley para que las mujeres pudieran acceder a ciertos niveles de la vida pública nacional. En otro ejercicio de observación, revisen hasta la constitución de 1991 y hasta la promulgación de la ley que se menciona, cuantas mujeres había en las altas cortes, en el consejo de Estado, en los Ministerios, en la Presidencia de la República, cuantas mujeres han sido gerentes del Banco de la República, Fiscal General de la Nación, Procurador, Defensor del pueblo, Contadora General, Contralor General, etc.

Si nos detenemos en este punto, uno de los factores más fuertes que inciden en la construcción del imaginario colectivo de una comunidad, son sus creencias y más concretamente sus creencias religiosas. Y aquí a las mujeres si les he ido pésimo, en el mundo occidental cristiano, que es el que nos corresponde, la mujer a jugado un papel muy secundario. Siempre los profetas fueron hombres, dios es al parecer hombre, el hijo de dios es un hombre y nació de una mujer, que finalmente no era cualquier mujer, porque no lo parió.

La iglesia cristiana a lo largo de sus 2005 años de historia desde el posible nacimiento de Jesús, ha visto a la mujer con un ser que no es protagonista de la historia del cristianismo. A las mujeres se les encierra en conventos para que vivan y mueran en oración y le solucionen ciertos problemas humanos a los sacerdotes. La Iglesia católica, que es la de mayor influencia social en Colombia, ha negado a pie juntillas la posibilidad de que la mujer acceda a un plano de igualdad. Y es que se parte de un problema muy complejo, " la mujer es el pecado", fue precisamente Eva la que nos daño todo lo que iba hacer este paraíso terrenal. En la mujer el hombre tiene la tentación de la carne y la proximidad del infierno.

En nuestro medio la mujer nace con la culpa de haber sido mujer, cuantas parejas desean "el varoncito" y preciso nace una niña. Cual es el cuestionamiento que se hace esa pareja y sobre todo la mujer madre de ese nacimiento. Existe una negación al rechazo y socialmente se da una justificación de las bondades de que hubiera sido una mujer y no un varón, pero siempre permanece el deseo del nacimiento del hombre. Observamos ciertas familias donde curiosamente las tres hijas mayores eran mujeres y el cuarto hijo un hombre, cuando se le preguntó a la madre y al padre, cuantos hijos habían planeado tener, señalaron que dos. Una respuesta curiosa, pero previsible del padre fue,: "había que buscar el varón". Bajo el mismo punto de observación se encontraron parejas donde hay dos hijos varones. La pregunta fue la misma cuantos hijos planearon ustedes tener: y la respuesta fue la misma: "dos".

Hablando con abuelos miembros de estos grupos familiares, se encontraron respuestas, como que no se siente la misma alegría cuando nace un varón que cuando nace una niña, sobre todo cuando es el primer hijo. Extrañamente la percepción de la madre –obviamente mujer - es la misma, pero sería extraña si no se interpretara que su percepción del mundo esta determinada en gran medida por el imaginario inconsciente social.

En este orden, la observación que se adelantó en este grupo humano confirmó

la hipótesis que en el maltrato doméstico o intrafamiliar los patrones de comportamiento llevan una pesada carga histórica enquistada en el imaginario inconsciente colectivo, pautas de maltrato o tolerancia que sería imposible entrar a determinar como fenómenos individuales, ya que obedecen precisamente a procesos históricos de mayor complejidad.

Tenemos una variable que considerar al momento de establecer cualquier conclusión sobre el tema, y es que existen patrones de maltrato que la mujer tolera, frente a ella y frente a sus crios.

Es pertinente hacer un paréntesis para volver una situación que frente a esta variable sonara algo extraña, alguna vez escuchando un programa de reportes científicos en una emisora cultural de la Universidad Industrial de Santander, encontramos uno en el cual se señalaban unos resultados de una antropóloga norteamericana, no estoy muy seguro pero se registraba de la Universidad de California, en el cual ella señalaba como llegaba a la conclusión en la cual las mujeres poseían una base de comportamiento inconsciente muy semejante al de otros mamíferos mayores, estudio el comportamiento de la hembra al escoger macho y encontró que en la mayoría de la especies la hembra demostraba mayor aceptación frente a machos que en su piel tuvieran cicatrices. Esta científica elaboró un estudio comparativo con la especie humana y encontró que frente a un grupo definido de mujeres existía mayor receptividad frente a hombres que demostraran cierto grado de agresividad en sus comportamientos. Lo que podríamos llamar "mundo", que hubieran vivido, experimentado, arriesgado etc... La conclusión a la que llega esta antropóloga es que la hembra de las especies de mamíferos tenía ese comportamiento de aceptación de macho cicatrizado porque en su imaginario inconsciente animal eso demostraba que había estado en peleas con otros machos u otros animales, y lo más importante, que había sobrevivido a las mismas. Esta escogencia se motivaba en un sentimiento de seguridad frente a sus crias, es decir, ese macho sobreviviente significaba para la hembra una garantía de vida y seguridad. Este mismo planteamiento lo hace frente al grupo de mujeres, explica que las mujeres estudiadas, en su mayoría, escogieron al hombre de las características anotadas porque en su imaginario inconsciente les representaba seguridad. Una psicóloga que hacia de interlocutora, hizo, no se si de manera acertada el siguiente comentario, "cuantas veces nosotros no vemos como nuestras mujeres se jactan, entre el horror y el placer, que sus hombre las hayan defendido a puños o de manera violenta." Cuando el hombre hace demostraciones ostensibles de macho dominante ante terceras personas, la aceptación de esas conductas es evidente en las mujeres, aunque socialmente las rechacen.

No quiere significar lo anterior que a la mujer le guste que la maltraten, todo lo contrario rechaza socialmente el maltrato de ella y de sus crias, pero acepta la posibilidad de la violencia del macho, porque lo entiende "macho dominante".

Aquí debemos hacer un alto, para retomar el asunto central inicial que nos llevo a todas estas conjeturas, y es el de los acuerdos, pero resulta importante aclarar este punto del imaginario inconsciente colectivo para poder entender cual es el sistema de acuerdos sobre el cual se sustenta la familia como sistema de relaciones.

Decíamos que la pareja adopta una serie infinita de acuerdos, pero que quizá el primero es ir a convivir, convivencia que se acuerda bajo unas precisas condiciones. Lo primero "el que se casa busca casa" , por regla general la pareja sabe (inconsciente colectivo) que no puede seguir viviendo en su hogar paterno o por lo menos en su lugar de soltero, muchas veces por meras cuestiones de espacio físico. Si observamos ese acuerdo desde un primer instante, existe una determinación en que eso debe definirlo el hombre. Hay que buscar donde vivir, la pareja visita muchos lugares y se precipitan acuerdos, pero no todos.

Una de las cuestiones más complejas en la definición de acuerdos familiares tiene que ver con los aspectos económicos, quien paga que? Al principio no se evidencia el desacuerdo, pero esta indefinición sobre lo básico va minando de forma paulatina la relación. Y entonces la mujer le dice a su amiga, que ella no esperaba tanta carga económica, o por lo menos lo piensa. Esto es mucho más complicado cuando no se verbaliza, no se habla, no se expresa, porque va generando una acumulación de presión. Este ámbito de tolerancia humana es como una olla de presión, usted puede llevarla a los limites, pero si no se detiene se estalla.

Quien paga que?. Es una de las circunstancias de mayor indefinición observadas, cuando la relación trascurre, cada quien asume un juego de roles definido, o desempleados en el rebusque, o los ejecutivos sin tiempo para el tiempo, o la ama de casa y el ejecutivo o viceversa, etc... en fin cada quien asume su papel en esa relación de convivencia, papeles que en la mayoría de los casos no fueron acorados por la pareja sino que surgieron por la necesidad o por la comodidad.

Cuando las relaciones mínimas no se definen en acuerdos, aparecen desacuerdos, - yo me case pensando que usted...- volviendo a la palabrería popular recordemos que se dice en la calle " que los pequeños defectos del noviazgo, son los grandes e insoportables defectos de la convivencia -, y no

es que las personas cambien, lo que cambia es el tipo de relación. Mientras en el noviazgo los acuerdos son sutiles, fantasiosos, en ocasiones irreales – te amare para siempre -, en la convivencia la cuestión es más pragmática, se convive y se tiene que definir el asunto, si me va a querer toda la vida, entonces empiece a demostrarlo, porque sino es aquí y ahora, entonces donde y cuando?.

Casi en ningún caso la pareja, de las observadas, señaló acuerdos de convivencia sobre los hijos, si los iban a tener, cuantos, como, quien, etc... los hijos vinieron porque se dio la situación y punto – quede embarazada - no se plantea – decidimos que quedara embarazada -. Bueno finalmente el tenerlos puede ser una situación vinculada a los acuerdos indefinidos que se suplen con las representaciones sociales sobre el asunto - uno se casa para tener hijos -

Sobre los hijos existen multiplicidad de acuerdos que deben ser percibidos por la pareja, por ejemplo, que valores le vamos a entregar a ese menor, quien lo va a cuidar, cuanto tiempo real le vamos a dedicar, que educación le vamos a dar, como lo vamos a alimentar etc. Esto para que cuando estos bellos angelitos crezcan y se nos vuelvan adolescentes no se nos conviertan en pequeños o grandes demonios imposibles de comprender y generadores de conflicto.

Muchas de las personas entrevistadas, con conflicto con adolescentes, manifestaban su absoluta impotencia para enfrentar la problemática definida por los psicólogos como falta de comunicación. Decía una madre que padecía un problema muy serio de un hijo adolescente de 13 años – cuando hablo con mi hijo me parece estar ante un extraño.- y lo más probable es que sí.

Cuando los padres no generan acuerdos sobre lo fundamental, de cómo, que, quien, donde, etc.. va a hacerse cargo de sus hijos. Pero no de la alimentación o gastos de educación, sino de que valores, principios y patrones de reconocimiento va a tener su hijo, pues ese niño, créanlo, no va a quedarse esperando, dos o tres años, a que sus padres lo hagan o por lo menos se den cuenta de esa necesidad vital del desarrollo, ese niño crece y adopta valores de la empleada de servicio de la casa, de las profesoras a quienes conoce y se relaciona desde los 3 meses de haber nacido, de los amigos, de las mamás de los amigos, de todo el mundo menos de los padres, y ese niño se vuelve hombre y a los trece años, los padres se encuentran con ese sujeto a quien realmente no conocen y tratan de que después de ese tiempo se adapte y acepte unos valores y patrones de referencia que no conoce y con

los que no lo formaron. Necesariamente este referente demostró una base de conflicto muy serio en el entorno intrafamiliar.

Las parejas no son muy conscientes del sistema de acuerdos, ni mucho menos de las consecuencias de no definir lo fundamental en ese sistema de relaciones llamado convivencia, dejarlo todo al plano de las representaciones sociales o a las indefiniciones generalmente, demostró en el proceso de observación, que llevaba a una gran acumulación de presión familiar que terminaba en actos de maltrato.

El comienzo del maltrato.

Parece una verdad de Perogrullo, que el problema de la violencia doméstica está sobre diagnosticada desde casi la totalidad de disciplinas vinculadas a las ciencias humanas, desde abogados a psicólogos, los expertos pululan en los foros donde casi siempre se llega a la misma conclusión: en Colombia existe una porcentaje significativo de violencia doméstica, algunos más arriesgados afirman que el problema de la violencia en nuestro país tiene origen en el maltrato doméstico.[7]

En este trabajo se identificaron algunas de las incontables causas generadoras de la violencia intrafamiliar, pero se encontró un factor común vinculado a procesos complejos de estructuras psico sociales.

Se evidenció en nuestras familias un claro esquema de estructuras de poder,[8] donde se percibe un extremo dominante y otro extremo que obedece.

Igualmente, observamos como entre mayor grado de escolaridad y mayores controles primarios de comportamiento existan (familia, iglesia, grupo etc) la violencia se torna de diferentes tonalidades, no solo desde lo cualitativo, sino además desde lo cuantitativo.

En los estratos más bajos, 1, 2 y 3 a donde pertenecían la mayorías de los grupos familiares observados, se percibió un comportamiento reiterativo de violencia física y sexual evidente. Sujetos mal tratantes, que fundamentalmente buscan escudar otros comportamientos en una acción agresiva.

En este tipo de relaciones psico sociales, no solo se involucra afectividad, sino que además se evidencia una clara connotación económica de clase marcada por la exclusión y la marginalidad. Encontramos machos frustrados socialmente por la exclusión y la desigualdad que encuentran en su familia

un contexto de compensación. La violencia se torna en el mecanismo de desfogue de la represión a que son sometidos en su trabajo o en su grupo. Desempleados desesperados que se sienten víctimas del sistema y que compensan ese desequilibrio en un acto violento, hay una profunda carga emotiva que genera un impulso inconsciente e incontrolado de reprimir al más débil al más vulnerable.

No olvidemos que este sujeto se ha criado en una sociedad donde se perfila el macho dominante como símbolo de poder, este sujeto no tiene la posibilidad material de representar socialmente este paradigma y frustra su deseo de poder bajo una fuerte represión consciente. Odia a su patrón de quien siente que lo explota, pero debe tolerarlo porque de el depende económicamente, odia al tendero, de quien sabe que lo roba en sus cuentas quincenales y que cada vez que no puede pagarle le suspende el crédito, pero lo tolera reprimiendo el odio porque sabe que de él depende el tener la posibilidad de alimentar a su familia.

Los medios de comunicación le muestran la llamada "gente linda"[9] a quienes venera porque en las novelas sublima sus frustraciones, se identifica con ellos y con sus motivos, pero finalmente descubre que es una ilusión que desaparece con el último capitulo.

Con esta situación lo que se evidenció es que la violencia intrafamiliar no tiene una única causa y que la complejidad de su origen, están compleja como sus efectos; por esta razón solo referenciamos en este trabajo las causas que se evidenciaron en los grupos familiares observados e intervenidos.

El Roll del Macho.

El roll de la víctima.

La mujer posesiva.

El hombre posesivo.

Los hijos en la mitad de la guerra.

Los acuerdos rotos.

Acercamiento al concepto de violencia imperceptible – víctimas invisibles -

Apartándonos momentáneamente del proceso de observación tenemos que realmente no existe un concepto que articule el fenómeno de la violencia intrafamiliar imperceptible, sólo existen conceptos generales de lo que

constituye la violencia intrafamiliar muy vinculados al plano de la violencia física o psíquica de daño evidente. Uno de los objetivos de este trabajo es construir, desde la deducción, un concepto que explique el fenómeno de la violencia imperceptible; construcción que partirá necesariamente de los conceptos de violencia, maltrato y ultraje que se han venido trabajando hasta este momento, los cuales son:

Maltrato físico: constituido por la violencia física los actos de fuerza material que, ejecutados sobre el cuerpo ofendido, anulan superan o vencen la resistencia.

Maltrato psíquico: Entendiéndose por éste como el ejercido a través de hechos o mecanismos que afectan la salud mental y la estabilidad emocional. Se refiere a todo tipo de agresión, a la vida afectiva del individuo, lo cual genera múltiples conflictos, frustraciones y traumas de orden emocional en forma temporal o permanente. Este maltrato psicológico se produce como resultado de relaciones intrafamiliares inequitativas, en la que uno de los agresores intenta desconocer los valores personales y derechos afectivos de otros miembros de la familia.

Maltrato Sexual: Relacionado con comportamientos y actitudes que atentan contra la dignidad y la libertad sexual utilizando la fuerza y menoscabando la honra y la dignidad de la persona.

Como puede verse en esta breve referencia el marco conceptual de la violencia intrafamiliar esta referido al resultado, más no a la causa, ni al comportamiento violento, la construcción que se pretende es precisamente, desde estos conceptos elaborar una conjetura lógica con vigencia y eficacia histórica de lo que constituye la conducta de violencia imperceptible, no desde el resultado, sino en la perspectiva del comportamiento violento.

La jurisprudencia constitucional he definido la familia y el tratamiento del problema de la violencia intrafamiliar con un postulado meramente enunciativo que se concretiza en el entendimiento de que la institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar. De ahí que corresponda a las autoridades intervenir en la relaciones familiares, no con el fin de fijar criterios de comportamiento, lo cual pertenece a la órbita del derecho a la intimidad, sino para propiciar la armonía y la paz familiar, impidiendo cualquier amenaza o violación a los derechos fundamentales de sus integrantes. El legislador ha creado un sistema normativo cuyo propósito radica en prevenir, corregir y sancionar la violencia intrafamiliar, a través de medidas pedagógicas, protectoras y sancionadoras que permiten a las

personas solucionar sus desavenencias familiares por medios civilizados como el diálogo concertado, la conciliación y, en fin, otros medios judiciales, proscribiendo cualquier comportamiento agresivo o violento. Este razonamiento se halla contenido en un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Acerca de la propuesta de un espacio de solución de conflictos desde la construcción social participativa.

Sin pretender un alejamiento de la marcada influencia que puede pesar sobre estas conjeturas, dado el profundo conflicto bélico que históricamente atraviesa Colombia, se ha pretendido, a través de este proceso investigativo, desde lo cualitativo, un acercamiento a la comprensión de una alternativa valida referente a la construcción de un espacio, no institucional, de manejo, gestión y solución de conflictos, tomando como punto de partida el espacio intrafamiliar.

En el trabajo que de operador de justicia, ya sea en el campo penal, civil o de familia, se encuentra desde un comienzo, como la institucionalidad se esfuerza por dar soluciones normativas y puramente formales, a procesos conflictuales que jamás logran resolverse proyectándose posteriormente en formas sublimadas de violencia social.

Piénsese, un poco en el plano de la pura cotidianidad y el sentido común, qué ocurre cuando un conflicto familiar no se resuelve, de una u otra forma? La respuesta parece ser obvia, aparecen reproducidas otras formas de violencia social, donde se ha desdoblado toda esa violencia represada en las relaciones sociales mínimas familiares. No se puede pretender combatir el fenómeno de la delincuencia, por ejemplo, cuando no se ha resuelto, y ni siquiera atendido, el maltrato infantil o el maltrato de sectores segregados o sometidos históricamente. Se estaría frente a la hipótesis según la cual, el Estado ha entendido de forma equivocada el problema, tratando de reeducar, resocializar, rehabilitar al hombre, cuando precisamente el mismo Estado se ha mostrado indiferente frente a la irracional violencia ejercitada contra la niñez. No debe olvidarse que la civilidad de una sociedad puede medirse cualitativamente observando la forma como ésta trata a sus niños y sus ancianos, ello posee una significación directamente proporcional al campo de la construcción de la valoración social.

En los primeros acercamientos al contexto social, se encontró una sociedad frustrada; una sociedad que no vislumbra una luz en la profundidad de sus más elementales conflictos. Se ha partido en esta aventura de conflictos sociales básicos, es decir, de lo intrafamiliar.

Cuando se acude a la institucionalidad y más aún al aparato judicial para que éste solucione un problema de la unidad doméstica, quiere decir en principio, que se han agotado todas las opciones, que los espacios se han cerrado y que antes de que ocurra un agravamiento peligroso del conflicto hay que acudir a un tercero revestido de alguna autoridad civil para que intervenga, y fundado en ese rol recree los espacios de participación y dialogo.

Si bien la estructura familiar, no obedece claramente al concepto de organización, es evidente que en su constitución aparecen como presupuestos los acuerdos conversacionales, tanto de primer como de segundo orden. "Con los primer orden se realizan acciones, con los de segundo se posibilita la existencia misma de la institución"[10].

En la misma conformación de la familia, aparece el primer acuerdo conversacional de segundo orden, y es cuando una mujer y un hombre negocian la posibilidad de una vida en común, ir a vivir juntos bajo un mismo techo, compartir los gastos de ese nuevo hogar, procrear hijos y crear lazos de solidaridad real entre sí. Estos acuerdos están vinculados en este caso a una compleja construcción histórico-cultural vinculada en este caso, muy estrechamente a concepciones religiosas; pero estos acuerdos expresos o tácitos están allí, como realidades o como representaciones sociales en términos de Durkheim[11]. Independientemente si existe o no unión matrimonial, cuando una pareja decide conformar una familia asume una serie de acuerdos culturales, que llevan incita la heterosexualidad y la monogamia.

Véase como de esa construcción monogámica de la familia aparecen acuerdos vinculados a la fidelidad de la pareja, es decir, uno y otro tácitamente aceptan y acuerdan que constituida la familia no podrá constituirse otro tipo de vinculaciones sexuales o afectivas.

Existe multiplicidad, y si se quiere infinidad, de acuerdos fundados en las representaciones sociales y es allí donde esta el meollo del asunto: ¿Qué ocurre cuando, por una u otra circunstancia, se empiezan a incumplir esos acuerdos conversacionales? Es evidente que la organización familiar entra en crisis, se derrumba y en muchos casos se destruye.

Nótese que es precisamente en este instante, donde los procesos de violencia empiezan a tener un campo fértil. Usualmente cuando se empiezan a incumplir los acuerdos al interior de la pareja que integra la familia, se empiezan igualmente a restringir los espacios de convivencia. Si la mujer o el hombre es infiel, regularmente empieza a cerrar las posibilidades de ser descubierto y con ello restringe los espacios comunes de la pareja y crea unos nuevos perfectamente diseñados para lograr salir airoso(a) de su aventura. Aquí se presenta un cambio cuantitativo que proyecta un cambio cualitativo y obviamente aparece la crisis. Importante resulta aclarar que cuando se hace referencia a crisis de la institución familiar no se esta aludiendo a la afectividad, sino a lo organizacional y relacional. Fíjense que el incumplimiento de este acuerdo de segundo orden inmediatamente afecta los rolles, luego entonces, la propuesta de investigación se refiere precisamente a como construir un espacio comunitario donde este grupo de personas encuentren una posibilidad alternativa de reconstruir sus acuerdos o en últimas de solucionar o manejar el problema desde un espacio que no articule la violencia física o psicológica.

El conflicto como sentido de la acción violenta.

La noción de conflicto es clave y eje central del pensamiento de la sicología Social. El conflicto es inherente a la interacción humana. Conflictos entre los hombres. Conflictos en y entre las áreas y ámbitos en los que se desarrolla la vida cotidiana de los seres humanos (individuos, grupos, instituciones, comunidades. La resolución de los conflictos se refiere tanto a la superación de los obstáculos que se presentan como a los procesos que implican los caminos que conducen a la satisfacción de las necesidades: los acuerdos y desacuerdos, los encuentros y desencuentros, las tareas complementarias, las diferencias y los juegos de poder, las coincidencias y los objetivos en común, etc.

Cuando se habla de conflicto en sicología Social se hace la referencia al amplio espectro que en la interacción e interrelación humana va desde situaciones y cuestiones que se elaboran con cierta rapidez, casi sin "problema" (aun cuando toda satisfacción de necesidades es búsqueda, mediatez, y por lo tanto es problema), hasta situaciones complejas que derivan en complicaciones, antagonismos, llegando a veces a estereotipias, rigideces o cristalizaciones, cuya posibilidad de resolución requiere la consulta o intervención de operadores (terceros) que aporten elementos o instrumentos eficaces para la superación del conflicto. En este último caso nos estamos refiriendo a situaciones enmarcadas en lo que Pichón-Riviére[12] señalaría como adaptación pasiva a la realidad.

Dicho de otro modo, conflicto alude al motor vital del acontecer humano tanto en el sentido de la adaptación activa como pasiva a la realidad y es una noción clave para cualquier operador en salud preocupado por los conceptos y criterios que direccionan su accionar, tanto desde el punto de vista de la Prevención (y sus distintas formas) como de la Promoción de Salud.

Hablar sobre la noción de conflicto nos remite a un tema que en estos últimos tiempos esta teniendo auge: Mediación. La práctica de la mediación está comenzando paulatinamente a extenderse en nuestro país (especialmente en ámbitos judiciales y de terapia familiar, y diversas organizaciones.)

Uno de los diversos motivos que acerca a estos roles es la noción de conflicto: para la Mediación también esta es clave y eje de su teoría y metodología. Sicología Social y Mediación actúan con relación a conflictos interacciónales procurando la búsqueda de las resoluciones, una y otra requieren operadores formados en temáticas que hacen a la comprensión de la conducta humana para poder actuar sobre ella. Esto significa no solo lo actitudinal del operador. Sobre este último punto las Escuelas de sicología Social orientadas según la línea y el pensamiento del Dr. Enrique Pichón-Riviére[13] tienen vasta experiencia. Dentro de las líneas existentes en Mediación, la que posiblemente enfatiza mas en lo actitudinal y en la comprensión psicológica es la que propone Sara Cobb[14] que desde hace muchos años trabaja en Estados Unidos con un modelo denominado "circular".

Para Sara Cobb[15], mediar no es arbitrar u «ordenar» entre las partes en conflicto sino ingresar a un sistema (con «tercero» incluido) de búsqueda de acuerdos mínimos, en el cual se transparente un meta-sistema: la aprehensión de los mecanismos que permiten la salida o el logro de esos acuerdos. Donde si bien importa el logro de los acuerdos, también importa el protagonismo de las partes, y el logro de un aprendizaje mas profundo que es el que las partes obtengan recursos para aprender a resolver conflictos (deutero-aprendizaje). Si tuviéramos que pensar articulaciones con la sicología Social podríamos hacerlo con la tarea del psicólogo social cuando coopera (co-piensa) para que las situaciones dilemáticas devengan problemáticas. Mediador y psicólogo social no solucionan «en el lugar de» sino que se posicionan en la intervención (etimológicamente un venir entre) para que los polos (o partes) que configuran la tensión de los conflictos se dialecticen, dialoguen construyendo una nueva Narrativa (Mediación) o Novela (sicología Social).

Pero, si se afirma que el conflicto es motor vital en la vida cotidiana porque la satisfacción de necesidades es siempre búsqueda y mediatez, y por lo tanto

problemática, generadora de tensión, ¿significa esto que siempre se necesitará de terceros, de operadores, de mediadores, de psicólogos sociales, de terapeutas, etc., para andar por la vida? ¿Cómo responder esta pregunta? Ello remite a las concepciones, ideologías, mas profundas de nuestra existencia, a nuestras filosofías de vida en general y en particular a como pensamos la salud y la salud mental .

El conflicto del conflicto es quizás que alcanza a visualizarse cuando no queda mas "remedio" que reconocerlo como tal. El conflicto es asociado a la enfermedad, a lo que no "debería ser" o "estar", a lo que hay que "suprimir", a lo que hay que curar. Es evidente que la educación está atravesada por un modelo médico hegemónico que se nos impone en la interioridad: síntoma-enfermedad-remedio-cura. Se ha aprendido poco a prevenir, a fortalecer y enriquecer los potenciales para mejorarlos porque se tiende a creer que lo conflictivo es solo cuando no nos entendemos o malentendemos con los otros. De la simple lectura esto puede resultar una mezcolanza. Esta mezcla tiene un sentido: la interacción y vinculación con los otros esta asociada a cómo nos vinculamos con nosotros mismos (intra e ínter subjetividad), somos cuerpo y conducta (la "y" es de integración y no de disociación. Y una idea acerca del conflicto diferente a la que utilizamos cotidianamente.

E. De Bono considera que el problema del conflicto no se encuentra en el conflicto mismo, sino en las creencias de las personas, dice al respecto:

"Las creencias son muy difíciles de erradicar o alterar. A menudo las personas prefieren mantener una creencia y no aceptar la evidencia de sus sentidos. El conflicto surge cuando un sistema de creencias cree que los valores que del se desprenden deben ser aplicados en todas partes y adopta como misión hacer que esto suceda".[16]

Y lo más interesante de este autor es su propuesta de dos neologismos. De-conflicción: sería la disipación o eliminación de los fundamentos de los conflictos. Y la conflicción: sería establecer, estimular y promover el conflicto. Si pensáramos un sentido mas restringido de la noción de conflicto podríamos decir que conflicto es un choque de creencias o valores o intereses o direcciones. En este caso la conflicción estaría ligada a todo aquello que precede a ese choque pero no en una "espontaneidad" del mismo sino a un proceso deliberado en el que se "construye" el conflicto. La de-confliccion sería la tarea de desarticulación de los elementos precedentes (fundamentos incluidos) que generan el choque para derivarlos, ya no a una negociación o acuerdo o resolución, sino a un proyecto que trasciende hacia una alternativa

o perspectiva nueva y diferente. De Bono[17], precisamente, habla de proyectos como la mejor manera de resolver conflictos.

La tarea de desarticulación como de proyecto, sin embargo, no es una tarea simple, alude a una complejidad de aspectos. Un "choque" conflictivo no se produce solamente por diferencias de intereses, sino también porque estas diferencias son consideradas significativas, y para que sean consideradas de esta manera requiere, según lo expresa Sara Cobb, de un consenso que es construido por instituciones y grupos y por lo tanto son resultado de procesos sociales. Según dicha autora "los conflictos deben ser entendidos como un fenómeno discursivo, un proceso que involucra la interacción de historias, una interacción que acaba por ser rotulada como problemática por el sistema en el interior del cual estas historias son contadas", pero y además los conflictos son definidos como tal "por el sistema en cuyo interior son observados". Los profesionales de la práctica de resolución de los conflictos que ellos median; están, mas bien, activa y paradójicamente involucrados en la construcción del conflicto como tal". [18]

A modo de ejemplo: un proceso de mediación puede comenzar con el "aparente" simple choque de intereses de dos vecinos en conflicto por la medianera de sus casas para llegar a un trasfondo de base que quizás no era visible, como podría ser una problemática de discriminación racial o religiosa, que posiciona a las partes en actitudes "irreconciliables" (Intereses individuales atravesados o "sobrecargados" con ideologías producto de procesos sociales). La intervención del operador no puede prescindir de una revisión de como en el proceso pueden ponerse en juego sus propios aspectos discriminadores o prejuiciosos. Las decisiones para un "acuerdo mínimo" van mas allá del discurso de derechos que puede amparar a cada una de las partes, sino que han ingresado en un sistema más complejo, más amplio, de fuerte incidencia en el discurso que obstaculiza la posibilidad de un acuerdo inmediato, ya que las partes consideran cada cual lógica y legítima su posición (inclusive el logro de un acuerdo no significa necesariamente resolución del conflicto). La tarea de conflicción, deconflicción y proyecto se ubicaría no tanto en la medianera en si (y las cuestiones formales-legales que le corresponden) sino en la "legitimidad" de las posiciones de las partes, en las intenciones, en los valores puestos en juego, en el proceso que derivo en el conflicto y en el juego de las "identificaciones" (circularización). En otras palabras: en la posibilidad de las partes de comprender lo "depositado" en la medianera que genere un cambio hacia una "historia" alternativa.

Para finalizar este punto, algunas consideraciones:

a) Se pretende el acercamiento a la noción de conflicto para abrirlo antes que para agotarlo.

b) Este acercamiento intenta ser el punto de partida para otro acercamiento que me resulta más importante: El de la sicología Social y la Mediación institucional. Sería necesario avanzar en la investigación y profundización de la multiplicidad de adecuaciones, articulaciones, conceptos de encuentro y desencuentro de ambas disciplinas, tanto en sus aspectos teóricos como metodológicos y prácticos.

c) La propuesta establece que la investigación y profundización acompañen una mayor extensión de la práctica de la Mediación: Que ésta no quede reducida tan solo a los ámbitos judiciales y terapéuticos y su sistematización en los mismos sino que se abra a ámbitos institucionales (oficiales, empresariales, comunitarios, etc.) en donde existen necesidades de mediación en conflictos y también "mediadores" que trabajan muchas veces más por intuición que por formación (sin descalificar la intuición sino con la intención de señalar que formarse es un modo de afirmarse en conocimientos que ya se tienen por prácticas o experiencias realizadas.)

Para comprender la acción violenta, que en realidad es siempre parte de una corriente de acciones materiales y discursivas, hay que poseer un nivel aproximativo mínimo a los goznes sobre los que sustenta la configuración de su sentido, debe atenderse a las condiciones que posibilitan su configuración característica y que los agentes dan por establecidas y asumidas. Es evidente que el proyecto de investigación en esta pretensión girara en torno a una base epistemológica, Teóricamente busca con el trabajo estructurar una mejor conceptualización para un plano de comprensión del sentido de la acción violenta.

FUENTES CONSULTADAS.

ADORNO, Theodor W. Introducción a la sociología.BARCELONA 1996.

AGUIRRE, Eduardo. Enfoques teóricos Contemporáneos en Psicología. Unisur. Santa fe de Bogotá 1996.

ARCILA RAMIREZ, Gonzalo. Introducción a la psicología. UNISUR. Santa Fe de Bogotá. 1995.

AUGË, Marc. El sentido de los otros. Paidós editorial. Barcelona 1995.

BENNET C. Community psychology. Boston University Press.

BOLAÑOS, Luis Antonio. Psicobiología. Unisur Santafe de Bogotá 1995.

BONILLA Castro, Elssy – Rodríguez Sehk, Penéolope. Más allá de los métodos. La investigación en

ciencias sociales. Norma Grupo editorial.1997.

CASA DE LA MUJER. La violencia: Lo impensable, lo impensado. Editorial Presencia Limitada, Bogotá 1990.

CASA DE LA MUJER. Violencia en la intimidad. Editorial Gente Nueva. Bogotá 1988.

CASTRO, María Clemencia – Dominguez María E. Psicología, Educación y Comunidad. Almudena Editores. Santafe de Bogotá 1995.

CINDE. Niñez y violencia. El caso colombiano.

CLASTRES, Pierre. Investigaciones en antropología política. Gedisa editorial. Barcelona 1980.

BOURDIEU. P ¿Qué significa hablar?. Economía de los intercambios

lingiuisticos. Madrid. Akal. 1985

COOB, Sara. Toward trasformatión in social Knowledge. New York. Springer- Verlag.

CORSI, Jorge. Violencia intrafamiliar. Padios. Buenos Aires, Barcelona, México 1995.

DE BONO, E. Citado por Berne, E Introducción al tratamiento de grupo. Barcelona. Grijalbo.1983.

DE ROUX, Gustavo. Ciudad y violencia en América Latina. Cuadernos de Salud y Desarrollo No.2 1994.

DREYFUS, H. Los tres ordenes. Tubinger.Morh.1991.

DELGADO, Juan Manuel – Gutierrez , Juan. Métodos y Técnicas Cualitativas de Investigación en Ciencias sociales. Sintesis psicología. Madrid 1995.

DUTTON, D. Profiling of wife assaulters: Preliminary evidence for a trimodal analysis. Violence and victims. vol. 3 No.1 1988.

DURKHEIM, Emilio. Las Reglas del Método Sociológico. Madrid. Akal. 1976.

ELSDTER, Jon. Justicia Local. Gedisa editorial. Barcelona 1998.

FALS BORDA, O.E & Rahman, M.A. Acción y conocimiento, como romper el mopolio con investigación acción participativa. Santa fe de Bogotá:Cinep. 1991.

FERICGLA. Josep. El sistema dinámico de la cultura y los diversos estados de la Mente Humana. Bases de un irracionalismo sistémico. Anthropos Editorial del Hombre. Barcelona 1989.

FERNANDEZ, Christlieb. La psicología Colectiva un fin de siglo más tarde. Anthropos editorial del hombre. Colegio de Michoacan. 1994.

FRANCO, Saúl. Violencia, derechos humanos y salud. Instituto de estudios humanos, Universidad Autónoma de México. 1992.

FRANCO,Saúl. La violencia, problemas y retos para la salud pública. Seminario regional de violencia para la mujer. OPS Managua. 1992.

FRAZER.James George. La Rama Dorada. Magia y Religión. Fondo De Cultura Económico. Santafé de Bogota 1987.

FUNKE, Gerhard. Fenomenología: ¿metafísica o método? Monte Avila Editores, Caracas Venezuela 1987.

FOUCAULT, M. Microfísica del poder. Madrid. La Piqueta. 1979

FUOCAULT, M. Tecnologías del yo y textos afines. Barcelona Piados. 1988

GARCIA RESTREPO, Luis E. El Desarrollo de los Conceptos Psicológicos. Editorial Limusa. Colombia 1996.

GIDDENS, Anthony. El Capitalismo y la moderna teoría social. Editorial Labora S.A. Barcelona 1985.

GIDNES, A. Modernity and Self Identity. Self and society in the Late Modern

Age. Oxford. Polity Press. 1992.

GONZALEZ Alcantud y González de Molina.La tierra Mitos, Ritos y Realidades. Anthropos. Diputación Provincial de Granada. 1992.

HERRERA, José Luis. ¿Qué es la violencia? Madrid, ediciones Zero 1971.

HUSSERL, Edmund. Invitación a la fenomenología. Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona 1992.

LACASA, Pilar _ Pérez López Concepción. La Psicología Hoy:?Organismos o Máquinas?. Cincel Editorial.Madrid 1987.

MALDONADO GOMEZ, María Cristina. Conflicto, poder y violencia familiar. Universidad del Valle. 1991.

MANTILLA, William. La Ciencia y el Científico.Unisur. 1995.

MEAD, Margaret. Cultura y Compromiso: estudio sobre la ruptura generacional. Gedisa editorial. Barcelona 1987.

MELICH, Joan Carles. Antropología Simbólica y acción educativa. Papeles de pedagogía. Paidós editorial.1998.

MONTERO, M. La Psicología Comunitaria: Orígenes, principios y fundamentos teóricos. Revista Latinoamericana de psicología, 1998.

NIETO,R.E. Psicología comunitaria. En Ardina R (Comp) Psicología en Colombia. Contexto social e histórico: Santa fe de Bogotá: Tercer Mundo.

PALACIO, María C. Condiciones socio culturales de la familia como escenario de violencia intrafamiliar. D.S.S.A. 1993.

PARDO Abril, Neyla Graciela. Introducción a la Semiótica. Signo y Cultura. UNISUR. Santa fe de Bogotá 1995.

PAREDES, Ligia Marina. Lenguaje y Cultura I. Unisur. Santa fe de Bogotá 1995.

PARK, P. Qué es la investigación acción participativa. Perspectivas teóricas y metodológicas. En Salazar M.C. Madrid. 1991.

PIERCE, Ch. La Ciencia de la Semiótica. Buenos Aires.Nueva Visión. 1974.

PICHON-RIEVERE, Enrique. El proceso creador. Buenos Aires Nueva Visión .

POPPER, Karl R. El Cuerpo y la Mente. Ediciones paidós. Universidad Autónoma de Barcelona. 1997.

PROFAMILIA. La violencia y los derechos humanos de la mujer. Pro familia. 1992.

QUIROZ ARANGO, Margarita. Maltrato al menor. Medellín. Universidad de Antioquia. 1989.

RIVERA – Medina, E & Serrano –García. El desarrollo de la psicología de la comunidad en América Latina. ITESO, México 1985.

ROMERO, María del Rosario. La paz empieza por casa....empieza la paz por casa! Fundación Mujer y Futuro. Bucaramanga 1996.

RUBIO, Ricardo. Textos Epistemológicos. Unisur. Santa fe de Bogotá 1997.

RUBIO, Ricardo. Desarrollo Evolutivo. UNISUR. Santa fe de Bogotá 1997.

SAN MARTIN, Javier. La fenomenología de Husserl como utopía de la razón. Editorial Anthropos. Barcelona 1987.

SANCHEZ, José – Rodríguez Caporalli Enrique. Individuo, Grupo y Representación Social. UNAD. Santa fe de Bogotá 1997.

SANDOVAL, Humberto. Geografía Humana. Unisur.santa fe de Bogotá 1995.

SANDOVAL, Humberto. De la Psicología: La Muerte del Centauro. Historia.

SEARLE, J. Actos de Habla. Madrid. Cátedra.

UNISUR. Santa Fe de Bogotá 1995.

SANDOVALI Barrera, Humberto. El Homo Machina. Epistemología de la Psicología. Unisur.Santafe de Bogotá 1995.

SCHUTZ, alfred. Luckmann, Thomas. Las estructuras del mundo de la vida. Amorrortu Editores. Buenos Aires 1973.

TODOROV, Tzvetan.Simbolismo e interpretación. Monte Avila Editores.Venezuela 1992.

WITTGENSTEIN, L. Tractaus Lógico-Philosophicus. New York.Humanities Press. 1961.

ZAMORA, Francisco – Génova, Ricard – Serrano, Pedro –Recaño, Joaquín. Demografía, análisis y proyectos. Editorial Síntesis. Madrid E.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Unidad de la Fiscalia en la seccional de Bucaramanga. Año 2004.

[2] DURKHEIM, Emilio. Las Reglas del Método Sociológico. Madrid. Akal. 1976

[3] Weber, M. Economía y sociedad. México F.C.E. Capitulo I 4 -7

[4] PACMAN, Marcelo. Metodología de las ciencias del comportamiento. Síntesis Psicológica Proyecto Editorial 1995.Madrid.

[5] GARCIA S. Fernando. análisis del trasfondo de la acción. Editorial Síntesis sa. 1995 Madrid.

[6] FREUD, S. "pegan a un niño" obras completas. Tomo IV. Pag.45 Buenos Aires Amorrotu.

[7] Es uno de los argumentos de la exposición de motivos de la Ley de violencia intrafamiliar (294-96).

[8] FOUCAULT, M. Microfísica del poder. Madrid. La piqueta.

[9] Termino utilizado por los medios de comunicación para identificar a un grupo de personas de su medio.

[10] AUSTIN, L. Cómo hacer cosas con palabras. Barcelona. Piados Ibérica.

[11] DURKHEIM, Emilio. Las Reglas del Método Sociológico. Madrid. Akal. 1976.

[12] PICHON-RIEVERE, Enrique. El proceso creador. Buenos Aires Nueva Visión .

[13] Op. Cit.

[14] COOB, Sara. Toward trasformatión in social Knowledge. New York. Springer- Verlag.

[15] Op. Cit.

[16] DE BONO, E. Citado por Berne, E Introducción al tratamiento de grupo. Barcelona. Grijalbo.1983.

[17] Op. Cit.

[18] Op. Cit.

La incidencia de la Constitución Política de 1991 en algunos Institutos Jurídicos del Derecho Procesal

Iván Santos Ballesteros

La incidencia de la Constitución Política de 1991 en algunos Institutos Jurídicos del Derecho Procesal

Iván Santos Ballesteros

LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 EN ALGUNOS INSTITUTOS JURÍDICOS DE DERECHO PROCESAL
AUTOR: IVÁN SANTOS BALLESTEROS
DIRECCIÓN: Facultad de derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 27 de 2005
DESCRIPTORES: Derecho procesal, civil, institutos jurídicos, principios, jurisdicción
RESUMEN: Análisis de los principios del Derecho procesal a la luz de la C.P. , clasificación de la jurisdicción en la C.P., los conflictos de competencia entre las ramas especializadas del derecho dentro de una misma jurisdicción y entre ramas de distintas jurisdicciones. Problemas jurídicos de la anterior clasificación con referencia a la incompetencia como causales de nulidad, nulidad saneable o insaneable. Diversos criterios para la solución de este problema.
KEY WORDS: Procedural law, legal institutes, principles, jurisdiction
ABSTRACT: Analysis of the principles of the procedural law to the light of the C.P., classification of the jurisdiction in the C.P., the conflicts of competition between the specialized branches of the right within a same jurisdiction and between branches of different jurisdictions. Legal problems of the previous classification in reference to the "incompetencia" like causal of invalidity, healable or invalidity. Diverse criteria for the solution of this problem.

1.1 Introducción

Como es sabido, la jurisdicción se concibe en sentido amplio cuando mira a su función de fuente formal del derecho (la ley, la costumbre y la jurisprudencia constituyen manifestaciones de ella), y en sentido estricto como función pública de administrar justicia que emana de la soberanía del estado y que se ejerce por un órgano especial.

En el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (jueces y magistrados), se encuentran investidas por razón de ellas, de cierto poderes que se comprenden en cuatro grupos, a saber: poder de decisión, poder de coerción, poder de documentación o investigación y poder de ejecución[1]

Aun cuando el ejercicio del poder o potestad jurisdiccional (la expresión potestad proviene del latín *potestas, -atis,* que significa dominio, poder, autoridad que se tiene sobre algo) se encuentra regulado en numerosas disposiciones legales, no debe perderse de vista que este se fundamenta en algunos principios constitucionales, los que sirven de guía en la interpretación de la ley, a la vez que constituyen un parámetro de constitucionalidad y un límite para

regular su ejercicio. Sólo se hará una breve referencia a aquellos que tienen relación con la organización jurisdiccional colombiana.

1.2 Principios Constitucionales del Derecho Procesal

1.2.1 Principio del interés público y general en el proceso[2]

El proceso, en cualquiera de sus clases, atendiendo al campo del derecho sobre el cual recae (civil, laboral, penal, contencioso administrativo, etc), no busca únicamente servir al individuo en la satisfacción de sus aspiraciones (interés particular del proceso) , sino además satisfacer el interés público y general en la realización del derecho mediante la actuación de la ley al caso controvertido o concreto, para el mantenimiento de la armonía y la paz sociales, la tutela de la libertad y la dignidad humanas. La suma de los intereses individuales conlleva al fin social del proceso.

1.2.2 Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional

Este principio encuentra su fundamento en los artículos 3º, 113 y 228 de la C.P..

La función jurisdiccional en Colombia se atribuye a la rama judicial, aunque no de manera exclusiva, por cuanto de conformidad con el inciso 3º. de artículo 113 de la C.P. "Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines", por lo que, excepcionalmente las ramas legislativa y ejecutiva, en ciertos casos, administran justicia. En efecto, el inciso 2º. del artículo 116 de la C.P. señala que el "Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales", norma que desarrolla el artículo 174 de la misma, donde se le asigna la función de conocer de las acusaciones que se formulen contra altos dignatarios del Estado, entre ellos contra el Presidente de la República. Igualmente los incisos 3º. y 4º. del artículo 116 mencionado, le atribuye funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas en materias precisas, como ocurre con las facultades otorgadas en el estatuto tributario (inciso 3º). Además, "Los particulares podrán ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley", señala el inciso 4º.

1.2.3 Principio de la independencia de la autoridad judicial

No basta la exclusividad de la función jurisdiccional. Requiere igualmente que sea independiente (las decisiones de la administración de justicia son

independientes, señala el artículo 230 de la C.P.). La rama judicial es órgano apolítico. La rama legislativa ejerce control político sobre la rama ejecutiva, más no sobre la rama judicial. La independencia judicial implica independencia de cualquier clase de subordinación jerárquica y de influencia política.

1.2.4 Principio de la imparcialidad de la autoridad judicial.

La función jurisdiccional debe ser exclusiva, independiente e igualmente imparcial.

Estos principios deben ser aplicados con todo el rigor para evitar la corrupción, en especial la política y la judicial.

En el estatuto procesal penal este principio se encuentra consagrado en su artículo 5º.

Son los mismos estatutos procesales los que se encargan de evitar fallos donde imperan estímulos egoístas. Los mecanismos idóneos para que el juez se libere de sus prejuicios personales y llegue a juzgar con imparcialidad se encuentran consagrados en los artículos 149 a 156 del C. de P.C. y 56 a 65 del C. de P.P., normas que regulan los impedimentos y recusaciones.

1.2.5 Principio de la supremacía constitucional o del imperio de la ley

"Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley", señala el artículo 230 de la C.P.

Este principio se integra con el artículo 4º. ibídem, al señalar que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Existen fenómenos que debilitan el principio del imperio de la ley en su expresión más concreta, a saber, el principio de legalidad. Son los casos de la existencia de organizaciones al margen de la ley que terminan por sustituir al Estado en una de sus funciones, como lo es, la de administrar justicia. Otra manifestación patológica de la quiebra de este principio está dada por la corrupción, la que va desde la comisión de delitos de cohecho y concusión, hasta la adulteración de documentos oficiales para provocar saqueos al erario, pasando por el terrorismo y la tortura estatal y la infiltración de dineros que provienen de actividades ilegales en las tesorerías de los partidos políticos y que al ganar las elecciones se convierten en sus voceros. Finalmente, este principio constitucional se empieza a violar desde el mismo parlamento, en el

momento en que sus miembros no legislan para el cumplimiento y desarrollo del mandato constitucional que mira a los derechos sociales, culturales, económicos y aún políticos que son propios de un Estado Social de Derecho[3]

Dentro del análisis del artículo 230 de la C.P. vale la pena señalar una novedad que trajo su inciso segundo al consagrar, con el título de criterios auxiliares de la actividad judicial, a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, lo que significa que estas instituciones dejaron de ser fuentes formales principales del derecho, en especial del derecho procesal, para asumir dicha calidad.

1.2.6 Principio del debido proceso o de la obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley procesal.

Como garantía constitucional, este principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la C.P. y lo regula el C. de P.C. en sus artículos 6º. (observancia de las normas procesales), 62 (irreversibilidad del proceso), 118 (perentoriedad de los términos y oportunidades procesales). Desde el punto de vista sustancial, este principio por su contenido se encuentra regulado en el artículo 4º. ibidem sobre interpretación de las normas procesales.

El C. de P.P. consagra este principio en su artículo 6º.

1.2.7 Principio del derecho de defensa o de la necesidad de oír a la persona contra la cual ha de surtirse la decisión

Este principio encuentra su fundamento en el artículo 29 de la C.P. al consagrar que nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las formas propias de cada juicio, es decir a la observancia de las diversas etapas procesales.

En el proceso penal se encuentra consagrado este principio en su artículo 6º.

El debido proceso, concebido como garantía esencial en el derecho penal humanitario, encuentra en el artículo 29 citado amplios alcances, entre otros, que su aplicación se extiende no solo a actuaciones judiciales, sino a las administrativas. Esta norma le otorga al sindicado ciertos derechos cuya violación genera nulidad de rango constitucional, como a la presunción de inocencia mientras no medie la declaración judicial de culpabilidad, a la defensa y asistencia de abogado designado por él o de oficio, a ser juzgado por la autoridad competente con sujeción a las normas propias del juicio, exento de dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se aduzcan en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, y a la aplicación de la ley penal permisiva o favorable con preferencia sobre la restrictiva o desfavorable.

La Corte Constitucional define el debido proceso como "El conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional o administrativa, cuando sea necesario definir situaciones controvertidas o declarar o aplicar el derecho en un caso concreto, o investigar y juzgar los hechos punibles" (sentencia C-214 de 1994).

1.2.8 Principio de la prevalencia del derecho sustancial

El artículo 228 de la C.P. consagra que "Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial".

Este principio debe entenderse en relación con el artículo 29 de la misma carta.

El juez al desplegar su labor debe hacerlo en consonancia con preceptos constitucionales pertinentes para el reconocimiento de la efectividad del derecho sustancial, permitiendo plenamente el ejercicio del derecho de defensa, como una de las garantías del debido proceso.

Fuera de los anteriores principios constitucionales del derecho procesal, la doctrina ha incluido otros, los que solamente se señalarán en aras de la brevedad del tema, como el libre acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la C.P.) , publicidad del proceso, celeridad procesal, buena fe o moralidad procesal, igualdad de las partes ante la ley o equilibrio procesal, cosa juzgada, dos instancias, juez natural[4]

1.3 La jurisdicción en la Constitución Política de 1991

1.3.1 Clasificación de la jurisdicción en la doctrina

La jurisdicción, atendiendo al punto de vista de que se trate, suele clasificarse en varios aspectos, los que conforme a la doctrina[5] se contraen, principalmente a:

A) La jurisdicción contenciosa y voluntaria, según el litigio.

B) Jurisdicción en derecho y en equidad, atendiendo a la manera de decidir.

C) Jurisdicción ordinaria y especiales, según su naturaleza.

Desde esta última situación, la Constitución Política de 1991 reconoció como jurisdicciones a la ordinaria y las especiales

1.3.2 Formación de las Jurisdicciones ordinaria y especial

Tradicionalmente se clasificó la jurisdicción en consideración a la clase de intereses que el estado debía solucionar en civil, penal y laboral, como integrantes de la jurisdicción ordinaria. Posteriormente, a medida que las relaciones jurídicas se fueron complicando, surge la necesidad de especializar la jurisdicción, por lo que se sustraen ciertos asuntos de una de ellas para atribuírselas a otra, y así aparecen las jurisdicciones contencioso administrativa, la agraria, la de familia, etc.

1.3.3 Clasificación constitucional de la jurisdicción

La Constitución Política de 1991 reconoció como jurisdicciones a: la ordinaria, la contencioso administrativa, la constitucional, la especial (jurisdicción especial indígena y jueces de paz), la disciplinaria y la penal militar.

No obstante el otorgarle el calificativo de especiales a las jurisdicciones de los pueblos indígenas y a los jueces de paz, se consideran también como especiales a la contencioso administrativa, constitucional, disciplinaria y a la coactiva, esta última de creación legal.

1.3.4 Regulación constitucional de los conflictos de jurisdicción y de competencia.

Actualmente no existe duda de que si la jurisdicción ordinaria está integrada por algunas de las ramas especializadas del derecho (civil, penal, agraria, de familia, laboral) los conflictos que se presenten entre ellas, vienen a ser de competencia que en el ámbito de sus especialidades se susciten entre los diferentes jueces que la conforman, tal como lo disponen el inciso 2º. del artículo 16 de ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), el que señala que" Las Salas de Casación Civil y Agraria, Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como tribunal de casación. También conocerán de los conflictos de competencia que, en el ámbito de sus especialidades, se susciten entre las Salas de un mismo Tribunal, o entre Tribunales, o entre éstos y juzgados de otro distrito, o entre juzgados de diferentes distritos", y el numeral 3º. del artículo 17 del mismo estatuto, sobre funciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia: ...3º. "Resolver los conflictos de competencia en la jurisdicción ordinaria, que no corresponda a alguna de sus Salas o a otra autoridad judicial"

Por su parte, el artículo 18 de la citada ley, en referencia a los conflictos de competencia, señala la Corporación que debe resolverlos. Así, si el conflicto de esta naturaleza se suscita entre autoridades de la jurisdicción ordinaria con distinta especialidad jurisdiccional y que pertenezcan a diferentes distritos,

serán resueltos por la respectiva Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, siempre que tenga el carácter de superior funcional de las autoridades en conflicto, como sería el caso de un conflicto de esta índole suscitado entre un juez del circuito y otro de familia de diferentes distritos. ; en cualquier otro evento por la Sala Plena de la Corporación. A manera de ejemplo, conflicto entre un juez laboral y un juez penal que pertenezcan a distintos distritos.

La anterior norma señala también que los conflictos de la misma naturaleza que su presenten entre autoridades de igual o diferente categoría y que pertenezcan al mismo Distrito serán resueltos por el mismo Tribunal Superior por conducto de las Salas Mixtas, las que se integrarán conforme lo señale el reglamento interno de la Corporación.

La institución tradicional de conflicto de jurisdicción, en términos constitucionales, desaparece para darle paso a la expresión "conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciónes", como lo señala el numeral 6º. del artículo 256 de la C.P. y cuya atribución le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso, denominación que corroboran los artículos 112, inciso 2º. (corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: "Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre estas y las autoridades administrativas a las cuales la ley haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional) y 114, inciso 3º. de la ley 270 de 1996, el que contiene las funciones de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura. "3º. Dirimir los conflictos de competencia que dentro de su jurisdicción se susciten entre jueces o fiscales e inspectores de policía".

1.3.5 Conflictos de competencia entre jueces civiles y jueces de familia

El ejemplo sería el siguiente: se viene adelantando un proceso de familia ante un juez del circuito de Bucaramanga, pero cuyo conocimiento le corresponde a un juez de familia de Barrancabermeja. El primero considera que se trata de un asunto del conocimiento de un juez de la rama de familia. A nivel jurisprudencial y doctrinal se presentan diversas concepciones sobre la clase de irregularidad que debe predicarse.

1.3.5.1 Tesis de la Corte Suprema de Justicia.

"La jurisdicción que más materias abarca es la común u ordinaria, que se ocupa de las controversias civiles, comerciales, laborales, penales y agrarias, al paso que las demás (contencioso administrativa, constitucional, indígena,

etc.) forma cada una compartimientos estancos y distintos entre sí. Esta clasificación de jurisdicción ordinaria o común y demás jurisdicciones (que antes solía denominarse jurisdicciones especiales) es además la que adoptó la Constitución Política dado que en su artículo 234 (capítulo 2 del Título VIII) establece que es la Corte Suprema de Justicia "el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" al paso que en capítulos siguientes de ese título consagra otras jurisdicciones como la contencioso administrativa, la constitucional y otras más, distintas de las anteriores, que cobija bajo el epígrafe de "especiales".

"De esta concepción se deduce que en el evento en que la decisión sobre la pretensión segunda incluida en la demanda fuese del resorte de la jurisdicción de familia y no de la civil, la irregularidad que debe predicarse es la de una falta de competencia del juez civil para proveer sobre ella, más no de una falta de jurisdicción, asunto que ha quedado reiterado y definitivamente esclarecido por la Ley 270 de 1996 en sus artículos 11, 12 y 18 principalmente, el último de los cuales, alusivo a los conflictos de competencia, indica que los que se presenten entre autoridades de la jurisdicción ordinaria que tengan distinta especialidad jurisdiccional y que pertenezcan a distintos distritos, serán resueltos por la Corte Suprema de Justicia"[6]

Esta posición jurisprudencial es compartida por la profesora María Cecilia Mesa Calle, así:

"En otras palabras, si el asunto que tramita el juez civil corresponde a un juez de familia, laboral o agrario, no estamos frente a la causal primera de nulidad procesal porque las tres especialidades están ubicadas dentro de la jurisdicción ordinaria, violación que encajará en una falta de competencia desde la óptica de nuestro ordenamiento jurídico. Si por el contrario, el asunto de que conoce el juez civil es materia que debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa, la nulidad indudablemente será la del numeral lo. del artículo 140, por corresponder el asunto a distinta jurisdicción según nuestra Carta Política"[7]

Para la doctrina española, este caso se ubicaría dentro de un conflicto de competencia. "La ley llama conflictos de competencia a los "que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el poder judicial (ART. 42 LOPJ), es decir, se trata de conflictos entre órganos judiciales de órdenes jurisdiccionales distintos dentro de la jurisdicción ordinaria"[8]

Esta tesis jurisprudencial conduce al saneamiento de la causal de nulidad, conforme lo señala el numeral 5º. del artículo 144 del C. de P. C.

En el ejemplo planteado, el juez civil del circuito de Bucaramanga seguiría conociendo del asunto de familia dado el saneamiento de la nulidad, sin que por ello se viole el principio del debido proceso, por sus características especiales, como que la rama civil conoce de algunos asuntos de familia (alimentos cuando en el domicilio del menor incapaz no exista juez de familia, procesos de sucesión de menor y de mínima cuantía), además de que sus superiores jerárquicos son los mismos (Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga).

1.3.5.2 Primera tesis doctrinaria. Carencia de jurisdicción, la que conduce a la insaneabilidad de la causal de nulidad, por lo que se debe reponer toda la actuación ante el juez competente.

En la concepción de esta postura de la doctrina, acogida por numerosos despachos judiciales durante varios años, al ser declarada la nulidad (recuérdese el ejemplo) y sin efecto la actuación, la parte interesada tenía que acudir ante el juez competente para la iniciación del proceso mediante la formulación de la correspondiente demanda; y bien podía suceder que al presentar dicho escrito introductoria el derecho ya se encontrara prescrito.

1.3.5.3 Segunda tesis doctrinaria. Carencia de jurisdicción, pero la actuación surtida antes de la declaración de nulidad conserva plena validez.

Esta tesis es la sostenida por el profesor López Blanco, que en lo pertinente señala:
"Lo primero es recordar que no existen reglas absolutas dentro del derecho y menos en el procesal, donde siempre se debe estar presto a considerar que prima por sobre todo la efectividad de los derechos sustanciales, de ahí que cuando el proceso corresponde a la rama de familia y lo está conociendo un juez civil, o viceversa, lo adelanta un juez de familia y debe ser uno civil, no obstante ser este un caso de falta de jurisdicción por ser del conocimiento de otra rama, la declaración de nulidad tan solo afectaría a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, en adelante, pero no la totalidad de la actuación como usualmente acontece si de aplicar el frío texto legal, sin otra consideración diversa a su existencia, se tratase.

"En este orden de ideas se tiene que si, aún no se ha dictado la sentencia de primera instancia y se declara la falta de jurisdicción por corresponder a la otra rama, todo lo actuado hasta ese momento conserva plena validez y pasará a ser conocido por el otro juez de manera idéntica a como sucede en los casos de falta de competencia, o sea actuando de allí en adelante y sobre la base de lo que ya surtido conserva plena validez"[9]

Será labor legislativa superar estas diferencias conceptuales de la jurisprudencia y la doctrina, que se pudieran llegar a presentar desde el punto de vista de la práctica forense, entre el criterio de la jurisdicción en la Carta Política y el del estatuto procesal civil.

Es preciso recordar que la jurisdicción es única, y que sin embargo, en materia procesal se encuentra equiparada a la competencia, atendiendo a las ramas especializadas del derecho, como sucede igualmente con las disposiciones generales del Capítulo I, Título II (Jurisdicción y Competencia) de la Sección Primera, Libro Primero del C. de P. C., que en su artículo 12 se refiere a los "negocios que corresponden a la jurisdicción civil". Con la orientación que la Carta Política le dio a la jurisdicción, la anterior expresión debe reemplazarse por competencia o especialidad.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Devis Echandía, Hernando. "Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso". Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1993, p. 81 y s.

[2] Acogemos la clasificación que al respecto presenta el profesor Tarazona navas, Julio Alberto, en su obra "La enseñanza del Derecho Procesal: Ritualismo o efectividad del derecho sustancial", Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999, ps. 79 y ss. Más que principios del derecho procesal , los consideramos como principios constitucionales del derecho procesal.

[3] Quintero Correa, María del Rosario, Velásquez Herrera, Rosmery. "De la Constitución al Proceso. Estado Social y Democrático de Derecho y Debido Proceso", Leyer, Bogotá, 2002, p. 53 y s.

[4] Cardona Galeano, Pedro Pablo. "Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo I, Parte General. Editorial Leyer, Bogotá, 2003, ps. 33 y ss.

[5] Azula Camacho, Jaime. "Manual de Derecho Procesal". Tomo I. "Teoría General del Proceso", editorial Temis, Bogotá, 2002, ps. 149 y ss.

[6] C.S. de J. , Casación Civil y Agraria, sentencia de fecha 27 de enero de 2000, expediente 6177. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

[7] Mesa calle, María Cecilia. "Derecho Procesal Civil", Parte General. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2004, p. 432.

[8] De la Oliva Santos, Andrés, Díez- Picasso Jiménez, Ignacio, Vega Torres, Jaime. "Derecho Procesal". Introducción. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 275.

[9] López Blanco, Hernán Fabio. "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano". Tomo I.Dupré Editores, Bogotá, 2005, p. 896 y s. Consideramos que las razones que sustentan el planteamiento de su tesis son valederas. En el mismo sentido, Rojas Gómez, Miguel Enrique. "El Proceso Civil Colombiano», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 194, y Sanabria Santos, Henry. "Nulidades en el Proceso Civil". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, ps. 138 y ss.

Apariencia Jurídica

Pablo Delgado
Juan Carlos Díaz
Mauricio Enrique Rodríguez

Apariencia Jurídica

Pablo Delgado
Juan Carlos Díaz
Mauricio Enrique Rodríguez

APARIENCIA JURÍDICA
AUTOR: PABLO DELGADO, JUAN CARLOS DÍAZ, MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ
DIRECCIÓN: Facultad de derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: julio 27 de 2005
DESCRIPTORES: Apariencia jurídica, Colombia, España, jurisprudencia
RESUMEN: La apariencia jurídica no es una teoría conocida en Colombia. Aunque en la práctica se presenta en el tráfico jurídico, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, se han detenido a desarrollarla y mucho menos, la encontramos en nuestra legislación. No quiere decir lo anterior que seamos ajenos completamente a ella; por el momento baste decir que el fenómeno de la apariencia se presenta en variados casos
KEY WORDS: Legal appearance, Colombia, Spain, jurisprudence
ABSTRACT: The legal appearance is not a known theory in Colombia. Although actually one appears in the legal traffic, neither the doctrine, nor the jurisprudence, have stopped to develop it and much the less, we found it in our legislation. It does not mean the previous thing that we are other people's completely to her; at the moment it is enough to say that the phenomenon of the appearance appears in varied cases

INTRODUCCIÓN

La apariencia jurídica no es una teoría conocida en Colombia. Aunque en la práctica se presenta en el tráfico jurídico, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, se han detenido a desarrollarla y mucho menos, la encontramos en nuestra legislación. No quiere decir lo anterior que seamos ajenos completamente a ella; por el momento baste decir que el fenómeno de la apariencia se presenta en variados casos, pero que no ha sido definida, ni constituye una respuesta a los hechos donde aquella aparece, pues se repite su conformación conceptual es indiferente en nuestro sistema jurídico.

Es necesario explicar la anterior afirmación con el fin de no dar lugar a equívocos. La teoría de la apariencia jurídica en Colombia se presenta bajo modalidades factuales, es decir, como lo veremos en este corto escrito más adelante, se da en los casos de terceros afectados por instituciones jurídico civiles previstas en la legislación en las cuales este tercero desconoce los negocios anteriores efectuados sobre lo que compra, pues de conocerlos, no hubiese llegado a realizarlos, o que conociéndolos, la ley no lo cobijaría en razón a que estaría incurso en cualquiera de las eximentes de alegato de protección judicial. No

hay tratados sobre la materia o jurisprudencias que a ella se refieran, lo que no obsta para que el fenómeno de la apariencia opere en algunos casos, como cuando se da la venta de cosa ajena que es permitida por la legislación colombiana, o se pretermite a un heredero y el heredero aparente vende a un tercero de buena fe la herencia, o cuando un inmueble que ha sido vendido a un precio equivalente al doble del precio justo, es vendido a un tercero de buena fe y la justicia tutela el derecho del lesionado, o cuando se simula una venta y el comprador simulado vende a un tercero de buena fe, casos que nuestro ordenamiento contempla, pero que no están adscritos a la teoría de la apariencia jurídica, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia.

Así las cosas, en este trabajo intentaremos adoptar, partiendo de la teoría de la apariencia presentada en el curso, los supuestos y analizar el caso colombiano desde las diferentes construcciones legales previstas en nuestra normatividad.

Apariencia – Apariencia jurídica

Conforme a Osorio, apariencia es "...aspecto exterior de personas y cosas. Verosimilitud. Probabilidad. Indicio, conjetura. Simulación."[1]

Para el derecho francés de acuerdo al diccionario de la Asociación Henri Capitant, apariencia proviene "... del latín *apparere*, 'parecer', 'aparecer', el participio presente *apparentia*, 'lo que parece o lo que aparece' [...] [y es]

1. En una situación jurídica, todo aquello que puede ser conocido sin investigaciones profundas (y que no necesariamente corresponde a la realidad) V. *Evidencia* [...]
2. Aspecto exterior engañoso (simulado, ficticio) de una situación jurídica. V. *Ficción, Simulación, Verdad* [...]
3. Aspecto que resulta –intencionalmente o no- de la convergencia de signos externos (comportamiento, modo de vestir, instalaciones, papelería con membrete, etc.) por los que normalmente se manifiesta un estado o una función (calidad de mandatario, de heredero, de propietario) y que hacen creer a terceros (error), con fundamento (error legítimo), que la persona revestida de todos aquellos signos tiene en realidad tal estado o función. V. *Confianza*..."[2]

Teoría de la apariencia jurídica

"...Teoría jurisprudencial en virtud de la cual la sola apariencia es suficiente para producir efectos con respecto a terceros que, a causa de un error legítimo, han ignorado la realidad (por ejemplo, los contratos estipulados por un mandatario aparente obligan a la persona que este parecía representar)."[3]

"...El Derecho Romano no conoció la teoría de la apariencia, en cambio sí pueden encontrarse aplicaciones concretas, donde se otorgó eficacia a "actos aparentes", desplazando a los "actos reales", en las soluciones del tráfico jurídico cotidiano. En consecuencia, puede sostenerse que en el Derecho Romano hubo aplicaciones a favor de la apariencia jurídica que merecen reivindicarse como antecedentes de la Teoría de la Apariencia. Puede inferirse de los diversos casos en los que se otorgó eficacia al acto aparente por sobre el acto real, que la nota común o distintiva fue proteger al tercero de buena fe, aplicando criterios de equidad. También es posible inferir de estas soluciones, la protección de la buena fe de quien ha contratado en razón de esa apariencia, con el fin de preservar la seguridad en el tráfico negocial, es decir lo que hoy llamaríamos "seguridad dinámica".[4]

También en el sistema Argentino se encuentra referida esta teoría que de acuerdo a Ricardo Uguet su base, al igual que en nuestro país, es la buena fe. Al respecto expresa: "... En nuestro ordenamiento jurídico el verdadero fundamento conditio iuris para que funcione la teoría de la apariencia es la buena fe engendrada por un error excusable, es decir, que no provenga de una negligencia culpable lo que lleva a aplicar los patrones sobre la valuación de la culpa tal como lo señala el art. 512 CC..."[5]

NOCIÓN

De las anteriores definiciones podemos afirmar que el término "apariencia jurídica" genera ambigüedad conceptual por cuanto su doble acepción, de un lado parecer exterior de una persona o cosa, y de otro, cosa que parece y no es, definiciones absolutamente diferentes con connotaciones disímiles, pero que a la larga vienen a significar algo similar, he ahí su ambigüedad, puesto que el origen de la palabra, "que es lo que parece o lo que aparece", se debe destacar que tiene connotaciones jurídicas aquello que tiene que ver con lo "aparente".

Jurídicamente es importante analizar, en qué situaciones particulares se entregan efectos de carácter estrictamente jurídicos, fundamentados en unos supuestos que no tienen existencia (aparente), es decir, cuando se le dan efectos a un negocio que traía con antelación uno inexistente o ineficaz. Todo ello no es sino el resultado de una información que se ofrece al exterior, que aparece y no es verídica, pues no coincide con la realidad y en ese momento surge la figura objeto de análisis, que a todas luces busca o persigue proteger a un tercero, ajeno a esa relación jurídica irreal y que le ofrece tales signos de verosimilitud que lo motiva a actuar.

El tema de la apariencia no se aplica con efectos ínter partes.

DEFINICIÓN DEL DOCTOR JOSÉ ENRIQUE BUSTOS:[6]

" Aquella institución por cuya virtud el ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica, que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles"

Integran esta noción:

1. Falsedad o engaño de la situación inicial.
2. Ofrece la situación inicial indicios de verosimilitud
3. El derecho trata lo incierto como lo cierto. Reconoce efectos jurídicos a una situación que de suyo no podría.

Supuestos de apariencia jurídica

Que se resuelven o solucionan mediante la observancia de la institución.

1. Adquisiciones a Non Domino
2. Deudor que paga, engañado, a quien no es acreedor.
3. Matrimonio con defectos formales.

Para el autor solo existen estos tres supuestos de apariencia y sobre ellos se pueden desplegar innumerables situaciones fácticas.

a. En materia de inmuebles la transmisión se realiza con título y modo. Si ese título se torna ineficaz ¿qué sucede con el referido negocio?

b. En materia de muebles e inmuebles la adquisición a Non Domino genera la problemática por cuanto el TRADENS carecía de poder adquisitivo. Un tercero compra confiado en una situación de publicidad y la relación jurídica que le antecedió con signos de verosimilitud carece de eficacia no siendo por tanto titulo habilitante, generándose así la controversia entre el VERUS DOMINUS Y TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE.

c. En el caso de la sucesión de un sujeto que posteriormente aparece, cuando su heredero ya ha vendido a un tercero de buena fe.

d. La partición hecha con alguien a quien sin serlo se creyó heredero y se declara nula. El caso de quien parece heredero pero no lo es. Esa situación de engaño no puede producir efectos jurídicos no obstante si existe un tercero de buena fe que compra contra él no existirían acciones.

e. El representante aparente que sin saber que murió el mandante se obliga, para el tercero que participa de buena fe se producen efectos

f. El que paga de buena fe al que tiene en posesión el crédito.

Requisitos

1. **Un requisito objetivo**, situación de hecho o fáctica en que se apoya el tercero.
2. **Requisito subjetivo**, o estado personal de quien invoca a su favor la apariencia
3. **Requisito formal**, el negocio jurídico realizado, cuando es adquisición de un bien o derecho
4. **Requisito negativo**, no se halla excluido expresamente la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica.

LESIÓN ENORME:

En materia contractual la lesión es el perjuicio que sufre una persona con la celebración de un acto jurídico y que ordinariamente consiste en una desproporción entre las ventajas económicas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para alcanzarlas. En las legislaciones francesa y colombiana, inspiradas en el derecho romano, les presta bien poca consideración al vicio de la lesión de los actos jurídicos. En primer lugar, no se le da cabida en la generalidad de los actos onerosos, y, ni siquiera, de los actos conmutativos, en los que por su naturaleza, debe existir una normal equivalencia o equilibrio entre las obligaciones que producen, sino que apenas si se la consagra excepcionalmente en casos especiales, como son: compraventa común de bienes inmuebles (c.c. 1946 y ss), permuta de bienes de la misma especie (ibídem Art. 1958), partición (ibídem Art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (ibídem Art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (ibídem Art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (ibídem Art. 2466) y cláusula penal (ibídem Art. 1601)[7] Así mismo, el límite que establece la ley para que la lesión sea jurídicamente relevante es excesivo puesto que se establece en la mayoría de los casos en más de la mitad del justo valor (*laesio ultra dimidium*). En fin en las escasas hipótesis de operancia, esta institución funciona con independencia de su razón ética, que se refiere a evitar la explotación ilícita de la necesidad, la levedad o ingenuidad del contratante.[8]

Dentro de las varias manifestaciones de la apariencia jurídica encontramos la figura de la lesión enorme, pues en ella se entrega la posibilidad al comprador o al vendedor de declarar la rescisión del contrato cuando se evidencia un agravio patrimonial que configure la mencionada institución.

Nuestro artículo 1946 del código civil, preceptúa que podrá rescindirse por lesión enorme el contrato de compraventa. Según diversos análisis emprendidos por nuestro máximo tribunal de la justicia ordinaria, la lesión enorme es un vicio de carácter objetivo, en el que se evidencia un rompimiento del equilibrio contractual que debe primar en las relaciones jurídicas. Valga advertir que en el derecho romano se trataba como un vicio del consentimiento, asunto revaluado por los actuales intérpretes de la institución jurídica. Esa característica de ser estrictamente objetiva, en consideración a que no se tienen en cuenta consideraciones de ninguna especie acerca de circunstancias personales o ambientales en que obren las partes, simplemente implementándose un módulo de tolerancia en cuanto el exceso del justo precio, siendo la buena o mala fe irrelevantes pues la buena fe se presume[9], razón además por la cual los frutos se deben desde la presentación de la acción.

Al respecto la doctrina colombiana ha dicho en voz de Bonivento Fernández que: "... Se discute si la lesión enorme es o no un vicio del consentimiento. Hay quienes sostienen, entre nosotros, Valencia Zea, que la lesión enorme es un vicio del consentimiento. Dice, por ejemplo, este autor '...La lesión es ante todo un vicio del consentimiento; más para algunos no lo es, ya que parten de la idea de que los únicos vicios que afectan la libertad de la voluntad son el error, el dolo y la violencia. Este es un punto de vista excesivamente estrecho, pues el estado de necesidad, la inexperiencia o la ignorancia son vicios de la voluntad, ya que quien vende en estado de necesidad no es libre...' '... Nada se opone, sin más bien se complementa la idea expuesta, a dar como fundamento a la lesión enorme la idea de equivalencia que debe reinar en los contratos conmutativos, de las cuales el principal es la venta...' (Contratos, pág. 17). La lesión enorme no es otra cosa que un vicio objetivo, por el rompimiento del equilibrio de las relaciones contractuales. Es, precisamente, la corriente moderna para concebir la lesión por cuanto en el derecho romano estaba erigida como un vicio del consentimiento. No es un punto de vista estrecho, como lo estima el tratadista citado, sino una amplia y consecuente aplicación de la injusticia en el precio [...] Cuando se confiere a cualquiera de las partes lesionadas la acción pertinente, rescisoria por lesión enorme, la califica la ley, es porque se ha roto el equilibrio en las prestaciones y no porque el consentimiento esté viciado. La ley, en ningún momento, tiene de presente que la voluntad no se ha expresado libremente..."[10] Así mismo posee en nuestro medio la característica de ser excepcional.

Acción rescisoria por lesión enorme

Cuando se presenta el desequilibrio, el perjudicado, comprador o vendedor, podrá interponer la acción rescisoria con el fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones, acción que se promueve conforme al trámite del proceso ordinario contemplado en el Título XXI de nuestro Código de Procedimiento

e. El representante aparente que sin saber que murió el mandante se obliga, para el tercero que participa de buena fe se producen efectos

f. El que paga de buena fe al que tiene en posesión el crédito.

Requisitos

1. **Un requisito objetivo**, situación de hecho o fáctica en que se apoya el tercero.
2. **Requisito subjetivo**, o estado personal de quien invoca a su favor la apariencia
3. **Requisito formal**, el negocio jurídico realizado, cuando es adquisición de un bien o derecho
4. **Requisito negativo**, no se halla excluido expresamente la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica.

LESIÓN ENORME:

En materia contractual la lesión es el perjuicio que sufre una persona con la celebración de un acto jurídico y que ordinariamente consiste en una desproporción entre las ventajas económicas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para alcanzarlas. En las legislaciones francesa y colombiana, inspiradas en el derecho romano, les presta bien poca consideración al vicio de la lesión de los actos jurídicos. En primer lugar, no se le da cabida en la generalidad de los actos onerosos, y, ni siquiera, de los actos conmutativos, en los que por su naturaleza, debe existir una normal equivalencia o equilibrio entre las obligaciones que producen, sino que apenas si se la consagra excepcionalmente en casos especiales, como son: compraventa común de bienes inmuebles (c.c. 1946 y ss), permuta de bienes de la misma especie (ibídem Art. 1958), partición (ibídem Art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (ibídem Art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (ibídem Art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (ibídem Art. 2466) y cláusula penal (ibídem Art. 1601)[7] Así mismo, el límite que establece la ley para que la lesión sea jurídicamente relevante es excesivo puesto que se establece en la mayoría de los casos en más de la mitad del justo valor (*laesio ultra dimidium*). En fin en las escasas hipótesis de operancia, esta institución funciona con independencia de su razón ética, que se refiere a evitar la explotación ilícita de la necesidad, la levedad o ingenuidad del contratante.[8]

Dentro de las varias manifestaciones de la apariencia jurídica encontramos la figura de la lesión enorme, pues en ella se entrega la posibilidad al comprador o al vendedor de declarar la rescisión del contrato cuando se evidencia un agravio patrimonial que configure la mencionada institución.

Nuestro artículo 1946 del código civil, preceptúa que podrá rescindirse por lesión enorme el contrato de compraventa. Según diversos análisis emprendidos por nuestro máximo tribunal de la justicia ordinaria, la lesión enorme es un vicio de carácter objetivo, en el que se evidencia un rompimiento del equilibrio contractual que debe primar en las relaciones jurídicas. Valga advertir que en el derecho romano se trataba como un vicio del consentimiento, asunto revaluado por los actuales intérpretes de la institución jurídica. Esa característica de ser estrictamente objetiva, en consideración a que no se tienen en cuenta consideraciones de ninguna especie acerca de circunstancias personales o ambientales en que obren las partes, simplemente implementándose un módulo de tolerancia en cuanto el exceso del justo precio, siendo la buena o mala fe irrelevantes pues la buena fe se presume[9], razón además por la cual los frutos se deben desde la presentación de la acción.

Al respecto la doctrina colombiana ha dicho en voz de Bonivento Fernández que: "... Se discute si la lesión enorme es o no un vicio del consentimiento. Hay quienes sostienen, entre nosotros, Valencia Zea, que la lesión enorme es un vicio del consentimiento. Dice, por ejemplo, este autor '...La lesión es ante todo un vicio del consentimiento; más para algunos no lo es, ya que parten de la idea de que los únicos vicios que afectan la libertad de la voluntad son el error, el dolo y la violencia. Este es un punto de vista excesivamente estrecho, pues el estado de necesidad, la inexperiencia o la ignorancia son vicios de la voluntad, ya que quien vende en estado de necesidad no es libre...' '... Nada se opone, sin más bien se complementa la idea expuesta, a dar como fundamento a la lesión enorme la idea de equivalencia que debe reinar en los contratos conmutativos, de las cuales el principal es la venta...' (Contratos, pág. 17). La lesión enorme no es otra cosa que un vicio objetivo, por el rompimiento del equilibrio de las relaciones contractuales. Es, precisamente, la corriente moderna para concebir la lesión por cuanto en el derecho romano estaba erigida como un vicio del consentimiento. No es un punto de vista estrecho, como lo estima el tratadista citado, sino una amplia y consecuente aplicación de la injusticia en el precio [...] Cuando se confiere a cualquiera de las partes lesionadas la acción pertinente, rescisoria por lesión enorme, la califica la ley, es porque se ha roto el equilibrio en las prestaciones y no porque el consentimiento esté viciado. La ley, en ningún momento, tiene de presente que la voluntad no se ha expresado libremente..."[10] Así mismo posee en nuestro medio la característica de ser excepcional.

Acción rescisoria por lesión enorme

Cuando se presenta el desequilibrio, el perjudicado, comprador o vendedor, podrá interponer la acción rescisoria con el fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones, acción que se promueve conforme al trámite del proceso ordinario contemplado en el Título XXI de nuestro Código de Procedimiento

Civil. Para la prosperidad de esta acción, se requiere no solamente el carácter enorme de la lesión, sino además, de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias de casación, hay otras nociones que fundamentan los efectos de la acción.

Los requisitos que configuran la acción de rescisión por lesión enorme son:

1. Que verse sobre inmuebles
2. Que se trate de un engaño enorme
3. Que no se trate de un contrato aleatorio
4. Que no se trate de ventas hechas por ministerio de la justicia o en pública subasta
5. Que después de celebrado el contrato de venta no se haya renunciado a la acción de rescisión por lesión enorme
6. Que la cosa no se haya perdido en poder del comprador
7. Que se instaure dentro del término legal (4 años)[11]

La figura de la rescisión para la Corte Suprema de Justicia no es igual a la nulidad relativa del contrato, ya que las causales de la última de las mencionadas poseen el carácter de taxatividad, es decir, están previamente expresadas en la normatividad.

En el artículo 1947 del código civil colombiano se plantea la figura de la lesión enorme al preceptuar que sufre lesión enorme el vendedor cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, mientras que para el comprador habrá lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella y podrá, de esta manera, el agraviado, pedir que se resuelva la venta. Esta institución únicamente está prevista para algunos actos o contratos, razón por la cual en materia, por ejemplo, de venta de muebles o de bienes vendidos por ministerio de la justicia, no tiene aplicabilidad.

El tema que nos ocupa luego de analizar la institución en términos generales, se postula en el artículo 1951 de nuestro ordenamiento civil, cuando enuncia:

Si el comprador enajena la cosa, salvo si la vendió por más de lo que pagó por ella, no tiene derecho a la rescisión del contrato. Solo si vendió por más de lo que pagó, el primer vendedor podrá reclamar ese exceso pero solo hasta el justo valor.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil el 5 de abril de 1978 explicó que si el que compra el inmueble desconoce de la existencia de litigio de rescisión por lesión enorme presentada en su contra por su vendedor o por los herederos de este, ya que no está registrada la demanda, ni se la han

notificado, ni se le ha probado que supiera por otros medios, proceda enajenar a un tercero que igualmente ignora la situación, por expreso mandato del artículo 1951 del código civil, no hay lugar a la rescisión.

Como corolario de este aparte podemos afirmar entonces, que la apariencia jurídica se da cuando el tercero que compra sin conocer el negocio anterior (la lesión enorme) y la demanda del lesionado prospera rescindiéndose el contrato, la ley colombiana protegerá su patrimonio, es decir su negocio, siempre y cuando su actuación haya sido con buena fe, caso contrario si el lesionado quiera derivar derechos y que las cosas vuelvan a su patrimonio deberá demostrar que el tercero adquirente ajeno a la situación lesiva, actuó de mala fe, es decir conocía de antemano el estado de las cosas, mas sin embargo, negoció con el comprador. Al respecto añadiríamos que son pocas las situaciones que en la realidad se conocen en derecho colombiano, como es la afección que se causa a un tercero de buena fe adquirente de un inmueble y que como producto de la rescisión del contrato se le pruebe su acto de mala fe y la correspondiente cancelación de los títulos de registro, volviendo la cosa al patrimonio del lesionado.

BUENA FE (BONA FIDES)[12]

En derecho colombiano la buena fe tiene una consagración constitucional, por lo tanto no es solamente un concepto, es además un derecho, un elemento de interpretación y un principio. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia de tutela,[13] expresó que, en primer lugar "... la buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella..." en segundo lugar que "...la buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico..." y en tercer lugar, que "... la buena fe se considera como una causa de exclusión de culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma..."[14]

En materia civil, la buena fe es la "...la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa..", así mismo la buena fe se presume, es decir por principio en todas las actuaciones y negocios, las personas, tanto públicas como privadas, actúan bajo la buena fe.

La buena fe se puede clasificar en dos grados:

a. La buena fe simple: Es la que se exige normalmente en los negocios, y está definida en el artículo 768 del código civil al referirse a la adquisición

de la propiedad como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de cualquier otro vicio. En este grado de buena fe sus efectos consisten en que quien obra de esta manera tendrá una cierta protección legal, pues no es oponible a terceros de ella no se generan derechos, por ejemplo, como cuando quien pretende adquirir el dominio una cosa y entra en posesión del bien, y posteriormente se descubre que el enajenante no carecía del derecho para transmitirle la propiedad, será condenado el poseedor a devolver la cosa a su verdadero dueño, pero no así los frutos o provechos que le produjo la cosa, en razón a que actuó de buena fe. La buena fe simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos, que desde esta mirada, la ley obliga a los contratantes a actuar en la celebración y ejecución de sus obligaciones conforme a las buenas costumbres, o sea, los usos vigentes de la sociedad[15].

b. La buena fe cualificada: Es la creadora de derechos o actuaciones de buena fe exenta de culpa, y en sus efectos, es superior a la buena fe simple, pues tiene la virtud "... de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, dar por existente en el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe. Corresponde al aforismo *ERROR COMUNIS FACIT IUS*.."[16] lo que nos indica que si una persona en el trámite de adquisición de un derecho o de una situación se equivoca o yerra, con el convencimiento de adquirir un derecho o estar en una situación jurídica amparada por la legalidad, resulta que tal derecho o situación no existe por ser aparente, en casos normales no resulta adquirido el derecho. Pero si su yerro es de tal magnitud que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de una situación aparente, pero donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, aparece forzosamente la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa. Esta clase de buena fe exige la concurrencia de dos elementos i) uno subjetivo, y es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con rectitud, con lealtad y ii) otro objetivo o social: la seguridad de que quien se presenta como titular del derecho o situación, realmente es titular de tal derecho o situación, por lo tanto la situación jurídica o el derecho deben aparecer exteriormente configurados en la cabeza de una persona, de manera que sea imposible dudar de su existencia[17].

Este principio fundante de las relaciones de tipo jurídico plantea que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se da en dos direcciones:

1. Cada persona tiene el deber de emplear con los demás una conducta leal
2. Cada cual tiene derecho de esperar de los demás la misma lealtad.

La buena fe hace relación a una conciencia honesta, un sentimiento de honradez, un sentimiento por demás con virtud de objetivarse

De ninguna manera hace referencia a la ignorancia o inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental o astucia.

LA BUENA FE REGISTRAL

Se toma en consideración la buena fe libre de culpa con el propósito de proteger la honestidad en la circulación de los bienes, honestidad que por demás se presume. Es por este argumento de buena fe que los terceros que llevan negocios adquisitivos o traslaticios de derechos reales, tomando causa de quien es titular registral investido de indispensable legitimación para el efecto, confiando en lo que sobre el particular el registro inmobiliario hace publico y exige consultar, adquiere en principio una posición inacatable, no obstante la ineficacia sobreviviente, o la ineficacia claudicante por motivos ocultos, de los actos jurídicos que le sirvieron de base a esas inscripciones anteriores[18]. En el acápite siguiente se ampliará el sentido de estas afirmaciones.

LA SIMULACIÓN

"... Por simulación se entiende todo acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración de voluntad no acorde con la realidad. La simulación viene a ser el concierto o la inteligencia de dos o más personas, autoras de un acto jurídico, para darle a este las apariencias que no tiene, ya porque no existe, ora porque resulta ser distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo..."[19]

De acuerdo a la jurisprudencia nacional, esta ha distinguido entre simulación absoluta y simulación relativa. Explicaremos solo la absoluta que es la que se refiere al tema de este trabajo. La absoluta, se da cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, o sea, cuando existe una contraestipulación que destruye el primer acto o que, al menos lo deja sin efectos y no crea nada nuevo en el mundo jurídico. En Colombia son las denominadas "ventas de confianza", mediante las cuales un propietario da la propiedad a otra persona mediante los instrumentos públicos –de ser necesarios- y solemnidades exigidas por la ley, pero al mismo tiempo celebran otro negocio privado que deja sin efectos el primero. En esta transacción –la primera- no hay tal venta, puesto que no hay pago del precio, ni transferencia de propiedad. De acuerdo al artículo 1618 del código civil que dice que "... conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las

palabras...", por lo cual si es simulado el negocio, el efecto entre las partes es el que prevalece la intención real sobre la declaración fingida o irreal. En cuanto a los terceros que no saben de la existencia de la farsa y por lo tanto contratan de acuerdo a la declaración pública, la simulación les es inoponible de acuerdo a los previsto en el artículo 1766, que más adelante se tratará.

En un intento para comprender el tema que nos interesa (apariencia jurídica), debemos partir desde las expresiones más generales de este, para diferenciarlo de otras figuras jurídicas, y darle la connotación o relevancia que tiene en nuestro sistema jurídico.

Es de esta manera, como lo primero que hacemos al oír de la "apariencia jurídica" es asimilarla a la simulación, ya que esta última se ha definido con varios términos dentro de los que encontramos "aparentar", consecuencia que aparece en el artículo 1766 del código civil, que reza:

"Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero."

Mas sin embargo, aunque la simulación es aparentar, y la ley protege a terceros de buena fe cualificada en una simulación, como se lee en dicho artículo, la "apariencia jurídica", no se deriva propiamente de la simulación, sino de uno de los pilares básicos del Derecho, cual es la "buena fe cualificada o creadora de derechos", es decir que al ver "la apariencia jurídica" debemos alzar nuestras miradas y vislumbrar donde halla su origen dicha protección a terceros, por cuanto como veremos a continuación no solo se protege a terceros que han obrado con buena fe cualificada en sus negocios ante una simulación, sino que se protege también a terceros de buena fe cualificada ante negocios que tenían la apariencia de ser algo legítimo pero eran producto o consecuencia de un ilícito. Veámoslo gráficamente.

1º A ⟶ B (NEGOCIO REAL)

2º A -·-·-·→ C (NEGOCIO APARENTE)

3º C ⟶ D

1º **A** (Es propietario de un bien. Obtenido con dineros del narcotráfico)

2º **A** ⟶ B (B desconoce totalmente dicha situación)

En el recuadro de la izquierda tenemos el típico caso de la simulación relativa con un "presta nombre", que después enajena el bien objeto de la simulación a un tercero que procediendo de buena fe cualificada, lo adquiere al no poder saber de dicha realidad que no vislumbrable en los registros públicos.

En el recuadro de la derecha tenemos **A,** que en este supuesto, ha obtenido un bien con dineros provenientes de un ilícito, y que después enajena a B, quien desconocía la procedencia de los dineros con los que **A** había adquirido inicialmente el objeto que ahora se le enajena.

Es decir que en el primer recuadro partimos de un acuerdo simulatorio, por el que se genera una apariencia jurídica, de la que un tercero de buena fe cualificada adquiere un derecho sobre el objeto de dicha simulación; mientras que en el recuadro de la derecha, no hay acuerdo simulatorio, sino que tenemos a una persona de buena fe cualificada que ante la apariencia de estar adquiriendo un bien de su legitimo dueño realiza dicho negocio.

En el futuro del recuadro de la simulación, podríamos considerar que B, al darse cuenta de lo hecho por C, intente una acción de simulación para que se declare la realidad del negocio con A y también intentar una reivindicación contra D. Mientras que en el futuro del recuadro de la derecha es posible que el Estado persiga los bienes adquiridos por **A** con dineros producto de ilícitos e intente afectar la actual posición de B.

Lo común en ambas hipótesis es que hay sujetos negociales que actuaron con buena fe cualificada ante una situación irreal y desconocible para ellos. Por tanto el derecho los protege y como consecuencia de esto las pretensiones de C (en el primer caso) contra D, no prosperen, la igual que se protegerá la situación de B en el segundo caso.

En conclusión: "La apariencia jurídica es la protección a la confianza en el trafico jurídico ante los errores excusables tras una sana y prudente diligencia en los negocios de una persona" .

CONCLUSIONES

Del análisis del pronunciamiento de nuestro máximo Tribunal de Justicia, podemos deducir que hay una adecuada aplicación de la teoría de la apariencia jurídica, la cual está protegiendo a los terceros de buena fe, los cuales están al margen de la primera relación jurídica sustancial que aparece con alguna clase de ineficacia, y por ende, y de acuerdo a la filosofía misma de la apariencia jurídica, estarían a salvo de los efectos que se derivan de los vicios del primer negocio.

De todas maneras hay que tener presente que el artículo 1951 de nuestro Código Civil[20] referido a la improcedencia de la rescisión de la lesión enorme en los casos de venta o pérdida del bien, establece la posibilidad que tiene el primer vendedor de perseguir a su comprador, en el evento en que éste haya vendido el bien por un mayor valor a un tercero, reclamándole el exceso hasta concurrencia del justo precio, con una deducción de una décima parte. Es evidente que en éste caso el tercero adquirente está al margen de los efectos que se produzcan como consecuencia de una ineficacia de la primera relación sustancial, en la que se ha enajenado el bien del cual hoy es propietario. Así las cosas, el primer vendedor afectado en su patrimonio por causa de la existencia de los presupuestos de la lesión enorme, de ninguna manera podrá perseguir el bien que está en cabeza del nuevo tercero adquirente, ni mucho menos pretender de él algún reconocimiento económico argumentando tal irregularidad. Diferente sería que al estar referidos al segundo negocio jurídico, éste es la compraventa que realiza el primer comprador al tercero, se tuviera originaria o nuevamente el presupuesto objetivo para solicitar la rescisión por lesión enorme, lo cual es procedente y obvio, si tenemos en cuenta que estaríamos hablando de una relación jurídica sustancial directa, en la que no hay intervención de terceros, hablando en materia contractual y no procesal, pues, habría por tanto lugar a iniciar la acción.

La limitante que tenemos para ejercer la acción de rescisión por lesión enorme, la cual se cierra a los bienes inmuebles, en nuestro concepto es algo imprecisa, ya que si acudimos a la realidad actual encontramos que existe una variedad de bienes muebles que muchas veces superan el valor que puede tener un bien inmueble. Así las cosas, consideramos que sería más justo y equilibrado abrir la posibilidad de tal acción a los bienes muebles, estableciendo sobre ellos un valor mínimo para que pueda ejercitarse la demanda en éste sentido. Sostenemos esto, porque de acuerdo a la filosofía que maneja la rescisión por lesión enorme y el criterio objetivo que es el que tienen en cuenta los jueces al momento de decidir, de ninguna manera se estaría popularizando tal mecanismo judicial, y sí por el contrario, estaríamos frente a una equiparación justa y conveniente, la cual protege el desequilibrio económico-contractual entre las partes.

La existencia del principio referido a la preservación de los contratos, también tiene cabida ante la rescisión por lesión enorme y con sustento en el artículo 1948 del Código Civil[21]. Según BOHÓRQUEZ[22], el juez debe en la sentencia que declara la lesión enorme, determinar en beneficio de la parte demandada la posibilidad de pagar o devolver el exceso que da lugar a tal ineficacia, reteniendo una décima parte en su favor, con la finalidad de mantener la eficacia del contrato. Manifiesta, a demás éste tratadista, que el complemento del precio o la devolución debe cubrirse con la correspondiente corrección

monetaria, estableciendo un plazo que generalmente está entre diez días y un mes para dar cumplimiento a tales consideraciones, hipótesis que compartimos al estar ajustada a la realidad.

En cuanto a la simulación consideramos que esta institución es la base, así mismo, para la configuración por vía doctrinal o jurisprudencial de la apariencia jurídica, puesto que conforme a la doctrina extranjera, en nuestro ordenamiento están previstos los supuestos para que esta opere, tal como fueron mencionados debidamente enumerados en el correspondiente acápite de este trabajo. Decimos que la existencia de la simulación es básica para la construcción de la Teoría puesto que nuestra legislación concibe la apariencia como aquello que en realidad no es y que aún teniendo visos de realidad, en el fondo no es lo que una persona avisada cree que es; de igual forma nuestro alto tribunal de la justicia ordinaria ha considerado que los negocios "aparentes" no son lo que parecen ser y en esa medida, se protegerá a aquel que sin saberlo ha incurrido en la desafortunada decisión de llevar a cabo negocios jurídicos sobre las cosas o situaciones jurídicas aparentes.

Básico de también para la configuración de la apariencia jurídica es la institución de la buena fe. Buena fe que debe gobernar todos nuestros actos y en mayor medida los jurídicos. La ley colombiana así como la extranjera, han concebido la buena fe como un principio protector de las relaciones sociales y además como principio rector de las relaciones jurídicas, puesto que, como tal, es principio y además es parte del sistema de fuentes[23] que garantiza tráfico jurídico ya que exige lealtad, probidad en las actuaciones de las personas. Pues bien en el sistema jurídico colombiano al encontrarnos con un negocio aparente y en el cual prime la buena fe, se opera una protección especial a quien ha actuado de esta manera, pudiendo conservar el status quo adquirido a partir de la situación irregular, transformándola en regular, debiendo el "aparentador" o "aparentadores" asumir las consecuencias tanto jurídicas como patrimoniales de sus actos, dejando por fuera de tales efectos a quien de buena fe compareció a realizar la negociación sobre bienes o situaciones aparentes. Por último afirmamos que los efectos de la apariencia jurídica en el derecho colombiano son regulados y favorecen al tercero de buena fe, teoría que la doctrina y la jurisprudencia a la fecha no han denominado de esa forma y que no se ha constituido como tal.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT. Vocabulario Jurídico. Temis, Bogotá, 1995

BOHÓRQUEZ B.I, Luis F. Et. Al. Diccionario jurídico colombiano. Editora Jurídica Nacional, Bogotá, 2001

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio, De los negocios jurídicos en el derecho civil colombiano, Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2005

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería del profesional, Santafé de Bogotá, 1995

BUSTOS PUECHE, José Enrique. La doctrina de la apariencia jurídica. Dykinson. 1999

Código Civil. Leyer, Bogotá, 2004

Código Civil. Temis, Bogotá, 1986

Constitución Política de Colombia. Legis, Bogotá, 2005

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA- Jurisprudencias

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA -Jurisprudencias

HINESTROZA, Fernando. Tratado de obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho. Temis, Bogotá, 2003

OSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981

SILVA, Jesús María. Simulación y deberes de fidelidad. Derecho civil y derecho penal.

SUÁREZ M., Hellmut E. Simulación en el derecho civil y mercantil. Doctrina y ley. Santafe de Bogotá. 1996

UGUET, Ricardo. La buena fe en el contrato de mandato

UNIVERSIDAD DE ROSARIO. XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad de Rosario. Argentina. Comisión Nº 8: Derecho Romano: "Antecedentes de la teoría de la Apariencia"

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] OSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981. p. 60

[2] ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT. Vocabulario Jurídico. Temis, Bogotá, 1995. p. 63

[3] Op. Cit. Vocabulario... p. 63

[4] XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad de Rosario. Argentina. Comisión Nº 8: Derecho Romano: "Antecedentes de la teoría de la Apariencia"

[5] UGUET, Ricardo. La buena fe en el contrato de mandato

[6] BUSTOS PUECHE, José Enrique. La doctrina de la apariencia jurídica. Dykinson. 1999

[7] BOHÓRQUEZ B.I, Luis F. Et. Al. Diccionario jurídico colombiano. Editora Jurídica Nacional, Bogotá, 2001. p. 802

[8] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de agosto de 1969.

[9] Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia "...Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas..."

[10] BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería del profesional, Santafé de Bogotá, 1995 p. 85

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de febrero de 1958 y sentencia de julio 5 de 1977

[12] Op. Cit. Constitución Política artículo 83.

[13] Corte Constitucional, sentencia T-487 de 1992

[14] Op. Cit. Corte Constitucional

[15] Artículo 1603 del código civil

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958

[17] MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho. Temis, Bogotá, 2003. p. 417-418

[18] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de julio 23 de 1996.

[19] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 7 de julio de 1983

[20] Artículo 1951. Improcedencia de la acción por perdida o venta Perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato. Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella, pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte.

[21] Artículo 1948. Facultades del comprador y vendedor frente a la rescisión el comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

[22] BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio, De los negocios jurídicos en el derecho civil colombiano, Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2005. p. 32

[23] Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia

Descripción de la Política Pública del Gobierno local, desarrollada para atender la salud de los niños menores de 5 años, desplazados por la violencia, asentados en el barrio Café Madrid de la ciudad de Bucaramanga

Indira Astrid Ruiz Piñeros

Descripción de la Política Pública del Gobierno local, desarrollada para atender la salud de los niños menores de 5 años, desplazados por la violencia, asentados en el barrio Café Madrid de la ciudad de Bucaramanga

Indira Astrid Ruiz Piñeros

DESCRIPCIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DEL GOBIERNO LOCAL DESARROLLADA PARA ATENDER LA SALUD DE LOS NIÑOS MENORES DE 5 AÑOS, DESPLAZADOS POR LA VIOLENCIA, ASENTADOS EN EL BARRIO CAFÉ MADRID DE BUCARAMANGA.
AUTOR: INDIRA ASTRID RUÍZ PIÑEROS
DIRECCIÓN: Facultad de derecho UNAB
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 15 de 2005
DESCRIPTORES: Política Pública, salud, menores, Bucaramanga, violencia
RESUMEN: La presente monografía de grado se fundamenta en un marco legal que a partir de la ley 387 de 1997 define la calidad de desplazado, y con base en entrevistas, revisión bibliografica y documental especializada concluye que en barrio café Madrid de Bucaramanga los niños desplazados menores de 5 años carecen de la adecuada atención que debería darse a esta clase de población. Las políticas del gobierno local desarrolladas especialmente en tres programas diseñados por la OMS y la UNICEF, la estrategia de vivienda saludable y el plan ampliado de inmunizaciones no han tenido el efecto buscado.
KEY WORDS: Public policy, health, childrens, Bucaramanga, violence
ABSTRACT: The present monograph of degree is based on a legal frame that from 1997 law 387 defines the quality of displaced, and with base in interviews, documentary revision bibliografica and specialized concludes that in district coffee Madrid de Bucaramanga the smaller displaced children of 5 years lack the suitable attention that would have to occur to this class of population. The policies of the local government specially developed in three programs designed by the WHO and the UNICEF, the strategy of healthful house and the extended plan of immunizations have not had the looked for effect.

Sin lugar a dudas, uno de los problemas sociales que mas afecta a Colombia, es el del desplazamiento forzado a causa del conflicto interno armado que vive el país desde hace muchos años, y que se ha recrudecido en los últimos tiempos con la interacción de diversos actores armados como los grupos guerrilleros, Autodefensas y Fuerzas Armadas, cuyas acciones afectan a la población especialmente campesina, generando a su vez toda suerte de violaciones de los derechos fundamentales.

El fenómeno del desplazamiento, ha traído como consecuencia, la vulneración de derechos fundamentales, de quienes han sufrido la violencia política, tales como la vida, la salud, la educación y los derechos económicos, sociales y culturales.

Dentro de esos miles de colombianos desplazados, se encuentra un porcentaje importante de niños y niñas, que, de acuerdo a las cifras

manejas por la Red de Solidaridad Social de Santander llega a mas del 50%.

Uno de los lugares a donde llegan mas desplazados, especialmente niños, esta ubicado en el barrio Café Madrid de Bucaramanga, situado en la parte nororiental de esta ciudad, perteneciente a uno de los sectores mas deprimidos social y económicamente, allí la situación es alarmante porque tal parece que las políticas públicas implementadas a nivel nacional, no han sido suficientes para aliviar la emergencia humanitaria que se vive en dicho barrio, es por eso que es necesario indagar sobre si hay o no, una política publica local efectiva en materia de salud para atender a los niños desplazados ubicados en dicho asentamiento.

Dada su vulnerabilidad, los niños tienen derecho a ser protegidos prioritariamente y de manera especial; estos derechos fueron plasmados en la Convención sobre los Derechos de los Niños en 1989; ratificada primeramente por la Asamblea General de las Naciones Unidas y considerada el instrumento jurídico más poderoso para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de los niños.

En cuanto al derecho a la salud de los niños, la Convención determina en su artículo 24: *"1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c)Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio-ambiente

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres de los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los

niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de sus conocimientos;

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños."[1]

La Convención establece que los derechos enunciados, se aplicarán a todos los niños sin discriminación o distinción alguna; que gozaran de igual protección, oportunidades y servicios, para que su desarrollo físico, mental, espiritual y social se realice en forma normal, saludable y en condiciones de libertad y dignidad, marco fundamental que cobija también a los niños y niñas desplazados por la violencia.

En Colombia, la Convención constituye el marco fundamental a partir del cual los gobiernos desarrollan sus políticas para la niñez y la adolescencia. El Congreso de la República, la ratificó por medio de la ley número 12 de 1991. Siguiendo los lineamientos de la Convención, la Asamblea Nacional Constituyente reformó la Constitución Nacional e incluyó el criterio y los principios de protección integral de la niñez en su doble dimensión: garantía de los derechos de los Niños y protección en condiciones especialmente difíciles.

Además, establece la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, en la obligación de asistir y proteger a los niños y las niñas para asegurar su desarrollo armónico integral en ejercicio pleno de sus derechos.

El desplazamiento forzado por la violencia en el país, exige al Estado garantizar a la población afectada, el acceso y goce efectivo respecto de todos sus derechos, en especial el de la salud, este, "*se traduce en un derecho que involucra, además de los elementos propios de la atención en salud, los principales factores y externalidades determinantes como son el acceso al agua potable y a condiciones sanitarias apropiadas, el consumo y provisión de alimentos nutritivos e inocuos, vivienda adecuada, medio ambiente sano, acceso a la educación y a la información sobre temas relacionados con la salud en todas sus manifestaciones (...)*"[2]

Por esta razón la Corte Constitucional, ha establecido en sus tesis de tutela, en cuanto a los derechos fundamentales de la población desplazada que: *"1. La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia ve vulnerados una larga lista de derechos fundamentales entre los cuales se*

puede mencionar, entre otros, el derecho a la vida, a la paz, la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, la integridad personal, la dignidad humana, la educación -particularmente de los menores que se ven obligados a huir-, la vivienda en condiciones dignas. Frente a tales vulneraciones el Estado colombiano, siendo consecuente con su naturaleza de Estado Social de Derecho, tiene la obligación de brindar atención a los desplazados para que cesen las privaciones del goce de los derechos fundamentales por este grupo poblacional. Al existir tal obligación, se genera el consecuente derecho en cabeza de los desplazados de ser atendidos con prontitud, y en condiciones que respeten su dignidad humana, por parte de las entidades del Estado competentes para prestar apoyo y protección."[3]

Además, según el texto constitucional, la población en condición de desplazamiento, debe ser atendida por el Estado dentro de la igualdad, como cualquier otro colombiano, pues el articulo 13, en el inciso 2º, hace referencia a que *"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".*[4]

Sin embargo, en la cotidianidad esta población es marginada, evidenciando la carencia de la presencia permanente y real del Estado para hacer efectivos los derechos fundamentales que les son inherentes; en la realidad hace falta un Estado que les asegure sobre todo a los niños y niñas que hacen parte de esta población, que también ellos son beneficiarios y protagonistas de los derechos emanados por la Constitución.

La situación que permanentemente atraviesa la población en situación de desplazamiento, exige que el Estado tenga un trato preferente y especifico en sus políticas de atención dirigida a ellos.

En el capitulo 2 del Titulo II, se contemplan los derechos sociales, económicos y culturales, definidos por el constitucionalista Diego Younes mencionando el postulado de Lucio Mendieta y Nuñez, como el "*Conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo*"[5], Y es en este acápite de derechos que se contemplas las garantías de los niños y niñas, así: *"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, (...) Gozaran también de los demás derechos consagrados en la Constitución , en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la*

sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."[6]

Los artículos 48 y ss. de la Constitución Nacional, plantean que el Estado tiene la dirección, coordinación y control de la Seguridad social la cual es obligatoria, irrenunciable y se debe garantizar a todos los habitantes. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Pero la persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia ve vulnerados una larga lista de derechos fundamentales entre los cuales se puede mencionar, entre otros, el derecho a la vida, a la paz, la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, la integridad personal, la dignidad humana, la educación -particularmente de los menores que se ven obligados a huir-, la vivienda en condiciones dignas. Frente a tales vulneraciones el Estado colombiano, siendo consecuente con su naturaleza de Estado Social de Derecho, tiene la obligación de brindar atención a los desplazados para que cesen las privaciones del goce de los derechos fundamentales por este grupo poblacional. Al existir tal obligación, se genera el consecuente derecho en cabeza de los desplazados de ser atendidos con prontitud, y en condiciones que respeten su dignidad humana, por parte de las entidades del Estado competentes para prestar apoyo y protección.

Es por esto, que el Procurador General de la Nación, ha advertido acerca del incumplimiento en la atención a la población en situación de desplazamiento exigiendo, por medio de Directivas, a las entidades territoriales, destinar partidas presupuestales suficientes para atender ese fenómeno. Así mismo, desde hace tres años el Ministerio Público viene desarrollando una estrategia dirigida a crear, con el apoyo de organismos de cooperación internacional, especialmente de Acnur, mecanismos técnicos para ofrecer soluciones a este fenómeno.

En febrero de 2005 El Procurador General de la Nación, informó a la Corte Constitucional, acerca de la atención a la población desplazada que: "*Una ayuda inmediata prácticamente inexistente, con deficiencias del 92.86% y una atención humanitaria de emergencia para la población desplazada con índices de cumplimiento del 30% aproximadamente, todos los componentes de la ayuda inmediata y de atención humanitaria, están por debajo de la tercera*

parte de atención, que es la base para calificar cumplimiento bajo y la ayuda inmediata se podía declarar en incumplimiento, si se tiene en cuenta que se atendió sólo al 4.41% de la población".

Dadas las razones y normatividad planteadas se indago qué tan real es la presencia del Estado y la efectividad y aplicación de las políticas publicas en cuanto a la población desplazada especialmente los niños; para ello además de la revisión bibliográfica y documental se realizaron entrevistas mediante dos cuestionarios con preguntas abiertas, con el fin de establecer la política pública desarrollada por el gobierno local para atender la salud de los niños y niñas menores de 5 años, en condición de desplazamiento asentadas en el barrio Café Madrid de Bucaramanga.

Este cuestionario que fue aplicado a tres tipos de entrevistados; funcionarios del gobierno local, de entidades publicas y privadas y padres de niños y niñas desplazados por la violencia ubicados en el asentamiento del barrio Café Madrid de Bucaramanga, mostró que algunos de los programas desarrollados por el gobierno local son:

1. La *(AIEPI)* o *Atención Integrada a las Enfermedades Prevalentes de la Infancia* es una estrategia elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), cuyo objetivo es mejorar la salud en la niñez. Esta dirigido prioritariamente a la atención de los menores de cinco años en su estado de salud más que en las enfermedades que ocasionalmente pueden afectarlos, detectándolas de manera precoz y ofreciendo tratamientos a las enfermedades que pueden pasar inadvertidas para los padres y para el personal de salud.

2. La Estrategia de Vivienda Saludable, que tiene como objetivo contribuir al mejoramiento de la Salud y de las condiciones de vida en la vivienda y que ha sido implementada en los asentamientos Bodegas, Ciudadela Café Madrid y Corrales del barrio Café Madrid de la comuna 1 del Municipio de Bucaramanga.

3. Plan Ampliado de Inmunizaciones- PAI, que fue implementado en el año 2002, a raíz de la epidemia de sarampión que surgió en la época; luego de la erradicación de la epidemia, el equipo operativo decidió trabajar en todo Bucaramanga en la vacunación y especialmente con la población desplazada. Todos los días salen a los diferentes barrios de la ciudad y cada dos meses van al barrio café Madrid; allí visitan casa por casa verificando y reforzando los esquemas de vacunación, principalmente a

los niños menores de 5 años, que integran la población desplazada, ya que no se sabe que clase de enfermedades pueden traer de sus lugares de origen; y además porque el hecho de estar hacinados también puede generar enfermedades.

No obstante las estrategias implementadas, esta problemática que ha sido tratada tanto en el ámbito nacional como internacional; que en Colombia esta amparada por un amplio marco a nivel constitucional y jurisprudencial abundante en la materia, no ha tenido el tratamiento legal adecuado para la magnitud del problema; dado que este se incrementa día a día como resultado de los enfrentamientos entre los diversos actores violentos.

A pesar de que el fenómeno del desplazamiento forzado ha tenido un verdadero desarrollo normativo, a partir de la Ley 387 de 1997 y su decreto reglamentario 2569 de 2000, que define la calidad de desplazado; y recientemente el decreto 250 de 2005, que obliga a los entes municipales incluir a este sector de la población en el PAB el cual ha sido implementado por parte del Ministerio de Protección Social, en el caso del Municipio de Bucaramanga no se ha desarrollado una verdadera política publica, local y especifica para los niños y niñas desplazados, objeto de esta investigación; es decir las acciones emprendidas carecen de las etapas características de una política publica como son la de surgimiento y formulación; la única que puede reconocerse como tal es la etapa de implementación, que ha tenido que llevarse a cabo sobre el terreno.

No existe un proceso coordinado y articulado en el Plan municipal de desarrollo y por ende ningún Acuerdo que reglamente la "Atención a la población desplazada", específicamente para atender la salud de los niños menores de 5 años en el barrio Café Madrid de Bucaramanga; a pesar de que los funcionarios encargados de la elaboración de políticas publicas poseen los conocimientos necesarios en el manejo del fenómeno del desplazamiento, y se encuentran actualizados en las exigencias que la gestión publica moderna requiere para el logro eficaz y eficiente de sus labores y del entorno en que se desenvuelven, no ha sido posible la creación de una política publica, que como tal, responda a esta problemática.

Sin embargo aunque no existe una política publica debidamente formulada, adecuada y especifica, no quiere decir que los niños y niñas en situación de desplazamiento carezcan de atención; pues esta se les ha brindado a través de los mecanismos del PAB y de su inclusión en las estrategias creadas por los diversos organismos internacionales en materia de salud, además de las

implementadas por los organismos no gubernamentales que se han ocupado del tema del desplazamiento a nivel mundial.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] www.unicef.com

[2] Defensoria del Pueblo. Evaluación de la Política Pública en procesos de restablecimiento de la población desplazada desde un enfoque de Derechos Humanos. Editorial Bochica. Bogotá, 2003 Pag. 39

[3] Corte Constitucional Sentencia de Tutela 327 de marzo 26 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[4] Constitución Politica de Colombia

[5] Younes Moreno, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis. Bogotá, 1998 Pag. 184

[6] Constitución Nacional, Articulo 44.

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Talleres de Investigación 2004 - 2005

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Talleres de Investigación 2004 - 2005

1. NOMBRE DEL TALLER
Trascendencia del régimen de insolvencia en Colombia.

OBJETIVOS
Análisis y ejercicio de la ley de insolvencia, explorar los cambios que plantea esta ley, concretar las consecuencias que trae al sistema económico del país las normas propuestas en la ley de insolvencia y rastrear casos concretos de aplicación de las normas de insolvencia.

DIRECTOR
Antonio Bohórquez Orduz

INTEGRANTES
Tatiana Milena Osma Guerrero

2. NOMBRE DEL TALLER
Naturaleza jurídica de la contratación electrónica en la legislación colombiana.

OBJETIVOS
- Recopilar la legislación existente acerca de la contratación electrónica en Colombia.
- Estudiar las diversas concepciones existentes acerca de la naturaleza jurídica de la contratación electrónica.
- Definir la naturaleza jurídica de la contratación electrónica en la legislación colombiana.

DIRECTOR
Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES
Cielo Ivett Villamizar Morales

3. NOMBRE DEL TALLER
Desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades-levantamiento del velo jurídico – Disregard of Legal Entity

OBJETIVOS
Conocer la importancia de la implementación de la figura del disgregar en nuestro ordenamiento jurídico.

DIRECTOR
Camilo Quiñonez Avendaño

INTEGRANTES
Luz Dary Alvarado Mateus
Fernando Enrique Castillo Guarín.

4. NOMBRE DEL TALLER
Nuevas opciones de organización político administrativa para Bucaramanga y su zona de influencia.

OBJETIVO
Proponer un modelo de organización político administrativa para Bucaramanga y su zona de influencia, acorde con las características particulares de nuestra capital, el sentimiento colectivo.

DIRECTOR
Martha Eugenia Duarte Hernández

INTEGRANTES
Elkin Rene Reyes Romero
Edison Vivero Pardo

5. NOMBRE DEL TALLER
Análisis Jurídico de las medidas administrativas para la prevención del lavado de activos en Colombia.

OBJETIVOS
- Establecer las acciones administrativas del sistema financiero colombiano y el gobierno nacional frente al lavado de activos.
- Estudiar la efectividad de las medidas administrativas adoptadas por el Estado Colombiano en la prevención del lavado de activos.

DIRECTOR
Camilo Quiñonez Avendaño

INTEGRANTES
Ana María Reyna Serrano

6. NOMBRE DEL TALLER
Improcedencia coetánea de las acciones disciplinarias a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa y la Procuraduría General de la Nación.

OBJETIVOS
- Analizar los enfoques jurisprudenciales existentes sobre lo que constituye las acciones de pérdida de investidura e investigación disciplinaria, contra servidores públicos de elección popular.
- Determinar los jueces naturales que deben conocer las demandas de pérdida de investidura, como acción jurisdiccional disciplinaria.
- Definir el porqué de la improcedencia de las acciones simultáneas de pérdida de investidura e investigación disciplinaria administrativa.

DIRECTOR
Lilia Aidee Velasco Abril

INTEGRANTES
Hernán Dario Quiroga Manjarres
Daniel Guillermo Arenas Gamboa

7. NOMBRE DEL TALLER
Aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos contractuales contenidos en la Ley 80 de 1993.

OBJETIVOS
Evaluar la aplicación de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de carácter contencioso contractual contenidos en la Ley 80 de 1993, determinando si estos dentro de la práctica jurídica que se vive por parte de la administración municipal de Bucaramanga, alcanzan las finalidades consagradas por el legislador para dichos mecanismos.

DIRECTOR
Lilia Aidee Velasco Abril

Centro de Investigaciones Socio - Jurídicas. Talleres de Investigación 2004 – 2005

INTEGRANTES
Carlos José Salazar Picón
Cristhian Camilo Gómez Chavarro

8. NOMBRE DEL TALLER
Aplicación de la fuerza mayor en contrato de transporte de gas natural.

OBJETIVOS
- Identificar el concepto de fuerza mayor en la legislación colombiana.
- Identificar el manejo jurisprudencial de la fuerza mayor en los contratos
- Analizar los elementos del contrato de transporte.

DIRECTOR
Luis Raúl Carvajal Almeida

INTEGRANTES
Jaime Eduardo Gómez Alvarez
Paola Andrea Manchego Infante

9. NOMBRE DEL TALLER
Decreto 0283 de 1990 sobre cadenas de distribución de productos derivados del petróleo proyecto de modificación.

OBJETIVOS
- Definir los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, según el proyecto de reforma del Decreto 0283 de 1990.
- Establecer los requisitos y obligaciones correspondientes a los agentes distribuidores de combustibles líquidos derivados del petróleo, según el proyecto de reforma del Decreto 0283 de 1990.
- Determinar el régimen sancionatorio aplicable a los agentes distribuidores.

DIRECTOR
Mario Guevara Mendoza

INTEGRANTES
Juan Carlos Sierra Cote

10. NOMBRE DEL TALLER
La jurisdicción especial indígena Barí, en el marco de la constitución de 1991. Alcances y limites.

OBJETIVOS
- Describir la realidad social y las necesidades básicas de la población Barí.
- Interpretar jurídicamente las normas vigentes en nuestro país que regulan la jurisdicción especial indígena, tales como la Constitución Política, leyes, decretos, ordenanzas, jurisprudencia, etc., así como los tratados y convenios internacionales.

DIRECTOR
Alba Luz Becerra

INTEGRANTES
Nidia Rocio Gómez Martínez

11. NOMBRE DEL TALLER
Las implicaciones del TLC en la prestación de los servicios financieros colombianos.

OBJETIVOS
- Analizar jurídicamente el Tratado de Libre Comercio que actualmente esta negociando Colombia con Estados Unidos, determinando de esta manera, las implicaciones que tendrá dicho tratado en los servicios financieros que son prestados en Colombia.

- Determinar de que forma, se verán afectados los servicios financieros colombianos, con la entrada en el mercado nacional de nuevos servicios provenientes de Estados Unidos.

DIRECTOR
Jaime López

INTEGRANTES
Carlos Augusto Chacón Monsalve

12. NOMBRE DEL TALLER
Transplante de células madres embrionarias. Implicaciones legales y bioéticas.

OBJETIVOS
- Establecer si al destruir embriones se incurre en la conducta penal descrita en el código como aborto.
- Definir cual es el tiempo máximo que pueden permanecer congelados los embriones.
- Importancia de los CME para la Medicina y el Derecho.
- Determinar las implicaciones del trasplante de CME en los derechos fundamentales y el sistema general de seguridad social en salud.

DIRECTOR
Mario Guevara Mendoza
Norma Cecilia Serrano Díaz (Asesor)

INTEGRANTES
Neyla Rocio Vásquez Cardona
Gabriel Santamaría Rodríguez

13. NOMBRE DEL TALLER
Análisis comparado entre las normas de derecho internacional en materia de terrorismo y el régimen jurídico aplicable en Colombia a su prevención, sanción y reparación.

OBJETIVOS
- Reconocer el Decreto Internacional en materia de terrorismo como un conjunto de normas de Derecho Internacional Público claramente definido, caracterizado y diferenciado de otros conjuntos jurídicos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.
- Identificar los instrumentos jurídicos internacionales en materia de terrorismo que han sido elaborados en forma de tratados multilaterales, resoluciones y convenciones regionales, a los que se encuentran obligado el Estado Colombiano.
- Evaluar el alcance, contenido y la pertinencia de las normas nacionales si responden, desarrollan, olvidan, impiden o restringen las normas internacionales que regulan la materia.

DIRECTOR
Luis Francisco Casas Farfán

INTEGRANTE
Carlos Andrés Pérez Gallego

14. NOMBRE DEL TALLER
Descripción del estándar internacional en materia de derechos y protección a las víctimas en el conflicto armado a fin de evaluar la legislación nacional en torno a indultos y procesos de paz.

OBJETIVOS
- Estudiar el standard internacional en materia de protección a las víctimas en los casos de conflicto armado en Colombia y su aplicación en nuestro país, específicamente en los casos de indultos y procesos de paz.
- Analizar el nuevo Código de Procedimiento Penal, y demás decretos y leyes que señalan los parámetros o directrices que se deben tener en cuenta para dar un adecuado tratamiento a las personas que han sufrido daños como consecuencia de acciones u omisiones que violan la legislación penal vigente.

DIRECTOR
Luis Francisco Casas Farfán

INTEGRANTES
Johanna Alexandra González Vargas
María Catalina Salcedo Becerra

15. NOMBRE DEL TALLER
Diagnóstico de la conciliación en equidad en el área Metropolitana de Bucaramanga desde el año 2002 hasta el año 2005.

OB JETIVOS
- Realizar una caracterización de los conflictos que se tramitan ante los conciliadores en equidad, incluyendo las causas, actores involucrados, soluciones, compromisos y acuerdos alcanzados.
- Conocer las temáticas alrededor de las cuales seria necesario profundizar en la capacitación y formación de nuevos conciliadores y conciliadoras en equidad.
- Valorar la eficacia de la conciliación en equidad, estimando el cumplimiento de los acuerdos y compromisos alcanzados en las audiencias de conciliación y consignados en las actas, así como su aporte en la reconstrucción del tejido social y en la generación de convivencia a partir del restablecimiento de las relaciones interpersonales.

DIRECTOR
Alba Luz Becerra Sarmiento

INTEGRANTES
Jhon Alberto Ardila Viviescas

16. NOMBRE DEL TALLER
Desarrollo de un sistema de información para la organización judicial y extrajudicial del departamento jurídico de una clínica.

OBJETIVOS
- Recopilar la información necesaria acerca de los procesos judiciales, pólizas de responsabilidad civil, contratos de la clínica, documentos certificados por abogado, entre otros.
- Determinar todas las etapas procesales de las área en las que se encuentra vinculada de forma responsable la clínica.
- Diseñar el modelo de la base de datos para el SI, utilizando la información recopilada acerca del departamento jurídico de la Foscal.
- Desarrollar un manual de usuario para el sistema de información y para el conocimiento general de las áreas del derecho.

DIRECTOR
Carlos Villamizar Suárez

INTEGRANTE
Diana Rafaela Rueda Guzmán

17. NOMBRE DEL TALLER
Bioética: Marco teórico, legal y constitucional
OBJETIVOS
- Determinar concepto, historia y principios de la bioética
- Determinar tipología de casos difíciles en torno a la bioética
- Identificar y analizar sentencias, leyes, resoluciones y doctrina existente en Colombia sobre bioética, encontrando su visión filosófica frente a la vida.
- Analizar la legislación extranjera sobre bioética (legislación argentina y española)
- Crear un manual de bioderecho para que así los profesionales de la salud tengan una guía práctica de cómo se debe actuar conforme a la ley.

DIRECTOR
Carlos Villamizar Suárez

INTEGRANTES
Erika Silva Leal

18. NOMBRE DEL TALLER
Estándares internacionales sobre el status jurídico de la población homosexual

OBJETIVOS
- Desarrollar argumentos a favor del reconocimiento jurídico de la población homosexual, rechazando los conceptos de moral general o moral pública, como conceptos excluyentes en estados democráticos y pluralistas.
- Analizar los intentos fallidos de proyectos de ley de acto legislativo sobre la regulación de los derechos de la población homosexual.
- Proponer la adecuación del ordenamiento jurídico colombiano a los estándares

internacionales sobre la materia, precisando cada uno de los institutos sobre los cuales tendría repercusiones el ejercicio sin discriminación de los derechos de la población homosexual, así como los mecanismos legales y constitucionales que deben utilizarse para reformar progresivamente dichos institutos.

DIRECTOR
Luis Francisco Casas Farfán

INTEGRANTES
Silvia Juliana Serrano Guzmán

El arbitraje de esta edición de la Revista Temas Socio Jurídicos fue realizado por:

RTSJ016, RTSJ0018, RTSJ007, RTSJ0006, RTSJ009, RTSJ005.

El listado de las personas que colaboran como árbitros en la revista Temas Socio Jurídicos, se encuentra en el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Correos de Colombia
ADPOSTAL
Llegamos a todo el mundo!
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.
Le atendemos en los teléfonos:
4 29 73 20 - 3 34 03 04
980015503
Fax 2 43 89 62
Visite nuestra página web
www.adpostal.gov.co