

Contenido

Colombia: ¿un caso de regresión al estado de naturaleza?

Aproximación histórica a la formación de abogados en Colombia

Estructura social e intervención penal

El derecho fundamental a la igualdad aplicado a los principios de la justicia

Antijuridicidad, derecho natural y libertad de conciencia en Antígona, de Sófocles

El derecho urbano como límite al derecho de propiedad individual

Proceso de formación de los partidos políticos en Colombia

Democracia y Universidad: unión indisoluble

*¡¡Derechos humanos:
ideales comunes para la convivencia!!
"La democracia vive si se vive"*

ISSN 1692-3936



Edificando futuro

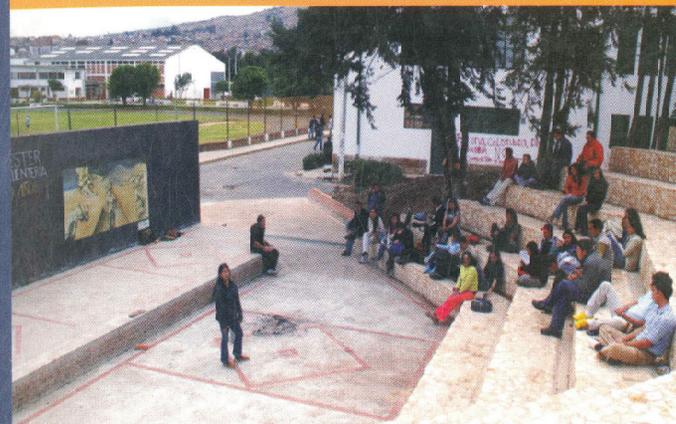
Revista Sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Derecho y Realidad

Núm. 5 • I Semestre 2005

Derecho y Realidad

Núm. 5 • I Semestre 2005



Uptc

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Derecho y Realidad

Revista sociojurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Núm. 5 • I semestre de 2005
Publicada II semestre 2006

Derecho y Realidad

Derecho y Realidad es una publicación semestral editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC

ISSN: 1692-3936

Rector

Carlos Augusto Salamanca Roa

Vicerrector Académico

Esaú Ricardo Páez Guzmán

Director Investigaciones

Enrique Vera López

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Miguel de Jesús Niño Sandoval

Director Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - CIEDE

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Director Editor

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Comité Editorial

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Jorge Darío Vargas

Luisa Hernández

Diana Carolina Cabra

Astrid Johana Forero

Diana Alejandra Cucunubá

José Antonio Álvarez

John Alejandro Pérez

Nubia González

Andrea Rayo

Corrección de Estilo:

Luis Enrique Clavijo M.

Director Imprenta y Publicaciones

Rafael Humberto Parra Niño

Diagramación:

Eunice Bacca de Torres

Impresión:

Imprenta y Publicaciones UPTC, Tunja

Informes

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Avenida Central del Norte

Telefax: (8) 7404933 - Tunja

Centro de Investigación

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Correo electrónico: ciederecho@tunja.uptc.edu.co

Teléfono: 7422175 ext.: 1812

Tunja, Boyacá, Colombia

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Contenido

Presentación	5
Colombia: ¿un caso de regresión al estado de naturaleza? Luis I. Sandoval M.	7
Aproximación histórica a la formación de abogados en Colombia Alejandro Espinosa	21
Estructura social e intervención penal Robinson Marín	47
El derecho fundamental a la igualdad aplicado a los principios de la justicia Javier Leonardo López Higuera	63
Antijuridicidad, derecho natural y libertad de conciencia en Antígona, de Sófocles Jorge Darío Vargas Díaz	73
El derecho urbano como límite al derecho de propiedad individual Fernando Arias García	89
Proceso de formación de los partidos políticos en Colombia Jorge Enrique Patiño Rojas	105
Democracia y Universidad: unión indisoluble Luis Bernardo Díaz Gamboa	117
Instrucciones para los autores	143

Presentación

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC presenta en este número de *Derecho y Realidad* una serie de artículos que sabemos van a generar importantes aportes al mundo de la doctrina jurídica.

El Dr. Luis Sandoval nos retrotrae al mundo hobbesiano del estado de naturaleza, para plantear la tesis de la violencia en Colombia ligada a este fenómeno. El noble abogado upetecista Alejandro Espinosa nos invita a reflexionar en torno a la formación de los abogados en las Facultades de Derecho en la historia colombiana, investigación que como tesis de grado mereció la máxima distinción por parte del jurado de la UPTC. Robison Marín analiza desde la óptica de la criminología la intervención penal sobre la sociedad en un periodo determinado. El judicante Javier López nos invita a reflexionar acerca del desarrollo del derecho a la igualdad en un Estado Social de Derecho. Darío Vargas, por su parte, introduce la literatura en el derecho, en una magistral pieza sobre Antígona, de Sófocles. Fernando Arias discute acerca de los límites del derecho de propiedad individual frente al derecho urbano. El abogado Jorge Patiño se subsume en el origen de los partidos políticos en Colombia, mientras Luis Bernardo Díaz reconoce el retroceso en materia de protección al derecho a la participación por parte de las Altas Cortes en la vida universitaria.

Esperamos que sus contenidos satisfagan las legítimas aspiraciones de nuestros lectores.

Derecho y Realidad
Núm. 5 • I semestre de 2005
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

Colombia: ¿un caso de regresión al estado de naturaleza?

Colombia: a *Natural State Regression's*
Case?

Luis I. Sandoval M.*

Resumen

Partiendo de la teoría hobbesiana, resulta atractivo establecer la presencia del *Estado de naturaleza* en Colombia, por la proliferación de poderes armados que dominan amplios espectros de la geografía nacional; pero también surgen interesantes esfuerzos de organización social que escapan a la lógica de la guerra.

Palabras claves: Teoría política, Constituyentes primarios, Participación, Paz.

* Director del Instituto María Cano, ISMAC. Integrante de la Red de Iniciativas contra la Guerra y por la Paz, REDEPAZ. Autor del libro "Guerra, política y paz", Bogotá, 2001. El presente texto es extracto del comentario del autor al Informe de Desarrollo Humano de Naciones Unidas sobre Colombia, correspondiente a 2003: *El conflicto: callejón con salida*.

Abstract

Taking as a departure point Hobbes theory, it is attractive to establish the Natural State presence in Colombia, due to the armed powers' proliferation that have wide dominion in the national geography. At the same time there is the appearance of some social organization interesting efforts, that escape the war logics.

Key words: Political theory, Primary Constituents, Participation, Peace.

Introducción

Estado de naturaleza es la categoría que Thomas Hobbes acuña en el siglo XVII (1651, *El Leviatán*) para indicar la hipotética situación que antecede a la constitución del Estado. El informe *El conflicto: callejón con salida* se aproxima en varios pasajes a la caracterización de *estado de naturaleza*, en particular con la referencia al texto clásico de Charles Tilly, a mitad de camino del capítulo 1. *Orígenes: guerra en la periferia*, donde dice:

"Nuestro estudio (que reunió a ocho gurús de la sociología histórica) descubrió un mundo donde pequeños grupos de hombres hambrientos de poder lucharon contra muchos rivales en la búsqueda de sus propios fines..." (p. 35). ¿No es la situación colombiana de hoy la de grupos, ya no tan pequeños, de hombres hambrientos de poder que luchan contra muchos rivales en la búsqueda de sus propios fines?

El informe *El conflicto: callejón con salida* contiene descripciones, datos y análisis presentados con amplitud y rigor, que sugieren que Colombia vive un verdadero *estado de naturaleza*, no sólo en el primer capítulo, ya referido, sino en los siguientes: el 2, *Expansión: la guerra en las regiones*; el 3, *Degradación: una*

guerra de perdedores; el 4, *Daños al desarrollo: las opciones truncadas*, y el 5, *Las víctimas: una guerra injusta*.

Caracterizar como *estado de naturaleza* el hecho de la proliferación de poderes armados que el Estado no logra reducir a su dominio, postergando el monopolio general y efectivo de la fuerza armada, es una tesis que en años pasados sostuvieron algunos analistas y que hoy están retomando otros, ante la persistencia de viejas manifestaciones y ante nuevos desarrollos del conflicto armado en nuestro país.

El camino de la aproximación que aquí presento incluye una clarificación conceptual sobre el *estado de naturaleza*, una referencia fáctica a lo que ha ocurrido en época reciente y ocurre hoy en el país, una ilustración referida al contrato social que se requiere para superar el *estado de naturaleza* y una sugerencia acerca de la eventual ruta *práctico política* que podría tomar el nuevo contrato social gestado en ejercicio de soberanía entre los colombianos. Acojo la metodología indicada por Norberto Bobbio para el tratamiento del tema: *el punto de partida, el Estado de Naturaleza; el punto de llegada, el estado civil, y el medio a través del cual se da el paso de uno a otro, el contrato social*¹.

¹ Norberto Bobbio: «Sociedad y Estado en la filosofía moderna», *El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 69.

El referente conceptual

El *estado de naturaleza* in genere. El concepto de *estado de naturaleza* forma parte de la concepción iusnaturalista que comparten los creadores del imaginario del Estado moderno desde Hobbes hasta Hegel, incluidos Locke, Spinoza, Pufendorf, Rousseau y Kant. Espigando en los escritos y el pensamiento de estos autores pueden identificarse como elementos y aspectos correspondientes al *estado de naturaleza* los siguientes:

Estado de libertad natural (Pufendorf), Estado de anarquía (Locke), Estado de guerra (Spinoza). Los hombres, estando sujetos a las pasiones, son naturalmente enemigos entre ellos (Spinoza); estado del hombre que lo lleva a preocuparse exclusivamente de su propia conservación (Hobbes), estado de debilidad que lleva al hombre a unir los propios esfuerzos a los esfuerzos de los demás (Hobbes), estado incierto, inestable, inseguro, desagradable, en el cual el hombre no puede continuar viviendo indefinidamente (Kant), desencadenamiento de conflictos continuos y destructivos por la posesión de bienes (Hobbes), las usurpaciones de los ricos, los latrocinios de los pobres, las pasiones desenfrenadas de todos (Rousseau). Condición negativa, así sea pacífica, anterior al estado de razón (todos).

² Bobbio, *op. cit.*, p. 81.

El *estado de naturaleza* es el estado cuyo protagonista es el individuo singular, con sus derechos y deberes, con sus instintos e intereses, en relación directa con la naturaleza, de la que toma los medios para su sobrevivencia, y solo indirectamente, esporádicamente, con los otros hombres. No es el *apetito de sociedad*, sino el *instinto de conservación* el que realmente mueve al hombre en el *estado de naturaleza*. La propiedad (*ius in omnia*: derecho a todo) es la institución fundamental del *estado de naturaleza*, según Locke, y la sociedad civil, según Rousseau. Hobbes admite que en la sociedad primitiva la familia, la pequeña familia, es parte del *estado de naturaleza*, pero ya en alguna forma juega un papel de Estado.

La diferencia entre Rousseau y los demás es que para estos la condición anterior al estado de razón es el estado de naturaleza —sea este un estado de guerra actual (Hobbes y Espinoza), de guerra potencial (Locke y Kant), o un estado de miseria (Pufendorf)—, para Rousseau es la “*société civile*”².

En resumen, por encima de matices y aun diferencias notables de origen, puede decirse sin rodeos que “El estado de naturaleza, presocial, es un estado de guerra, de confrontación y de abuso, en el que la fuerza es el único argumento válido y la seguridad no existe. En el hombre

existe la tendencia a la imposición por la fuerza sobre sus semejantes, *el hombre es un lobo para el hombre*”³. Hay que retener que estado de naturaleza no es solo la violencia, la inexistencia del monopolio de la fuerza en el Estado, lo es también la miseria, la arbitrariedad, la imposición, la ausencia de justicia, la imposibilidad de desarrollo...

El estado de naturaleza colombiano

Sólo Rousseau presenta el *estado de naturaleza* como un estado histórico que existió en etapas iniciales de la especie humana. Los demás autores lo asumen como un recurso analítico y consideran que lo que ha existido, puede existir y existe de hecho es un estado de naturaleza no universal, sino parcial y circunscrito a ciertas relaciones entre hombres o entre sociedades en circunstancias precisas de tiempo y espacio. Los casos históricos tienen que ver, sobre todo, con 1) Relaciones entre estados, 2) Situaciones de guerra civil (conflicto interno) y 3) Sociedades primitivas o pueblos salvajes, antiguos o actuales.

En Colombia es evidente que existe un estado inacabado, insuficiente, parcialmente legítimo, considerado por algunos (P. Oquist, 1978) en trance de colapso en varias de sus

funciones y en recuperación en otras. En la perspectiva analítica de los años setenta y ochenta el colapso era uno de los recursos para apuntalar las posiciones alineadas con la *inminencia del derrumbe* del precario Estado colombiano por asedio externo (opositores extra sistema) y/o por descomposición interna. Hoy, sin embargo, la categoría de *estado de naturaleza*, para calificar panorámicamente la situación, se emplea con un alcance parcial y relativo, asumiendo la durabilidad de la complejidad *orden y violencia* con sus correspondientes actores sometidos a los más sorprendentes cambios sin que se trastorne su pervivencia y su relación conflictiva en profundidad.

Recientemente se ha retomado la categoría de *estado de naturaleza* en algunos trabajos, como el de Boris Salazar y María del Pilar Castillo, “La hora de los dinosaurios, Conflicto y depredación en Colombia” (CIDSE-Universidad del Valle, 2001) o, sin emplearla, quizá resistiéndola por razones de peso, se ha ofrecido un extraordinario acervo de elementos descriptivos y analíticos en obra tan estructurada y sólida como la de Fernán E. González, Ingrid J. Bolívar y Teófilo Vásquez, “Violencia política en Colombia: de la Nación fragmentada a la construcción del Estado” (CINEP, 2003).

³ José Antonio de Gabriel: “La formación del Estado Moderno”. En: Rafael del Águila (ed.): *Manual de Ciencia Política*, Editorial Trotta, 1997, p. 35.

Los investigadores del CIDSE, aparte de que contribuyen efectivamente a identificar con otros analistas los factores determinantes o constituyentes del actual *estado de naturaleza*, llaman la atención, con agudo y original enfoque, sobre el hecho de que

no solo la exclusión política explica el surgimiento y consolidación de las organizaciones armadas revolucionarias en las décadas del setenta y del ochenta. Hay una explicación más amplia y con un mayor poder de cobertura: en general, el contexto social favorecía la proliferación de quienes estaban organizados para la depredación y para la imposición violenta, a costa del debilitamiento, y hasta la desaparición de quienes no lo deseaban. La capacidad de cobertura de esta hipótesis se puede corroborar en uno de los hechos fundamentales de esas mismas dos décadas: el surgimiento vertiginoso y violento de las organizaciones de narcotraficantes que llegaron, incluso, a disputar en forma abierta la legitimidad y el poder del Estado⁴.

La depredación sistemática de lo público es una manifestación notable del *estado de naturaleza*; Salazar y Castillo la describen muy bien:

La depredación organizada como forma de comportamiento social, no

ha pertenecido en forma exclusiva al terreno de las organizaciones armadas al margen de la ley. La vaguedad de la frontera entre lo legal y lo ilegal en Colombia es una consecuencia obvia de una situación en la que las estrategias de depredación están extendidas a todas las esferas de la acción social. Desde dentro del sistema tradicional, la depredación organizada de lo público, a favor de los grupos privados que están en capacidad de hacerlo, se ha convertido en una de las prácticas fundamentales para una redistribución de la riqueza que hoy, todavía, está por estudiarse en forma rigurosa. Esta conducta es tan fuerte que atraviesa todo el espectro de las clases sociales existentes. No hay un monopolio evidente de la depredación sistemática de lo público: lo hacen desde los pequeños políticos, que creen reivindicar sus orígenes desfavorecidos, hasta los grandes grupos económicos privados, pasando por todos los matices políticos, intermediarios, abogados expertos en demandar al Estado, funcionarios y hombres de negocios, de distintos orígenes sociales, que han derivado su fortuna de la práctica aceptada de asaltar lo público⁵.

Estas manifestaciones forman parte de un cuadro más amplio.

⁴ Boris Salazar y María del Pilar Castillo: *La hora de los dinosaurios, conflicto y depredación en Colombia*. CIDSE - Universidad del Valle, 2001, p. 16.

⁵ *Ibidem*, p. 18.

La Colombia de hoy es contemporánea del mundo pintado por Hobbes en tres sentidos fundamentales: lo es, primero, porque los individuos saben que incrementarán sus posibilidades de supervivencia si se "adelantan" y atacan a sus pares antes de que éstos lo hagan, depredar primero siempre paga. Segundo, porque el Estado, al renunciar a sus funciones básicas en el campo de la defensa y de la seguridad, al perder el monopolio de las armas, y al permitir la aparición y el crecimiento de ejércitos privados, creó las condiciones para un regreso inevitable a un estado de anarquía. Y tercero, lo es porque el vacío dejado por un Estado en retirada es cubierto por una red de contratos y acuerdos, en la cual es difícil distinguir entre la transferencia voluntaria y mutua de derechos y la generada por la coerción propia de las armas y del terror⁶.

Y se llega hasta el punto de que un agrupamiento como las Farc tiene la pretensión de comportarse como Estado embrionario, y así posa frente al gobierno en el marco de los diálogos de paz. Las lecciones que este movimiento extrae de la experiencia de los últimos años son, entre otras:

Primero... percibir el carácter volátil y poco duradero de la lucha política, y su consecuencia inmediata: la concentración de todos los esfuerzos en el ejercicio de la guerra

como la única vía hacia el poder político. Segundo, asumir el ejercicio político como el control, en forma estatal embrionaria de los territorios y de las poblaciones en los que su dominación fuera más sólida y tuviera mejores bases históricas y económicas. Tercero, y muy ligado a los planes trazados en forma original en la séptima Conferencia, en 1982, continuar desplegando su estrategia de cerrar el cerco sobre el centro del país (su capital, Bogotá), a través de crear un corredor sobre la Cordillera Oriental, sustentado en una cadena de Frentes que crecerían mediante el desdoblamiento de cada uno de los Frentes existentes en el momento. Cuarto, y derivado de los anteriores, enfrentar las negociaciones de paz con el Estado desde la posición de otro Estado que, aunque embrionario y sin reconocimiento internacional cuenta, sin embargo, con sus propias fuerzas armadas, un mando responsable y una jurisdicción geográfica⁷.

No obstante, el trabajo más rico, pertinente y actual, que muestra el vínculo entre las diversas y sucesivas violencias y la formación de Estado en Colombia, es el de Fernán E. González, Ingrid J. Bolívar y Teófilo Vásquez, que vio la luz en mayo de 2003, en práctica coincidencia con el informe. La ilustración sobre la formación del Estado lo que muestra es que hay momentos y hay sitios y hay aspectos donde no hay Estado. El esfuerzo por formar Estado es

⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁷ *Ibidem*, p. 47.

precisamente, a menudo, el esfuerzo por superar el *estado de naturaleza*.

Sin entrar en la amplísima presentación conceptual y fáctica que ellos hacen —no hay aquí lugar para ello—, me parece de capital importancia recobrar, con sus propias palabras, algunas de las conclusiones a que llegan y que ilustran de manera directa “la pepa” del tema en referencia y fortalecen la presentación que al respecto trae el informe en su capítulo uno.

El proceso europeo y el proceso colombiano

Para Weber, el desarrollo del Estado moderno se inicia en el momento en que el príncipe o la autoridad central empieza a expropiar de los medios políticos a sus contrincantes y termina cuando todos los medios de explotación política reposan en esta figura central. En la época en que Weber escribe, tal proceso se ha realizado por completo en gran parte de las sociedades europeas. Aunque él no hace ningún señalamiento sobre la situación de las sociedades no europeas, atendiendo textualmente al carácter sociológico de su definición, puede decirse que en Colombia asistimos a un proceso de desarrollo del Estado moderno. En la historia nacional se encuentran distintos

esfuerzos de la autoridad central por concentrar en propiedad los medios políticos. Esfuerzos que han sido contestados y neutralizados de diferentes maneras por distintos agentes políticos, al punto que el Estado colombiano no cuenta en propiedad con la totalidad de los medios políticos de explotación. En algunos casos negocia su uso con un actor político regional, en otros casos delega tal explotación, y en muchos casos negocia su uso con propietarios por acceder directamente a ellos⁸.

El Estado se expande, los colonos se corren

Los esfuerzos de regulación social, los intentos de expandir el dominio estatal hacia las comunidades apartadas, chocaron siempre con resistencias enconadas, y con la posibilidad de que los pobladores huyeran a territorios aún más alejados. Ya que, como veremos en detalle más adelante, una de las dinámicas que llama la atención en la historia de Colombia es la persistencia de una serie de colonizaciones en las áreas periféricas del territorio⁹. Por varias razones, entre las que se destaca la no resolución de la llamada “cuestión agraria” y la concentración de la propiedad rural en las zonas más integradas al conjunto de la vida nacional, en

⁸ Fernán E. González, Ingrid J. Bolívar y Teófilo Vásquez: *Violencia política en Colombia, De la Nación fragmentada a la construcción del Estado*. CINEP, 2003, p. 252.

⁹ Fernán E. González: «Poblamiento y conflicto social en la historia colombiana». En: *Para leer la política*. Ensayos de Historia Política Colombiana, Cinep, Bogotá, Tomo 1, p. 72.

Colombia existe no solo la posibilidad, sino ciertos incentivos para que los diferentes grupos sociales busquen evadir y evadan de hecho los controles tradicionales de la vida social y busquen nuevos territorios que les permitan condiciones económicas de vida más aceptables. Desde la perspectiva de este texto es importante insistir en que la posibilidad de huir “los unos de los otros” y de escapar a la regulación estatal tiene un correlato material y tangible: una geografía que dificulta y encarece la penetración de la sociedad por parte del Estado, una gran debilidad fiscal de este último y una estructura de la propiedad de la tierra que expulsa a diferentes grupos sociales. Esta situación termina por dificultar el desarrollo de las interdependencias funcionales en el seno de la sociedad, al tiempo que impide la concentración del poder y la constitución del monopolio estatal de la coerción legítima¹⁰.

Simultaneidad del Estado con otros poderes

En Colombia, el Estado, regido por la ley positiva, domina ciertos espacios de la vida social, al tiempo que coexiste con otros tipos de ordenamiento social y político. Ahora bien, esa simultaneidad del Estado con otros poderes no es una relación entre unidades cerradas, acabadas e impermeables, sino que, precisamente, la complejidad de la

situación está definida por la coexistencia de poderes, que no solo son paralelos, sino que se enquistan, se mueven, se traslapan y se refuerzan uno dentro del otro. Y es que ningún poder logra imponerse completamente, sino que se contenta con ser simultáneo o compenetrar y modificar las pretensiones del otro. Ejemplo de eso es la constatación que las distintas guerras civiles del siglo diecinueve “son guerras inconclusas, no hay en ellas netos vencedores ni vencidos...” y que incluso “el inconsciente de toda guerra no era la victoria total, sino el pacto, el armisticio”¹¹.

La autarquía impide o dificulta el monopolio de la violencia

Aquí tiene sentido retomar lo señalado más arriba sobre la manera cómo las interdependencias sociales favorecen el tránsito de un monopolio privado a uno público y la consolidación o no de un dominio directo del Estado. Se había mencionado ya que cuando el tejido de interdependencias no es muy denso, cuando gozan de fortalezas las distintas autarquías sociales y cuando es costoso dominar completamente una comunidad lejana, no se consolida el monopolio de la violencia como un monopolio público, sino que suele quedar en

¹⁰ Fernán E. González, Ingrid J. Bolívar y Teófilo Vásquez: *op. cit.*, p. 254.

¹¹ *Ibidem*, p. 256.

manos de una oligarquía. El gobierno central negocia el monopolio y lo disuelve en arreglos con redes de poder que le pueden facilitar el acceso a la población. Retomando a Maquiavelo se afianza la paradoja de la figura del intermediario político que debe ser fuerte para resistir las tendencias a la sublevación y los esfuerzos de dominación de otros señores, pero débil para que no ponga en discusión el poder central del que es solo delegado¹².

Según esta forma de ver las cosas, Colombia, con la situación que presenta desde la segunda mitad del siglo veinte hasta hoy, estaría experimentando una *regresión al estado de naturaleza*, aunque cabría también pensar, por la sucesión prácticamente ininterrumpida de guerras civiles, de insurrecciones y de violencias, que quizá el país no ha superado en todo el tiempo de vida republicana el estado de naturaleza. El pacto real y pleno aún no se ha producido, la construcción del Estado aún está a medio camino, la unidad de una nación incluyente es una tarea por terminar...

Coinciden el informe y las obras del Cidse y del Cinep que hemos referenciado con amplitud en que la situación a que se alude es la que corresponde a la segunda mitad del

siglo veinte, desde la época del asesinato de Gaitán (9 de abril de 1948), e incluye la época de La Violencia (años 50) y la época de las nuevas violencias, que se acentúan a partir de los años sesenta hasta nuestros días. Cidse: "Lo que se quebró el 9 de abril fue la posibilidad de transformar el país por la vía política"¹³. Cinep:

La mirada de corto plazo que evidencia la fragmentación producida por el conflicto armado reciente tiene que ser complementada con la visión de largo y mediano plazo que permita enmarcarlo en el contexto del desarrollo del Estado nacional en Colombia. Ese contexto muestra la manera como se van poblando las diferentes regiones del país y el modo como sus respectivas poblaciones se van articulando gradualmente a la vida política, económica y cultural de la nación. En esta articulación han jugado un importante papel las redes de poderes locales y regionales del bipartidismo, con sus suprarregionales referentes de culturales de identidad y pertenencia, hasta tiempos recientes, cuando esa capacidad de articulación hace crisis frente a los rápidos y profundos cambios de la sociedad colombiana a partir de la segunda mitad del siglo XX¹⁴.

¹² Ibidem, p. 256.

¹³ Salazar y Castillo, op. cit., p. 12.

¹⁴ González y otros, op. cit., pp. 11 y 12.

La necesidad y el sentido del nuevo pacto social

Vigencia del contractualismo. La consecuencia lógica de reconocer que Colombia aún vive o ha regresado a un *estado de naturaleza*, o de que la construcción del Estado nacional se encuentra obstruida por factores y actores que vinculan la violencia al ejercicio de la política e impiden —ha ocurrido durante décadas— el monopolio de la fuerza por el Estado, es otro reconocimiento: la necesidad ineludible de un nuevo pacto social y político que ha de hacerse posible a partir de la recreación o cambio radical de la política. Colombia necesita la aplicación renovada del contractualismo moderno, que es la forma política que toman los procesos de reconciliación en el seno de una sociedad fragmentada cuando son reales y proyectados a construir una paz durable y perfectible en el marco de un propio y apropiado ordenamiento político.

No se trata de volver a un lugar abstracto o común. Se trata de retomar la definición de los términos que hacen viable la nación, lo que algunos han llamado el "reordenamiento de la sociedad colombiana", de restablecer la posibilidad de un consenso intrasocietal, mediante el diálogo y la deliberación, respecto de metas básicas de funcionamiento de la sociedad, o de un proyecto compartido por las mayorías; una

operación de esas dimensiones requiere recrear la política y su función social, con miras a un nuevo compromiso histórico, un compromiso nacional inclusivo; la política ha de fungir como espacio de reconstrucción de las metas e intereses de los sujetos, no de sistemas de imposición de una clase sobre el resto de las clases, ni de una región sobre las demás, ni de élites y líderes mesiánicos sobre partidos y fuerzas sociales.

Este ejercicio de tomar el agua más arriba para enfrentar los tremendos retos que están implicados en el *estado de naturaleza* es el que hace necesario repensar la necesidad y el sentido del pacto social a la luz de desarrollos recientes, que tratan de dar cuenta de la complejidad de las realidades actuales.

En la parte atractiva del *estado de naturaleza*, todos somos libres e iguales; en la parte repugnante, todos hacemos la guerra contra todos, porque no hay otra forma como cada uno defienda su derecho frente a las acciones que cada uno de los otros realiza para defender el propio. Mientras los burritos halen cada uno para su lado ninguno comerá, pero si deciden ponerse de acuerdo y comer primero de un lado y luego del otro, las cosas irán mejor: los burritos acaban de descubrir las bondades de la asociación.

Si en el *estado de naturaleza*, en lugar de enfrentarnos acordamos

reconocer autoridad a una persona o a un grupo de personas para que nos gobierne y salvaguarde el derecho de todos y cada uno, evitando la autodestrucción, hemos descubierto la sujeción, además de la asociación, es decir, hemos descubierto el Estado que supone las dos cosas a la vez: pacto de asociación y pacto de sujeción.

Mediante la asociación pasamos de *multitud a pueblo* y mediante la sujeción pasamos de *pueblo a civitas*, es decir, a comunidad política donde hay ciudadanos con derechos y donde hay gobernantes que gobiernan respetando los derechos de los ciudadanos. El respeto depende de la reserva que hayamos hecho en el pacto original: podemos reservar la vida, la libertad, la propiedad. Si reservamos solo la vida el gobernante ejercerá un poder absoluto frente a todos en todos los aspectos, así surge el Estado autoritario. Si reservamos vida y libertad, y si, además, reservamos también propiedad, estaremos produciendo un Estado democrático.

Hobbes es partidario de que el pacto original dé lugar a un *Estado absoluto*; Locke, Rousseau y Kant son partidarios de que el pacto original dé lugar a un *Estado democrático*, es decir, con el respecto no solo de la vida, sino de la libertad y la propiedad de las personas. Este último, para destacar estas

posibilidades, utiliza el ingenio y el humor, consagrando dos famosas exclamaciones: "Todos corrieron al encuentro de sus cadenas, creyendo asegurar su libertad", "El hombre nace libre y, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas".

Pero las opciones de Estado autoritario o Estado democrático no son del pasado, son de plena y total actualidad. Es hoy cuando estamos ante la disyuntiva de lo uno o de lo otro. El pacto social es al presente una necesidad como única vía para superar el estado de naturaleza. Ahí nacen las nuevas modalidades de contractualismo.

El pacto social consiste en un acuerdo para la constitución de un poder común, se trata, según Rousseau, de que "cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes", mediante el contrato social nace, con la voluntad general, la soberanía, como lo recalcan los tratadistas.

El ciudadano de Locke es pura y simplemente el hombre natural protegido; el ciudadano de Rousseau es otro hombre: "El paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de la que antes carecía", ha observado Bobbio¹⁵.

¹⁵ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. México: Fondo de Cultura Económica; 1986, p. 103.

Hoy se está produciendo un renacimiento del contractualismo.

El vigoroso renacimiento de la tradición del contrato social, en considerable medida ha sido inducido por la obra de Rawls, ha cuajado principalmente en tres enfoques, cada uno de los cuales, por lo demás, constituye la reformulación de uno de los modelos clásicos. Junto a la teoría de la justicia de John Rawls, que sigue una línea de pensamiento rousseauiano-kantiana, se encuentran, por un lado, la teoría constitucional elaborada por James Buchanan sobre la base de una reelaboración del enfoque hobbesiano y, por otro, la teoría política de Robert Nozick, fuertemente inspirada en el pensamiento de Locke¹⁶.

Conclusión

En Colombia no se trata tan solo de recordar y discutir teorías, el país es hoy uno de los laboratorios sociales con mayor capacidad de innovación. Algunos de los ensayos más importantes en aras de comprobar

que "otro mundo es posible" se están dando aquí. El constituyente primario ha tenido ya varias manifestaciones (votos, movilización, propuestas...) en algo más de tres lustros. Los intentos de renovación del pacto social se están dando no como rito formal, sino como procesos de ejercer ciudadanía y soberanía desde la base, los municipios, las regiones, los grupos poblacionales.

En muchos rincones de Colombia existe ya un proceso instituyente y constituyente, que asume como ideario movilizador los derechos y el desarrollo humano. Ya son decenas las comunidades locales y los municipios, y aún departamentos, que a partir de los ejemplos pioneros de la vereda La India y del pueblo soberano de Mogotes, toman las riendas y se deciden a construir nuevos pactos sociales proyectados a la nación. ¿Por qué no cesar el fuego y realizar procesos constituyentes en todos los municipios de Colombia (1098) que permitan superar el *estado de naturaleza* y recrear el pacto social?

¹⁶ Miguel Ángel Rodilla: «Nuevas variantes del contractualismo...». En: Rawls, John: *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 27.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto y Bovero, Michelangelo: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- DE GABRIEL, José Antonio: "La formación del Estado moderno". En: Del Águila, Rafael (ed.): *Manual de Ciencia Política*, Editorial Trotta, 1997.
- GONZÁLEZ, Fernán E.: «Poblamiento y conflicto social en la historia colombiana». En: *Para leer la política. Ensayos de historia política colombiana*, tomo I. Bogotá: Cinep.
- _____, Bolívar, Ingrid J. y Vásquez, Teófilo: *Violencia política en Colombia. De la Nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: Cinep, 2003.
- RODILLA, Miguel Ángel: «Nuevas variantes del contractualismo...». En: Rawls, John: *Justicia como equidad*, Madrid: Tecnos, 2002.
- SALAZAR, Boris y Castillo, María del Pilar: *La hora de los dinosaurios, conflicto y depredación en Colombia*, CIDSE - Universidad del Valle, 2001.

Hoy se está produciendo un renacimiento del contractualismo.

El vigoroso renacimiento de la tradición del contrato social, en considerable medida ha sido inducido por la obra de Rawls, ha cuajado principalmente en tres enfoques, cada uno de los cuales, por lo demás, constituye la reformulación de uno de los modelos clásicos. Junto a la teoría de la justicia de John Rawls, que sigue una línea de pensamiento rousseauiano-kantiana, se encuentran, por un lado, la teoría constitucional elaborada por James Buchanan sobre la base de una reelaboración del enfoque hobbesiano y, por otro, la teoría política de Robert Nozick, fuertemente inspirada en el pensamiento de Locke¹⁶.

Conclusión

En Colombia no se trata tan solo de recordar y discutir teorías, el país es hoy uno de los laboratorios sociales con mayor capacidad de innovación. Algunos de los ensayos más importantes en aras de comprobar

que "otro mundo es posible" se están dando aquí. El constituyente primario ha tenido ya varias manifestaciones (votos, movilización, propuestas...) en algo más de tres lustros. Los intentos de renovación del pacto social se están dando no como rito formal, sino como procesos de ejercer ciudadanía y soberanía desde la base, los municipios, las regiones, los grupos poblacionales.

En muchos rincones de Colombia existe ya un proceso instituyente y constituyente, que asume como ideario movilizador los derechos y el desarrollo humano. Ya son decenas las comunidades locales y los municipios, y aún departamentos, que a partir de los ejemplos pioneros de la vereda La India y del pueblo soberano de Mogotes, toman las riendas y se deciden a construir nuevos pactos sociales proyectados a la nación. ¿Por qué no cesar el fuego y realizar procesos constituyentes en todos los municipios de Colombia (1098) que permitan superar el *estado de naturaleza* y recrear el pacto social?

¹⁶ Miguel Ángel Rodilla: «Nuevas variantes del contractualismo...». En: Rawls, John: *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 27.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto y Bovero, Michelangelo: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- DE GABRIEL, José Antonio: "La formación del Estado moderno". En: Del Águila, Rafael (ed.): *Manual de Ciencia Política*, Editorial Trotta, 1997.
- GONZÁLEZ, Fernán E.: «Poblamiento y conflicto social en la historia colombiana». En: *Para leer la política. Ensayos de historia política colombiana*, tomo I. Bogotá: Cinep.
- _____, Bolívar, Ingrid J. y Vásquez, Teófilo: *Violencia política en Colombia. De la Nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: Cinep, 2003.
- RODILLA, Miguel Ángel: «Nuevas variantes del contractualismo...». En: Rawls, John: *Justicia como equidad*, Madrid: Tecnos, 2002.
- SALAZAR, Boris y Castillo, María del Pilar: *La hora de los dinosaurios, conflicto y depredación en Colombia*, CIDSE - Universidad del Valle, 2001.

Aproximación histórica a la formación de abogados en Colombia

A Historical Approach to the Colombian Lawyers Formation

Alejandro Espinosa*

Resumen

El documento busca una aproximación a la historia de la formación de los abogados en Colombia, a través del recuento de las condiciones que sustentaron la conformación de la profesión jurídica desde la Colonia y en el periodo de la República, particularmente en las instituciones de educación. Del análisis general de las condiciones de formación de los abogados en el contexto universitario, de los contenidos curriculares y de las disputas políticas e ideológicas que se dieron en torno a la construcción del Estado nacional y de la instrucción pública en estos periodos, se espera encontrar elementos que permitan establecer la contribución de la universidad en el establecimiento

* Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC. Integrante del grupo de investigación "Historia de la Universidad Latinoamericana", HISULA, adscrito al Doctorado en Ciencias de la Educación de Rudecolombia. Correo e.: yuale@hotmail.com

de la identidad profesional de los abogados y su incidencia y participación en la configuración y definición de una cultura jurídica nacional.

Palabras clave: Formación de abogados, Profesión jurídica, Colonia, República, Estado nacional, Universidad, Identidad profesional, Cultura jurídica.

Abstract

A search for an approach to the lawyers formation's history in Colombia through the recount of the conditions that sustained the conformation of the juridical profession since the Colonial times and in the Republic period, particularly in the educational institutions.

The hope is to find elements that allow to settle the university contribution in the establishment of the lawyers professional identity, and its incidence and participation in the configuration and definition of a national legal culture, from the lawyers formation conditions' general analysis in the university context, the curricular contents, and the political and ideological disputes that were waged around the national State construction and the public education in these periods.

Key words: Lawyer's formation, Legal profession, Colonial period, Republic period, National State, University, Professional identity, National legal culture.

Introducción

Inicialmente se hará una breve aproximación a los orígenes de la universidad y se analizarán sus componentes y los contenidos académicos que en ella se impartían, buscando elementos que permitan contrastar con la universidad contemporánea los paradigmas que hicieron parte de la profesión de abogado y ubicar cuáles perduran y constituyen parte de la actual. En cuanto al proceso de formación de abogados, se abordará como una reflexión que debe estar presente en la discusión académica nacional.

La universidad y la formación del abogado

Históricamente, el derecho ha sido una herramienta indispensable en la constitución y consolidación del poder político y económico; el manejo técnico de este saber y su consecuente especialización en el desarrollo de los fines del Estado otorgaron al abogado un reconocimiento e importancia social, que se consolidó a través de la aglutinación de sus saberes y técnicas en la corporación universitaria. De esta manera, la consolidación de la profesión se abrió camino en la institución, reflejando su presencia constante en el ejercicio del poder y su vinculación a la burocracia estatal, constituyéndose una serie de condiciones y ritualismos para su acceso, que le otorgaron un carác-

ter restringido y de exclusividad en función de la conservación de privilegios de la clase dominante.

En la medida en que el abogado se constituyó como elemento imprescindible en el impulso de las instituciones del Estado, él y su profesión han atado sus cambios a los procesos de transformación social y política. Como resultado se produjeron, a su vez, reformas e innovaciones en las instituciones y en los procesos de enseñanza-aprendizaje impartidos. Bajo este presupuesto, el estudio de la historia de la universidad y su desarrollo particular en el contexto colombiano aporta elementos para encontrar en su origen, función y evolución puntos preliminares para el análisis y caracterización del desarrollo histórico de la profesión y del abogado, en relación con los componentes educativos, sociales y culturales de las instituciones donde se forman.

Si bien la universidad ha tomado la potestad de impartir la formación profesional y de certificar y otorgar títulos de idoneidad, el abogado, además de formarse en el ámbito académico, también se forma en el ejercicio social de la profesión, que consiste en un proceso de socialización en el aprendizaje de una forma de pensar, de una racionalidad, de la aprehensión de unas competencias cognitivas y la asimilación e interiorización de una ideología y de unos valores de la profesión¹. De esta

¹ Rogelio Pérez Perdomo (2004): *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 178.

manera, se hará una aproximación a la formación del abogado como integrante del proceso de educación jurídica, que reviste gran importancia por su contribución en el establecimiento de la identidad profesional y en la definición de la actividad ocupacional; en este sentido, el litigante, el funcionario judicial y el docente universitario copan áreas de socialización y construcción del rol profesional que es necesario diferenciar para efectos de este estudio y que se abordará de manera complementaria.

Derecho y sociedad en la Colonia

Con los conquistadores españoles, nuevas pautas se imponían en el continente, como muestra de la implantación de un orden imperante diferente al de los pobladores nativos, que tenían sus propias reglas sociales de organización. La sociedad colonial, ávida de acumular riqueza, se desarrolló dentro de un sistema ético y de valores que propiciaron la violencia como patrona de la conquista y favorecedora de las nuevas relaciones sociales; el ejercicio de la fuerza se configuró en elemento principal en la invasión de tierras de los pueblos indígenas sometidos a la esclavitud.

² Armando Suescún Monroy (2001): *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, Tomo II: "El Derecho colonial siglo XVI - siglo XIX". Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, p. 127.

El derecho, en el marco de la institucionalidad de la monarquía española, se constituiría en uno de los elementos que sería férreamente implantado. Las fuentes originarias se encontrarían en el derecho castellano, perteneciente al reino de Castilla; del

...antiguo derecho castellano hacían parte las instituciones de origen medieval, como los repartimientos, las encomiendas, los mayorazgos, los municipios, las huestes y los adelantados, reglamentadas en el Código de las Siete Partidas. De él hacían parte también no pocas instituciones de derecho romano justinianeo tanto en el campo del hoy llamado derecho público (la monarquía absoluta, el centralismo, las provincias, el fisco), como en el derecho privado (el derecho de propiedad privada, los bienes, los derechos de las personas, las obligaciones y contratos, las sucesiones y los procedimientos judiciales, etc.). El derecho romano llegó a América a través del derecho castellano³.

En torno a estas instituciones, un sinnúmero de funcionarios se dedicaban a actuar en representación de la corona, dando constancia jurídica de los actos que en nombre del rey se realizaban, investidos de un fuero especial; su labor desempeñó un

papel importante, marcando un precedente paradigmático en la determinación del rol de estos operadores del derecho en la historia de la profesión de los abogados o doctos en la materia, vinculándolos directamente con una función política de legitimación formal del Estado monárquico y del orden señorial⁴.

El derecho en la Colonia se caracterizaría por incurrir en un trasplante institucional, establecido de forma violenta frente a milenarias costumbres y tradiciones autóctonas, constituyéndose en postulados formales promulgados para un extenso e inabarcable territorio, desde el punto de vista del ámbito de validez y aplicación normativa⁴; aunque parte de la normatividad propugnaba dar un orden y protección al indígena, como varias de las figuras presentes en el derecho colonial o indiano, por lo general nunca se cumplieron sus regulaciones. En gran medida los legisladores (los reyes católicos, a través de sus cédulas reales,

ordenanzas y provisiones) fueron concientes de los abusos de los colonos y funcionarios y del desconocimiento de las situaciones concretas que regularían, motivo que los llevaría a estipular en los mismos documentos salvedades discrecionales a sus funcionarios. En este sentido, se fue acuñando un término que se ha configurado como integrante de la cultura jurídica informal: "la ley se obedece, pero no se cumple"⁵. La ineficacia de la aplicación del derecho puede encontrar sus causas en las fallas técnicas propias de una producción normativa descontextualizada, y en la debilidad para ser implementadas por los mismos agentes operadores, quienes administraban las normas con alto grado de moderación proclive a sus intereses de lucro personal.

Instituciones de estudios superiores

La idea de universidad tiene sus orígenes en el modelo universitario de

³ "Las instituciones mismas —de derecho público o de derecho privado— no afectaban de igual manera a todos los estratos de la sociedad "libre", es decir, no sometida a la esclavitud o al tributo. El poder político era monopolio exclusivo de las personas nobles" (Germán Colmenares, 1979, *Historia económica y social de Colombia*. Tomo II. Bogotá: Editorial La Carreta, p. 239).

⁴ "Las principales formas legales en las cuales se formulaba el derecho tuvieron diversos alcances y denominaciones: las Pragmáticas eran normas de superior jerarquía expedidas por los reyes y destinadas a corregir abusos en determinada región; las Provisiones o Estatutos eran reglamentos expedidos para el gobierno de algún cuerpo o corporación; las Ordenanzas eran leyes destinadas a reglamentar materias relacionadas con la actividad militar o el buen gobierno de una región; las Reales Cédulas eran los despachos o resoluciones reales, expedidos por el Consejo de Indias para tomar alguna providencia especial o conceder una merced; los Prescriptos eran órdenes o mandatos dados por el monarca en respuesta a solicitudes o súplicas escritas específicas. Los Privilegios eran leyes expedidas en beneficio exclusivo de una persona o grupo de personas, que debían ser acatadas, obedecidas y cumplidas por todos" (Armando Suescún: *op. cit.*, p. 131).

⁵ "La norma separaba la obligación de obedecer la ley, de la obligación de cumplirla, y establecía un recurso llamado de Suplicación para que el soberano decidiera lo procedente. Mientras el recurso se decidía, los efectos de la ley quedaban suspendidos" (Armando Suescún: *op. cit.*, p. 141).

Bolonia; Germán Silva García destaca la formación jurídica de la Universidad de Bolonia del siglo XII como una educación homogénea, basada en el estudio del derecho romano bajo la interpretación de los glosadores y los posglosadores, con una pretensión de validez para todo el mundo occidental de la época⁶. En este sentido, el pensamiento occidental buscaría también la implantación de mecanismos de reproducción en el nuevo continente, acompañada por la tradición jurídica continental europea.

El surgimiento de las primeras instituciones de enseñanza se produjo por el interés de las comunidades religiosas, más que por la acción y actividad de las autoridades políticas establecidas en los nuevos territorios; esto evidencia un precario control académico, administrativo o financiero por parte de la corona española. Además, las grandes distancias existentes entre América y España fueron un factor determinante en el débil ejercicio del poder y de la soberanía por parte del Estado. Es necesari-

o reseñar que en el actual territorio colombiano, durante la época colonial, no se logró la fundación de la universidad pública⁷.

El modelo de las universidades que se fundaron en América se nutrió de las universidades de Salamanca y Alcalá de Henares, dando como resultado un modelo híbrido, sobre el cual Águeda Rodríguez señala: "...convento-universidad, seminario-universidad, que implica la coexistencia y colaboración de dos instituciones, el convento, el colegio o seminario, base que acoge y da cimiento a la institución universitaria, institución con capacidad de otorgar grados académicos públicos"⁸. Este modelo buscó ser una síntesis de elementos académicos y administrativos, que en el momento eran esquemas de constitución de instituciones educativas.

Por esta época se suscitaban constantes esfuerzos por parte de las comunidades religiosas por el reconocimiento de la corte española para la apertura de casas de estudios⁹; estas

⁶ Germán Silva García (2001): *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 35.

⁷ Diana Soto Arango (2005): "Aproximación Histórica a la Universidad del siglo XIX", Documento presentado al Congreso Internacional ¿Hacia dónde va la educación universitaria americana y europea? Historia, temas y problemas de la universidad. Universidad de León, España, p. 2.

⁸ Águeda Rodríguez Cruz (1996): "Proyección de la universidad Complutense en universidades americanas", En: *La Universidad Complutense Cisneriana*. Madrid, Editorial Complutense, p. 86, concepto retomado y citado por Diana Soto en (2004): *El gobierno universitario, una propuesta de los criollos neogranadinos en el siglo XVIII*. Revista *Historia de la educación latinoamericana*, núm. 6, Rudecolombia. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, p. 359.

⁹ "No fue fácil mover a la corte española para que permitiera en la Nueva Granada abrir universidades: para eso estaba Lima! Entre tanto llagaron a Santafé los jesuitas y se encargaron, por mandato del arzobispo Bartolomé Lobo Guerrero, del Colegio-Seminario (1605) en el que se enseñaron gramática,

instituciones se encargaron de transmitir su carácter religioso y elitista, sirviendo únicamente a los intereses eclesiales y de los seculares e inmigrantes españoles de buen linaje, a quienes se reservaba el "saber occidental" y los productos de la cultura europea intermediada por estos claustros.

El fin de estas instituciones es formar los cuadros religiosos y políticos de las órdenes presentes en el nuevo continente, preparándolas para la cruzada evangelizadora y para acceder y mantener control sobre los cargos de poder de la administración colonial a través de una legitimación que otorgaba el estatus de los estudios superiores. El papel de las órdenes religiosas y su influencia en el poder civil de la época determinó el desarrollo de las instituciones socia-

les y de la corona en los nuevos territorios¹⁰.

El surgimiento de la universidad se da de la siguiente manera: "En la Nueva Granada aparecieron en su orden la Tomista, en 1580; la Javeriana, en 1621, y el Colegio Mayor del Rosario, en 1653. Posteriormente surgieron, para no perdurar, la Universidad de San Nicolás de los Agustinos, en 1654, y el Colegio Mayor de San Buenaventura, de los franciscanos"¹¹. En principio, estas casas estuvieron ubicadas en Santafé¹² y en algunas poblaciones que revestían importancia como centros de intercambio económico y poder político de segundo orden¹³. Se puede afirmar que la centralización del poder político en Santafé redujo el ámbito de validez del derecho y de las instituciones de poder

humanidades y retórica, luego filosofía (1608) y después teología (1612), es decir, el ciclo de estudios que permitía aspirar a fundar una Universidad. Hecha la petición a Madrid, fue negada en primera instancia con los mismos argumentos que retardaban la apertura de la Universidad Tomista: 'no conviene hacer novedad en esto por agora' [...] Entre 1614 y 1616 los jesuitas volvieron a acudir al Consejo de Indias y esta vez, por fin, el Rey Felipe III acogió la petición, tanto la de los jesuitas como la de los dominicos, hecha la diligencia en Roma, el papa Pablo V confirmó la decisión regia y aprobó la Universidad tomista y para el Colegio de la Compañía de Jesús la facultad de dar grados con limitaciones de tiempo y lugar que no agradaron en Madrid" (Alberto Gutiérrez (1999): *La universidad en la historia*. Revista *Universitas*, Universidad Javeriana, Bogotá, p. 50.

¹⁰ "Al identificarse la Iglesia católica con el sistema económico, social y político desarrollado en América por la dominación hispánica, la religión fue utilizada en diferentes ocasiones por los sectores metropolitanos como instrumento ideológico para el sometimiento de grupos como los indios, mestizos y negros esclavos. Es decir, la Iglesia católica fue colocada al servicio de un imperio colonizador con el carácter de ideología de dominación" (Fernando Díaz Díaz, 1982. "Estado, Iglesia y desamortización". Manual de historia de Colombia. 2ª ed., Bogotá, Procultura. T II., pp. 413-414.

¹¹ Antonio José Rivadeneira Vargas (2002): *Modelos y valores universitarios en América Latina y Colombia durante los siglos XIX y XX*. Simposio permanente sobre la universidad. ICFES, p. 16.

¹² Fundada por Gonzalo Jiménez de Quesada en 1538. El virreinato de la Nueva Granada se crea de manera definitiva por Real Cédula del 20 de agosto de 1739.

¹³ "Fuera de Santafé se localiza el Colegio Seminario de Popayán de los jesuitas, que en la administración de estos y posteriormente casi siempre viajaban a Santafé a continuar sus estudios y recibir el grado académico". Diana Soto Arango (2004): *El gobierno universitario, una propuesta de los criollos neogranadinos en el siglo XVIII*. Revista *Historia de la Educación Latinoamericana*, RUDECOLOMBIA. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Tunja, Vol. 6. p. 357.

político de la Colonia, permitiendo que las instituciones económicas de explotación se desarrollaran con la suficiente libertad y autonomía.

En esta primera etapa se abarcaron las disciplinas tradicionales del medioevo, como lo fueron la teología, la filosofía, el derecho canónico y el derecho civil, disciplinas que correspondían a los intereses económicos, políticos y religiosos de los integrantes de las capas superiores de la sociedad colonial. Los contenidos de sus áreas estuvieron enmarcados y determinados por los libros permitidos y autorizados para estos claustros, entendiéndose la limitación de su escasez, que fue surtida por las donaciones y legados hechos por miembros de las comunidades religiosas e integrantes de prestantes familias pertenecientes a sus círculos fundadores. Una caracterización de los componentes de la universidad se puede encontrar en sus "estatutos o constituciones", donde se evidencia el esfuerzo por restringir derechos a otros niveles sociales marginales o en "inferiores condiciones".

En este sentido, Renán Silva aporta elementos puntuales de este examen, que permiten apreciar este proceso de composición, entre los cuales menciona un "sistema ritualizado de preguntas" para comprobar la "legitimidad" del aspirante y de sus padres, entendiéndose en el hecho de

no haber asumido "oficios bajos o infames", de no haber tenido "sangre de la tierra", no haber tenido problema con "las justicias" ni haber sido penitenciados por la "inquisición"; que fueran "patrimoniales" o descendientes de conquistadores o colonizadores, o por lo menos españoles que gocen de sus privilegios, y que fueran personas "de grandes esperanzas para el bien público", todo esto para poder vestir un "hábito de nobleza"; en ocasiones se exigía el juramento al soberano, manteniéndose este proceso desde 1660 y durante el periodo colonial¹⁴. Estas prácticas rígidas de selección fueron desgastándose en los procesos históricos de lucha y resistencia de la corporación para acomodarse a las condiciones nuevas de un señorío estamental que avanzaba hacia la laicización de la educación. Su tardío desmonte o desuso es una muestra más de la autonomía y poder acumulado en estas instituciones que se hicieron reticentes a la transformación, conservando residualmente muchas de sus rígidas prácticas, aún hasta finales del siglo XIX.

Son medidas que indican el funcionamiento complejo y caracterizan la universidad como instrumento de privilegio y selección, al otorgar "calificación social" al aspirante, constituyéndose en una forma de comprobar o no una condición social que se alegaba poseer. En este sentido, la

¹⁴ Renán Silva (1992): *Universidad y sociedad en el Nuevo Reino de Granada*. Banco de la República. Bogotá, p. 175.

universidad se perfila como un mecanismo de selección y adiestramiento que era indispensable controlar para conservar las relaciones hegemónicas de la Iglesia y la Corona frente al control de la administración y de los territorios coloniales.

Además de afirmar la exclusión racial y social, asegura la imposición de un reconocimiento profesional ante la sociedad de la época y ante otros sectores menos favorecidos. Para acceder a la formación como abogado y, en general, para acceder a la universidad, se requería pasar este complejo "procesillo" que garantizaba el monopolio del manejo del derecho y sus instituciones a los españoles y a sus descendientes criollos, refinándose como mecanismo de acceso a la burocracia administrativa y garantizando el ejercicio del poder político¹⁵. Esta correlación entre las instituciones de poder civil y eclesiástico determinó el desarrollo del Estado Virreinal, que proyectó su poder en el Estado republicano.

Estas condiciones determinaron la configuración del abogado, que, como funcionario o en el ejercicio profesional, por intermedio del derecho colonial ostentó el monopolio de atribuciones exclusivas, evitando la desconcentración económica, política y cultural de su casta colonia-

lista; en este sentido, el abogado incidió, a través de la elaboración normativa y del ejercicio profesional, en la constitución y aplicación de normativas que regularon la construcción y conservación de esta sociedad. El derecho impartido en las universidades fue reproducido y aprendido en forma aséptica de su contorno, encerrado en las instituciones, dentro del absolutismo escolástico imperante en la época.

Este estado de aislamiento contribuyó a acentuar la ineficacia del derecho y señala un origen del histórico distanciamiento entre derecho y realidad, universidad y sociedad, como fenómenos que siempre han estado en la reflexión académica y política en América Latina. En cuanto al poder civil, la formación en derecho de la época permitía acceder a las herramientas jurídicas para movilizar el aparato estatal, fuente de poder, que da acceso a la esfera de la administración, estrechando el círculo de un sinnúmero de relaciones clientelistas que se constituyeron como propias del juego político de la minoría hegemónica que buscaba ampliar sus fronteras de dominio. En este periodo es posible hacer una aproximación a elementos de la cultura política y a ciertas prácticas sociales que fueron el rudimento embrional de una identidad nacional, y que en el campo

¹⁵ "La función de tales medidas consistía, por un lado, en incrementar la sumisión y carencia de *status* de los grupos sociales marginados para reforzar la dominación; por otra, impedir que su conocimiento excepcional sobre las leyes pudiera ser esgrimido contra el interés de las castas colonialistas. Germán Silva García: *op. cit.*, p. 159.

del derecho sentó las bases para la adopción de una cultura jurídica que se nutrió de la tradición europea, desarrollando elementos y prácticas propias, surgidos del sincretismo cultural experimentado durante la Colonia.

La complejidad y riqueza de las relaciones sociales que desarrollaba la población indígena y negra del continente configuraron un permanente régimen de excepción, que resultó ser un factor adicional a la ineficacia real de las instituciones jurídicas y políticas.

El fortalecimiento del Estado

La atomización del poder del monarca en los cientos de escritos y títulos otorgados a los conquistadores, las múltiples jurisdicciones territoriales y parcelaciones realizadas para la explotación económica y la existencia de diversas regulaciones (derecho canónico y derecho civil) que reglamentaban tan profusas situaciones, se constituyeron en elementos característicos de debilidad e ineficacia de las instituciones coloniales; motivos que impulsaron al gobierno del 'Monarca Ilustrado', Carlos III, a iniciar una serie de reformas al Estado español, que, como lo destaca Diana Soto, se realizaron dentro de una política de "Absolutismo Ilustrado", centrándose principalmente en la

administración y reorganización territorial: en lo económico, en la estructuración del Ministerio de Hacienda; en educación, "reformando los planes de estudio de las universidades, y, a partir de 1768, eliminando la presencia jesuítica en estas instituciones"¹⁶. Estas medidas se adoptaron por la necesidad de generar unas condiciones para consolidar su poder; esta situación trajo consigo, en la institución universitaria, cambios administrativos en la organización y en el gobierno y cambios académicos relacionados con la realización de nuevos estudios y textos, que repercutieron, indudablemente, en la formación jurídica, que se enfrentaría a la reflexión de los problemas jurídicos suscitados al asumir la construcción e implementación de nuevas instituciones en el Estado.

A finales del siglo XVIII se manifestó por parte del virreinato la necesidad de dar una regulación, que se concretó en el encargo hecho al Fiscal de la Real Audiencia, don Francisco Antonio Moreno y Escandón, de elaborar de un "Plan y Método" de estudios adaptado a las circunstancias locales, que sirviera de pauta de enseñanza. Este sería conocido como el "Método Provisional de Estudios de 1774 o Plan Moreno y Escandón". Se caracterizó por su postura de reacción contra el dogmatismo clerical de la universidad de la Colonia, con un

¹⁶ Diana Soto Arango (2004): *Las reformas universitarias del siglo XVII de la Nueva granada: una aspiración vigente en el siglo XXI*. Tunja. Simposio "Historia y perspectivas de la universidad latinoamericana", Bratislava. Hisula, p. 30.

acento moderado de positivismo. "El plan se caracterizaba por un tono ecléctico (el mismo plan recomendaba el método ecléctico) que combinaba elementos de la tradición escolar anterior, particularmente en el derecho, con una relativa apertura a la 'filosofía moderna' (Bricia, Bails y Wolf), mientras que otorgaban un nuevo énfasis y una nueva reglamentación a la enseñanza de la jurisprudencia civil, incluyendo, por lo demás, un elemento fuertemente regalista"¹⁷.

En este sentido, un saber muy recreado en este periodo fue el de la jurisprudencia a través de las cátedras de derecho civil y derecho público, principalmente en el Colegio Mayor del Rosario, y de actos públicos denominados "Ceremoniales" o "Actos de conclusiones", dirigidos a selectos grupos de letrados de la capital de la Colonia, en donde se desarrollaban muchos de los temas de actualidad en la época¹⁸. Los temas de actualidad y muchas de las discusiones del pensamiento ilustrado europeo se desarrollaron en círculos restringidos y claramente delimitados por la posición social, hecho que

caracterizó la limitada difusión de las ideologías revolucionarias francesas y americanas.

De esta manera se puede afirmar que la universidad colonial, como aparato o institución propia de la organización social europea, y, en este caso, como un producto híbrido de la conjunción de los modelos universitarios españoles, se asentó y desarrolló en un proceso desigual y combinado dentro de una dinámica de construcción y fortalecimiento del Estado absolutista español, facilitando un proceso de reproducción y proliferación de una sociedad que imperaba a través de tres poderes característicos del dominio colonial de la época, el poder militar, el poder civil y el poder religioso.

Orden republicano

Los procesos revolucionarios son la manifestación de la crisis de un modelo o estadio anterior, que busca ser superado por una nueva propuesta política, que ha sido relativamente colectivizada y apropiada por un sector o clase social, dispuesta a desarrollar los

¹⁷ Renán Silva: *op. cit.*, p. 121.

¹⁸ "En los términos de los ceremoniales públicos presentados por los 'juristas' podemos constatar que, por ejemplo, en 1786 don Tomas Tenorio defendió con don Luis Lasso, 365 conclusiones, concordando en un todo los derechos canónico, Real, de Castilla, de Indias, civil y romano...". Lo mismo que el año anterior de 1785, los actos públicos escolares parecen haberse inclinado por una interpretación más secularizada de los problemas de la vida social. Sea pues el caso de las discusiones sobre el "matrimonio de los hijos de familia", fenómeno que parece empezar a abordarse en el Marco civil de las prácticas reales con distancia del tratamiento canónico tradicional. De igual manera, curiosamente en el año de 1789, el licenciado Martín Hurtado, catedrático de derecho público, con el estudiante Martín Piñeres, defendía tesis sobre "los Estados monárquico, democrático, aristocrático y sociedades civiles..." citados por Renán Silva: *op. cit.*, p. 124.

procesos de transformación o cambio institucional. La interiorización y apropiación de la nueva propuesta política puede ser el resultado de la suma de las expresiones locales de inconformidad en cuanto a lo político, económico, y social, traduciéndose en un sistema articulado y coherente de enunciados políticos originales, es decir, fundados y madurados en desarrollo del mismo proceso revolucionario. También puede ser el resultado de la adopción de un sistema referente de postulados filosóficos y políticos suficientemente amplios y generales, que se amoldan a unas necesidades o reivindicaciones históricas y sociales de transformación. Javier Ocampo destaca la *crisis* como la modificación de las ideas e instituciones en una sociedad, entre las cuales se encuentran las estructuras políticas, socio-económicas, culturales, ideológicas¹⁹. En este marco de ideas, las guerras de independencia evidenciaron la crisis del sistema colonial europeo, acentuando la pérdida del poder absoluto del monarca frente a la organización social que se estaba desarrollando en América. La insurrección se fundamentó en los ideales revolucionarios que se estaban

instaurando en occidente, producto de la experiencia norteamericana y francesa acumulada en la construcción de los Estados nacionales; estos se constituirían en referentes continuos en las discusiones, disputas políticas e ideológicas sobre la manera de instaurar el orden republicano y sus instituciones como presupuesto para la construcción del Estado nacional en la Nueva Granada.

Durante las guerras de independencia, influenciadas por los aires revolucionarios de la ilustración y el espíritu civilista europeo, se plantea la necesidad de desarrollar un esquema de Estado, que estuvo determinado por la adopción e imitación de instituciones extranjeras. "La falta de experiencia política y administrativa de las colonias hispánicas creó a principios del siglo XIX la necesidad de adoptar modelos provenientes de otras revoluciones y determinó una especie de hipercentralidad del tema constitucional en el debate político que sin duda es el origen de una larga tradición latinoamericana de maridaje entre la política y el Derecho"²⁰. Esta tendencia surgió como la manifestación de la necesidad de romper con los antecedentes políticos, jurídicos e institucionales con el

¹⁹ "Cuando los cambios son profundos y hacen impacto en la estructura total de la sociedad, ocurre la revolución total o radical; y cuando son parciales en una de las estructuras, o son graduales a través de un proceso, se presenta la revolución parcial o cambio marginal." OCAMPO LOPEZ, Javier. (1982) "El proceso político, militar y social de la independencia". Manual de historia de Colombia. 2ª ed., Bogotá. Procultura. T II., pp. 17, 106.

²⁰ Mauricio García Villegas (2002): "Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina. Pluralismo jurídico y alternabilidad judicial". Revista *El otro Derecho*. ILSA. Bogotá. p. 16.

antiguo régimen español. Sin embargo, la implantación de un orden derivado fue la consecuencia de la fuerza del pensamiento de la "modernidad francesa" y su influencia en una poderosa minoría ilustrada, concentrada en los centros urbanos en Hispanoamérica. Las obras de Locke, Hobbes, Voltaire y Rousseau fueron la inspiración y sustento ideológico para los próceres de la independencia, quienes adoptaron en sus discursos elementos como igualdad, libertad, democracia, fraternidad y soberanía popular.

García Villegas señala que frente al proceso de recepción de las ideologías revolucionarias, estas no se recibieron de manera uniforme, homogénea y pacífica, limitando su discusión a los ámbitos urbanos; además reseña tres hechos que caracterizaron la adopción ideológica, que, por lo demás, estuvo acompañada de la dificultad de traducir estos postulados en la realidad, estos son:

la pobre incidencia social de los cambios económicos, políticos, jurídicos y culturales lograda por la introducción del nuevo ideario jurídico y político, con lo cual se dejó intacto el fenómeno colonial del pluralismo jurídico; 2) el autoritarismo político y jurídico de las nuevas instituciones, propuesto por los líderes de la independencia, con lo cual se dejó intacto el fenómeno colonial de la desobe-

diencia velada a normas autoritarias, y 3) la constante utilización de la práctica de creación y reforma del derecho con propósitos de legitimación institucional, más que de eficacia social, con lo cual se dejó intacto el fenómeno colonial de la ineficacia instrumental del derecho²¹.

Por lo tanto, con la independencia fue muy difícil el desarrollo de nuevos paradigmas institucionales, dando como resultado un Estado débil, incapaz de generar una articulación social, anclado en la reproducción ideológica, imitador de las antiguas instituciones, inepto para llevar a cabo las tareas históricas de los postulados políticos de la independencia, haciendo del derecho republicano un compendio híbrido de diferentes instituciones jurídicas alejadas de la realidad pero con la perspectiva de ser el camino programático a la estructuración de la república.

Sin embargo, "en el siglo XIX los operadores del derecho contribuirían al proceso de definición de la cultura jurídica nacional, también, desde el punto de vista particular de sus intereses corporativos"²². Como lo señala Silva García, el cambio político de las instituciones fue una adecuada coartada para escalar posiciones burocráticas en el nuevo Estado, en donde los operadores eran cultores del pensamiento de la ilustración y de la Revolución francesa, situándose en la vanguardia del conocimiento,

²¹ *Ibidem*, p. 18.

²² Germán Silva García (2004): *El mundo real de los...* op. cit., p. 99.

privilegiando su posición en la posibilidad de remplazar la burocracia colonial con sus habilidades para la traducción y adaptación de los manuales, esquemas de derecho administrativo y códigos penales, generando un escenario de diferenciación entre su experticia en el manejo del derecho y quienes no la poseían, "legos", acentuando una diferenciación y distinción propia de su práctica profesional y ocupacional en la administración del Estado.

La preeminencia de las corrientes políticas predilectas en la construcción y formulación del derecho y de las instituciones jurídicas, progresivamente apuntó la constitución de un sistema discursivo y de valores autorreferentes a su saber ilustrado, posición de clase y de poder en el Estado y la sociedad, decayendo en formulaciones jurídicas alejadas de la realidad, o en formulaciones jurídicas simbólicas sin aplicación práctica o material.

El cambio de la burocracia y de las instituciones que ejercían soberanía dio la posibilidad de hacer un recambio burocrático; esta situación debilitó a su vez al nuevo Estado, que no

contaba con recursos económicos ni experiencia en la administración, además carecía de un número suficiente de funcionarios que desarrollaran las transformaciones jurídicas y políticas en los extensos territorios; en este sentido, la estructuración de la hacienda pública y del sistema educativo y la instauración de una educación jurídica que desarrollara el derecho republicano era una necesidad instrumental apremiante.

Por estas razones, la educación laica estatal fue una premisa en la construcción de los Estados nacionales, buscando consolidar una autonomía en la formación de los nuevos ciudadanos y funcionarios, entendiendo esta herramienta como fundamental para generar libertad e independencia cultural. Los libertadores plantearon todo un ideario político que se convertiría en el sustrato para los nuevos valores republicanos en una nueva patria, *educación universal, libre y obligatoria, para la formación de ciudadanos conocedores de sus derechos y obligaciones*²³. Es por esta época en la que se promulga la constitución de innumerables instituciones de educación estatal, como es el caso de los Colegios Santanderinos²⁴ y las

²³ "Así pues, por decreto de 21 de junio de 1820, el Libertador Simón Bolívar realizaba dicho objetivo, convirtiendo la educación en pública y oficial, al supeditar al Patronato Regio, la dirección de los Colegios Universitarios y la educación en general al Estado colombiano" (Gerardo Andrade González, 1992: *Filosofía y política educativa del siglo XIX en la Gran Colombia (1819-1831)*. Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana, Rudecolombia-UPTC, Tunja, p. 29).

²⁴ El Colegio de Boyacá, fundado en Tunja el 17 de mayo de 1822. "... primera institución educativa que estableció la cátedra de derecho en la vida republicana nacional, pues ella solamente existía en los Reales Colegios Mayores del Rosario y de San Bartolomé, en Santa fe de Bogotá. El primer

primeras universidades republicanas, que nacieron por el influjo del romanticismo, del pensamiento positivista y profesionalizante de la ilustración, destacándose la presencia del pensamiento utilitarista de Bentham²⁵ como centro de debate y polémica, por su inclusión dentro de los textos de instrucción.

La universidad republicana

Políticamente, la educación universitaria, al igual que el derecho, y de manera particular la formación jurídica, se constituyó en herramienta de segregación social y medio de selección de las élites del poder; de esta forma

... reciben las universidades una nueva y extraordinariamente importante misión: se trata ahora de legitimar una nueva clase política dirigente. Se forma una comunidad ciudadana dirigida por 'abogados', quienes, apelando a las declaraciones de independencia tratan de conseguir el monopolio de la acción político-social, y de esta manera comienzan a forjar un contrapeso político al poderío económico que des-

cansa en la 'hacienda'. Así se prepara con antelación la base político-económica sobre la cual puede desarrollarse 'hacia fuera' la política económica²⁶.

Entendiendo este fenómeno, la universidad, como variable híbrida del modelo europeo producto de la expansión colonialista, adquirió gran poder y desempeñoó un papel importante en las discusiones y tensiones políticas que se presentaron en la estructuración de un sistema de instrucción pública y, de manera particular, del proyecto universitario, que constituyó pieza clave en el proyecto nacional en el periodo republicano. De esta manera, Francisco de Paula Santander, en ejercicio del poder ejecutivo, dio viabilidad a lo mandado en el Congreso de Cúcuta, que legisló a favor de la creación de una Dirección Central de Estudios, encargada de crear las universidades centrales y de provincia. "La educación universitaria se reservó a las ciudades más importantes, dejándose a las provincias las 'casas de Educación' o colegios. Los estudios profesionales de derecho, teología y medicina se reservaron a Caracas, Bogotá y

catedrático de derecho civil que nombró el vicepresidente Santander fue el doctor José Ignacio de Márquez, mediante el decreto del 22 de mayo de 1825, antes de la creación de la Universidad de Boyacá" (Javier Ocampo López, 2004: *Los Orígenes de la Universidad de Boyacá*, p. 2).

²⁵ "Las obras del filósofo inglés Jeremías Bentham, 'tratado de legislación' y 'tratado de economía', se convirtieron en los textos para la enseñanza del derecho" (Javier Ocampo López, 1987: *Santander y la Educación. Ideario Educativo del 'Hombre de las Leyes' y su influencia en los Colegios Santanderinos*. Colegio de Boyacá. Tunja., p. 23).

²⁶ Hans Alver Steger: "La significación del derecho romano para las universidades latinoamericanas en los siglos XIX y XX". *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. XX, núm. 1, Bogotá, 1979, citado por Germán Silva García: "El mundo real de los abogados y de la justicia", Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001, Tomo I, p. 45.

Quito²⁷. Precisamente estos estudios de derecho, medicina y teología conservaron en esencia los contenidos que se estaban impartiendo; es preciso anotar que la universidad no logró cambios significativos en el currículum²⁸. En esos momentos se adoptan los modelos utilitarista y positivista de la universidad napoleónica (siglo XIX), que se caracteriza por su organización por facultades que asocian profesionales del mismo ramo²⁹.

Podemos apreciar el afianzamiento de la profesión del abogado en la medida que crece el Estado como institución cuya pretensión es reflejar la organización social generadora de nuevos valores, acordes con la filosofía liberal y el nacionalismo republicano.

Es así como desde la formación jurídica de las primeras universidades, que comprendía cursos intensivos de "Derecho constitucional, Derecho civil patrio, Derecho romano, Derecho canónico y economía política", se dieron pasos en la constitución de una escena política que posteriormente ayudaría a la conformación del sistema político y de partidos, importante en la organización y demarcación de las ideologías y correlaciones sociales y económicas, para el ejercicio del poder político³⁰.

Una muestra de esa intencionalidad quedó plasmada en el *Decreto Reglamentario del Plan de Estudios (del 3 de octubre de 1826)*, que para el estudio de la jurisprudencia establecía³¹:

²⁷ Jorge Eliécer Quintero (1992): *La difusión científica y el proyecto educativo de Santander en Colombia, siglo XIX*. Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana. Rudecolombia. Tunja, p. 43.

²⁸ Diana Soto Arango (2005): "Aproximación histórica a la universidad del siglo XIX", op. cit., p. 5.

²⁹ "En Colombia se siguieron los pasos de la universidad francesa, que organizó Napoleón como conglomerado de escuelas profesionales. Este es el esquema clásico de división por facultades que perdura todavía en la gran mayoría de nuestras instituciones de educación superior" (Jorge Eliécer Quintero, 1992: *La difusión científica y el proyecto educativo de Santander en Colombia, siglo XIX*, Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana. Rudecolombia, Tunja, p. 9.

³⁰ "Es digno recordar que los fundadores de los partidos políticos colombianos están relacionados con el Colegio de Boyacá. El Dr. Mariano Ospina Rodríguez, fundador del Partido Conservador Colombiano, fue el primer alumno que se graduó en Jurisprudencia en la Universidad de Boyacá, en el año de 1828. El Dr. Ezequiel Rojas, natural de Miraflores y profesor de derecho civil en el Colegio de Boyacá en 1833, fue el fundador del Partido Liberal Colombiano" (Javier Ocampo López, 2004: *Los orígenes de la universidad...* op. cit., p. 3).

³¹ Jorge Eliécer Quintero: Archivos, op. cit., p. 51.

DECRETO REGLAMENTARIO DEL PLAN GENERAL DE ESTUDIOS (3 de octubre de 1826)

	CÁTEDRAS	DESCRIPCIÓN	TEXTOS Y AUTORES
3. JURISPRUDENCIA	Principios de Legislación Universal y de Legislación Civil y Penal	«Se harán conocer las leyes naturales que arreglan las obligaciones y derechos de los hombres entre sí, considerados individualmente, y también formando sociedades políticas».	Tratado de legislación civil y penal de Bentham. Podrán estudiarse las lecciones de Rey de Grenoble y Principios de legislación Universal por un anónimo.
	Derecho Público, Político. Constitución y Ciencia Administrativa. Bases de los gobiernos bien establecidos.	Bases de los gobiernos bien establecidos. El catedrático hará conocer las leyes de Colombia, funciones y obligaciones de la administración, elementos de comercio, agricultura e industria, teoría de la renta e impuestos; estadística; presupuestos anuales.	Se enseñará por la obra de Constant mientras que haya otra más propia. Montesquieu; Mably; Trace; Fritot. Mientras hay alguna obra elemental para Colombia, se consultará la de Bonis y Poiriez sobre legislación administrativa.
	Historia e instituciones de Derecho Civil, Romano y Derecho Patrio.	«Mientras que en muchas partes se sigan las antiguas leyes españolas, se hará un estudio dando una breve idea de su historia por la de Don Antonio Sotelo».	Historia del Derecho Civil Romano por el Compendio de Antigüedades romanas de Heineccio, las instituciones por Vinnio Castigado (Trad. de Juan de Sala) Derecho Patrio y Leyes positivas de Colombia, por su propio código. Los principios del Derecho Español se harán por la obra de don Juan de Sala.
	Economía Política	El maestro consultará los progresos que haga la Ciencia de la Economía para enseñarlos a sus discípulos.	Economía política de Juan Bautista Say. Cartilla Política de Juan B. Say
	Derecho internacional o de gentes		Por la obra elemental de Hattel, se consultará la obra de Martens (manual diplomático) y las obras de Burlamaqui y Azuni.
	Derecho político eclesiástico, instituciones económicas y disciplina e historia eclesiástica y suma de concilios.		Pre nociones de Derecho Eclesiástico, el jus publicum eclesiasticum, y el ensayo sobre las libertades de la Iglesia Española en ambos mundos de Segismundo Lakis. Se consultará a Venespen, Marca, Bossuet y Covarrubias y las instituciones de Covalari. La disciplina eclesiástica por Pellizia o Tomasini, Historia eclesiástica por Ducreux o Gmeri, Consulta de Fleury y Martenne. Suma de concilios por Larrea o Carranza.

Es preciso señalar que en el decreto de 1826 se expresa la intención de formar los cuadros dirigentes para el Estado, con un perfil que abarca el entendimiento de las bases del derecho natural como principio ideológico de la libertad, acompañado de los polémicos escritos de Bentham, hecho que contrastaría con el estudio de las instituciones romanas y civiles españolas sustentadoras del régimen colonial, del cual se conservaban muchos rasgos característicos. Se aprecia la fuerte tendencia en el aprendizaje de la economía política y sus principios, acompañándose con el estudio del derecho público y de la administración en el ámbito de las relaciones internacionales y el examen del derecho de gentes.

Es destacada la pretensión de realizar los estudios de derecho republicano, constituyendo su instrucción en torno a las primeras compilaciones normativas o códigos que, sin duda, reflejaban la indefinición ideológica-política de la época. "El estatuto era un modelo del criterio reglamentarista que caracterizó la última etapa del Virreinato y un ejemplo del espíritu que tuvieron las reformas borbónicas. No es imposible que haya sido redactado teniendo a la vista, o por lo menos en mientes, los planes de Moreno y Escandón, pues hay entre ambos semejanzas formales y de fondo sorprendentes"³². Se

puede afirmar que este currículo es muestra de la importancia de la enseñanza del derecho y la jurisprudencia, en el marco del avance hacia un nuevo Estado que establecería sus bases en un antiguo régimen, haciendo lenta y tortuosa la transición de una sociedad tradicional, que situaba sus paradigmas en las luces revolucionarias de otras latitudes.

Son de notable importancia las reformas acometidas por Mariano Ospina Rodríguez, quien durante la presidencia del general Pedro Alcántara Herrán daría un fuerte viraje político de sentido conservador en su reforma al plan de estudios de 1826, bajo tres ideas cardinales:

... sujetar a los alumnos a severa disciplina en cuanto a sus costumbres y moralidad, como en sus estudios y adquisición de grados profesionales; la segunda, introducir el elemento religioso en la dirección universitaria, completando la instrucción con la educación; y la tercera, reorganizar las enseñanzas, de manera que en ellas se introdujesen elementos conservadores (como el estudio del derecho romano, por ejemplo) [...] al mismo tiempo se proscriben ciertas materias calificadas de peligrosas por el gobierno, tales como la ciencia de la legislación, ciencia constitucional y táctica de las asambleas³³.

³² Jaime Jaramillo Uribe, *op. cit.*, pp. 300-301.

³³ José María Samper (1946): *Historia de un alma*. Vol. I, Bogotá., pp. 117 y ss. Concepto destacado y retomado de Jaime Jaramillo Uribe (1984): "El proceso de la educación, del virreinato a la época contemporánea" 3ª ed., Procultura, Tercer mundo. T. III. Bogotá. 1984, p. 307.

Después de la expedición de la Ley 15 de mayo de 1850, durante el periodo del radicalismo liberal de José Hilario López, en la cual se suprimían las universidades en la Nueva Granada y el requisito de título profesional para el ejercicio de la profesión de abogado, médico, ingeniero o sacerdote, al considerarse forma de monopolio y limitación de la libertad de trabajo, en 1867, en medio de un clima político liberal radical y federalista, por medio de la Ley 66 se crea la Universidad Nacional, como una forma de reorganizar los estudios superiores. El presidente Santos Acosta organiza el estatuto interno de la universidad, determinando su composición de la siguiente manera: de literatura y filosofía, de ingeniería civil y militar, de ciencias naturales, de medicina y jurisprudencia. Vale la pena apreciar el contenido del área jurídica, en la medida en que permite encontrar la inclinación ideológica que ofrecía:

Los estudios de jurisprudencia eran estos: Primer año: Ciencia constitucional y administrativa. Derecho constitucional y organización judicial. Economía política y sistema monetario comparado. Segundo año: Legislación civil y penal. Derecho civil español y romano. Tercer año: Derecho civil patrio. Dere-

cho penal y pruebas judiciales. Táctica de las asambleas y oratoria parlamentaria. Cuarto año: legislación comercial y estadística. Derecho internacional, tratados públicos. Procedimientos judiciales y práctica forense (Art. 132)³⁴.

Se aprecia en el currículo la aparición del estudio del ordenamiento jurídico, no solo en cuanto a su legislación, sino en lo relacionado con sus pruebas y prácticas en la parte procesal; el derecho penal hace aparición formal en el campo de la enseñanza, mostrando un significativo avance en la organización de las instituciones jurídicas de la república; el estudio del derecho constitucional, o *ciencia constitucional*, relaciona la legitimación de la organización administrativa del aparato estatal en el marco de un sistema económico liberal, para lo cual se requería la formación en economía política y sistema monetario; de esta forma se da paso a la ya constante presencia y asimilación del tradicional sistema de instituciones del derecho civil romano y español.

En este periodo se continuaría ejerciendo un control directo sobre la institución, a través de la disposición de sus programas, equivaliendo a un control político, menguando la autonomía universitaria³⁵. Esta

³⁴ Eduardo Suescún Monroy (1994): *Universidad; proceso histórico y jurídico*. Bogotá: Grijalbo; p. 52.

³⁵ Al respecto, en la discusión sobre la autonomía universitaria, el parlamentario Anibal Galindo expresa "Y es la verdad, Señor presidente: si hemos fundado la universidad es para enseñar liberalismo, es para formar liberales. Nada de eclecticismo: Balmes y Bentham no pueden darse la mano en los claustros universitarios. Eso de eclecticismo es absurdo, es ridículo. Mientras el partido liberal esté en el poder debe enseñar liberalismo; así lo pide la honradez política; si creemos de buena fe que el

tendencia se hizo extensiva a la producción jurídica e institucional del Estado, con la intención de que fuera la máxima expresión del espíritu libertario, progresista y republicano; en este periodo se acentuarían y polarizarían más las tensiones políticas.

Con la autonomía universitaria atropellada por el ímpetu de la política de gobierno, no hubo tiempo para consolidar una transformación de las antiguas estructuras de poder, ni de fortalecer una comunidad académica que resistiera el embate hegemónico de la contrarreforma conservadora de 1886, que encontraría en los mismos canales de control, la herramienta eficaz para instaurar una hegemonía ideológica-política. En estos tiempos se entronizaba la idea de que los problemas sociales se solucionan a través de la educación, y los grandes males de la república estaban idealizados en la "corrupción juvenil" causada por el sistema educativo; por consiguiente, la universidad volvió a su encierro clerical, proceso que implicó el desmembramiento de las escuelas y de las respectivas comunidades académicas: "La contrarreforma se había hecho bajo la presión irresistible de las poderosas fuerzas reaccionarias triunfantes; la juventud que no quería un Semi-

nario quedó fuera de ella; los profesores, sin cátedra; la República, sin su universidad. La gramatocracia había triunfado. Es en este momento cuando el joven radical Nicolás Pinzón funda el Externado de Colombia, en 1886"³⁶. En él se encuentra un refugio para los excluidos y un fortín para la lucha ideológica; su fundación fue el primer acto de oposición al retroceso del largo periodo de la hegemonía conservadora. Para los liberales la alternativa es la constitución de universidades privadas, Externado y Libre, teniendo en cuenta que los conservadores no prohíben la fundación de estas universidades privadas por miedo a que, en represalia, los liberales en otro periodo cerraran las universidades privadas eclesiásticas, que en realidad poseían un gran poder de influencia.

En este momento histórico la universidad se estanca en una condición meramente profesionalista, hecho que determinaría la esquematización de la universidad en el "poder por el poder", en detrimento de una universidad científica. Este modelo trazaría un fuerte paradigma que se reconoce hoy por hoy en la estructura de la universidad colombiana, especialmente en el campo de las profesiones denominadas "liberales".

liberalismo es lo que le conviene al país eso es lo que debemos enseñar a la juventud" *La Regeneración* núm. 15, 18 de marzo de 1876, p. 19. Citado por Jorge Enrique Gonzales Rojas (2000): *El problema de la autonomía durante la primera etapa de la Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia 1867-1876*, en *Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana*. Rudecolombia. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, p. 101.

³⁶ Eduardo Suescún Monroy: *op. cit.*, p. 59.

Mientras el país se diluye en la Guerra de los Mil Días, los conservadores, indudablemente, buscarían hacer también su reforma educativa, reglamentando el funcionamiento de la universidad. A través de la Ley 39 de 1903, otorgará y amarrará la educación a los preceptos de la fe católica, en el marco de la educación moral y religiosa. Para el derecho, la instrucción pública de la Universidad Nacional será regida por el Decreto 369 de 1906, que establece en su artículo 52:

Primer año: Filosofía del Derecho; Derecho Constitucional y Administrativo; Derecho Romano (primero); Derecho Civil (primero). Segundo año: Derecho Internacional Público; Derecho Romano (segundo); Derecho Civil (segundo); Derecho Canónico y Procedimientos Eclesiásticos. Tercer año: Economía Política; Derecho Civil (tercero); Derecho Penal y Procedimiento Criminal; Organización Judicial, Procedimientos Civiles y Práctica Forense. Cuarto año: Derecho Internacional Privado; Derecho Mercantil y Legislación Fiscal; Derecho Civil (cuarto) y Pruebas Judiciales³⁷.

En este currículo se puede advertir la preeminencia otorgada al estudio del derecho civil y sus procedimientos, remarcando la tendencia en la fundamentación en derecho canónico, romano, además del mercantil y legislación fiscal, dando un perfil

profesionalista, técnico y conservador; es evidente la inclinación a la órbita privada, tomando una relativa distancia de la formación de cuadros dirigentes para la administración.

Esta tendencia se replicó en las demás escuelas o facultades, desvinculando la función de la educación y de la universidad con el desarrollo de investigación, ciencia y su aplicación a la tecnología, por lo tanto, el divorcio entre universidad y sociedad se haría cada vez más patente, consolidando a su vez los imaginarios de mero ascenso social entre todos los aspirantes a la corporación universitaria.

Se puede concluir de manera general que en estos dos periodos históricos se produjo un direccionamiento claro de la universidad y, especialmente, de la formación de los abogados hacia la conformación de una élite política y económica que perseguiría la consecución de un monopolio en la acción político-social frente a la formulación del derecho y la construcción de las instituciones jurídicas. En general, los estudios de derecho conservaron su estatus y preeminencia social; en esa medida se dieron transformaciones en esta área durante todo el siglo XIX (hasta mediados del siglo XX), permaneciendo sus características curriculares, que proyectaron un

³⁷ *Ibid.*, p. 67.

*Abogado Humanista*³⁸, como elemento fundamental del desarrollo histórico del Estado y el orden señorial burgués, ocupando principales cargos en la administración pública y privada, más por su erudición personal, filiación política y origen social, que por las competencias propias de la tradicional y conservadora formación jurídica. Esto permitió que los abogados conservaran una posición determinante en la vida política del país. Este es un elemento fundamental de la cultura jurídica nacional y latinoamericana que requiere un acercamiento más profundo en posteriores estudios.

En general, pese al entusiasmo, la educación no se transformó ni se popularizó; en la realidad se evidenció la dificultad para superar instituciones del antiguo orden colonial, como consecuencia de las presiones de sectores conservadores de la sociedad y del empuje retardatario de la Iglesia a través del la Constitución de 1886 y del Concordato de 1887³⁹. El desconocimiento del pluralismo jurídico derivado de las regulaciones normativas propias de las minorías étnicas y raciales, su invisibilización

desde la sustracción normativa es un factor de exclusión que igualmente es reflejado en los estudios jurídicos, constituyéndose currículos en los que predomina un tendencia ideológica jurídica positivista, que recoge los modelos jurídicos y de pensamiento europeo. En resumen, se está en mora de avanzar en la constitución de un pensamiento jurídico auténtico.

En cuanto a la cultura jurídica, se puede afirmar que la utilización del derecho como herramienta de legitimación del Estado ha seguido predominando en el ejercicio de la producción normativa, ante la incapacidad material de instrumentar un gran número de regulaciones. En este sentido el derecho continúa representando un elemento programático de cohesión social y de proyección de expectativas de transformación social en la construcción del Estado nacional, en el marco dialéctico y dinámico planteado por la globalización de los mercados y la ruptura de las fronteras nacionales. Esta característica se expresa en una constante crisis de legitimidad institucional, de inestabilidad e irregulari-

³⁸ "El viejo modelo humanista tuvo su mayor vigencia en las sociedades latinoamericanas del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX, en medio de los procesos de construcción de la nación de los Estados nacionales, considerando además la mayor simplicidad y menor desarrollo del conocimiento humano, al igual que los niveles inferiores de complejidad de la vida social. De allí que en ese contexto el operador jurídico se preparara, y pudiera en verdad hacerlo, integrando al derecho diversas áreas del conocimiento para desempeñarse en las más variadas posiciones directivas, tanto en el sector privado como público" (Germán Silva García, 2001: *El mundo real de los abogados y la justicia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Tomo II, p. 101).

³⁹ Con la constitución de 1886 se determina la centralización política y descentralización administrativa, reafirmadas por sus reformas de 1910, 1936 y 1945; por su parte, el Concordato determinaría la imposición de la enseñanza oficial confesional durante casi cien años, hasta el nuevo tratado de 1973.

dad del Estado, que hace que este adopte prácticas autoritarias de concentración del poder político y, en muchos casos, el uso sistemático de la fuerza en la consecución de un orden público estable; esta puede ser una de las razones de la accidentada historia de las democracias latinoamericanas.

La cultura jurídica es el reflejo del tipo de Estado en relación con su entorno social, por esto es que muchas de las tareas sociales del Estado se encuentran inconclusas, al no estar dentro de las prioridades programáticas de las élites nacionales que aún hegemonizan la formulación del derecho y el control y monopolio de la acción política-social del Estado. En este sentido, en cuanto al proceso revolucionario en la construcción y consolidación del Estado nación, las tareas históricas y

el pensamiento político desarrollados en el periodo de la independencia y constitución de la "republica" no han logrado ser llevados a cabo por el Estado y el conjunto de la sociedad, estando vigente la consolidación y construcción del Estado nación en la agenda política nacional y latinoamericana.

Es preciso afirmar que este documento tiene como fin hacer una aproximación de carácter exploratorio e hipotético frente a algunas reflexiones, con el interés de reivindicar la importancia de la historia del derecho, la universidad y los demás temas que se desarrollan en la búsqueda de la comprensión del funcionamiento del derecho, la universidad y el Estado en Colombia y América Latina, con el fin de que las hipótesis aquí planteadas puedan ser discutidas, reafirmadas o desechadas.

Bibliografía

- ANDRADE GONZÁLES, Gerardo (1992): "Filosofía y política educativa del siglo XIX en la Gran Colombia (1819-1831)". *Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana*. Tunja. Rudecolombia-UPTC.
- COLMENARES, Germán (1979): *Historia económica y social de Colombia*. Tomo II. Bogotá: Editorial La Carreta.
- DÍAZ DÍAZ, Fernando (1982): "Estado, iglesia y desamortización". En: *Manual de historia de Colombia*. T. II. 2.ª edición. Bogotá: Procultura.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2002): "Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial". *Revista El otro Derecho*. Bogotá: ILSA.
- GONZÁLES ROJAS, Jorge Enrique (2000): "El problema de la autonomía durante la primera etapa de la Universidad Nacional de los Estados Unidos de Colombia 1867-1876". En: *Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana*. Tunja. Rudecolombia. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- GUTIÉRREZ, Alberto (1999): "La universidad en la historia". *Revista Universitas*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- JARAMILLO URIBE, Jaime (1984): "El proceso de la educación, del virreinato a la época contemporánea". En: *Manual de historia de Colombia*, t. III, 3.ª ed. Bogotá: Procultura, Tercer Mundo.
- OCAMPO LÓPEZ, Javier (1982): "El proceso político, militar y social de la independencia". En: *Manual de historia de Colombia*, t. II. 2.ª ed. Bogotá: Procultura.
- _____ (2004): *Los Orígenes de la Universidad de Boyacá*. Inédito.
- _____ (1987): *Santander y la educación. Ideario educativo del "Hombre de las Leyes" y su influencia en los Colegios Santanderinos*. Tunja: Colegio de Boyacá.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio (2004): *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- QUINTERO, Jorge Eliécer (1992): "La difusión científica y el proyecto educativo de Santander en Colombia, siglo XIX". *Archivos y documentos para la historia de la educación colombiana*. Tunja. Rudecolombia.
- RIVADENEIRA VARGAS, Antonio José (2002): *Modelos y valores universitarios en América Latina y Colombia durante los siglos XIX y XX*. Simposio permanente sobre la universidad. Bogotá: ICFES.
- RODRÍGUEZ CRUZ, Águeda (1996): "Proyección de la Universidad Complutense en Universidades Americanas". En: *La universidad Complutense Cisneriana*. Madrid: Editorial Complutense.

- SAMPER, José María (1946): *Historia de un alma*, vol. I, Bogotá.
- SILVA GARCÍA, Germán (2001): *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA, Renán (1992): *Universidad y sociedad en el Nuevo Reino de Granada*. Bogotá: Banco de la República.
- SOTO ARANGO, Diana (2005): Aproximación histórica a la universidad del siglo XIX. Documento presentado al Congreso Internacional ¿Hacia dónde va la educación universitaria americana y europea? Historia, temas y problemas de la universidad. Universidad de León, España.
- _____ (2004): "El gobierno universitario una propuesta de los criollos neogranadinos en el siglo XVIII". *Revista Historia de la educación latinoamericana*, núm. 6. Tunja: Rudecolombia. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- _____ (2004): *Las reformas universitarias del siglo XVII de la Nueva Granada: una aspiración vigente en el siglo XXI*. Simposio "Historia y perspectivas de la universidad latinoamericana". Tunja: Hisula.
- SUESCÚN MONROY, Armando (2001): "Derecho y sociedad en la historia de Colombia", t. II. *El derecho colonial siglo XVI - siglo XIX*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- SUESCÚN MONROY, Eduardo (1994): *Universidad, proceso histórico y jurídico*. Santafe de Bogotá: Grijalbo.
- STEGER, Hans Alver (1979): "La significación del derecho romano para la universidad latinoamericana en los siglos XIX y XX". *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. XX, núm. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Derecho y Realidad
Núm. 5 • I semestre de 2005
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC
ISSN: 1692-3936

Estructura social e intervención penal
Elementos de discusión para el caso
colombiano 2002-2004

Social Structure and Criminal Law Intervention
Discussion elements to the Colombian
case 2002-2004

*Robinson Marín**

Resumen

Se presenta una discusión que pone en relación el diseño estructural del Estado moderno y un cierto tipo de intervención penal con las transformaciones posibles de la estructura social y su prelación de valores. Con base en esta relación se aborda el caso colombiano en el periodo 2002-2004. Así mismo, se proveen elementos de discusión en torno a los instrumentos de intervención penal del Estado colombiano y la estructura social que estos han procurado reelaborar, junto con otros mecanismos de intervención social, durante el periodo en estudio.

Palabras clave: Estado moderno, Estructura social, Intervención penal, Mecanismos de control social.

Abstract

It presents an analytical discussion that relates the modern State's structural design and a certain type of criminal law intervention, with the possible transformations of the social structure and its values preferences. Based upon this relation, the Colombian case in the period 2002-2004 is assumed. Also there are elements of discussion provided around the Colombian state criminal law intervention's instruments and the social structure that they have tried to redesign, in collaboration with other mechanisms of social intervention, along the period studied.

Key words: Modern State, Social structure, Criminal law intervention, Social control's mechanisms.

El Estado moderno ha sido elaborado como una construcción racional de administración del poder social, en el seno de un proceso de secularización y liberalización de la vida social. Así es como "La teoría [...] del Estado no es solamente una teoría racional del Estado, sino también una teoría del Estado racional"¹. Esta instancia racional del ejercicio del poder evidencia y expresa un contenido ideológico, asignando conforme a dicho contenido una prelación a valores que son comunes a todos sus modelos: "El orden, la paz social, la seguridad, la libertad individual estrechamente vinculada a la propiedad, la igualdad social que no se realiza en la libertad individual, sino en la libertad colectiva"².

La intervención penal, como ejercicio de poder estatal, es una expresión de dichos valores y evidencia un cierto tipo de Estado. Ella traduce y reelabora al Estado en un feedback permanente que produce una estructura social específica. Conforme lo anterior, las manifestaciones de la intervención penal no solo tendrían la capacidad de poner en evidencia una estructura social determinada, sino que poseerían la capacidad, en compañía de otros ejercicios de poder social —ello significa que no es mecanismo exclusivo—, de modificar la estructura social y la prelación de sus valores.

El texto presenta una discusión de corte analítico, que pone en relación el diseño estructural del Estado moderno y un cierto tipo de intervención penal, con las transformaciones posibles de la estructura social y su prelación de valores. Con base en esta relación se aborda el caso colombiano 2002-2004. Se proveen elementos de discusión en torno a los instrumentos de intervención penal del Estado colombiano y a la estructura social que estos han procurado reelaborar, junto con otros mecanismos de intervención social, durante el periodo en estudio.

Los contenidos del Estado moderno y su estructura

El Estado moderno es en su origen una construcción social elaborada a partir de las luchas y de acuerdo con los valores de un nuevo grupo social que fundamenta su poder en la riqueza obtenida a través del comercio, la industria y las finanzas: la burguesía. Esta propugna un reconocimiento de la igualdad natural de los hombres, su derecho a la libertad y a la felicidad, derechos y valores que gravitan en torno a la concepción de la propiedad privada como derecho natural. Ellos expresan el individualismo burgués, que concibe al Estado como fruto de

¹ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. Trad. Florencio Fernández. Bogotá D.C.: FCE, 1997, p. 129.

² *Ibidem*, pp. 125-126.

un pacto común y subsidiario de la propiedad.

El pacto común se expresa a través de una voluntad general, diferente de las voluntades particulares, que finalmente termina por sustituir la voluntad individual, reduciendo la expresión del Derecho al derecho estatal, y este al derecho legislativo. Ello conlleva la prevalencia del derecho positivo, como derecho legal-racional³. Es así como el Estado se reputa capaz de garantizar los derechos de los individuos, cuanto menos aquellos que se consideran immanentes a la condición humana, erigidos desde los posicionamientos liberales. Así se acuña en la primera mitad del siglo XIX el término de Von Mohl, "Rechtsstaat".

El Estado opera como instancia de enlace social y composición política —en presencia de la teoría de la representación— a partir de dos niveles contrapuestos de la colectividad: lo público y lo privado, que en el contexto de las sociedades capitalistas es una escisión constitutiva de su misma esencia. Su origen y legitimidad son contractuales, mientras su funcionalidad es política, desligándose de su fuente originaria. La división del poder en legislativo, ejecutivo y judicial, además de ser pertinente políticamente en busca de una mejor

distribución del poder, se constituye en un límite de su ejercicio, frente a las amenazas que el poder del Estado representa para las libertades individuales⁴. El Estado, a partir de su materialización como abstracción real y social, se expresa en la individualización, la separación de Estado y sociedad civil, la mediación de la representación, control y regulación espacial, la violencia legítima y ley general e impersonal.

El Estado de Derecho, entonces, limita el ejercicio del poder al campo de las relaciones públicas, protegiendo así la esfera privada de los individuos. Conforme a lo anterior, el "Ius puniendi" orienta sus prácticas en adelante por los principios del Estado de Derecho, sujeto a una norma superior o constitucional, que se entiende fundadora de las demás normas, así como expresión marco del orden jurídico en general. De esta manera el Estado de derecho se levanta sobre bases que a su vez articularán los principios rectores del derecho penal⁵:

1. Primacía de la ley que regula toda actividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional; entiéndase ley en sentido formal. O sea elaborada por los órganos legislativos del Estado; en las democracias liberales, por el Parlamento. Los ciudadanos son iguales, formalmente, ante la ley.

³ Ibidem, p. 136

⁴ Pierre Manent: *Les libéraux*, Paris : Hachette, 1986, p. 219.

⁵ Pablo Verdu: *La lucha por el Estado Social de Derecho*, p. 21.

2. Un sistema jerárquico de normas que realiza la seguridad jurídica y que se concreta en el rango diverso de las distintas normas y en su correspondiente ámbito de validez.

3. Legalidad de la administración, estableciéndose el sistema de recursos correspondiente.

4. Separación de poderes como garantía de la libertad o freno de posibles abusos.

5. Reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, que mantiene relaciones jurídicas con los ciudadanos.

6. Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales que se incorporan al orden constitucional

7. En algunos casos, control de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al despotismo legislativo.

El ejercicio legítimo de la violencia y su monopolio aparecen como características del Estado moderno, expresando los mínimos demandados por una sociedad concreta para el desarrollo de la vida social. El derecho penal moderno se estructura sobre una serie de principios rectores que se producen dentro de unos lineamientos aportados por un marco referencial de la prelación de valores sociales en un momento histórico determinado. Este ejercicio específico de poder, expresado a través de la intervención penal, sigue siendo un ejercicio racional que

transmite fielmente la prelación de valores de la estructura social expresada y modificada por un tipo de Estado preciso. La modernidad ha asumido que el derecho producido a partir de este lugar resulta capaz de asegurar la paz social y la convivencia, así como la conservación del poder.

Las prácticas de intervención penal y el tipo de Estado que traducen

El derecho penal se enseña como una muestra del poder del Estado, que es garante de una serie de derechos considerados connaturales al ser humano. Ello le demanda una limitación en el ejercicio de sus facultades penales y una forma determinada de dicho ejercicio, conforme a los valores privilegiados por ese Estado. Intervención penal, derechos fundamentales, democracia, se articulan en los siglos XX y XXI, buscando el equilibrio entre el respeto a las garantías y derechos inherentes al modelo de conformación estatal y la necesidad de la pena⁶.

El equilibrio entre estos dos valores resulta congruente con el carácter de un Estado de derecho democrático, que si bien propugna una reducción de la intervención penal, también reconoce la esencia de esta: ejercicio, como práctica punitiva; poder, como

Comisión Chilena de Derechos Humanos: *El sol en la ciudad*. Santiago: Editora Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 27 y ss.

ejercicio de las potestades del Estado; intervención material, en cuanto intervención legítima del Estado que asegura la convivencia pacífica. Se construye una identidad social a partir del cuántum de la asimetría existente en una sociedad entre el respeto a las garantías civiles y la intervención penal y la pena. El derecho penal es parte de esa identidad, convirtiéndose la pena y las formas de la intervención en una autocomprobación, en una autoafirmación, pues hasta allí al menos la sociedad se niega a concebirse de otra manera.

Así lo penal es una función que mantiene el sistema social, pero además es parte del mismo sistema; lo penal sirve para caracterizar una sociedad, la refleja y viceversa. El funcionalismo afirma que en el ejercicio de lo penal siempre hay una respuesta a un problema del sistema social; aun la dogmática, para sus construcciones normativas, ha de tener en cuenta las prestaciones-justificaciones y funciones externas como presupuesto de sus configuraciones externas. El derecho penal cumple con asumir problemas sociales, mas también recuerda los valores sociales⁷.

En este esquema de representación y reproducción, que ocurre entre

una determinada estructura social y sus prácticas de intervención penal, existe una gama de recursos materiales que se reputan válidos, conforme a la prelación ideológica que le dé el Estado a determinados valores. En general, la disyuntiva entre seguridad social y libertades individuales de los asociados aparece como punto de definición del tipo de Estado y de estructura social en elaboración. Es posible dentro de un Estado liberal y democrático privilegiar la seguridad y la defensa de la sociedad, en tanto no se vulneren garantías y libertades ciudadanas.

Sin embargo, es posible también realizar una intervención penal centrada en la seguridad y la defensa ciudadanas, planteando como justo precio por preservar estos valores la restricción de las libertades individuales, de forma expresa o tácita. El debilitamiento de las libertades ciudadanas y las garantías procesales de los sindicados, así como la precocidad de la intervención penal preprocesal, como un ejercicio prolongado en el tiempo, posiblemente procuran recomponer la estructura social y, por ende, su escala de prelación de valores.

Este tipo de intervención ha sido señalada como incompatible con el sistema democrático:

⁷ Günther Jakobs: *Sociedad, norma, persona*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 10.

Nada que distorsione y desfigure más el sistema democrático y de derecho trazado en la Constitución, que un régimen penal laxo en las garantías al sindicado e implacable en la vindicta, rasgos inequívocos del derecho penal autoritario, congruente apenas con un sistema político del mismo cuño. Es que cuando la atención se centra apenas en la defensa presunta de la sociedad, con olvido casi absoluto del posible sujeto de la pena, en nada difiere (por ese aspecto), un sistema de instituciones liberales y democráticas de uno declaradamente totalitario⁸.

El tipo de intervención penal que implica una renuncia práctica a los valores del liberalismo en un Estado democrático es susceptible de ser generado a través de mecanismos legales, mediáticos de propaganda o de falsificación de la historia de las dinámicas sociales. Es posible entonces lograr el consenso social, gracias a la focalización de la información⁹ —la desviación de la línea de luz, diría Deleuze— hacia versiones oficiales complacientes.

La intervención penal centrada en la seguridad y la defensa ciudadana, cuando debilita las libertades ciudadanas y las garantías procesales de los sindicados, puede recurrir a

prácticas de estigmatización: el estereotipo, la criminalización social, las categorías predelictivas. Estas operan como recursos de economía, ya no política, sino judicial, toda vez que optimizan procesos de búsqueda de responsables, al identificar la divergencia de grupos o sujetos, con respecto a patrones o prácticas sociales dominantes, con un mayor potencial de vulneración de bienes sociales.

La estigmatización es un fenómeno que permite discriminar a un grupo de sujetos con base en un tipo de particularidad que les segrega respecto de una comunidad. En las observaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas acerca de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se define:

el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por

⁸ Corte Constitucional: Sentencia C 127 de 1993, M.P. Martínez Caballero. Salvamento de voto: M. Gaviria Díaz.

⁹ En cuanto al papel del los medios de difusión como instrumento de construcción de consenso en torno a políticas públicas y de transformación de la realidad ver Chomsky, Noam: *Actos de agresión*. Ed Crítica, Barcelona, 2000, pp. 23 y ss.

objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹⁰.

La carga estigmática a través de la cual se criminaliza a los sujetos por medio de estereotipos –según la teoría de Chapmann¹¹–, se articula al menos de dos maneras: por medio de categorías predelictivas, que son señalamientos puntuales tales como la ebriedad, el influjo de las drogas, la prostitución¹², etc., ejecutadas –esto es, hechas operativas– a partir de medidas policiales y administrativas; y de otra, la hecha por los *mass media* gracias a su capacidad de crear la realidad e identificar tal creación con la verdad. Por demás, las comunidades han sido sujetos también de señalamientos que no solo desbordan los parámetros de la definición delictual, sino que en presencia de tipos penales abiertos se le asigna una valoración a determinadas conductas de forma selectiva denominada criminalización secundaria¹³.

A partir de dichas prácticas no solo se señala a los individuos, describiéndolos y re-creándolos, sino que dichos procesos y prácticas facilitan la demostración de la asertividad de los etiquetamientos, toda vez que ellos intervienen en un proceso de recreación de valores sociales, a partir de procesos de asignación social. Pero si los estereotipos perfilan los sujetos a reproducir por el sistema penal, es el sistema penal mismo con su contacto el que mantiene la validez de los señalamientos hechos por las instancias no propiamente penales: “la carga estigmática no la provoca la condena formal, sino el simple contacto con el sistema penal”¹⁴.

La estigmatización se presenta como mecanismo de protección de la sociedad frente a aquellos que “claramente la amenazan”. Estos sujetos, tan “claramente identificados” con frecuencia, hacen parte de sectores económica y socialmente marginados, pertenecientes a las capas de la población más vulnerables. Desde esta perspectiva existe un *feedback* entre el estereotipo

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá DC, 2002, p. 71.

¹¹ Comisión Chilena de Derechos Humanos: op. cit., pp. 75 y ss.

¹² Para un análisis en extenso de esta categorización, ver Corte Constitucional: Sentencia C-221 de 1994. M.P. Gaviria Díaz.

¹³ Margarita Uprimny: *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo, sf., p. 70. [Textos de divulgación 12]

¹⁴ Eugenio Zaffaroni: *En busca de las penas perdidas*. Segunda edición. Bogotá D.C.: Temis, 1993, p. 106.

y el tratamiento penal en una dinámica de mutua poiesis, con la finalidad de demostrar la necesidad de la intervención en determinado segmento de la población.

La criminología moderna ha propuesto “trasladar el foco de atención del fenómeno criminal, que se centraba y recreaba solo a partir del delincuente, hacia los procesos de criminalización que generan las instituciones de control social (policía, cárceles, hogares de menores, tribunales, etc.)”¹⁵. Por supuesto, tal desplazamiento de objeto resulta insuficiente para atender las causas de los procesos de señalamiento y diferenciación en el trato reservado a determinado sector de la clientela penal. Sin embargo, la penalidad disciplinaria implica operaciones específicas de comparación, diferenciación, jerarquización, homogeneización y exclusión¹⁶.

Con respecto a la intervención penal, la estigmatización puede darse tanto contra aquellos que han pasado por sus mecanismos de tratamiento, como contra quienes poseen una mayor potencialidad de ser tratados. Ello, de una parte, localiza y etiqueta a los individuos, y, por otra, reproduce los mismos estereotipos que

legitiman la intervención del sistema. Esta asignación, que crea un rótulo en la definición de individuos, comunidades o sectores sociales, recrea la forma en que el conjunto de la sociedad concibe a estos actores.

Cuando el recurso de la estigmatización se emplea dentro de una política que privilegia la seguridad ciudadana aplazando –al menos de forma parcial– la prevalencia de las libertades individuales y las garantías procesales, el producto es con frecuencia la exclusión de ciertos sectores sociales. Pero, si como política de Estado, se utiliza un recurso retórico según el cual los excluidos son disidentes sociales con un potencial, no de desestabilización, sino de aniquilación social, es muy probable que la sociedad que aceptó asumir ella misma una restricción en sus derechos tolere un recorte aún mayor en los derechos de quienes la amenazan.

Es probable, entonces, que en ese momento se haya producido un cambio en la propia estructura social, a partir de la aceptación social de un cierto tipo de intervención penal, orientada por un modelo de Estado difícilmente susceptible de ser definido como democrático.

¹⁵ Comisión Chilena de Derechos Humanos: op. cit., p. 75.

¹⁶ En este sentido ver Foucault, Michel: *Vigilar y Castigar*. 18 ed., Trad. Aurelio Garzón de Camino. México: Siglo XXI Ed., 1990, p. 188.

El caso colombiano

La dinámica del conflicto interno colombiano ha propiciado que gran parte de la praxis social se haya desenvuelto en torno a este, como fundador no solo del Derecho, sino de la institucionalidad y del orden jurídico y político¹⁷. Es así como el Estado colombiano ha desarrollado prácticas de intervención penal a lo largo del conflicto, a través de las cuales ha procurado enfrentar los retos que supone para la institucionalidad la acción de los actores insurgentes.

No obstante, a partir del año 2002, el Estado colombiano procura desarrollar una estrategia concreta de modificación de la estructura social y la prelación de valores de esta, a través de recursos retóricos, de propaganda y penales. Este esfuerzo se evidencia cuando su estrategia frente al conflicto no apunta –de forma privilegiada– a confrontar a los actores insurgentes, sino que además tienen dos fuertes componentes dirigidos a la sociedad civil: propagandístico –acerca de quién va ganando la guerra– y de segregación y estigmatización –a propósito de quiénes son los buenos y quiénes los

malos, trazando una línea entre estos y aquellos a través de prácticas de señalamiento y rotulación–.

Desde lo propagandístico¹⁸, dicho ejercicio ha sido expresado como una demanda expresa a la sociedad civil para que tome partido por uno de los actores del conflicto:

El presidente Andrés Pastrana dijo recientemente que sería “injusto” que los civiles se declararan “neutrales” frente a la lucha de los militares contra los que están al margen de la ley. “Las fuerzas armadas no exponen su vida cada día y no se enfrentan a terroristas y delinquentes por iniciativa propia y a su propio riesgo”¹⁹.

Las transformaciones suscitadas en la estructura social y sus valores por un Estado a la ofensiva no han sucedido solamente como una cadena de éxitos de una política y una acción racionalmente planeadas. Más bien el Estado ha procurado, de una parte, una interpretación pertinente de los hechos gracias a una cooptación de los medios sociales de comunicación, en tanto, por otra parte, dirige los instrumentos de intervención penal hacia sectores sociales y regiones precisas, en las que ha concentrado su acción de contención.

¹⁷ Gonzalo Sánchez: “Guerra y política en la sociedad colombiana”. *Análisis político*, Revista del IEPRI Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 11: 7-27, septiembre-diciembre de 1990.

¹⁸ A propósito de un ejercicio tendiente a rehabilitar ante la comunidad a ciertos actores del conflicto ver Mercado, Bibiana: “fin de semana de autógrafos y fotos”. *El Tiempo*. Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2004. Sección 1, Nación, p. 6.

¹⁹ “Civiles: ¿Adentro o afuera?” *El Tiempo*. Bogotá D.C., 15 de julio de 2002. Sección 1, p. 9.

Evidencia del primer recurso es la forma en que el papel de los medios y su deber de suministrar información imparcial, que permita al conglomerado social la formación autónoma de juicio, es prescindible:

Para [el] director de RCN radio, en medio del conflicto, los medios no pueden ser imparciales, “porque también son víctimas de los violentos, ni pueden estar del lado de los terroristas” [...] Mientras el subdirector de [el diario] *El País* [...] “no somos neutrales en el conflicto. Estamos del lado del Estado y tenemos que defender la institucionalidad del país”²⁰.

Por otra parte, elementos para afirmar que existe un ejercicio puntual de intervención penal combinada con intervención militar de la población, durante este periodo, son las denominadas “Zonas Especiales de Rehabilitación”. Estas no produjeron los resultados en materia de orden público que justificaron su constitución –según la Procuraduría General de la Nación–, no obstante, permitieron procedimientos de allanamientos y capturas ilegales por parte de las fuerzas militares, a más de la presencia y consolidación de fuerzas paramilitares en la zona durante el tiempo de intervención²¹.

Si los instrumentos de intervención penal pueden dar cuenta del carácter de una sociedad, mientras la reflejan, a la vez que son una expresión ella y sus valores, articulados a través de un modelo determinado de Estado, los recursos por ella empleados de forma sostenida pueden dar cuenta de una estructura social y sus procesos de transformación. En el caso colombiano, lo relevante del asunto no reside en que el Estado utilice recursos no democráticos en la intervención penal, sino que ante la recurrencia en el uso de estos, un segmento significativo de la sociedad pueda estimar que no son reprochables:

[...] Acusados de rebelión, concierto para delinquir [...] Estuve en días pasados visitando la cárcel de Duitama, donde hay presos de El Cocuy, Güicán, Chita y otros pueblos; todos coinciden que hace meses que están allí y no se les ha probado nada, fueron sacados de sus casas o arrestados en sus pueblos [...] colaboradores de la guerrilla, porque algún subversivo llega a las casas a pedir un vaso de agua, o cuando piden el “favor” de hacer un expreso en un carro, o hablan con la gente de los pueblos (abandonados por el gobierno) como sucede en los pueblos del norte de Boyacá, ahora quieren

²⁰ “Controversia por propuesta de Pastrana”. *El Tiempo*. Bogotá D.C., 9 de julio de 2002. Sección 1, p. 7.

²¹ “Rajan” gestión de zonas especiales”. *El Tiempo*. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2003. Sección 1, Nación, p. 2.

mostrar "resultados" a costa de la ignorancia de los campesinos que no hacen otra cosa que proteger sus vidas²².

La estigmatización y el señalamiento se han acuñado durante este periodo como recurso de intervención penal del Estado colombiano, y el hecho de que puedan ser expresados sin necesidad de retractación por los altos mandos militares, y sin una demanda masiva de aclaración, evidenciarían la transformación de la sociedad, decidida a entregar derechos individuales indiscriminadamente, a cambio de una promesa de seguridad y defensa.

La Defensoría del Pueblo le solicitó al gobierno que garantice la seguridad de los desplazados de la cuenca del Cacarcá (Chocó), y se declaró preocupada por las declaraciones del general Jorge Enrique Mora, comandante del ejército, según las cuales los asentamientos que esas personas formaron al regresar a la zona son centros de concentración de las FARC. "... esto no corresponde a la realidad y podría poner en riesgo a las comunidades que allí habitan" dijo en un comunicado²³.

El Estado se desplaza desde lo democrático hasta lo autoritario, pero no lo hace solo; el cambio sereno en las prácticas de intervención penal evidencia una transformación en la estructura social y sus mecanismos de poiesis. La modificación de la estructura del gasto público —como expresión de la transformación de la estructura social—, que sigue privilegiando el gasto militar sobre la educación, la salud y la infraestructura a partir del año 2002, buscando seguir el ejemplo de países como Uganda, Sierra Leona o Sudán, da cuenta inmejorable de ello²⁴.

El cambio de prioridades en el gasto no solo es sostenido a partir del argumento de la necesidad urgente y transitoria de salvar la sociedad colombiana y el Estado, sino que se plantea como resultado de las políticas de descentralización administrativa y los fines mismos del Estado:

El gasto en defensa —3 billones 200 mil millones de pesos— es 2,9 veces menor que el de Educación y 3,4 veces menor que el de energía, lo que, en concepto del ministerio de Defensa, "no parece razonable para

²² Elizabeth Velandía: "Campesinos o guerrilleros". *Boyacá 7 días*. Tunja, 4 de mayo de 2004. Sección Correo, p. 26. Para una observación sistemática del fenómeno ver Comisión de Verificación sobre la Situación de Niñas y Niños en Arauca: *Informe*. Bogotá D.C., 2004, pp. 34 y 35. Disponible en inglés y español en www.coalico.org

²³ "Defensoría desmiente a Mora". *El Tiempo*. Bogotá, 23 de agosto de 2003. Sección 1, Breves/Nación, p. 5.

²⁴ "A disparar gasto militar: Ministerio de Defensa". *El Tiempo*. Bogotá, 13 de marzo de 2002. Sección 1, p. 9.

un país que atraviesa un proceso de descentralización, en el cual el fin último del Estado debería orientarse al cumplimiento de funciones de defensa, seguridad nacional y justicia²⁵.

Durante este periodo se han debilitado los espacios de lo institucional a través de ejercicios de poder discrecional. La intervención penal se ha mezclado con dádivas en el tratamiento —a través de concesiones presidenciales—, señalamientos a priori de comunidades, militarización de las etapas previas a la judicialización, así como señalamientos de actores sociales como terroristas, por hechos relacionados con disensos frente a políticas estatales. La estigmatización, a través de praxis de intervención penal violatorias no solo de la legislación interna, sino internacional, ha preconizado el "todo vale" frente al terrorismo, razón por la cual ha sido importante para la administración de este periodo enfatizar que Colombia no vive un conflicto armado, sino una amenaza terrorista.

Si bien el derecho a la presunción de inocencia formalmente se conserva, el señalamiento y la estigmatización de actores sociales en los teatros de guerra, así como en las ciudades, a

través de una política de delación y de vinculación de la población civil, ha infligido un daño significativo al tejido social de la nación. Se ha trastocado el orden institucional y la legitimidad de la intervención penal, hasta crear un país que se divide entre sospechosos y espías, a partir de la premisa según el que no está conmigo está contra mí²⁶. Sin embargo, estas transformaciones no han sucedido a pesar de la sociedad, sino con su anuencia fruto del esfuerzo de transformación de la estructura social.

Rediseñada la estructura del Estado, la relación de este con los ciudadanos puede también ser replanteada a partir de un discurso de recorte de las libertades democráticas y de acentuación de restricciones sociales, como precio necesario de la seguridad, el orden y el bienestar²⁷. Esto replantea también lo que los ciudadanos han de demandar del Estado, toda vez que este se reputa legítimo gracias a que las medidas implementadas obedecen al espíritu del programa por el cual fue elegido democráticamente, en un *feedback* permanente. Sin embargo, ello ha menoscabado el Estado Democrático de Derecho, contribuyendo a

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ En este sentido ver Isaza, Fernando: "Entre estalinismo guerrillero y autoritarismo estatal, democracia". *El Tiempo*. Bogotá, 28 de marzo de 2004. Sección Lecturas Dominicales, pp. 4 y ss.

²⁷ Con respecto a la forma como la desigualdad y la pobreza no han permitido la eliminación de los regímenes autoritarios en América Latina según estudios de la ONU ver POBREZA Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA. EN "El Tiempo". Bogotá D.C., 22 de abril de 2003. Sección 1 Nación p. 2.

propugnar un sistema político autoritario sin controles reales a la autoridad estatal²⁸. Ello ha contribuido a incrementar las probabilidades y los episodios de estigmatización de sectores concretos de la población²⁹.

La evidencia concluyente del cambio de estructura del Estado colombiano, como recurso de modificación de la estructura social, a través de la estigmatización y la militarización de la vida social, se manifiesta a través de un discurso presidencial en el año 2003. Durante la ceremonia de posesión del nuevo comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, el 8 de septiembre, el presidente Uribe descalificó fuertemente a los defensores de derechos humanos y a las organizaciones críticas frente a su programa de "Seguridad Democrática". A través de un ejercicio retórico que a la postre produjo más reacciones fuera de Colombia que dentro, Uribe señaló:

... cada vez que en Colombia aparece una política de seguridad para

derrotar el terrorismo, cuando los terroristas empiezan a sentirse débiles, inmediatamente envían a sus voceros a que hablen de Derechos Humanos. Muchas de esas críticas las han tomado de la página de internet de las FARC. No tienen vergüenza ni limitaciones. Sacan libros en Europa sobre rumores y calumnias... aparecieron colectivos de abogados, aparecieron bajo uno u otro nombre, voceros del terrorismo³⁰.

Este recurso de reducción de garantías de la ciudadanía frente a la intervención penal fue utilizado ya, durante los años treinta en Italia y Alemania, específicamente como expresión de un Estado más que autoritario, que terminó transformando a una sociedad que deseó en ese momento histórico su abismo. El problema de este tipo de procesos es que "en resumen, todas las garantías por las que el liberalismo había luchado desde fines del siglo XVIII, fueron destruidas por ser ahora innecesarias para la defensa de los intereses del grupo dominante"³¹.

²⁸ "Londoño quiere un Estado monárquico y sin controles". *El Tiempo*. Bogotá, 3 de agosto de 2003. Sección 1, p. 21. En el mismo sentido ver Santamaría, Ricardo: "Beltrán: nos falta mucho en derechos humanos". *El Tiempo*. Bogotá, 9 de octubre de 2004. Lecturas dominicales, p. 6.

²⁹ Ulises Torres: "Libertad de la expresión, pilar de la democracia". *UN Periódico*. Bogotá, junio 15 de 2003. núm. 47, p. 9.

³⁰ "Fuerte réplica de Uribe a ONG". *El Tiempo*. Bogotá, 9 de septiembre de 2003. Sección 1, Nación, p. 5.

³¹ Georg Rusche y Otto Kirchheimer: *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984, p. 220.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto y Bovero, Michelangelo: *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. Trad. Florencio Fernández. Bogotá: FCE, 1997.
- CHOMSKY, Noam: *Actos de agresión*. Barcelona: Ed Crítica, 2000.
- COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS: *El sol en la ciudad*. Santiago: Editora Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- COMISIÓN DE VERIFICACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS EN ARAUCA: *Informe*. Bogotá, 2004.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 127 de 1993, M.P. Martínez Caballero; salvamento de voto: M. Gaviria Díaz. Sentencia C-221 de 1994, M.P. Gaviria Díaz.
- EL TIEMPO: "A disparar gasto militar: Ministerio de defensa". Bogotá, 13 de marzo de 2002, Sección 1, p. 9.
- _____ : "Civiles: ¿adentro o afuera?", Bogotá, 15 de julio de 2002. Sección 1, p. 9.
- _____ : "Controversia por propuesta de Pastrana". Bogotá, 9 de julio de 2002. Sección 1, p. 7.
- _____ : "Defensoría desmiente a Mora". Bogotá, 23 de agosto de 2003. Sección 1, Breves/Nación, p. 5.
- _____ : "Fuerte réplica de Uribe a ONG". *El Tiempo*. Bogotá, 9 de septiembre de 2003. Sección 1, Nación, p. 5.
- _____ : "Londoño quiere un Estado monárquico y sin controles". Bogotá, 3 de agosto de 2003. Sección 1, p. 21.
- _____ : "Pobreza y democracia no se llevan". Bogotá, 22 de abril de 2003. Sección 1, Nación, p. 2.
- _____ : "Rajan" gestión de zonas especiales. Bogotá, 29 de agosto de 2003. Sección 1, Nación, p. 2.
- FOUCAULT, Michel: *VIGILAR Y CASTIGAR*. 18 ed. Trad. Aurelio Garzón de Camino. México: Siglo XXI Ed., 1990.
- ISAZA, Fernando: "Entre estalinismo guerrillero y autoritarismo estatal, democracia". *El Tiempo*. Bogotá, 28 de marzo de 2004. Sección Lecturas Dominicales, pp. 4 y ss.
- JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma, persona*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- MANENT, Pierre: *Les libéraux*. París: Hachette, 1986.

MERCADO, Bibiana: "Fin de semana de autógrafos y fotos". *El Tiempo*. Bogotá, 29 de noviembre de 2004. Sección 1, Nación, p. 6.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto: *Penas y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.

SÁNCHEZ, Gonzalo: "Guerra y política en la sociedad colombiana". *Análisis político*, Revista del IEPRI Universidad Nacional de Colombia 11: 7-27, septiembre-diciembre de 1990, Bogotá.

SANTAMARÍA, Ricardo: "Beltrán: nos falta mucho en derechos humanos". *El Tiempo*, Bogotá, 9 de octubre de 2004, Lecturas dominicales, p. 6.

TORRES, Ulises: "Libertad de la expresión, pilar de la democracia". *UN Periódico*. Bogotá, junio 15 de 2003, núm. 47, p. 9.

UPRIMNY, Margarita: *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, sf. [Textos de divulgación 12].

VERDU, Pablo: *La lucha por el Estado Social de Derecho*.

ZAFFARONI, Eugenio: *En busca de las penas perdidas*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 1993.

Derecho y Realidad

Núm. 5 • I semestre de 2005

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC

ISSN: 1692-3936

El derecho fundamental a la igualdad aplicado a los principios de la justicia

The Equality Fundamental Right, Applied to the Justice Principles

Javier Leonardo López Higuera*

Resumen

Se desarrolla el tema del derecho a la igualdad como presupuesto fundamental para el logro del objetivo propio del Estado Social de Derecho: la justicia social. Para tal fin se acude a los principios de la justicia expuestos por John Rawls, que son esenciales en la configuración de las instituciones sociales, cuya finalidad consiste en la distribución justa de los bienes materiales e inmateriales. De igual forma, en un breve recuento histórico, se presenta la evolución de la concepción ideológica y normativa del *derecho a la igualdad*, que inicia con la igualdad formal, propia del Estado liberal, y se complementa con la igualdad real o sustancial, propia del advenimiento del Estado Social de Derecho y que busca evitar que las desigualdades fácticas se conviertan en obstáculos para la efectividad de los derechos y libertades.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC. Judicante del Juzgado Tercero Civil Municipal de Tunja. Correo e.: sofos17@latinmail.com

Palabras clave: Derecho a la Igualdad, Estado Social de Derecho, Igualdad formal, Igualdad real, Justicia Social, Principios de la Justicia.

Abstract

It pretends to develop the equality right subject, as a fundamental assumption in order to achieve the Social State of Rights: The social justice. To that end it resorts to the justice principles exposed by John Rawls, that are essentials in the social institutions configurations, which aim to the just distribution of material and none material goods.

At the same time, in a short historical review, it is presented the ideological and normative evolution of the *equality right*, which starts with the formal equality, inherent to the liberal State, and its complement the real or substantial equality, inherent to the upcoming Social State of rights, which tries to avoid that the factual inequalities to become obstacles to the rights and liberties' effectiveness.

Key words: Equality Right, Social State of Rights, Formal Equality, Real Equality, Social Justice, Justice's Principles.

Karl Marx afirmó que en una sociedad como la capitalista, donde los hombres son desiguales, la única manera de hacerlos iguales es con un Derecho desigual.

El asunto del *derecho a la igualdad* comporta una enorme complejidad por su indeterminación conceptual. Al instante surgen varios interrogantes: ¿igual a quién?, ¿igual a qué?, ¿cómo concebir el derecho a la igualdad si la naturaleza humana se caracteriza por ser disímil en muchos aspectos? El Derecho es un reflejo de la realidad y, por tal razón, ha de tener en cuenta la naturaleza de su objeto para que tenga aplicabilidad en la regulación de las relaciones humanas. Igualmente, la importancia del derecho a la igualdad radica en ser el presupuesto necesario para alcanzar el objetivo del Estado: la *justicia social*, ideal primario de cualquier comunidad de hombres organizada bajo un esquema de instituciones.

Para comprender el significado del derecho fundamental a la igualdad, contenido en la Constitución Política de Colombia, es menester realizar un breve excursus histórico, que pretende exponer dos aspectos trascendentales: la insuficiencia del criterio igualitarista para realizar una distribución que se dirija a la máxima realización posible de los principios de la justicia, y la concepción de igualdad que debe operar en el Estado Social de Derecho. ¿Cuáles son entonces los principios de la justicia?

Para dar respuesta a este interrogante acudiré a la *Teoría de la justicia* desarrollada por John Rawls (1995: 17-115), que precisa una concepción basada en la teoría contractual expuesta por Locke, Kant y Rousseau. En tal sentido, plantea una comunidad de hombres que en una posición originaria de igualdad acuerdan los principios que han de regir en las instituciones propias de la estructura básica de la sociedad. La estructura básica de la sociedad es el conjunto de instituciones públicas, entendidas como el sistema de reglas que rigen las relaciones entre los hombres, por ejemplo, la Constitución política, la normatividad en general, la organización socio-económica de la sociedad, entre otras. Los principios acordados se aplican a las instituciones para regular la distribución de los bienes primarios, que comprenden derechos, libertades, riqueza, ingreso y demás bienes indispensables para que el hombre pueda cumplir con sus expectativas y alcanzar un nivel de vida acorde con la dignidad humana.

Antes de señalar los principios, es preciso destacar que la igualdad puede entenderse en dos sentidos: el primero como **derecho fundamental** y el segundo como **ideal social**. Las dos concepciones de la igualdad son interdependientes, es decir, si no se garantiza la igualdad como ideal social, no se conseguirá la realización del derecho fundamental y viceversa.

Para Rawls, dos son los principios que deben regir la distribución de los bienes primarios, a saber: 1) cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás y 2) las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

El primer principio se refiere a la distribución de derechos y libertades y designa la **igualdad formal**, en virtud de la cual todos gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades, sin discriminación alguna. Como puede notarse, aparentemente nos habla de igualitarismo, es decir, una distribución por medio de la cual se otorga la misma cantidad de derechos y libertades para todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

Por su parte, el **segundo principio** se enfoca a la distribución de la riqueza, el ingreso y las posiciones de poder, para alcanzar la realización de la igualdad como ideal social, distribuyendo las desigualdades de tal manera que no constituyan obstáculos para realizar las expectativas, sino que lo sean de tal manera que generen ventajas para todos, especialmente para los menos favorecidos. El objetivo común de los

dos principios es la realización de la justicia social.

La monarquía absoluta tuvo su desarrollo dentro del régimen feudal y se caracterizó por el monopolio del poder en manos del rey. Dicha forma de gobierno otorgaba diferente estatus jurídico, dependiendo de la pertenencia a determinadas clases sociales. No eran iguales los derechos del clero y los de la nobleza, así como los derechos de la nobleza no eran iguales a los de la naciente burguesía. De la misma forma, permanecen las diferencias en razón del sexo, la raza y la posición socio-económica como criterios para el ejercicio de potestades y garantías ciudadanas. La burguesía, que ostentaba un gran poder económico, necesitaba reivindicar la igualdad jurídica para satisfacer sus intereses particulares, removiendo el obstáculo que le imponía la desigualdad de derechos.

En tal virtud, la burguesía reacciona contra este régimen de privilegios hereditarios, sobreviniendo la Revolución francesa de 1789, en donde se abolieron los gremios, la heredabilidad y las órdenes, para dar paso a la instauración del **Estado de Derecho**, en donde la Ley, como depositaria de la voluntad general, sustituye la voluntad arbitraria del monarca. Con el Estado de Derecho nace la **igualdad formal**, que se encuentra incluida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en los siguientes términos: "los hombres nacen y

permanecen libres e iguales en derechos". La igualdad formal es interpretada como un ideal abstracto e igualitario, en virtud del cual todos los seres humanos, sin distinción alguna, son considerados como iguales en derechos y deberes, sin distinción por razones de pertenencia a una clase social o por su posición económica, contribuyendo a la realización del primer principio de la justicia, aunque de forma parcial, ya que las mujeres y los no propietarios aún eran relevados de sus derechos políticos. Pero frente al derecho se impone siempre la realidad, en la cual los hombres son profundamente desiguales en cuanto a la posesión de riqueza, estatus social, poder y a las capacidades otorgadas por la naturaleza; factores que impiden hacer realidad los derechos dentro del marco de la justa igualdad de oportunidades. El propósito de la burguesía es hacer frente a las prerrogativas del nacimiento, abrir camino a las cualidades del individuo como factor determinante para acceder a los privilegios de la vida social. Se reivindica entonces la llamada **igualdad proporcional o meritocrática**, según la cual los méritos del ciudadano son los medios necesarios para hacer realidad sus derechos, quien preste mayores servicios al Estado tendrá un mejor estatus y una mayor retribución en la vida social y económica.

Sin embargo, como la desigualdad en los hechos es una realidad, tal

concepción genera una mayor desigualdad, ya que los más aventajados en cuanto a cualidades físicas y posiciones socioeconómicas tienen más oportunidades de procurar la satisfacción de sus derechos, sin que exista una regulación de las desigualdades, de tal manera que constituyan ventajas para todos, conforme al segundo principio de la justicia. Al franquearse la puerta hacia los cargos y las ventajas sociales, solo los más poderosos pudieron acceder a ellos, los menos aventajados quedaron impotentes, a pesar de haberse instaurado la igualdad formal.

Así lo denunciaban los intelectuales de la época, como Clermont Tonerre, quien definió la igualdad formal de la siguiente manera: "es poseer con derecho igual, la muy desigual parte de libertad y propiedad" (Araujo, 2004: 33). Por su parte, Tallien afirmaba: "sobrecargar la opulencia, aliviar la miseria, aniquilar la una con lo superfluo de la otra, he aquí todo el secreto de la Revolución francesa" (Araujo: 35). Se revela así el engaño de la revolución de la naciente burguesía, que reivindicó la igualdad formal para disimular las desigualdades reales de los individuos.

En pleno desarrollo del Estado liberal irrumpe la Revolución industrial, que hace surgir como clases sociales a la burguesía y al proletariado. Ante la explotación de la clase proletaria por los capitalistas,

reaccionan los teóricos socialistas, proclamando que la igualdad ante el derecho es insuficiente, si no se alcanza la igualdad social y económica por medio de un acceso igualitario a los medios de producción. Surge la necesidad de que los límites a la autoridad que impone el Estado de Derecho, a través de la sujeción a las leyes y no a los hombres, por parte de los gobernantes y gobernados, sean complementados con una exigencia social.

La Constitución política de Colombia, en su artículo primero, indica que el nuestro es un *Estado Social de Derecho*, que contempla la igualdad como uno de sus principios constitucionales, junto con la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad y la paz. Igualmente, contempla el fin supremo del Estado Social de Derecho, cual es el de garantizar un orden político, económico y social justo, que depende de una efectiva realización del derecho a la igualdad. Igualmente, uno de sus fines esenciales consiste en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

El artículo 13 de la Constitución contempla el derecho fundamental a la igualdad. En primer lugar hace alusión a la igualdad formal

alcanzada por la Revolución francesa, en virtud de la cual se realiza el primer principio de la justicia, cuando indica que todas las personas "nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades". Igualmente, formula el derecho a la igualdad, imponiendo al Estado una **tutela negativa**, entendida como la prohibición de discriminar por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, y dirigida tanto a los órganos del Estado como a los particulares.

La Corte Constitucional ha formulado la igualdad formal en los siguientes términos:

La igualdad formal es aquella que no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, en la medida en que **está fundada en la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual**. Se supera así el concepto de igualdad ante la ley a partir de la igualdad abstracta, por el **concepto de la generalidad concreta, según el cual no se permite regulación diferente para supuestos iguales y se permite diferente normatividad para supuestos distintos**» [negrillas mías] (Sentencia T-432 de 1992)¹.

En los argumentos anteriores se vislumbra un cambio en la

¹ M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón.

interpretación de la igualdad formal, complementada con el denominado **principio de diferencia**, expuesto por Rawls, según el cual: "las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo"². Este principio exige una mayor atención de la sociedad, en aras de compensar las desventajas contingentes en dirección a la igualdad, ello quiere decir que los rasgos que fueron medios de discriminación en el pasado, tales como el sexo, la raza, la posición socio-económica, solo pueden ser utilizados ahora con sentido compensador.

Solo aplicando el principio de diferencia a la Igualdad formal se puede garantizar la igualdad real o sustancial, que es definida así por la Corte Constitucional:

La igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas, con respecto a personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades

públicas [cursivas mías] (Sentencia C 410 de 1994)³.

El Estado entra a cumplir un papel esencial en el cumplimiento de este objetivo, y así lo señala el inciso segundo del artículo 13 de la Carta al prescribir la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y de adoptar medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, lo que configura la denominada por la jurisprudencia colombiana: **discriminación inversa**, que pretende dar un tratamiento jurídico distinto a las desigualdades fácticas, para hacer efectiva la igualdad real o sustancial.

En ese orden de ideas, la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho es consciente de que la igualdad formal predicada por la Revolución francesa no es suficiente, teniendo en cuenta que a pesar de ella siguen presentes las diferencias fácticas entre los hombres. De tal manera, predica que la igualdad formal admite diferencias en el trato, fundadas en rasgos relevantes de las personas, en eventos en los que un trato igual produciría una desventaja. Ejemplos de ello son la diferencia de trato a favor de los ancianos, los niños, los inválidos, el apoyo a la mujer cabeza de familia, los impuestos progresivos y la protección a los trabajadores,

³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

haciendo justicia a la norma constitucional al indicar que: "el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta..." (Constitución Política. Art. 13). Igualmente se debe otorgar un trato diferente por parte de la ley, fundado en rasgos que históricamente fueron utilizados como criterios de discriminación en contra de personas que merecen ser compensadas por la sociedad en el presente, como los grupos indígenas, la población de raza negra o la mujer. Ello lo evidencia, por ejemplo, la Ley 649 de 2001 sobre participación política de las minorías étnicas, la Ley 70 de 1993 en favor de las comunidades negras colombianas, la Ley 100/93, que prescribe una menor edad para el disfrute de la pensión por parte de la mujer. Las diferencias en el trato se concretan en la creación de verdaderos privilegios (discriminación inversa) en favor de los grupos discriminados o de las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, que no contradicen el principio de igualdad formal, porque, tal como lo afirma la Corte, la igualdad formal ahora es interpretada como generalidad concreta, es decir, se deben tener en

cuenta los casos concretos y determinar si son iguales o desiguales, para otorgarles por el legislador un trato jurídico igual o diferente respectivamente.

Sin embargo, de nuevo los hechos se oponen a los valores. Un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas para los ciudadanos solo es una realidad si se cumplen los postulados del Estado Social de Derecho, que imponen una intervención del Estado en los aspectos social y económico; acciones que han sido insuficientes, como lo revelan el desempleo, los elevados índices de pobreza, la privatización de la educación, de la salud, el nivel de desplazados por la violencia, entre otros hechos que destacan la falta de la igualdad real o sustancial.

Finalmente, es indispensable pensar en el segundo principio de la justicia. Las desigualdades de riqueza y poder no han sido dispuestas de manera que constituyan ventajas para todos. Parece una utopía en el sistema capitalista, cuya naturaleza genera y reproduce las desigualdades, que la riqueza de las clases altas contribuya a mejorar el nivel de vida de las clases menos favorecidas; pero es una finalidad del Estado Social de Derecho, como garante de un orden político, económico y social justo.

Bibliografía

ARAÚJO RENTERÍA, Jaime (2004): *El Derecho Fundamental a la Igualdad: precisiones*. Bogotá: Derecho Colombiano Ltda.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo (2001): *El Derecho a la Igualdad. Red de Promotores de Derechos Humanos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C410/15 de septiembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia T432/25 de junio de 92, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón. Sentencia T 406/junio 5 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Sentencia C481/9 de septiembre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

RAWLS, John (1995): *Teoría de la Justicia*, 2.ª edición. México: Fondo de Cultura Económica.

**Antijuridicidad, derecho natural
y libertad de conciencia
en Antígona, de Sófocles***
*Anti Juridical Cases, Natural Law and
Freedom of Conscience in the Sophocles'
Antigone*

*Jorge Darío Vargas Díaz***

Resumen

Antígona, de Sófocles, es una pieza trágica de la antigüedad que desarrolla temáticas importantes para la comprensión de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica. En ella se tratan, de manera implícita, asuntos como el falso enfrentamiento entre el derecho natural y el derecho positivo, la antijuridicidad y la libertad de conciencia. Este artículo pretende desarrollar estos parámetros, recurriendo al análisis del texto y a estudios que se han realizado y se realizan, y que hoy por hoy tienen validez para la comprensión del concepto de derecho en contextos más universales e interdisciplinarios.

* El presente artículo corresponde a una síntesis de un trabajo más extenso sobre el tema de *Antígona* y, en general, sobre *Las mujeres en la tragedia griega*, aún no publicado.

** Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

Abstract

Sophocles's Antigone is a tragic piece of antiquity that develops subjects which are important to understand the law and the juridical science's philosophy. Here are dealt implicitly subjects such as the false confrontation between natural law and positive law, the antijudicial cases and freedom of conscience. The intention is to develop these parameters, using the text analysis and other studies that have been made and are made, which now days have validity in order to comprehend the law concept in a more universal and interdisciplinary contexts.

Introducción

Desaparecidas todas las bases históricas y documentales de la tragedia griega, en la actualidad ha quedado mucho más de lo que aparentemente parece. Ha sobrevivido el ritual, los gestos en los rostros y en la máscara, los gritos de advertencia del coro —como conciencia histórica—, el liderazgo religioso del corifeo; estos y otros muchos aspectos permanecen, a pesar del curso de los siglos. El sentido de su perdurabilidad toca aún fibras y sentimientos, capaces de conmover hasta una conciencia posmoderna.

Existe un reconocimiento tácito del hombre posmoderno o moderno, de los grandes castigos de la antigüedad. Sea por culpabilidad, sea porque la humanidad lo único que ha hecho es renovar mecanismos tendientes a afrontar los mismos problemas que la humanidad ha tenido por siempre.

Así, Antígona, Edipo, Orestes, no le son extraños al mundo de hoy, siguen encontrando eco en nuestros corazones. Aunque es un fenómeno inherente a la perdurabilidad del arte en general, en lo que respecta a la tragedia hay que admitir la existencia de una sustancia incorruptible en el tiempo, desde donde poder explicar

la supervivencia moral, jurídico-política y trágica de Antígona o el símbolo de autocastración de Edipo en escena —ante el cumplimiento irreversible del oráculo, cuando se saca los ojos— o la ambigüedad espiritual de un Hamlet, que sucumbe ante su indecisión y su duda. Es el sentido profundo de la tragedia, entendida como la incapacidad de decidir entre dos alternativas irremediables, igualmente dolorosas para el ser.

El hecho es que llámense "*espíritu puro*", "*infinito metafísico*" o "*belleza intemporal*", dichas tragedias tocan cuerdas sensibles independientemente de su condición histórica, sobreviviendo al tiempo. ¿Se trata de la misma búsqueda de una presencia, de una reiteración histórica, de una permanencia cultural, de una esencialidad sobreviviente en la definición de la naturaleza humana, de un fenómeno existencial? La búsqueda de razones de esta perdurabilidad no está en el terreno de la metafísica, sino en la naturaleza misma de la condición humana, de su situación en el universo como ser real. De su condición "*de estar en el mundo, de estar allí en medio de los otros y de ser allí mortal*"¹.

Por lo anterior, la gran diferencia entre el hombre y el animal es que el hombre es el único ser vivo del universo que tiene conciencia de su

¹ José María Quinto: "La perdurabilidad de la tragedia griega". En: Adolfo Sánchez Vásquez: *Estética y marxismo*. México D.F.: Ediciones ERA, 1970; p. 332.

muerte. Esta irrevocable realidad le hace vulnerable, pero al mimo tiempo justifica su existencia. La vida solo adquiere sentido ante la proximidad de la muerte, de tal manera que nacer es solo empezar a morir. La necesidad de existir históricamente en sociedad, apropiándose del mundo, trascendiendo, desarrollando a plenitud sus potencialidades, se convierte en indiscutible propósito. Esta necesidad se transforma en un acto desgarrador, de contradicciones y conflictos que templan el espíritu del héroe como paradigma. La tragedia pasa por la consecución de tal propósito, como una vivencia necesaria, aunque solo en los sujetos abstracto-cognoscentes, ya que en los sujetos práctico-utilitarios basta con su condición zoológica. Es el arte, entonces, la literatura, la poesía, la que puede dar cuenta de tal condición contradicha, y pululan los estudios en tal sentido, desde el psicoanálisis, la lingüística, la semiótica, la sociología y la estética y, por qué no decirlo, desde el derecho bien entendido. De ahí que el análisis de la obra de arte sea un paradigma para el análisis de cualquier realidad, incluyendo la facticidad del derecho positivo.

Antígona se debe entonces valorar como se valora cualquier obra de arte, no solo por su contenido y su

significado ideológico, sino también por otros valores que participan en ella y pertenecen a la estética, como filosofía del arte. Es necesario tener en cuenta, entonces, que en estas obras maestras de la tragedia perviven condiciones de tipo social, político y religioso, que no difieren en esencia de las que rigen la sociedad actual.

"Las condiciones históricas del mundo antiguo, no en apariencia, sino profundamente consideradas, guardan muchos puntos de semejanza con las nuestras. Las diferencias son más aparentes que reales, tras de máscaras paternalistas y humanitarias la sociedad actual continúa entregándose a prácticas ancestralmente sanguinarias"². La vigencia de Auschwitz, el mejor ejemplo. La perdurabilidad está dada por una profundización en los más recónditos y auténticos movimientos del hombre, en el sustento metafísico de la existencia humana en su modalidad auténtica. Lo que ha quedado perenne en la tragedia es el hombre concreto, la naturaleza humana, el sentimiento, la angustia, los celos, el poder, el destino, el estado de naturaleza vs. el estado de sociedad, el principio de placer vs. el principio de realidad.

La Antígona que se nos presenta hoy en el escenario y nos conmueve es una

² George Luckacs, "Perduración y caducidad de las obras de arte". En: Adolfo Sánchez Vásquez: *Estética y marxismo*. Ediciones ERA, México, 1970; p. 334.

Antígona transfigurada, trasplantada, reencarnada en los más reales, oscuros y valorables sentimientos de piedad, amor, conciencia religiosa y política, desgarramiento ciudadano, democracia —entendida como un producto de convicciones del yo—, subversión y rebelión, catarsis del espectador que hace eco unísono ante su impotencia de minoría de edad, de ejercicio público de su razón.

Entre otros muchos elementos de sobrevivencia de Antígona, de Sófocles, quiero referirme expresamente a tres que competen al derecho, y no expresamente como ciencia jurídica, sino como filosofía del derecho, y que son a mi modo de ver su relación con la modernidad y al mismo tiempo su propia crítica:

1. Antígona: el derecho, la justicia y el ideal humano

Es posible que una lectura superficial del texto de Sófocles nos encamine de entrada a una observación obvia: la violencia inscrita en el desarrollo de la tragedia, el abuso de poder, la carga de sufrimiento generado sobre la heroína y la implacable fuerza del destino pesan sobre el ideal democrático de la modernidad como un acto de barbarie. Sin embargo, estos males y otros aún sobreviven en nuestro tiempo maquillados de un ámbito de "libertades" y fundamentos constitucionales.

Habría que empezar por decir que la violencia en Sófocles pertenece a un contexto en el que se encuentra en juego la estructura ética y moral de la época, y en especial de la sofística, como la búsqueda de un deber ser. La violencia se expresa allí en sus proporciones naturales, de acuerdo con las leyes de la naturaleza que la lleva al corazón de los hombres y que es la misma que las divinidades han deparado para el género humano. La violencia no es extraña, por tanto, y es un ingrediente que ha de construir el paradigma del héroe vulnerable al dolor, como tragedia irremediable. La heroína es siempre simple y natural y depositaria de una subjetividad en la cual nace el derecho como facultad. Antígona actúa con la conciencia de defender el derecho, como es todo derecho en principio, de acuerdo con su naturaleza, que es la misma naturaleza humana, es decir, el derecho natural. Como lo expresa Hegel, en principio todo derecho es subjetivo, ya que reivindica lo que a mí pertenece como naturaleza, como inherente a la "dignidad humana"; hablando en términos de los derechos humanos, es el derecho natural contra el derecho objetivo que aparece con el "deber": la ley de la conciencia, de la religión, de los dioses, contra la ley del Estado, de la Ciudad Estado, de Creonte, de ahí la posibilidad de su antijuridicidad. Conclusivamente, la violencia forma parte del carácter del personaje que ha de soportarla. Sófocles es así un

creador de caracteres. Sófocles no pretende construir una concepción de mundo, una teodicea, sino la creación de caracteres paradigmáticos humanos.

De manera distinta podría estar justificada en el Estado moderno, a lo Weber, el uso de la violencia legal y legítima o más aún la reserva para sí de su uso como legalidad o legitimidad en donde la norma de carácter heterónomo se presenta como el ordenador obligante que regla los conflictos entre los hombres en sociedad.

Desde el punto de vista normativo, la tragedia de Antígona, por su parte, alcanza una fuerza especial para el alcance de sus contemporáneos y aún para la posteridad. El arte que está en el centro de la vida pública se hará expresión del orden espiritual y estatal. La tragedia de Sófocles no tiene preeminencia solo en lo formal, sino en una dimensión de lo humano en la cual lo estético, lo ético y lo moral o religioso se compenetran y se condicionan recíprocamente, como debiera ser también en el derecho moderno hoy agobiado por la exégesis y el positivismo ramplón. La imagen o referencia humana buscada por Sófocles es la del hombre eterno, valiente y sereno ante la muerte y el dolor, revelando así su verdadera y auténtica conciencia ética o moral.

Las normas tienen que ver allí con todo lo que debe sujetarse al poeta y que presenta a los hombres como deber ser. Esta conciencia de las normas ideales es peculiar de la época en que comienza la sofística. El *areté*, o búsqueda de la excelencia, compete a la educación; la búsqueda del deber ser es de origen sofístico, en donde no hay verdades absolutas, sino solo verosimilitudes, no hay normas irrenunciables, sino constructos éticos relativos que el sujeto puede elegir y adoptar como proyecto de vida. Sófocles, siguiendo la tendencia formadora de su época, se dirige al hombre mismo a través de sus personajes y proclama sus normas en la representación de los caracteres humanos. De ahí que sus personajes sean símbolos ideales.

Hecho semejante ocurre con la concepción de la justicia. El reconocimiento de una justicia piadosa que reside en las cosas mismas y cuya concepción es el signo de la madurez permanente del proyecto de la polis. La falta de medida es la raíz de todo mal. Algo así como la búsqueda del equilibrio de la naturaleza inmerso e inseparable de la ley escrita, que rechaza el exceso desmedido y la desproporción. No el justo medio aristotélico posterior, ligado a la aritmética en su justicia distributiva, sino las cosas tal cual están dadas por los ideales religiosos en la naturaleza. La justicia es esencial para sí mismo como ser y no es un hallazgo de la conciencia o ideal moral positivo.

Así, las leyes de la *diké* (justicia) se refieren a principios generales bien conocidos: respetar los miembros de la familia, los extranjeros y huéspedes, enterrar a los muertos de la familia, no incurrir en *hybris* (abuso de poder) abrumando al débil, y tener respeto y veneración ante las cosas sagradas. El hombre de Sófocles se ajusta a un nuevo ideal de la *areté*: (Sinonedis) "estructurados rectamente y sin falta las manos, los pies y el espíritu"³. La justa armonía y el justo ritmo. Es una inclinación antropocéntrica que también determina lo humano del hombre.

La mujer aparece dentro de este contexto como lo representante de lo humano, con idéntica dignidad al lado del hombre. El listado de todas las heroínas que ocupan la tragedia como idea central humano lo expresa Antígona, Electra, Deyanira, Tecmessa, Yocasta, Clitemenstra, Ismene y Crisotemis, se yerguen como paradigma del mundo humano totalizador no solo de lo femenino, sino de lo masculino, como paradigma del mundo diseccionado de hoy. El descubrimiento de la mujer es la consecuencia necesaria del descubrimiento del universal hombre-mujer-hombre como objeto propio de tragedia.

El punto singular en Sófocles no es, por tanto, el género, sino la acción

humana, es una unidad de diálogo que se expresa en la síntesis de lo trágico, lo femenino capaz de desarrollar hasta la abyección la perversión como paradigma de la especie (Medea) y el hombre que la procura en la síntesis de la catarsis del destino (Edipo). Es la acción la que se juzga, el hecho con mutua responsabilidad histórica desde lo humano. El derecho y la norma jurídica solo son herramientas que procuran el deber ser. Entre otras cosas, el formalismo jurídico, Kelsen, principalmente, y la exégesis anterior han coadyuvado a consolidar esta separación, este abismo, positivizando de tal manera el derecho, exprimiéndolo hasta convertirlo en la cruda norma positiva, escrita, codificada, llevada al extremo funcional, si no a su significado gramatical, carente de interpretación, es decir, de fundamentos y de conceptos, de contexto y de sentido.

Desde el punto de vista político, que toca también en alguna medida con el derecho, es bueno decir que las ideas políticas de Sófocles quedarían poco consideradas, debido a que su interés primordial no está en la política misma, sino en el hombre, pura y simplemente, aunque una filosofía del hombre tiene necesariamente una repercusión política.

³ Platón: Diálogo "Teetetes o de la Ciencia", editorial Orbis, 1970.

Queda dicho hasta aquí algunos elementos generales que tocan con el derecho como filosofía, no tanto como ciencia jurídica, ya que un estudio dogmático de la tragedia resultaría casi imposible debido a la unidad indestructible de los distintos niveles de realidad de la época, como se decía con anterioridad, lo ético, lo político, lo religioso y lo filosófico, el mundo de la polis, de la ciudadanía.

2. La antijuricidad y el problema de la libertad

La figura jurídica de la antijuricidad tiene que ver con el rechazo a la autoridad establecida en un determinado ordenamiento jurídico. Como es también correctamente entendido, todo ordenamiento jurídico tiene que garantizar las condiciones de existencia externas e internas de una comunidad. Por tanto, la antijuricidad conlleva necesariamente una naturaleza fáctica. Es de hecho que se rechaza la autoridad o se omite cumplir un mandato normativo previamente constituido sin considerar sea de origen religioso, moral o positivo. Toda norma tiene un origen y al mismo tiempo un fin social, está pensada o, si no, de manera consuetudinaria establecida para regular el comportamiento del individuo. La norma aparece ante la amenaza natural y fundamentada en la pulsión humana por satisfacer el deseo, pero no solo el deseo sexual, también el deseo de poder, de acumulación de riqueza, de dominio.

La forma que adopta esta compulsión está diseccionada en el *EROS* y en el *THANATOS*. La convivencia solo puede darse en la regulación de esta compulsividad, que es lo que genera cultura y nos separa de nuestra condición zoológica. La norma así se torna necesaria, pero es susceptible de convertirse en opresión o dominación como figura del ejercicio desmedido del poder, como norma jurídica.

De otro lado, la figura de antijuricidad tiene que ver específicamente con el derecho penal y el concepto de delito a él ligado. La violación y rechazo a la autoridad o la ley implica delito y, por tanto, tiene una respuesta punitiva. Pero comienza a presentar problemas cuando se trata de establecer sobre quien recae la decisión de las limitaciones valorativas o teleológicas. ¿Acaso en manos del tirano, aun sea entendido al estilo de la antigua Atenas, cuando se tiene que decidir sobre qué elementos de autoridad son lícitos o ilícitos? Si la fuerza de la prohibición no choca en la tiranía con la desaprobación del ejercicio de las libertades individuales, con la vulneración de derechos naturales o simplemente derechos de libertad, garantistas del derecho positivo, no existiría el hecho antijurídico y mucho menos el derecho de rebelión, incluido hoy en día en muchas Constituciones.

La libertad era concebida en Grecia como la mayor o menor participación en la decisión, de tal manera que

había mayor libertad para un ateniense cuando podía tener mayor participación en la decisión pública, asunto que estaba profundamente ligado a la justicia y a la virtud ciudadanas. ¿Quién habría de decidir, en el caso de Antígona, qué era lo justo o lo injusto, a sabiendas de la condena colectiva a la decisión del tirano Creonte de inmolar a la heroína por desobediencia a las leyes de la ciudad?

Está claro que el acto de desobediencia de Antígona ante la ley de Creonte configura un hecho antijurídico, lo que "justifica" la pena de muerte, hecho reconocido públicamente por ella, pero por tal razón, argumentando a favor de su libertad de conciencia, lo que la convierte a los ojos de la ciudad en heroína. Oigamos de boca del mismo Sófocles cómo se desarrolla el diálogo cuando Antígona e Ismene son llevadas detenidas ante la presencia de Creonte:

CREONTE:

*Tú que bajas la mirada al suelo
Negarás la evidencia o aceptas tu delito*

ANTÍGONA:

Confirmo que lo he hecho y niego que sea un delito

En esta primera respuesta de Antígona, que consolida una confesión pública, queda aceptada la conducta antijurídica, pero así mismo deja sentada la premisa para poner en duda el contenido justo del mandato de Creonte, relativizando la

ley de la ciudad y poniendo en duda la tipificación como delito de lo que ha sido para Antígona una respuesta obligada de su conciencia. La contradicción central entre obedecer la ley de la ciudad o las leyes de los dioses, o el derecho natural contra el derecho positivo, queda abierta desde este momento.

CREONTE:

*Contéstame muy breve
¿Sabías que era prohibido hacerlo?*

ANTÍGONA:

*Lo sabía la ciudad entera de Tebas,
lo sabía*

Antígona se refugia de inmediato en el conocimiento que no ella, sino toda la ciudad padece de los abusos de Creonte, como réplica de derecho al ejercicio de la libertad.

CREONTE:

¿Y sabiéndolo, cómo te atreviste?

ANTÍGONA:

*Porque no fueron Zeus ni Minerva la justicia
Que acompaña a los dioses de la muerte
Quienes han promulgado ese mandato
Tampoco acepto yo que tus poderes
Puedan invalidar las leyes de los dioses
Acatadas no desde ayer sino del tiempo
Que ninguna memoria lo recuerda
Y si debo morir por mi acto justo
Salgo ganando yo porque renuncié
A soportar la conciencia enferma y remordida
No es afrenta la muerte que me espera
Como fuera afrentosa la vida si aceptara
La ofensa a lo que resta de mi hermano
Tú y yo ahora estamos mano a mano
Pues si crees que mi acción fue criminosa
La prohibición ha sido un atropello*

La impugnación al mandato prosigue sustentado cada vez más en el deber de respetar la ley divina antes que la ley de los hombres. Es necesario puntualizar la cercanía existente entre las leyes de la naturaleza y la ley divina en el contexto del periodo mítico de la Grecia clásica. De otro lado, el sentido que adquiere la muerte cuando se trata de morir acorde con la divinidad.

CORIFEEO:

*Terca obstinada Antígona eres el eco
De la obstinada terquedad de Edipo
No se resignan a la adversidad*

CREONTE:

*No es cierto los más pertinaces se doblegan
Como el durísimo hierro que forjamos
Que una vez frío se quiebra fácilmente
Con un pequeño freno yo contengo
Al más bravo corcel desenfrenado
No puede ser soberbio el que es esclavo
Eres dos veces insolente Antígona
Una cuando burlaste nuestro edicto
Y ahora cuando te ufanas de haberlo cometido
Dejaría yo de ser hombre para que tú lo fueras
Si esto pudiera pasar impunemente
Y aunque seas mi sobrina muy amada
Y la parienta más próxima en mi casa
No escaparás ni tampoco tu pequeña hermana
Al cruel encuentro de la muerte indigna
Porque también a Ismene yo la acuso
De haber sido su cómplice en el crimen
Tráiganla que adentro la he visto
Llorar fuera de sí desesperada
Como quien no puede estar en paz con su
Conciencia
Porque el culpable siempre se delata
Tú no hables más no más que es detestable
Querer mostrar la perversión como justicia*

ANTÍGONA:

*Después de tenerme prisionera
Tramas algo más grave que mi muerte*

CREONTE:

Nada más con eso tengo todo

ANTÍGONA:

*Entonces qué esperamos más palabras
No acepto como piensas me repugna
Ni como pienso yo te es aceptable
Jamás entenderás la gloria
Que significa defender lo que creemos
Y estos deberían manifestar que están conmigo
En el respeto a las leyes no escritas del pasado
Si la cobardía no gobernara su lengua
pusilánime
En contraste quien manda
Puede decir y hacer lo que le plazca.*

Además de plantear el texto una importante discusión sobre los límites del poder que solo en términos de los desarrollos de las democracias occidentales se han dado en perfeccionar, el pasaje es muy clarificador en cuanto a nuestra relación entre la antijuridicidad y la práctica de la libertad.

Intentando ya redondear alguna idea general, el fenómeno de la antijuridicidad como algo fáctico propio de determinadas condiciones, pone al derecho positivo en la picota pública como verificación de la justicia de la norma positiva en el mundo de hoy. El hecho antijurídico difundido como ejercicio de resistencia contra los abusos del poder, o como ejercicio de conciencia, como veremos más adelante, o como rechazo al autoritarismo o a la dictadura, está diciendo una importante verdad: que

no necesariamente toda norma, por el hecho de conformar una estructura normativa particular, es siempre justa. La moderna alternativa de desobediencia civil, tan difundida hoy por Thoreau, forma parte de esta fáctica antijurídica como resistencia al control social ejercido por el Estado como poder.

No en vano Antígona logra aglutinar a su favor el consenso de la ciudad, pero dicha situación reafirma la necesidad del cumplimiento de la pena con su muerte, porque solo de tal manera deja a la ciudad su presencia de sujeto moral capaz de inmolarse por un ideal que, siendo de origen colectivo, se expresa en su sacrificio personal.

En cierta medida, Antígona es precursora del ideal rousseauiano de la libertad, como la aceptación de las normas que yo mismo me he impuesto y que en este caso no riñen con la búsqueda del *Areté* (excelencia) unido a la virtud y la justicia, diferente del ideal de libertad como facultad de Montesquieu, que en últimas es la libertad limitada hasta donde el Estado o el otro me lo permitan. Un ideal, el de Rousseau, que alimenta la democracia, y el de Montesquieu, que alimenta el liberalismo económico.

Sófocles hace participar a Antígona y a su contrario, Creonte, en la realización de un destino; por eso el coro hace hincapié con permanencia en la trasgresión de la medida y la

participación de ambos en la desdicha, aunque esté latente el destino, la tragedia se centra en la figura del hombre trágico:

CORO:

*Dichoso aquel que transcurre feliz por esta vida
Sin conocer dolor ni desventuras
En cambio aquel cuya casa poderosa
Es sacudida por la furia de los dioses
Acumulará solo desdichas
Que legará como heredad a sus descendientes
Así sucede a la familia de los Lábdacos
Sobre la que sin cesar cae la desgracia
Sangre y sangre sobre las generaciones
sucesivas
Poderosa venganza de algún dios
Para la que no se conoce contra alguna
Así ocurre con este postrer vástago de la dinastía
El último destello del infeliz Edipo
Que va a ser segado por la feroz guadaña
De los implacables dioses infernales
Apoyados en las cólera justa de Creonte
Y la terquedad sin fondo de esta muchacha arisca
Parece que la ley que rige al ser humano
Tanto en el pasado como en el porvenir es esta:
La vida está impregnada de dolor
Y nadie escapa a tal destino
Algunos cultivan la esperanza
Arida ilusión llena de fútiles engaños
Como un placebo para su negra angustia
Y esperan algún futuro beneficio
Hasta que advierten que ya es tarde
Y que están hundidos en el ardiente fuego de la
Ruina*

Lo trágico en Sófocles es la imposibilidad de evitar el dolor. La debilidad de Antígona está determinada por su vulnerabilidad al dolor, en la que de forma racional construye su honor y su valor. En el anterior y en el diálogo transcrito ante Creonte, este dolor se destaca notablemente, la fuerza del derecho

positivo, la estructura del Estado se impone como una fuerza irremediable e ineludible. Hegel ve en Antígona el trágico conflicto entre dos principios morales, la ley del Estado y el derecho de familia.

Valdría la pena examinar aquí la relación entre lo público y lo privado, entre el Estado, como poder limitado, y el derecho de familia; es decir, la cruda injerencia que en el derecho de familia —esfera de lo privado en la estructura de libertades—, hace el Estado, en una actitud violatoria de la intimidad. Una cosa es la protección de la familia, como unidad básica de la sociedad, y otra la injerencia del Estado sobre un bien protegido jurídicamente, la intimidad familiar, la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la intimidad sexual o la igualdad de la pareja. Aunque el filósofo (Hegel), al concebir todo derecho en principio como derecho subjetivo y natural, como el acto egoísta de reclamar lo que pertenece al sujeto como tal, que entra en contradicción con su antítesis, el deber, donde aparece la norma positiva, llevaría a interpretarse a Antígona más bien como esta contradicción o este desgarramiento entre lo egoísta y lo colectivo de la sociedad, entre lo público y lo privado, de lo cual hará síntesis el espíritu absoluto: las instituciones del Estado y la sociedad civil.

Las raíces de la antijuridicidad podrían leerse en Antígona, a partir

de la caída de la heroína en el dolor trágico, que se comprende enseguida y en lugar de colocarlo de inmediato judicialmente en la injusticia, lo que hace es revelar el mundo patente, en naturalezas nobles, el carácter ineludible del destino que los dioses asignan a los hombres como latencia de su naturaleza humana. Por primera vez el hombre trágico de Sófocles se eleva a una verdadera naturaleza humana con toda su grandeza, mediante la plena destrucción de su felicidad terrestre o de su existencia física o social. Autoconocimiento trágico del hombre que profundiza el delito hasta la intelección del vacío humano y la felicidad terrena. Queda la pregunta de si lo que tipifica el derecho como delito, cuando se carece de legitimidad, no es justamente el derecho subjetivo, el derecho como facultad o el derecho colectivo contra el apetito individualista.

3. La libertad de conciencia

El concepto de conciencia, íntimamente ligado al de pensamiento, corresponde a la realización y materialización de valores individuales, de tal manera que tiene una doble acepción: la de valor y la de derecho, incluida en el sistema constitucional de la contemporaneidad. Son valores individuales derivados de los procesos de observación, aprendizaje, experiencia y razonamiento. Estos valores no son de ninguna manera estáticos, ni eternos, pero

tienden a edificar cierta identidad social alrededor suyo, de tal manera que todo hombre como receptor y agente cultural es sujeto y objeto de permanente comunicación valorativa.

La cultura o conciencia colectiva que nace y se hace fecunda con la memoria histórica de cada pueblo es la génesis de cualquier conciencia individual. Mediante esta se adoptan valores socialmente reconocidos. Así, toda conciencia tiende por tanto a incidir en el todo social, en lo societal.

Para comprender mejor el problema en Antígona es necesario aclarar que la libertad de conciencia entraña una lucha por desenmarañar mensajes que tienden a falsear la realidad y las necesidades más evidentes y reaccionar efectivamente contra ellos. La conciencia es crítica frente a las escalas de valores existentes y trasciende lo estrictamente individual hacia lo colectivo.

¿No es esta acaso la tragedia de Antígona? Se ha aceptado del tirano Creonte una realidad que Antígona decide de manera heroica no compartir para hacer una trasgresión hacia lo colectivo, que conmueve las estructuras propias de valores profundamente religiosos arraigados en su sociedad. Pero puede más su estructura de convicciones impedidas por la ley natural que la aceptación de la ley de la ciudad. Otros leerían aquí el enfrentamiento

entre el principio de placer y el principio de realidad, entre la cultura normativizada y el amor filial egoísta, el sacrificio del apetito individual ante el bienestar colectivo, entre la ley de la ciudad y la ley de la naturaleza.

Pero también hay algo que se llama conciencia política, que son todos los valores políticos que generalmente tienden a caracterizar un conjunto de ideas y aspiraciones en torno a la organización del poder y son la síntesis de la naturaleza social del hombre. La negación a mantener las estructuras políticas existentes generadas en el ejercicio de la libertad de conciencia y expresadas en el acto antijurídico es el hilo conductor de esta tragedia de Sófocles.

Esto es en razón, además, a que el derecho a la participación política en las decisiones de la democracia griega supera los marcos estrictamente establecidos por la tiranía, puesto que el ejercicio de la libertad de conciencia permite la crítica al ejercicio del poder, figura asimilada en la modernidad mediante el ejercicio público de la razón.

La conciencia de Antígona está, entonces, determinada por los sistemas de valores ya descritos en el presente ensayo, pero en términos generales se podría agregar que este autoconocimiento trágico del hombre capaz de comprender el vacío humano y la felicidad terrena es parte de la construcción del héroe

ideal, imitable o paradigmático, sometido por fuerza del destino y de la naturaleza al dolor del cual es imposible escapar.

Se parte siempre de un orden roto por circunstancias particulares, un hombre que no cede ante un dios, ante una muerte sin vengar, ante la culpabilidad o no culpabilidad humanas. Como para Sófocles solo existe un orden, que es el religioso, pero que así mismo es un orden susceptible de ruptura y de desobediencia humanas, que toca con el imprescindible orden material, la conciencia como valor adquiere en él el carácter de motor intrínseco de las pasiones humanas.

Así la víctima se convierte en el héroe, en el más alto eslabón del ideal humano, contrario a las leyes no escritas, que producen sufrimiento y a veces la muerte; el sufrimiento consustancial con el hombre y el proyecto de la vida no pueden ser tergiversados mediante una moralización banal. El dolor humano está dentro del orden del mundo. La vida es compleja, pero no caótica, y para comprenderla no basta suponer una moralización del acontecer. Pensamiento que visto a la luz de hoy cumple un papel fundamental en la reconstrucción del hombre banal del

consumo, de la eficiencia y de la funcionalidad. Aun a pesar del límite religioso, el hombre de Sófocles posee libertad, y una libertad capaz de enfrentarlo con la voluntad divina. La antijuricidad es también contra los establecimientos divinos en la búsqueda de las armonías de justicia terrenal, y cuando obra de acuerdo con la voluntad divina no se trata de una inconsciente sujeción o una compulsividad obediente.

Para concluir podríamos resumir que el ideal humano sofocliano es una mezcla chocante de pesimismo y optimismo, es la superación del ideal heroico guardando de él solo lo valioso, que cree demasiado en su propia fuerza, es decir, con un profundo contenido antropocentrista y humanista, que se fía demasiado en la inteligencia que lo lleva a error. El hombre dotado de un carácter es incapaz de aprendizaje y solo cede con el sufrimiento, como diciendo anticipadamente que el valor físico y moral no llevan por sí solos al éxito. La sabiduría de este hombre es tradicional y religiosa, no producto de cálculo racional, es, en suma, la predicación de un nuevo ideal humano, independientemente de su aplicabilidad en los tiempos modernos o posmodernos.

Bibliografía

- FREUD, Sigmund: *El porvenir de una ilusión*. Obras Completas. Edit. Aguilar, 1987.
- JAEGER, Werner: *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1970.
- KANT, Emmanuel: *Filosofía de la historia*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Breviarios. México, 1970.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco: *Ilustración y política en la Grecia clásica*. Edic. Revista de Occidente. Biblioteca de Política y Sociología. Bárbara de Braganza, Madrid, 1967.
- _____: *Fiesta Comedia y Tragedia*. Alianza Universidad Textos. Alianza Editorial. Madrid, 1983.
- SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo: *Estética y Marxismo*. Edic. ERA. México, D.F. 1973.
- SÓFOCLES: *Antígona*. Editorial La Oveja Negra, 1970.
- STEINER, George: *Antígonas*. Alianza Editorial. Madrid, 1979.

El derecho urbano como límite al derecho de propiedad individual

*The Urban Law as a Limit to the
Individual Property Right*

*Fernando Arias García**

Resumen

Se explica cómo el derecho urbano ha avanzado en contra de la vieja supremacía del derecho de propiedad individual. Sin embargo, la denominada función social de la propiedad está lejos de cristalizarse, especialmente en los municipios, merced a la carencia de un desarrollo teórico-legal adecuado. Ante la crisis estructural de empleo, es necesario prever fórmulas creativas para superar la tensión espacio público-sector informal.

Palabras clave: Derecho urbano, Espacio público, Propiedad privada, Sector informal.

* Abogado UPTC. Docente de Bienes Civiles y Mercantiles, Universidad Santo Tomas de Aquino, Tunja. Abogado Procuraduría General de la Nación. Máster en Derecho, Programa en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Conciliador en Derecho, Cámara de Comercio de Sogamoso. Diploma en Investigación con énfasis en ciencias jurídicas, UPTC. Investigador Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: ariasabogados@hotmail.com

Abstract

It is explained how the urban law has advanced against the old individual property right's supremacy. Nevertheless, the so called property's social function it is still far away from crystallizing, mainly in the municipalities, due to the lack of an adequate theoretical-legal development. Facing the structural employment crisis, it is necessary to foresee creative formulae in order to overcome the public space-informal sector's tensions.

Key words: Urban law, Public space, Private property, Informal sector.

1. Introducción

La tradicional cosmovisión del derecho de propiedad individual en el ordenamiento jurídico-positivo colombiano no es la misma a partir de la vigencia de nuestro Estado Social de Derecho. En tal sentido, la presunta relación de "plenitud" que ejercía el propietario para disponer en forma "arbitraria" de la propiedad ha desaparecido del ordenamiento nacional, lo que quedó definitivamente consolidado a partir de la expedición de la Sentencia C-595, de agosto 18 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), mediante la cual se declara la inexequibilidad parcial del artículo 669 del Código Civil.

Al pretender desarrollar una sólida doctrina constitucional del artículo 58 de la C.P. o impulsar la visión privada ius civilista del citado artículo 669 del C.C., vocablos como la pretendida "función social de la propiedad" o la "primacía del interés general sobre el particular" se han transformado en "frases de cajón" para algunos medios académicos, sin que se soporten en un desarrollo teórico-legal concreto, menos aún, sin una revelación material que le explique al investigador jurídico cuáles son los mecanismos reales con los que cuenta la administración

pública en sus distintos órdenes, pero especialmente la municipal, para consolidar figuras jurídicas específicas que redunden en el anhelado desarrollo territorial planificado.

Alternativas como las Unidades de Actuación Urbanística—desarrolladas mediante instrumentos como el Reajuste de Tierras—, la Integración Inmobiliaria o la Cooperación, la Reglamentación Urbanística Especial, los Proyectos de Renovación Urbana, los Bancos de Tierras o Inmobiliarios, la declaratoria de Construcción y Desarrollo Prioritario y las distintas formas de operancia procesal y extraprocesal de la Expropiación, resultan ser temas sobre los que se debería elaborar una fuerte discusión en torno al desarrollo urbano y a su modelo planificador, en razón a que viabilizan los abstractos, pero loables postulados constitucionales en materia de derecho de propiedad.

2. Derecho de propiedad individual: de la primacía de la individualidad al contenido obligatorio del derecho

Desde los perfeccionados conceptos del derecho francés de mediados de

¹ Es clara la mixtura de tratamiento jurídico que debe contener un tema tan complejo: por un lado, el operador jurídico debe permitir el uso, goce y disposición de la propiedad por parte de quien ejerce el derecho, y por la otra, permitir que la sociedad se beneficie del desarrollo económico que se dé al bien objeto de dominio. La propiedad debe enrumbarse por los cauces del bien común para que se den ventajas no solo individualistas, sino que además beneficie a la comunidad.

siglo xx² hemos concluido que los derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un señorío o poder inmediato sobre las cosas³. Planiol⁴ indica que las personas no pueden tener relaciones jurídicas con las cosas; en tal sentido, añade que: "Es inconcebible una cosa deudora", frente a lo que podríamos agregar que es evidente que no son idénticas las formas de expresión, ni las formas de ejercer un derecho personal de uno real. Es por lo mismo que así como resulta correcto relacionar "Deuda-Persona", porque solo las personas pueden adquirir o responder por contenidos obligacionales, es desatinado relacionar "Deuda-Cosa", no solo porque las "cosas" no pueden ser "deudoras", sino porque prestan un fin totalmente distinto, cual es el de prestar un servicio a su propietario⁵.

Una vez delimitada la anterior diferencia, es dable señalar que la pro-

iedad es el derecho real por excelencia, en razón a ser el derecho real más completo y de por sí, el más absorbente⁶. La evolución de este derecho de contenido meramente individualista se da como secuela de la Revolución francesa, donde se protege por texto legal de rango constitucional la «garantía del derecho de propiedad, del cual nadie puede ser privado sino por utilidad pública y previa indemnización»⁷, según señala la misma Constitución francesa de la primera republica. El avance frente a dicho concepto se denota no solo en la diferenciación que se pueda estimar en razón a las relaciones de propiedad del medioevo, caracterizado por la existencia de un "dominio directo" o inminente detentado por el señor feudal y un "dominio útil" regentado por el vasallo como un simple tenedor o administrador, sino por el contenido individualista francés del derecho de dominio, para el cual «el verdadero dueño, el

² Marcel Planiol: *Traité élémentaire de droit civil*, tomo I, 4.^a edición, 1948. Mazeaud, Henri y León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones jurídicas Europa-América, 1960. Jossierand, Louis: *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3.^a ed., Libro Rec. Sirey, Paris. Planiol, Ripert y Picard: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Libr. Grate, de Droit et Jurisprudence.

³ Superintendencia Bancaria: Circular Externa núm. 9 de 1991. Elementos del derecho real: "Es pacífica la doctrina universal en caracterizar los derechos reales en la concurrencia simultánea de dos elementos: el privilegio de la persecución y el privilegio de la preferencia: *Privilegio de persecución*: Mediante este privilegio el acreedor puede perseguir y embargar el bien, con independencia de la persona que ostente la calidad de adquirente, es decir, con efectos «erga omnes". *Privilegio de preferencia*: Se manifiesta en la prelación de pago a favor del acreedor preteritorio frente a otros acreedores en caso de una ejecución, de suerte tal que la realización del bien, o eventualmente su adjudicación, estará destinada prioritariamente a la atención de sus derechos.

⁴ Marcel Planiol: *Traité élémentaire de droit civil*. Tomo II, 4.^a edición, 1948.

⁵ Entonces la relación jurídica de un derecho real se expresa en forma distinta a los derechos personales. En el Real existe la prestación de un servicio y solo en el personal existirá la necesidad de responder o satisfacer una obligación.

⁶ Ello en razón a que su fundamento está en la misma naturaleza humana: Desde que en las culturas prehistóricas los hombres se "apropiaron" de las cosas, comenzó a considerársele como una institución necesaria para la convivencia de los hombres.

⁷ Jorge Angarita Gómez: *Lecciones de derecho civil*. Tomo II. Bienes. Bogotá: Temis, 2004, p. 89.

único propietario es el poseedor útil, el que trabaja la tierra»⁸.

No obstante, ningún devenir histórico es pétreo. Frente a la evolución de la legislación social, el derecho de propiedad, decididamente individualista⁹ y absoluto, que hasta ese momento imperaba, comienza a desenvolverse hacia la llamada "función social de la propiedad"¹⁰, contenida inicialmente en el reconocimiento y la obligación para el dueño de la tierra de efectuar explotación económica¹¹.

3. El derecho urbano como consolidación legislativa de la primacía del interés público sobre el privado, en materia de propiedad

Admitidos por Alexandri y Somarriva¹² y transportados a la doc-

trina nacional por el profesor Valencia Zea¹³, figuran como atributos de la propiedad privada los siguientes: Absoluto¹⁴, Exclusivo¹⁵ y Perpetuo¹⁶.

Un tema como el señalado tiene disímiles aristas, no necesariamente extensivas. Ello no solo en razón al desarrollo mismo de los límites del derecho de propiedad privada a la "ley y al derecho ajeno..."¹⁸ que plantea el artículo 669 del C.C., sino a la incidencia del interés público sobre ella y consecencial a ello a los desarrollos legislativos en materia de expropiación.

Los reglamentos que expide la administración relacionados con la forma de construcción y reparación de edificios en los centros urbanos - en algunas oportunidades relacionados sobre su forma de conservación-; los motivados en derechos e intereses colectivos, como la tranquilidad, la salubridad y la

⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁹ Consejo de Estado: Sentencia 12116 de noviembre 27 de 1998. "... el derecho de dominio no es omnímodo o absoluto, como se pregona históricamente, pues determina para su titular cargas y obligaciones.... El absolutismo tradicional del derecho de dominio dio paso a las limitaciones en su ejercicio, determinadas por el interés público o de un particular...".

¹⁰ Dicho contenido es definitivo en la Constitución Política colombiana de 1991. Así, el artículo 58, modificado por el acto legislativo 01 de 1999, señala que "... Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social"; y que «la propiedad es una función social que implica obligaciones, ...». Ello denota que la garantía constitucional de la propiedad, para que tenga plena indemnidad estatal, debe servir no sólo al individuo sino también a la sociedad⁶, delimitado en el grado de explotación económica del bien.

¹¹ Nótese que la ley 160 de 1993 establece la extinción administrativa del dominio en razón de la inactividad de los propietarios sobre los predios agrarios. Por otra parte, establece el decreto 1541 de 1978, que la propiedad privada sobre las aguas se extingue, si se dejan de utilizar durante un término de tres años continuos por el dueño de la heredad.

¹² Alessandri y Somarriva: *Curso de derecho civil*, t. III, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1942, núm. 726, pp. 432 y ss.

¹³ Arturo Valencia Zea: *Derecho civil*, Tomo II. *Derechos reales*. Temis. 1996.

seguridad públicas; las restricciones al uso del suelo que, por ejemplo, prohíben el funcionamiento de fábricas en zonas residenciales; las restricciones existentes sobre conservación de recursos naturales, preservación de patrimonio cultural y monumentos históricos, y las cesiones obligatorias para zonas verdes, ampliación de vías públicas y prestación de los servicios públicos domiciliarios, por obras de defensa nacional, por citar solo algunos de los casos más sugestivos, son ejemplos del interés público como limitante del derecho de propiedad privada y del derecho urbano como su principal consolidación legislativa.

En tal sentido, desde ya podemos afirmar que la limitación más trascendente al derecho de propiedad privada se da por razones de utilidad pública o interés social¹⁹.

Ahora, la estructuración normativa del derecho urbano, originada en los límites denotados por el derecho público y, especialmente, el administrativo, frente a los atributos de la propiedad privada del derecho privado, nace de la superación de la infortunada²⁰ esquematización tradicional²¹ de las especialidades en la ciencia jurídica.

La configuración teórica del derecho urbano resultaría poco menos que "letra muerta", si la administración no cuenta con eficaces mecanismos tendientes a despojar a los particulares de sus derechos patrimoniales por razones de utilidad pública o interés social, previamente definidas por el legislador, *ultima ratio*, cuando se advirtieran enfrentados los intereses públicos frente a los particulares. Es por ello que la expropiación se constituye en el principal —si no el

¹⁴ Será absoluta en la medida en que el propietario tiene poderes sobre las cosas solo limitados, en principio, por razón de la ley y el derecho ajeno. Ahora que, el término "absoluto" no puede significar el abuso del derecho de propiedad, al expresar la ley que una persona puede en ejercicio del derecho de propiedad gozar y disponer de una cosa de manera íntica, lo que quiere decir que tiene la facultad de adoptar una decisión con preferencia a la otra, pero siempre dentro de los linderos de la legalidad.

¹⁵ La exclusividad implicará que el propietario puede influir sobre la cosa objeto de este derecho y rechazar la intervención de las demás personas sobre la cosa. El propietario pleno tiene las facultades de uso, goce y disposición de la cosa. Solo excepcionalmente puede ser limitado al ceder derechos en virtud de su autonomía o en virtud de las disposiciones legales.

¹⁶ La perpetuidad significará que la propiedad no puede perderse por el solo transcurso del tiempo, ni por el no ejercicio del derecho. Para que se pierda la propiedad, se requiere que otra persona adquiera una posesión de propietario y que dure determinado tiempo.

¹⁷ Estos caracteres primarios deben complementarse frente a la extensión material del dominio, ya que, además de la definida función social, se debe agregar, con relación a los inmuebles, la necesidad de una delimitación, por cuanto las cosas muebles se encuentran limitadas por su naturaleza misma. En tal sentido, nuestro Código Civil no establece propiedad sobre el suelo y sobre el aire, sino en cuanto esos espacios sean necesarios para la explotación racional del predio.

¹⁸ Cfr. José J. Gómez R.: *Bienes*. Edición actualizada por el Dr. Douglas Bernal Saavedra, publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981.

¹⁹ El respeto a los recursos naturales en ejercicio del derecho de propiedad, la búsqueda del desarrollo económico social, la posibilidad de regulación del ejercicio del dominio en la búsqueda de un bien común, son limitaciones con sustento en el fin social a que está sometida la propiedad.

único— de los mecanismos tendientes a viabilizar los instrumentos señalados en la Ley de Desarrollo Urbano y en la Ley de Ordenamiento Territorial.

Resulta poco menos que paradójico que el legislador haya esperado más de seis años para redefinir los motivos de utilidad pública e interés social contenidos en el artículo 10 de la Ley 9 de 1989, sin los cuales resultó imposible adelantar siquiera, un procedimiento expropiatorio por la elemental vulneración al principio de legalidad que ello supuso²².

Aunque aparecen definidos en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997, no todos los motivos allí enunciados pueden dar lugar a expropiación administrativa²³. Efectivamente, solo podrán someterse a su procedimiento²⁴ motivos relacionados con: a) Ejecución de proyectos de construcción

de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana; b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, incluyendo los de legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9.ª de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo; c) Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos; d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios; e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo; h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional y local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y

²⁰ Como lo hemos advertido en medios académicos, no de otra forma podríamos enjuiciar el mito de insinuar en forma temerosa y desconfiada la configuración de nuevos objetos de conocimiento e investigación jurídica, que no emanen de la visión cartesiana en el Derecho: Público, Privado, Penal y Laboral.

²¹ En la perspectiva indicada, resulta inadmisibles la existencia de ciertos objetos de conocimiento que no correspondan a lo que nuestro parecer sugiere, un modelo "limitado" y poco sistemático de asumir los amplios retos jurídicos que impone el mundo moderno.

²² El citado artículo 58 constitucional denota al respecto dos características esenciales, relacionadas con la expropiación: solo puede haber lugar a ella por motivos de utilidad pública e interés social previamente definidos por el legislador y puede adelantarse por vía administrativa, "sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio". El resto de sus elementos configuradores fueron desarrollados mediante la Ley 388 de 1997.

²³ Cuando la expropiación se da con indemnización previa —que es la regla general— habrá de ser plena, ello es, establecida mediante un avalúo igual al valor comercial, determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la entidad que cumpla sus funciones o por peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes, según lo determinado por el Decreto-ley 2150 de 1995. El valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquirir, y en particular con su destinación económica. Cfr. Artículo 61 de la Ley 388 de 1997.

²⁴ Mediante la instrumentalización del mecanismo previo de la enajenación voluntaria, denotado en el artículo 61 de la Ley 388 de 1997, debe permitirse a la administración, pero especialmente al

arquitectónico; j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos; k) Ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley; l) Ejecución de proyectos de urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación, mediante los instrumentos de reajuste de tierras, integración inmobiliaria, cooperación o los demás sistemas previstos en esta ley, y m) El traslado de poblaciones por riesgos físicos inminentes.

Los relacionados con ejecución de proyectos de ornato, turismo y deportes (literal f); con el funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las so-

ciudades de economía mixta, siempre y cuando su localización y la consideración de utilidad pública estén claramente determinadas en los planes de ordenamiento o en los instrumentos que los desarrollen (literal g), y con la constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades (literal i) solo podrán adelantarse mediante la expropiación por vía judicial, en razón a que fueron excluidos expresamente del artículo 63 de la Ley 388 de 1997, al considerar el legislador que los citados motivos no denotaban la dimensión de un procedimiento eminentemente administrativo²⁵.

4. Materialización del incumplimiento de la función social de la propiedad en la Ley 388 de 1997

A efectos de que la entidad pública competente²⁶ pueda expropiar por

administrado, implementar vías no contenciosas para el desarrollo urbano. En tal sentido, el citado artículo reza: "... La comunicación del acto por medio del cual se hace la oferta de compra se hará con sujeción a las reglas del Código Contencioso Administrativo y no dará lugar a recursos en vía gubernativa. Será obligatorio iniciar el proceso de expropiación si transcurridos treinta (30) días hábiles después de la comunicación de la oferta de compra, no se ha llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria, contenido en un contrato de promesa de compraventa. No obstante lo anterior, durante el proceso de expropiación y siempre y cuando no se haya dictado sentencia definitiva, será posible que el propietario y la administración lleguen a un acuerdo para la enajenación voluntaria, caso en el cual se pondrá fin al proceso. Los inmuebles adquiridos podrán ser desarrollados directamente por la entidad adquirente o por un tercero, siempre y cuando la primera haya establecido un contrato o convenio respectivo que garantice la utilización de los inmuebles para el propósito que fueron adquiridos".

²⁵ Sin pretender desconocer la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que apunta la Ley 388 de 1997 en su artículo 71.

²⁶ Ley 388 de 1997. Artículo 59. "Entidades competentes. Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9.ª de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las

vía administrativa, igualmente se consideró como motivo de utilidad pública el incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en pública subasta, de los terrenos e inmuebles que hayan sido declarados por la administración como de Desarrollo y Construcción Prioritaria. Plausible al legislador el que determine en forma concreta el incumplimiento a la trajinada "función social de la propiedad", dada en los términos de los artículos 52 a 57 de la Ley 388 de 1997.

Así las cosas, en correspondencia con la explotación económica de la propiedad —que en su oportunidad fomentó la Ley 200 de 1936—, la falta de optimización de la propiedad generada por su inexploración ocasionará que la administración declare que, según las características técnicas de los predios y las expectativas planificadoras del respectivo Plan de Ordenamiento Territorial, allí la construcción no sea diferida, sino prioritaria, ello es, que se urbanice a más tardar dentro de los tres años siguientes a la declaratoria de Desarrollo y Construcción Prioritaria, entendiéndose de suelos en zonas de expansión urbana, o de 2 años, para predios en suelo urbano. Si ello no se ejecuta por parte del propietario se tipificará incumplimiento a la función social de

la propiedad y facultará al respectivo alcalde para decretar la iniciación del proceso de enajenación forzada en pública subasta, la que se realizará con una postura mínima del 70% del avalúo comercial del bien en primera subasta y del 70% del avalúo catastral del bien en segunda subasta. Manifiesta a renglón seguido el numeral tercero del artículo 56 ibídem que si en la segunda subasta no se presentaren ofertas admisibles, el municipio iniciará los trámites de la expropiación administrativa con un precio indemnizatorio igual al 70% de dicho avalúo catastral.

A partir del procedimiento antes expresado, el artículo 57 de la Ley 388 de 1997 establece como nueva causal de incumplimiento de la función social de la propiedad el que el adquirente de los terrenos o inmuebles adquiridos mediante la pública subasta no los desarrolle. En caso de que ello ocurra, se dará inicio al proceso de expropiación por vía administrativa por parte del municipio o distrito, evento en el cual el precio indemnizatorio no podrá ser superior al monto pagado por el adquirente en la subasta, actualizado según el IPC y será pagada a plazos "con una cuota inicial del cuarenta por ciento (40%) y el saldo en ocho (8) contados anuales y sucesi-

anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades».

vos, el primero de los cuales vencerá un año después de la fecha de entrega del inmueble..."²⁷.

5. Mecanismos de operancia del derecho urbano

El desconocimiento que se advierte en materia de las formas a través de las cuales la administración pública planifica el desarrollo de sus ciudades solo es confrontable con la ausencia de determinación de las "Condiciones de Urgencia" para adelantar un procedimiento de expropiación por vía administrativa. Al respecto, es clara la obligación de la autoridad, definida por el Concejo municipal o distrital, para definir las situaciones que según la autocomprensión de su realidad municipal²⁸ sean merecedoras de autorizar la expropiación por vía administrativa, refiriendo dicho marco a los criterios señalados en el artículo 65 de la Ley 388 de 1997²⁹.

En relación con los inexplorados mecanismos de desarrollo territorial se provee el *derecho urbano*; dos de ellos estimulan la superación del concepto de propiedad unitaria: las *Unidades de Actuación Urbanística* y la *Reglamentación Urbanística Especial*. Las primeras están definidas como porciones de terreno delimitadas en las normas que desarrolla el POT, que deben ser urbanizadas como una unidad de planeamiento, "...con el objeto de promover el uso racional del suelo, garantizar el cumplimiento de las normas urbanísticas y facilitar la dotación con cargo a sus propietarios, de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos colectivos mediante reparto equitativo de las cargas y beneficios"³⁰. Dicha figura puede ser desarrollada mediante instrumentos como el *Reajuste de Tierras*³¹, la *Integración Inmobiliaria*³² o la *Cooperación*³³. La *Reglamentación Urbanística Especial*

²⁷ El artículo 57 de la Ley 388 de 1997 denota que sobre los saldos se reconocerá un interés ajustable equivalente al ochenta por ciento (80%) del incremento porcentual del índice nacional de precios al consumidor para empleados certificado por el DANE para los seis meses inmediatamente anteriores a cada vencimiento, pagadero por semestre vencido.

²⁸ En el Distrito Capital de Bogotá, mediante Acuerdo núm. 15 de 6 de julio de 1999, el Concejo Distrital confirió al Alcalde Mayor la facultad para declarar las condiciones de urgencia que autoricen la procedencia de la expropiación por vía administrativa del derecho de propiedad y demás derechos reales que recaen sobre inmuebles en el Distrito Capital.

²⁹ Ley 388 de 1997, artículo 65: "1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional. 2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda del instrumento expropiatorio. 3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra. 4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso".

³⁰ Ley 388 de 1997. Artículo 39.

³¹ Que requiere acuerdo de los propietarios de dichos bienes para redefinir la división predial de su territorio, constituyéndose una Unidad Gestora que elabora el proyecto urbanístico.

delimita en zonas residenciales y por solicitud del organismo que represente de la comunidad, aspectos como condiciones de tránsito vehicular, organización de la seguridad, paisajismo, publicidad visual exterior y condicionamiento de los constructores, entre otros (artículo 43 de la Ley 388 de 1997).

Los *Proyectos de Renovación Urbana* se presentan cuando "...los centros de las ciudades sufren deterioro físico y ambiental, perdiendo funcionalidad y convirtiéndose en zonas peligrosas y desagradables, en perjuicio de la calidad de vida de sus habitantes"³⁴. La Ley 9.^a de 1989 establece en su artículo 39 que los planes de renovación urbana están dirigidos a introducir modificaciones sustanciales al uso de la tierra y de las construcciones, para detener los procesos de deterioro físico y ambiental de los centros urbanos³⁵.

Finalmente, los *Bancos de Tierras o Inmobiliarios*, que inicialmente fueron concebidos por la Ley 9 de 1989 como establecimientos públicos y en vigencia de la Ley 388 de 1997 amplían su espectro a Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía mixta, están concebidos para adquirir por enajenación voluntaria, o en llegado caso por expropiación, los inmuebles necesarios para cumplir los motivos de utilidad pública e interés social definidos por el legislador.

6. El paradigma de los bienes públicos en el derecho urbano: el espacio público

En el marco de un derecho urbano eminentemente localista³⁶, resulta en principio loable la defensa de un espacio público catalogado, por una parte, como el paradigma dentro de los bienes de uso público³⁷, franja

³² Donde se reúnen distintos bienes ya edificados, para subdividirlos, construirlos, renovarlos o enajenarlos.

³³ Caracterizada porque no se requiere una nueva configuración predial de su superficie.

³⁴ Eduardo Caicedo Escobar: *Planeación del desarrollo municipal, propiedad y derecho urbanístico*. Universidad Externado de Colombia, p. 44.

³⁵ En igual forma puede consultarse el Decreto 4002 de 2004.

³⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Director Investigación. *Derecho Urbanístico. Legislación y Jurisprudencia*. Universidad Externado de Colombia. 2004. p. 34. "La evolución de las instituciones urbanísticas colombianas, en especial de su régimen jurídico, ha sido el producto del trabajo silencioso de nuestras autoridades municipales. Correspondió históricamente a los concejos y a los alcaldes la elaboración de un auténtico derecho urbanístico a partir de sus experiencias y necesidades locales...; actuaciones estas que a lo largo de los años llevaron a la consolidación de un *sui generis* régimen jurídico local...".

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-360 de mayo 19 de 1999. Sala Plena. "Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el "atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella".

territorial destinada al disfrute y esparcimiento colectivo³⁸ y bien comunitario de innegables repercusiones en materia de desarrollo social del interés general³⁹. Pero por la otra, un espacio público en cuya defensa se incurren en despropósitos, no obstante la referida visión moderna del derecho urbanístico en el Estado Social de Derecho⁴⁰.

Y es que no es fácilmente comprensible que las administraciones locales desconozcan su deber de contribuir, mediante mecanismos concretos, a generar espacios u oportunidades⁴¹ que les permita a los vendedores informales⁴² desarrollar su actividad en condiciones mínimas de comercialidad, higiene y seguridad⁴³. No se entiende por parte de los administradores locales que el problema es de subsistencia⁴⁴ y de mecanismos que permitan que la misma se desarrolle en condiciones dignas, lo

cual es un innegable deber estatal que no se soluciona, sino, lo contrario, se agrava con represión⁴⁵.

Cronológicamente debe preceder un proceso de concienciación y capacitación de los informales, que incluya alternativas de reubicación consustanciales con nuestra realidad social en materia de empleo⁴⁶.

En ese sentido, la Sentencia T-772 de 2003 –M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa–, de la Corte Constitucional, resulta ser el paradigma de los deberes estatales de garantía de condiciones de subsistencia a las personas que se dedican al comercio informal en un Estado Social de Derecho⁴⁷. Ello, aunado a que en la controversia espacio público vs. derecho al trabajo, la jurisprudencia constitucional había mediado a favor del primer bien colectivo, siempre y cuando el Estado garantizara las con-

³⁸ Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-024 de 2000. Ene. 24 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. "En el mejoramiento de la calidad de vida y en la misma protección a la vida, el manejo del espacio público en las zonas urbanas (donde hoy vive la mayor parte de la humanidad) es más que un tema urbanístico, ha llegado a ser un tema del constitucionalismo con rasgos humanos. Ese manejo está influenciado por el tráfico en la ciudad, problema este que constituye uno de los más delicados en la sociedad moderna porque el transporte urbano alteró el cuadro tradicional de las áreas locales y el desplazamiento de los peatones".

³⁹ Eduardo Caicedo Escobar. *Planeación del Desarrollo Municipal, Propiedad y Derecho Urbanístico*. Ibidem. p. 41. "Los aspectos contenidos en los planes y en las normas urbanísticas imponen limitaciones al dominio, al condicionar la utilización del espacio desde el punto de vista del uso que se dará al inmueble (residencial, comercial, industrial, institucional, mixto), su disposición material (construcción, demolición, remodelación, parcelación, etc.) y el destino económico, los que no obtendrán las licencias respectivas si no están de acuerdo con los lineamientos del plan y las normas urbanísticas".

⁴⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa: *op. cit.*, p. 31. "Bajo esta perspectiva, significa que toda disposición, decisión, acción, actividad urbanística, proveniente tanto de autoridades como de particulares, está sujeta al derecho y, en consecuencia, ausente de cualquier vestigio de arbitrariedad o de dogmatismo individualista, fundamentalista o subjetivizador que ponga en peligro las bases de nuestro sistema como Estado Democrático, participativo, social y de Derecho...".

diciones y oportunidades para el ejercicio del comercio por parte de los informales⁴⁸.

Deben ser los jueces los encargados de "resonar" a la Administración sus obligaciones en el marco del artículo 2 de la Constitución Política, aun mediante órdenes, cuando quiera que se estén quebrantando derechos

fundamentales de los asociados⁴⁹. Acaso, de no ser así, ¿deberán entonces sacrificarse los derechos fundamentales en pro de la defensa de la sacrosanta triquidivisión de poderes públicos? La respuesta debe ser negativa con contundencia en el marco de un Estado Social de Derecho⁵⁰ y del concepto de "colaboración armónica" entre entidades⁵¹.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 1995. Marzo 16 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. "Ha advertido la Corte –y lo vuelve a hacer en este caso, cuyas características reflejan la trascendencia de lo afirmado– que, cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por comerciantes informales "deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación" (se subraya), de manera que se concilien en la práctica los intereses encontrados".

⁴² Categoría donde se deben incluir a vendedores informales estacionarios, semiestacionarios y ambulantes. Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 4 de septiembre de 2003. "Así, existen (a) vendedores informales estacionarios, que se instalan junto con los bienes, implementos y mercancías que aplican a su labor en forma fija en un determinado segmento del espacio público, excluyendo el uso y disfrute del mismo por las demás personas de manera permanente, de tal forma que la ocupación del espacio subsiste aun en las horas en que el vendedor se ausenta del lugar –por ejemplo, mediante una caseta o un toldo–; (b) vendedores informales semiestacionarios, que no ocupan de manera permanente un área determinada del espacio público, pero que no obstante, por las características de los bienes que utilizan en su labor y las mercancías que comercializan, necesariamente deben ocupar en forma transitoria un determinado segmento del espacio público, como por ejemplo el vendedor de perros calientes y hamburguesas del presente caso, o quienes empujan carros de fruta o de comestibles por las calles; y (c) vendedores informales ambulantes, quienes sin ocupar el espacio público como tal por llevar consigo –es decir, portando físicamente sobre su persona– los bienes y mercancías que aplican a su labor, no obstruyen el tránsito de personas y vehículos más allá de su presencia física personal".

⁴³ Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-372 del 3 de septiembre de 1993. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía. "Las autoridades tendrán que hacer lo que esté a su alcance para lograr ubicar a los vendedores a quienes con anterioridad se les había permitido ocupar parte del espacio público, en sitios donde puedan desarrollar su actividad de manera permanente, sin el temor a ser desalojados, donde puedan ofrecer sus mercancías con las mínimas garantías de higiene y seguridad y donde no causen perjuicios a la comunidad en general".

⁴⁴ Al punto de que el vendedor al que se le decomisa se ve forzado a volver a su actividad a fin de proveer subsistencia su familia, no obstante la autocomprensión delictuosa de los hechos por parte de los informales. En tal sentido: Sentencia T-772 de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, 4 de septiembre de 2003. Corte Constitucional.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-75 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. "La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de apreciación, evitando la desviación o el abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad. Toda exigencia desmedida o requisito extraordinario comporta un abuso del poder y una posible invasión en el ámbito de los derechos individuales que debe ser subsanada por la autoridad judicial competente (...)".

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 4 de septiem-

bre de 2003. "De acuerdo con un estudio adelantado recientemente por la Casa Editorial El Tiempo, la Fundación Corona y la Cámara de Comercio de Bogotá, en la capital del país, cuya población total es de seis millones seiscientos treinta y cinco mil cuatrocientos un (6'635.401) habitantes, hay tres millones ciento noventa mil (3'190.000) personas por debajo de la línea de pobreza (es decir, el 48% de la población de la capital no cuenta con recursos para cubrir el costo de la canasta de servicios básicos familiares, tales como salud, educación, servicios públicos y vivienda), y un millón (1'000.000) de personas más están bajo la línea de indigencia (es decir, otro 15% de los habitantes de Bogotá no tienen recursos ni siquiera para adquirir los alimentos y demás bienes esenciales para subsistir biológicamente). En total, el 63% de los habitantes de la ciudad son pobres o indigentes —un número que coincide con el estimativo nacional del Banco Mundial".

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 4 de septiembre de 2003. "Privar a quien busca escapar de la pobreza de los únicos medios de trabajo que tiene a su disposición, para efectos de despejar el espacio público urbano sin ofrecerle una alternativa digna de subsistencia, equivale a sacrificar al individuo en forma desproporcionada frente a un interés general formulado en términos abstractos e ideales, lo cual desconoce abiertamente cualquier tipo de solidaridad".

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 1995. "La Corporación insistió en que la prevalencia de la obligación estatal de recuperar el espacio público sobre intereses particulares, no lo exonera del deber de diseñar políticas tendientes a proteger el trabajo de quienes resulten afectados con tales decisiones. Esas políticas -añadió- deben ser eficaces y oportunas". En igual sentido Sentencia T-772 de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. 4 de septiembre de 2003. "Reconociendo que existe un conflicto entre el cumplimiento del deber estatal de preservar el espacio público y el derecho al trabajo de los vendedores informales que lo ocupan, se ha dado prevalencia a la promoción del interés general reflejada en la ejecución de las medidas pertinentes de desalojo, siempre y cuando éstas vayan acompañadas de una alternativa de reubicación para los afectados".

⁴⁹ Ahora, ello no excluye la colaboración de los ambulantes en su proceso de reubicación y de autoayuda efectiva.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-772 de 4 de septiembre de 2003. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa: "Resulta claro, entonces, que el principio del Estado Social de Derecho se adoptó como respuesta de los sistemas políticos occidentales ante una realidad inculcable: la marginación de grandes masas poblacionales en situación de notoria pobreza, frente al bienestar económico de una minoría. Fue el mismo motivo el que llevó al Constituyente de 1991 a erigir el principio del Estado Social de Derecho como uno de los ejes organizadores del sistema político colombiano".

⁵¹ Constitución Política. Artículo 113: "Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

Bibliografía

ALESSANDRI Y SOMARIVA: *Curso de Derecho Civil*, t. III. Santiago de Chile: Edit. Nascimento, 1942.

ANGARITA GÓMEZ, Jorge: *Lecciones de Derecho Civil*, t. II. Bienes. Bogotá: Temis, 2004.

CAICEDO ESCOBAR, Eduardo: *Planeación del desarrollo municipal, propiedad y derecho urbanístico*. Bogotá: U. Externado de Colombia.

GÓMEZ R., José J.: *Bienes*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 1981.

JOSSEAND, Louis: *Cours de Droit Positif Français*, 3.^a ed., Libro Rec. París: Sirey.

MAZEAUD, Henri y León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

PLANIOU, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 4.^a ed., 1948.

_____, Ripert y Picard: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Libr. Gral. de Droit et Jurisprudente.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: *Derecho Urbanístico. Legislación y jurisprudencia*. Bogotá: U. Externado, 2004.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA: Circular externa núm. 9, 1991.

VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil*, t. II, Derechos Reales. Temis, 1996.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia SU-360 de mayo 19 de 1999. Sala Plena. Sentencia T-024 de 2000, enero 24 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-115 de 1995, marzo 16 de 1995, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-372 del 3 de septiembre de 1993, M. P.: Jorge Arango Mejía. Sentencia T-75 de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-772 de 4 de septiembre de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

CONSEJO DE ESTADO: Sentencia 12116 de noviembre 27 de 1998.

Proceso de formación de los partidos políticos en Colombia

*The Colombian political parties'
formation process*

*Jorge Enrique Patiño Rojas**

Resumen

La formación de las colectividades partidistas en Colombia, indudablemente, constituye un acontecimiento político importante para nuestro país. Se corresponde con un largo proceso que abarca desde 1810, cuando Carbonell radicalizó la franja popular urbana de Santa Fe en contra de los peninsulares, hasta 1886, con la expedición de la Constitución Política de ese año. Involucra variables ideológicas como el reparto del poder en el territorio, las relaciones entre el Estado y la Iglesia y la conformación de redes de relaciones políticas en procura del poder.

Palabras clave: Colombia, Historia, Partidos políticos.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

Abstract

The partisan collectivities' formation in Colombia, undoubtedly constitute an important political happening of our country. It was a long process which encompassed from 1810, when Carbonell radicalized the popular urban strata of Santa Fe, against the peninsular habitants, up to 1886, with the issue of that year's National Political Constitution. It embodies ideological variables as the power division in the territories, the State and Church relationships, and the political relations nets' shaping, needed to gain power.

Key words: Colombia, History, Political Parties.

Obedeciendo en su esencia a los parámetros teóricos y pragmáticos universales, la historia política de Colombia se ha desenvuelto en dos frentes aparentemente contradictorios, pero que en realidad son complementarios y forman "unidad"; ellos obedecen a la lógica dialéctica, en particular a la que engendra la lucha por el control y ejercicio del poder político: de un lado, la continua e histórica permanencia en estado de guerra, precisamente por la confrontación de intereses particulares, irreconciliables, y de otra parte, como complemento, también negativo, la celebración de sucesivos pactos, acuerdos o contubernios de la oligarquía, incluso por fuera de las instancias institucionales o estatales, para garantizar su permanencia en el mando de la República. Con lo cual consolida su ideología y sus intereses en los asuntos del poder y en la dirección general del Estado, con la consecuente mengua de los escasos asomos políticos democrático-participativos, regularmente derivados de la lucha popular, tendientes a la construcción de sociedad civil y democracia. Precisamente, en Colombia, un avance democrático de gran significación en su momento fue la formación de las colectividades partidistas tradicionales, hoy cuestionadas y sumidas en gran crisis de legitimidad. En particular, desde el Frente Nacional, ideológicamente idénticas.

Después del movimiento comunero y de la independencia, el tercer acontecimiento político-democrático de importancia (ya dentro de la vida republicana, aunque iniciado de manera simultánea con el propio proceso de independencia) es el largo camino de formación de los partidos políticos en Colombia. Su fuente inicial está en la propia jornada revolucionaria del 20 de julio de 1810, en la que se puso en evidencia cierto espíritu de partido, no como se distinguió a partir de 1849, pero sí con el empuje patriótico de José María Carbonell, radicalizando la franja popular urbana de Santa Fe en contra de los peninsulares. Vale recordar que en aquel año Carbonell dominó las calles de Santa Fe durante dieciséis días al frente de los revolucionarios del populoso sector de San Victorino e impuso a la Junta del 20 de julio sus determinaciones, llevando a la cárcel al virrey Amar y Borbón y a su esposa, la ambiciosa doña Francisca Villanova y Marco¹.

Enseguida, la continuidad del proceso de formación de los partidos tradicionales se da con la radical división entre centralistas y federalistas, que permaneció hasta el final de su conformación y delimitación, y luego con una paulatina distinción ideológica más doctrinaria entre liberales y conservadores —relacionada con el papel del Estado en la economía—

¹ Rodrigo Llano Isaza: *Los Draconianos — Origen popular del liberalismo colombiano*. Bogotá: Planeta, 2005. p. 29.

concretada fundamentalmente a partir de 1848, con la "fundación oficial" de los históricos partidos tradicionales, en este año, el liberal², y en el año siguiente, el conservador³.

Pues bien, desde el propio momento del grito de independencia, el 20 de julio de 1810, los granadinos se dividieron en dos grupos con concepciones antagónicas respecto a la distribución y ejercicio territorial del poder que cada uno consideró más conveniente para la organización de la nueva República, con lo que se vislumbró una primera forma ideológica en la formación de los partidos políticos: los centralistas y los federalistas. El santafereño Antonio Nariño era partidario del centralismo y el payanés Camilo Torres, del federalismo.

No debe olvidarse que la legitimidad política de los dos líderes en el movimiento insurreccional se sustenta en que cada uno a su manera había contribuido a la formación de la conciencia política por la independencia. Nariño había aportado la traducción y publicación de la declaración de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*

en 1794; mientras que Torres, en 1809, redactó la *Representación del Cabildo de Santa Fe a la Suprema Junta Central de España*, más conocido como el *Memorial de agravios*, en el que reclama igualdad de derechos para criollos y españoles, exigiendo la participación de los primeros en la Suprema Junta Central de España, con decisiones propias. Por eso el documento es una pieza político-sociológica considerada trascendental para el proceso de la independencia de las colonias españolas en América.

Igualmente, desde el cargo de asesor del Cabildo de Santa Fe, Torres contribuyó a la causa de la independencia, precisamente con el *Memorial de Agravios*, que nunca llegó a su destino porque el Cabildo no lo autorizó, pues el documento en uno de sus apartes consigna la demanda de algunos avances democráticos para la América española, como él mismo lo manifiesta:

¡Igualdad! Santo derecho de la igualdad: justicia que estribas en esto y dar a cada uno lo que es suyo; inspira a España Europea estos sentimientos de la España Americana; estrecha los vínculos de esta unión; que ella sea enteramente duradera,

² El Partido Liberal colombiano nació el 16 de julio de 1848, cuando en el periódico *El Aviso* número 26, se publicó un artículo denominado "La razón de mi voto", en el cual el miraflorense Ezequiel Rojas promovió la candidatura a la presidencia de la República del general José Hilario López en contra de la postulación que el periódico *El Siglo* había hecho de Florentino González, y después de él mismo no aceptar la candidatura por su deseo de viajar a Europa con su familia (Llano Isaza: op. cit., p. 31).

³ El Partido Conservador nació oficialmente en 1849, mediante su primer órgano periodístico, *La Civilización*, fundado por Mariano Ospina Rodríguez y José Eusebio Caro. (*Antología del pensamiento conservador en Colombia*. Biblioteca Básica Colombiana. Instituto Colombiano de Cultura. Tomo I. Bogotá. 1982, p. 125).

y que nuestros hijos, dándose recíprocamente las manos, de uno a otro continente, bendigan la época feliz que les trajo tanto bien! ¡Oh! ¡Quiera el cielo oír los votos sinceros del Cabildo y que sus sentimientos no se interpreten a mala parte! ¡Quiera el cielo que otros principios y otras ideas menos liberales no produzcan los funestos efectos de una separación eterna⁴.

Una vez consolidada la independencia de la Nueva Granada, y en general de los (posteriormente) llamados países bolivarianos, sus corrientes político-partidistas siguen en formación, hasta finales del siglo XIX, por lo menos para Colombia. No obstante, la ideología granadina imperante en la época, una vez consolidada la independencia, sigue marcada en gran medida por el pensamiento tradicional de la Iglesia católica, como mentalidad generalizada, con algunas pequeñas muestras de laicización de las ideas, particularmente relacionadas con la aparición de la doctrina demo-liberal, propia de la ilustración. Fue así como solo a partir del 29 de junio de 1870 el Senado de los Estados Unidos de Colombia autorizó la enseñanza de los textos liberales del inglés Destut de Tracy y del británico Jeremías Bentham, este admirado desde los tiempos de Santander, pero que no tenía las simpatías de Bolívar,

quien consideró sus ideas inconvenientes para la juventud, por lo que, según Juan Francisco Ortiz, citado por el profesor Ciro Quiroz, el Libertador proscribió sus ideas el 12 de marzo de 1828⁵.

A pesar de tantas dificultades, dentro de este marco relativamente estéril a la razón democrática y republicana, fue germinando, para consolidarse posteriormente, la primera forma de participación en la actividad política nacional, concretada en el proceso de surgimiento de los partidos políticos. Proceso que, sin contar con la división entre centralistas y federalistas de la primera República, tiene su inicio entre los años de 1819 a 1826, desde la construcción de las primeras "redes de relaciones políticas"⁶, originadas con el primer gobierno del general Francisco de Paula Santander, cuando, en ausencia de Bolívar, desempeña el poder como vicepresidente.

Pero que se hace más clara cuando se producen los enfrentamientos entre santanderistas y bolivarianos. La conducta política adoptada con respecto a la dictadura de Bolívar y en la lucha contra la de Urdaneta va a convertirse en la piedra de toque para distinguir a 'los verdaderos republicanos' (como se autodenominan los amigos de Santander) de

⁴ Augusto Hernández Becerra: *Desarrollo institucional colombiano*. Escuela Superior de Administración Pública - ESAP. Bogotá. 1984, pp. 28-29.

⁵ Ciro Quiroz: *La Universidad Nacional de Colombia en sus pasillos*. Bogotá, 2002, pp. 41 y 45.

⁶ Fernán E. González González: *Para leer la política*. Tomo 1. Cinep. Primera reimpression. Bogotá. 1997, p. 40.

los 'serviles' (como llaman los santanderistas a los que tuvieron algo que ver con las dictaduras de Bolívar y Urdaneta), según David Bushnell⁷.

Por su parte, para la década siguiente a la revolución de independencia, al respecto de la iniciación de los partidos políticos, Miguel Antonio Caro escribe lo siguiente: "Fracciónase Colombia, y al frente del partido liberal, dueño del teatro, y presidiendo a la Nueva Granada, aparece el general Santander (...) Cuando Santander volvió a la patria en 1832, no tenía oposición. El partido colombiano estaba postrado; todos eran granadinos, todos se llamaban liberales"⁸. Más adelante el señor Caro, sin responder expresamente, pero sí de manera implícita, se cuestiona: "¿Qué relación y afinidades median entre el partido colombiano antiboliviano y el liberal granadino? ¿Puede considerarse con razón al general Santander como padre legítimo del liberalismo en nuestra tierra?"⁹.

Sostiene Caro que favoreció al general Santander, para el realce de su nombre, haber sido militar de la independencia (además de haber sido llamado, por el propio general Bolí-

var, el 'hombre de las leyes'), pues al hacerse irremediable la división entre venezolanos y granadinos, apareció a la cabeza de estos, agrupados primero como partido y constituidos después como nación. No obstante, agrega, que la comarca donde estaba radicada su familia y donde él recibió las primeras impresiones de la vida, más pertenece al tipo nacional venezolano que al granadino¹⁰.

Igualmente, regresando a la etiología de los partidos políticos en Colombia, el historiador José María Samper, en su obra *Derecho Público Interno de Colombia*, para el año 1814 ya sostiene la existencia del partido federalista como opositor del centralista, sobre la concepción ideológica 'elemental' relacionada con el reparto territorial del poder¹¹. Concepción inicial ('elemental'), pero que finalmente, en 1886, termina de configurar las dos corrientes partidistas tradicionales con la puesta en vigencia de la Constitución Política de este año, concretándose, constitucionalmente la 'centralización política y la descentralización administrativa'. Aunque finalmente no hubo tal descentralización, pero sí un despojo, sin indemnización, de los bienes de los antiguos Estados de la Unión.

⁷ David Bushnell: "El régimen de Santander en Colombia". En: González: *op. cit.*, p. 41.

⁸ Miguel Antonio Caro: *La oda a la estatua del Libertador y otros escritos acerca de Bolívar*. Biblioteca Colombiana XXII. Instituto Caro y Cuervo, 1984, p. 167.

⁹ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰ *Ibidem*, p. 169.

¹¹ José María Samper: *Derecho Público Interno de Colombia*. Tomo I. Biblioteca Popular de Cultura. Bogotá, 1951, p. 106.

Desde entonces, la Nación quedó rica y las entidades territoriales pobres correlativamente.

Además del primer momento reseñado en la formación de los partidos políticos en Colombia, basado en el reparto territorial del poder, el investigador Fernán González¹² propone otros cuatro. El siguiente, en la constitución de redes políticas, es el de la coalición de los llamados ministeriales o protoconservadores, como resultado lógico de la crisis de la anterior red de relaciones: parte de la burocracia civil, la más tolerante con los antiguos bolivarianos y urdanetistas, dice, logra triunfar en la elección presidencial de 1837 con el nombre de José Ignacio de Márquez Barreto. El vicepresidente Márquez derrota las candidaturas de Obando (el más intolerante frente a los bolivarianos, razón por la cual es apoyado por el presidente Santander) y Azuero (abogado civilista y burócrata profesional, precisamente catedrático de Benthan y Tracy), considerado por el propio Santander demasiado radical (contra el general Bolívar).

La radicalización de la familia Azuero contra los bolivarianos queda claramente corroborada en la misiva fechada en Paita, Perú, el diez de agosto de 1850, y que la ecuatoriana Manuela Sáenz de Thorne¹³, testigo presencial de los hechos, le envía al general Daniel F. O'Leary, encargado de negocios de "Su Majestad Británica", en la que da cuenta que, entre otros, Azuero aceptó haber participado directamente en la conspiración contra Bolívar en la llamada noche septembrina: "Lo que si no podré dejar en silencio-dice- fue que el consejo había sentenciado a muerte a todo el que entró al palacio, y así es que excepto Zulaivar, Horment y Azuerito, que confesaron con valor como héroes de esa conspiración, los demás todos negaron..."¹⁴. Aquí la patriota ecuatoriana hace referencia a Pedro Celestino Azuero, hermano menor de Vicente, este derrotado en 1837 en la carrera por la presidencia por el doctor Márquez Barreto.

Después del triunfo electoral de Márquez sobre José María Obando y Vicente Azuero (votos: 616, 536 y 164, respectivamente), y del de

¹² González: *op. cit.*, p. 42.

¹³ Manuela Sáenz de Thorne (1797-1856), patriota ecuatoriana, popularmente conocida como "Manuelita", compañera sentimental de Simón Bolívar. Nacida en Quito, contrajo matrimonio con el inglés James de Thorne. Tras la victoria de Pichincha (1822) y la consolidación de independencia de Ecuador, conoció a Simón Bolívar, se enamoró de él y abandonó a su marido. Acompañó a Bolívar a numerosas campañas y le salvó la vida en el asalto que sufrieron en el palacio de San Carlos en Bogotá (1828). Esta acción le valió el sobrenombre de "Libertadora del Libertador". Tras la muerte de Bolívar (1830) fue desterrada a Jamaica y, más tarde, a Perú. En el pequeño puerto peruano de Paita sobrevivió vendiendo dulces y tabaco. Allí murió en 1856 durante una epidemia de difteria. Biblioteca de consulta "Encarta". 2004.

¹⁴ Manuela Sáenz: Misiva al general O'Leary, del 10 de agosto de 1850. Tomado de "Cartas Sabias y lúcidas". Colección de Oro. Orbe Editores, 2001, p. 72.

su gobierno en la llamada guerra de los Conventos o de los Supremos (librada entre 1839 y 1842, contra los caudillos supérstites de la independencia, no satisfechos en sus pretensiones por el poder central), el momento político se caracteriza no solo por la adhesión de los ministeriales (o protoconservadores) al gobierno de Márquez, sino que dejó como resultado la Constitución Política de 1843, caracterizada como represiva, centralista y defensora de los ideales de la tradición de la Iglesia.

Por lo anterior, tiempo después, aproximadamente para los años 1847 a 1849, entre otras metas y exigencias, la reforma de la Constitución de 1843 es parte central del programa oficial del liberalismo radical, empeñado en cumplir con sus ideales, como efectivamente lo materializó, primero en la Constitución de 1853, denominada centro-federal, luego en 1858, con la otra verdaderamente federal, aprovechando los ocho estados creados previamente mediante el "acto legislativo" del 15 de junio de 1857, y, finalmente, ya con nueve estados federados, de manera radical, el 8 de mayo de 1863, con la Constitución de Rionegro, en la que el país toma definitivamente la forma de Federación, que rigió hasta 1886. Con esta última Carta, que Víctor Hugo llamó "Constitución para ángeles", cada Estado reafirmó su soberanía y su poder constituyente para expedir su propia carta de navegación, como efectivamente ocurrió en cada uno de ellos, incluido, naturalmente, el

Estado soberano de Boyacá, cuya Constitución fue aprobada en Tunja el 24 de agosto de 1863.

Otro momento en el proceso de formación de los partidos políticos es el surgido de los agrupamientos políticos del siglo XIX. Fue precisamente la llamada *revolución liberal* de mediados de siglo, en la que se inicia una cierta delimitación ideológica, más profunda, entre los partidos, con el surgimiento de controversias intelectuales que se cristalizan en la redacción de programas o plataformas políticas, liberales y conservadoras. Además, por primera vez en nuestra historia se produce una intensa movilización popular que aprovecha las tensiones sociales existentes en beneficio del partido liberal. En este momento es válido hacer hincapié en la relación directa que toman las nacientes ideologías partidistas con referencia al rol del Estado frente a la economía, pues incluso en el interior del propio Partido Liberal surgieron dos corrientes: los gólgotas o librecambistas y los draconianos o defensores del proteccionismo económico; liberales ortodoxos y heterodoxos, respectivamente. Pero ambas corrientes siempre sobreponiendo el ánimo de beneficio individual sobre el colectivo, para lo cual la dirección del Estado era la más eficaz herramienta para cada bando. Además, también a mediados de siglo, algo más depuradas, se debatían las ideas que se habían venido fraguando referentes al federalismo y al centralismo, como forma política de

reparto del poder político en el territorio nacional. Centralismo o federalismo seguía siendo parte de la disyuntiva partidista.

El siguiente momento de las coaliciones o redes de relaciones políticas se inicia precisamente con la convención de Rionegro, cuando los liberales radicales en nombre del civilismo se oponen a las tendencias dictatoriales del general Mosquera. Esta oposición se manifestó en la marcada tendencia del debilitamiento del ejecutivo nacional, que quedaba desprovisto de poder para intervenir en los conflictos internos de los estados federados, lo que equivalía a estar incapacitado para mantener el orden público en la Nación. Significando que el asunto fuerte, para este momento, en la formación de los partidos políticos siguió siendo claramente la confrontación entre el poder central y los poderes regionales, de las provincias, en este caso de los nueve estados federados. No obstante, tras de esos poderes estatales se esconde un inusitado interés por el papel, frugal en este caso, que ha de jugar la organización estatal en la economía, marcado por los gólgotas y los draconianos, dentro de las huestes liberales.

Para el señor González¹⁵, el quinto y último momento de configuración de los partidos políticos tradicionales en Colombia se concreta con las

coaliciones formadas en el interior de los grupos partidistas que dieron como resultado la Constitución Política de 1886. Principalmente con su carácter eminentemente centralista y de ligazón estrecha del Estado con la Iglesia católica, concretada a través del Concordato de 1887, que le otorgó a esta el control de la instrucción pública en todo el territorio nacional. Otorgamiento que se da con base en la propia Carta Política, que en su artículo 41 (original) fue explícita al estipular que "La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica".

Igualmente, el artículo 53 (original) estipuló que, "La Iglesia Católica podrá libremente en Colombia administrar sus asuntos interiores y ejercer actos de autoridad espiritual y de jurisdicción eclesiástica, sin necesidad de autorización del Poder civil; y como persona jurídica representada en cada Diócesis por el respectivo legítimo prelado, podrá ejercer actos civiles, por derecho propio que la presente Constitución le reconoce". Lo que significa que, además del criterio "ideológico" dominante hasta entonces, relacionado con el reparto territorial del poder, que escindía los bandos entre federalistas y centralistas, y del embrionario papel del Estado en la economía, un aditamento sustancial en la conformación de las corrientes partidistas, ya a finales del siglo XIX, fue definitivamente el rol de

¹⁵ GONZÁLEZ. Op. Cit. p. 48.

la Iglesia católica en relación con el Estado. Evento que también cambió radicalmente el rumbo de la república y de la democracia, consolidándose el unanimismo político, mediante el cual con la 'elección' de una sola persona, normalmente influenciada por la jerarquía católica y ayudada por el ejército nacional y por la burocracia estatal, se determinaba todo el mapa político de la Nación, así hasta bien entrado el siglo xx, pues no había elección popular de gobernadores ni alcaldes.

En este tiempo (de 1886), además, se golpeó la educación superior, por eso es conocido también en la historia de Colombia como el de la primera contrarreforma y del retroceso en la educación. Refiriéndose a la Universidad Nacional, que había sido fundada en 1867, en el gobierno del general Santos Acosta, el profesor Eduardo Suescún manifiesta:

De nuevo la Universidad —con esos ilustres seudo humanistas a la cabeza—, emprende su regreso a la Edad Media. Las incipientes cátedras de ciencias sociales y de derecho público son reemplazadas por las de canónico, derecho romano y raíces latinas. La Universidad torna a su

clausura, previa expulsión del profesorado radical, muchos de los cuales fueron al destierro. La contrarreforma se había hecho bajo la presión irresistible de las poderosas fuerzas reaccionarias triunfantes; la juventud que no quería un Seminario quedó fuera de ella; los profesores, sin cátedra, la República, sin su Universidad. La gramatocracia había triunfado¹⁶.

En tales circunstancias surgen las universidades privadas, como el Externado, fundado en 1886 por el joven radical Nicolás Pinzón Warlostén¹⁷, y la Libre, surgida en 1922, de la convención liberal de Ibagué, propuesta por el también radical general Benjamín Herrera Cortés¹⁸; rescatándose así el concepto de escuelas republicanas, acogiendo a los jóvenes estudiantes y profesores progresistas, que no querían regresar a la escolástica, pues la universidad pública de la Nación, tristemente, se convierte en la escuela del Partido Conservador.

En conclusión, durante todo el proceso de formación de las corrientes partidistas en Colombia (desde las primeras tensiones burocráticas entre los partidarios de Bolívar y los

¹⁶ Eduardo Suescún Monroy: *Universidad - Proceso histórico y jurídico*. Bogotá: Grijalbo, 1994, p. 59.

¹⁷ Con la fundación del Externado muy pronto se hizo sentir el malestar del gobierno y entre 1895 y 1918 estuvo cerrado por persecución política y militar (*El Espectador*, semana del 19 al 25 de febrero de 2006, p. 7F).

¹⁸ El general Herrera, después de la amarga experiencia de las guerras por él vividas como protagonista de primer orden, para la defensa de los ideales liberales, manifestó: "tremos, no al campamento, sino a las universidades, a la prensa, a la tribuna, que serán nuestra artillería". Posteriormente, siempre se refirió a la Universidad Libre como que "Ella es mi mejor obra" (Molina, Gerardo: *Las ideas liberales en Colombia*. Tomo II. Tercer Mundo Editores. Novena edición. Bogotá. 1990. ps. 79 y 81.

partidarios de Santander y desde la primera dicotomía centralismo-federalismo), salvo la esporádica aparición de Carbonell en los barrios populares de Santa Fe, no fue propiamente el pueblo el encargado de su proceso, sí la oligarquía criolla, para su propio beneficio, para mantener los privilegios que de suyo ya gozaba como parte del gobierno colonial español. Remontándose al inicio de la primera República, antes de iniciarse el alidamiento ideológico bipartidista conocido a la sazón, dice el historiador Indalecio Liévano Aguirre, citado por Gerardo Molina, que el patriciado criollo y las autoridades virreinales habían pactado, facilitando al primero la realización de sus viejos sueños de ser parte del gobierno, mientras que en los estratos bajos cuajó la corriente renovadora partidaria de la ruptura con España¹⁹, en la que, como se apuntó, Carbonell juega papel decisivo, salvando para la historia el movimiento contestatario de barriada.

No obstante, una vez consolidada la independencia, la formación partidista se reputa a la oligarquía criolla, para la conservación de sus intereses de clase, olvidándose en la práctica del bienestar del pequeño ciudadano, como lo sostiene el maestro Gerardo Molina, en referencia al historiador Jaime Jaramillo Uribe, sobre

el que también seguramente se basó el 'conspicuo' liberal Carlos Lozano y Lozano, en su ensayo "El Golpe de Cuartel del 17 de abril de 1854", donde sostiene que:

Ahora bien: es preciso reconocer que hasta 1848 los estadistas y jefes de partido no habían contemplado de cerca el problema de las masas ni el problema de la miseria, en una palabra, el problema de las capas sociales desvalidas. Se había liberado un pueblo, pero no se había pensado en que hay coyundas tan graves o más graves que las de la tiranía política. El bienestar del ciudadano pequeño abandonado no hizo parte de las meditaciones de los fundadores de la patria. Los grandes hombres, cargados de merecimientos, tendían a reemplazar el patriciado español en el disfrute de sus privilegios; las familias ilustres comenzaban a formar dinastías, y los campesinos y obreros continuaban como en la edad colonial, al margen de la vida de la República, llenos de derechos políticos teóricos, que no sabían ni podían ejercitar²⁰.

Con el proceso precedente quedaron instituidos los partidos tradicionales, que han gobernado, con diferentes coaliciones y matices, pero sin interrupción, por casi doscientos años; empero hoy su cuestionamiento es serio y de fondo: identidad conjunta con la ideología liberal-burguesa;

¹⁹ Indalecio Liévano Aguirre. En Molina, Gerardo: *La formación del Estado en Colombia*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 28.

²⁰ Carlos Lozano y Lozano, citado por Molina: *op. cit.*, p. 75.

aferradamente centralistas, tanto en lo político como en lo administrativo; antidemocráticos en su interior; policlasistas; defensores del eficientismo estatal con sacrificio de la solidaridad social y la equidad;

clientelistas y burocratizados; corruptos. Nada queda de la mentalidad de aquellos auténticos radicales decimonónicos, apóstoles de la democracia y de la igualdad, y decididamente distanciados de la fe católica.

Bibliografía

- BUSHNELL, David: *El régimen de Santander en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo; 1966.
- CARO, Miguel Antonio: *La oda a la estatua del Libertador*. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo; 1984.
- EL ESPECTADOR: del 19 al 25 de febrero de 2006.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Fernán: *Para leer la política*. Tomo I. Bogotá: Cinep; 1997.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto: *Desarrollo institucional colombiano*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 1984.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE CULTURA: *Antología política*. Tomo I. Bogotá; 1982.
- LLANO ISAZA, Rodrigo: *Los Draconianos. Origen popular del liberalismo colombiano*. Bogotá: Planeta; 2005.
- MOLINA, Gerardo: *Las ideas liberales en Colombia*. Tomo II. Bogotá: Tercer Mundo; 1975.
- _____ : *La formación del Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad Externando; 1994.
- PARDO RUEDA, Rafael: *La historia de las guerras*. Bogotá: Vergara; 2004.
- QUIROZ OTERO, Ciro Alfonso: *La Universidad Nacional de Colombia en sus pasillos*. Bogotá: UN, Facultad de Derecho; 2002.
- SÁENZ, Manuela: "Misiva al general O'leary". En: *Cartas sabias y lúcidas*. Colección Oro, Orbe Editores; 2001.
- SAMPER, José María: *Derecho Público Interno de Colombia*. Tomos I y II. Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana; 1951.
- SUESCÚN MONROY, Eduardo: *Universidad - Proceso Histórico y Jurídico*. Bogotá: Grijalbo; 1994.

Derecho y Realidad

Núm. 5 • 1 semestre de 2005

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC

ISSN: 1692-3936

Democracia y universidad: unión indisoluble

Democracy and University: An Unbreakable Union

Luis Bernardo Díaz Gamboa*

Resumen

El artículo realiza un análisis jurisprudencial frente a la autonomía universitaria en materia de participación en los procesos electorarios internos. Concluye que ha existido un bascular entre la visión garantista de la participación como derecho fundamental y una visión recortada o restringida de esta, que hace que quienes pierdan las elecciones sean designados rectores de las universidades, lo cual es un contrasentido.

Palabras clave: Autonomía universitaria, Democracia, Derecho a la participación, Elecciones universitarias, Universidad.

* Ph.D. en derecho. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

Abstract

A juridical analysis on the university autonomy, around the internal election participation's processes. The conclusion is that there have existed a movement between the guaranty vision as a fundamental right and a restricted and a short vision of it, which make feasible that those who lose one election, to be assigned as university's rectors, which is a nonsense.

Key words: University autonomy, Democracy, Participation right, University's elections, University.

Introducción

El Consejo Superior Universitario de la UPTC presentó a la comunidad el Estatuto General de la Universidad. En su introducción, el rector de la institución reconoce haber desestimado numerosas propuestas de la comunidad universitaria por contener aspectos "que no reúnen consensos para diseñar una política universitaria" o "reflejar una visión particular sobre la problemática actual que vive la universidad en alguno de sus sectores institucionales".

Lo cierto es que la ética dialógica, la que debe imperar en la Universidad, la que reconoce la alteridad y al otro como interlocutor válido, permite escuchar y tener en cuenta "otras visiones", aun si constituyen disensos frente al statu quo. Desestimarlas de entrada indica un grave sesgo ideológico, cuestionable desde todo punto de vista. Quizá por ello la UPTC vivió momentos fuertes de agitación durante varias semanas, que obligaron al Consejo Superior a crear una Comisión de "sugerencias" para una eventual reforma del estatuto, que no recoge las aspiraciones del colectivo académico.

En este artículo se pretende ofrecer un panorama sobre la democracia en la Universidad, desde la óptica de la democracia participativa, deliberante y decisoria.

Autonomía y participación

El tema de la autonomía universitaria está ligado estrechamente al ejercicio de la democracia como derecho colectivo y subjetivo, a la vez. En tal sentido, los conflictos más severos ocurridos en los últimos 15 años en las universidades públicas obedecen a problemas de legitimidad en la representación, muy a la par con la afectación presupuestal de ellas, como lo demostró la comunidad universitaria de la UPTC recientemente en dos concurridas manifestaciones en el marco del paro universitario.

La discusión se centra sobre la forma como deben ser elegidos los directivos de los entes, desde el rector mismo. Al respecto, la Ley 30 de 1992 "amarró" la designación del rector al Consejo Superior Universitario. Sin embargo, hay que manifestar que tan estrecho marco, donde cinco personajes –por muy ilustres que sean– definen la suerte de miles de integrantes de la comunidad, no resulta armónico con la propia Constitución Política, que habla de democracia participativa, como un criterio orientador y definidor de lo que ello implica.

Como consecuencia de las limitaciones de la Ley 30/92, creada para defender intereses de carácter político regresivos, las grandes

movilizaciones de las comunidades universitarias han desarrollado esquemas jurídicos que, como las consultas, pretenden –sin salirse del marco– explorar la opinión de las bases sobre temas tan candentes como la misma elección del rector. El tema ha llegado a instancias judiciales y, a decir verdad, la Corte Constitucional ha dado bandazos que vale la pena estudiar.

Primera época: fundamentalidad del derecho a la participación

La Corte Constitucional se ha referido en dos célebres sentencias al caso de la fundamentalidad del derecho a la participación de la comunidad universitaria en el nombramiento de sus directivos universitarios. Si revisamos la sentencia T-525 de 18 de mayo de 2001, se tutela el derecho a la participación a los estudiantes de la Escuela de Derecho de la UIS, que habían elegido a un director de Escuela por amplísima mayoría, derecho que les fue desconocido por el rector de la institución. En dicha providencia –así como en la T-587 de 7 de junio de 2001–, se exige tener en cuenta la opinión obtenida en forma democrática por la comunidad universitaria y se señala que, si de tal opinión deben apartarse, se deben suministrar las explicaciones correspondientes en el momento de la decisión, coetáneamente y no después. El ponente fue el Dr. Alfredo

Beltrán Sierra, magistrado socialdemócrata.

Por otra parte, el Decreto 3057 de 1997 reza: “Art. 1: ... Los programas académicos de pregrado y postgrado en educación han de contribuir especialmente al fortalecimiento de los procesos de desarrollo educativo, social, económico, político, cultural y ético que requiere el país y a hacer efectivos los principios de la educación y los valores de la democracia participativa definidos por la Constitución Política de Colombia, en el contexto de un Estado Social de Derecho”.

El art. 132 de la Ley 30 de 1992 estipula: “En todas las instituciones de educación superior [...] se promoverán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana”.

Consideraciones de la Corte

Transcribo los elementos centrales de las sentencias T-525 y T-587 de la Corte Constitucional, que afianzan el desarrollo de la “primera Corte”, mucho más avanzada y ceñida a los cánones de la Lex Legum.

El derecho fundamental de participación democrática que se plantea en el caso bajo estudio, encuentra su base constitucional en los artículos 1 y 2 de la Carta, que define al país como un Estado Social de Derecho, democrático,

participativo y pluralista (art. 1), y en el que consagra que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (art. 2), asuntos que se desarrollan en el art. 40 de la Constitución, así: “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido”, que está consagrado, a su vez, como derecho fundamental. En lo que atañe al caso de los establecimientos educativos universitarios, los artículos 68 y 69 de la Constitución consagran la autonomía universitaria y la participación de la comunidad. Dicen en lo pertinente estas normas: “Art. 68. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación”. “Art. 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley...”.

...No ocurre lo mismo (participación estudiantil) para la designación de Directores de Escuela de la UIS, en donde la participación democrática se reduce a uno sólo de los estamentos, al de los profesores de planta, ...

Hecha entonces la distinción sobre la clase de elección de que trata esta tutela, surge, nuevamente el interrogante sobre el grado de discrecionalidad de los profesores al elegir el Director de Escuela, pues, la elección se dio en dos escenarios: uno en una **consulta producto de**

un acuerdo académico de preferencia electoral, llevado a cabo el día 23 de octubre de 2000, en el que participaron estudiantes y otros integrantes de la comunidad universitaria, y, otro, de **elección estatutaria**, llevado a cabo el día 25 del mismo mes y año, y entre quienes, estatutariamente, les corresponde elegir al Director de la Escuela. En la primera, participaron aproximadamente 340 estudiantes, cuyos resultados fueron en 54,80% de la votación favorable al nombre del profesor Díaz. En la segunda, según los documentos, los profesores con derecho a elegir, el día 25 de octubre de 2000, fueron 10, pues el resultado de la votación secreta fue la siguiente: 7, a favor del profesor Pardo, y 3 a favor del profesor Díaz.

Se esperaba que los resultados de uno y otro escenario hubieran terminado en forma armónica, pero, no fue así. Y, para lo que interesa en cuanto a la procedencia de esta acción de tutela, hay que decir que de ello es responsable toda la comunidad universitaria, tanto las directivas de la Universidad, como los profesores electores y los estudiantes.

En efecto. En cuanto a los profesores, obra en el expediente que en asambleas y foros se decidió que se realizaría la consulta mencionada, y los aspirantes al cargo de Director se someterían a unas reglas fijadas públicamente y aceptadas por ellos. Se puede afirmar que los profesores (incluidos aquellos a los que estatutariamente corresponde la elección del Director), participaron

en el proceso, bien fuera impulsándolo o no haciendo, oportunamente, las objeciones públicas al mismo, o, señalando que, en forma independiente a lo que se decidiera en la consulta de preferencia, ellos no se despojaban de su derecho discrecional de elegir a quien a bien consideraran, tal como lo dispone el art. 54 del Estatuto. Ni tampoco suministraron explicaciones sobre la decisión adoptada, en la que se separaban diametralmente de la consulta interna convenida previamente por profesores y estudiantes, por no considerar vinculante su resultado.

Luego llama la atención la Corte a los profesores que incumplieron el pacto académico-electoral, **con grave desmedro de su credibilidad, con la aquiescencia de las directivas universitarias.**

La Sala piensa que no obstante los errores en que incurrieron todos los que de una u otra manera participaron activa o pasivamente en el proceso de elección de Director de la Escuela, esta acción de tutela es procedente porque los profesores adquirieron una obligación con su participación u omisión, con la comunidad universitaria de nombrar a quien había obtenido un voto de preferencia claramente mayoritario, del 54,80% de los participantes, y que si se apartaban de tal resultado, como lo hicieron, estaban obligados a motivar su actuación. Al no hacerlo, la elección estatutaria dejó de ser un acto discrecional y se transformó en un acto arbitrario, con

grave desmedro del derecho fundamental de participación de los estudiantes actores de esta acción de tutela, pues no se tuvo en cuenta su participación en las decisiones que los afectan a todos, principio consagrado en la Constitución, arts. 1, 2 y 40.

...La vulneración se dio respecto de los derechos fundamentales de los estudiantes, en cuanto a que la elección de los profesores, en forma abierta, desconoció el resultado de la consulta de preferencia y se ampararon en el contenido del art. 54 del Estatuto, para hacer legítima su decisión, siendo que estaban obligados a suministrar las razones correspondientes.

Por ser este el punto en donde se presentó la vulneración de los derechos fundamentales de dos de los actores y de los otros estudiantes que así lo han manifestado en esta acción de tutela, es donde el juez constitucional puede, en forma limitada por la autonomía universitaria, intervenir para la protección de los derechos fundamentales, si no se está frente a un hecho superado.

Sobre este último aspecto, obra en el expediente que cuando los profesores eligieron al profesor Pardo, y este nombramiento suscitó el gran descontento entre la comunidad universitaria, para remediar provisionalmente el problema, el rector nombró en interinidad a un Director de Escuela de Derecho encargado. En la declaración rendida ante el juez de tutela, el rector manifestó que el nombramiento del nuevo Director se haría en el primer trimestre de 2001. Es decir, para la Corte no hay certeza

respecto de si el hecho está superado, o si, a pesar de ya haberse producido un nuevo nombramiento, en este proceso se respetó el resultado de la consulta de preferencia, o si se motivó el acto, para apartarse del mismo, pues, si se ignoró nuevamente la opinión de la consulta, se estaría frente a un aparente hecho superado, ya que la acción u omisión continuaría produciendo efectos.

En tales circunstancias, respetando las órbitas propias de la autonomía universitaria y de la competencia del juez de tutela, la Sala ordenará que en la elección y nombramiento del Rector de la Escuela de Derecho y Ciencia Política si no se ha hecho en la forma indicada en esta providencia, es decir, que satisfaga el derecho de participación de la comunidad universitaria, las directivas, el Rector y los profesores, se comprometan en que al abrir los espacios de participación en la designación de tal Director, las decisiones que se adopten por parte de quienes estatutariamente tienen la competencia de hacerlo (los profesores electores y el profesor nominador), según el art. 54 del Estatuto de la Universidad, tengan en cuenta la opinión obtenida en forma democrática por la comunidad universitaria, y que, si de tal opinión deben apartarse, expliquen las razones correspondientes, pues, el simple argumento de que el Estatuto así lo dispone, convierte la decisión en arbitraria o caprichosa, ajena a lo que es el estado de Derecho.

...Respecto de que el juez de tutela ordene a las directivas que no tomen represalias contra los alumnos y profesores que apoyaron la consulta, no hay lugar a una orden en este sentido,

pues no obra en el expediente prueba de que se esté dando tal situación, situación que si violaría la libertad de expresión de quienes integran la comunidad universitaria.

RESUELVE:

Primero: Revocar la sentencia del Juzgado Segundo de Menores de Bucaramanga, de 22 de diciembre de 2000, en la acción de tutela presentada por Cristian Alejandro Benítez Nieto contra la UIS. Revocar la sentencia del Juzgado Noveno Penal el Circuito de Bucaramanga, de 24 de enero de 2001, en la acción de tutela presentada por Miguel Zequeda contra la UIS.

Para tal efecto, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el Rector de la Universidad, si no se ha producido el nombramiento de Director de la Escuela de Derecho y Ciencia Política, en la forma indicada en la parte motiva de esta sentencia, se comprometerá, acompañado de las Directivas de la Universidad y de los profesores responsables de la designación, a que las decisiones que se adopten por parte de quienes estatutariamente tienen la competencia para hacer la elección de Director, según el art. 54 del Estatuto de la Universidad, tengan en cuenta la opinión obtenida en forma democrática por la comunidad universitaria, y que si de tal opinión deben apartarse, suministren las explicaciones correspondientes ante la misma comunidad (subrayados míos).

También podríamos citar otras sentencias de la Corte Constitucional que pueden avalar el fallo tutelante.

Sentencia C-299/94: "La autonomía quiso resaltar una característica propia de las democracias modernas que se traduce en el axioma de que los estudios superiores no pueden estar sometidos a ninguna forma de dirección, orientación, interferencia o confesionalismo por el Gobierno".

Sentencia T 515/95: El límite de la autonomía universitaria lo establece el contenido constitucional que garantiza su protección, pero sin desmedro de los derechos igualmente protegidos por la normatividad constitucional... Su naturaleza es compleja por cuanto implica la cohabitación de derechos pero no la violación al núcleo esencial de los Derechos Fundamentales".

Sent. T-237/95: "La autonomía universitaria dentro de un sentido general, se admite de acuerdo a determinados parámetros que la Constitución establece, constituyéndose, entonces, en una verdadera relación derecho-deber, lo cual implica una ambivalente reciprocidad por cuanto su reconocimiento y su limitación están en la misma Constitución. Sería incomprensible que con la disculpa de la autonomía se vulnera la normatividad constitucional, toda vez que ésta es portadora de unos principios que bajo ningún aspecto pueden ser desplazados".

Sent. T-574/93: "La autonomía universitaria es ante todo un derecho limitado y complejo [...] Complejo

porque involucra otros derechos de las personas, tales como la educación, la libertad de cátedra, la participación, que deben ser tenidos en cuenta y respetados en el desarrollo de las actividades universitarias".

Sent. T-180/96:

El ejercicio de la potestad discrecional que surge del ámbito de libertad que la Constitución les reconoce a las universidades no es ilimitado. Por el contrario, únicamente las actuaciones legítimas de los centros de educación superior se encuentran amparados por la protección constitucional. El respeto de la dignidad humana como fundamento esencial del Estado, la obligación de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo en el cual se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la primacía de los derechos inalienables de la persona, el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, se convierten en barreras que limitan el ejercicio de la autonomía de quienes legítimamente ejercitan poderes o potestades derivadas, tuteladas o toleradas por el ordenamiento constitucional.

No puede predicarse la inmunidad judicial de los actos de las universidades que sean susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de sus estudiantes. El control judicial de los actos

ilegítimos de los centros docentes, surge con claridad de los mandatos constitucionales que proyectan la eficacia del principio de la interdicción de la arbitrariedad sobre quienes, como las universidades, ostentan posiciones de dominación social y por tanto son agentes hipotéticamente proclives a vulnerar los derechos que las Carta reconoce a las personas.

Resulta ilegítima la decisión que afecte un derecho fundamental y que no se encuentre amparada por una justificación objetiva y razonable, que no persiga una finalidad constitucional reconocida o que sacrifique en forma excesiva o innecesaria los derechos tutelados por el ordenamiento constitucional.

La disposición interna que tenga la virtualidad de afectar derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, debe someterse a un juicio de constitucionalidad a fin de garantizar que su aplicación se encuentre amparada por una justificación objetiva razonable, y que persiga un fin constitucionalmente legítimo que, a su vez, no sea capaz de generar una limitación desproporcionada de los derechos y libertades de los educandos respecto del objetivo que pretende conseguir.

Sent. C-220/97: "La Universidad, cuyo fundamento es el perfeccionamiento de la vida y cuyo objetivo es contribuir a la formación de individuos que reivindicquen y promuevan ese fundamento a través del dominio de 'un saber' y de la capacidad de generar

conocimiento, reclamando su condición de fines en sí mismos y no de meros instrumentos, es la Universidad que requiere, para 'ser', del reconocimiento efectivo de su autonomía...".

Sent. T-235 de 1998:

Cuando los integrantes de una comunidad educativa o de otra índole cualquiera se inmiscuyen en un proceso tendiente a elegir las personas que van a dirigir los destinos de la comunidad, sin duda ejercen el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues si se ha sostenido que éste es desarrollo del principio de participación a que se refieren el Preámbulo y los artículos 1 y 2 constitucionales, resulta que se ejerce cuando se tiene injerencia en las decisiones que interesan al conglomerado, en este caso, universitario.

El ejercicio de la autonomía implica para las universidades el cumplimiento de su misión a través de acciones en las que subyazca una ética que Weber denominaría "ética de la responsabilidad", lo que significa que esa autonomía encuentre legitimación y respaldo no sólo en sus propios actores, sino en la sociedad en la que la Universidad materializa sus objetivos, en el estado que la provee de recursos y en la sociedad civil que espera fortalecerse a través de ella; se trata de que quienes conforman la universidad trasciendan su propia e individual convicción de que lo que hacen es

lo pertinente, lo conveniente, lo razonable, sometiéndolo a consideración no sólo de sus pares, sino de esos otros actores de la sociedad, que evaluarán si la autonomía ejercida por sus universidades prevé, como le corresponde, incluso lo no previsible, teniendo en cuenta las consecuencias e impacto de sus acciones en la sociedad, e identificando en el individuo que educa no a un mero instrumento para sus propios objetivos, sino a un universo individual, único y diferenciable. La universidad surge como una organización marginal. Esa universidad para "ser", tiene que ser autónoma, pues cualquier obstrucción a esa condición la desvirtúa. Esa autonomía tiene como objetivo principal protegerlas de la interferencia del poder político central, al igual que ocurre con el organismo estatal que creó para el manejo de la televisión, no obstante eso no implica, como lo ha dicho la Corte, que sean ajenas e independientes del mismo Estado.

Sentencia T-459 de 1997:

El juicio del juez constitucional en relación con las relaciones internas debe inscribirse dentro de los propósitos que el art. 67 de la Carta Política otorga a la educación, es decir, la formación de los colombianos "en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia...".

El juez constitucional no puede intentar contra la flexibilidad y autonomía en que deben sustentarse los instrumentos

necesarios para el cumplimiento de los fines constitucionales de la educación. Sin embargo, está claro que la utilización de los instrumentos pedagógicos a disposición de los docentes y autoridades escolares se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de los estudiantes.

Como podemos observar, se respira en estas sentencias una defensa irrestricta de la autonomía ligada a la democracia auténticamente participativa, llegando a deponer situaciones a todas luces inconstitucionales en procesos que como en la UIS vulneraron claramente la voluntad del colectivo.

También es ilustrativa la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de febrero 7 de 2002, en una liza en la Universidad de Nariño:

DERECHO DE PARTICIPACIÓN – Concepto. Garantía dentro de la autonomía universitaria/ AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – Concepto

La autonomía universitaria debe ser entendida como la garantía constitucional que permite a las universidades determinar libremente, entre otros, cuáles deben ser sus estatutos; definir su régimen interno; estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y períodos de sus directivos y administradores. Por su parte, el derecho a la participación encuentra su base constitucional en el artículo 1, que define al país como

un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista y en el artículo 2 que consagra que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Se encuentra además desarrollado en el artículo 40 de la Constitución, al establecer que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. En lo que atañe al caso de los establecimientos educativos universitarios, el artículo 68 de la Constitución establece que la comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la participación, en la universidad, está bien garantizado cuando la comunidad universitaria participa en la elección de sus directivos entendiendo que forma parte de la autonomía universitaria, la reglamentación de la manera en que dicha participación se debe llevar a cabo. Lo dicho hasta el momento resultaría suficiente para establecer que, como se dijo, hace parte de la autonomía universitaria la función de reglamentar la participación de la comunidad universitaria y que, la forma que ésta adopte no debe preocupar al juez de tutela. Sin embargo, considera la Sala que, en cualquier caso, el ejercicio de la autonomía universitaria debe desarrollarse en el marco que le otorga la Constitución y la ley. Por lo anterior, la reglamentación que realice el Consejo Superior de la Universidad, en virtud de su autonomía, no debe contrariar otros derechos fundamentales o principios

constitucionales. Nota de Relatoría: Ver sentencia T-525 de 2001 de la Corte Constitucional.

DERECHO A LA IGUALDAD - Test de igualdad / TEST DE IGUALDAD – Inexistencia de violación del derecho a la igualdad /AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, "exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan". Así, lo que busca el artículo constitucional es la creación de una igualdad real y no meramente formal. Para determinar si dos medidas que brindan un trato diferente garantizan la igualdad, es conveniente aplicar el test de igualdad en el que se debe verificar la existencia de los siguientes supuestos: –La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. – La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. –La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. En lo que respecta con el análisis de la proporcionalidad de la medida adoptada, se deben satisfacer tres requisitos adicionales, a saber: –Los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del

fin perseguido. -Los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, - Los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes. Siendo claro que en las elecciones para elegir al Rector de la Universidad de Nariño se permite la participación tanto de los profesores como de los estudiantes, resta establecer si la manera como se reglamentó el conteo de votos vulnera la igualdad que debe primar entre los dos estamentos (profesores y estudiantes) para lo cual se aplicara el test de igualdad, mencionado anteriormente, al caso concreto. Inicialmente es necesario aclarar que en el presente caso se debe tener en cuenta que la comunidad universitaria se integra con diferentes estamentos y que, en este sentido, el caso se debe analizar considerando, por un lado, al estamento profesoral y, por otro, el estamento estudiantil, lo cual excluye la consideración individual de cada uno de los miembros que componen cada uno de dichos estamentos. El primer elemento del test supone la existencia de un objetivo perseguido con el trato desigual, lo que, en el caso bajo estudio, se concreta en la necesidad de que los votos de los profesores tengan una influencia real en las elecciones para Rector. Lo anterior por cuanto su minoría numérica (700 profesores - 6000 estudiantes) implicaría la inutilidad de su voto si éste se concibiera en una igualdad entendida como una persona, un

voto, vale decir, sin ponderación alguna. En segundo lugar, se exige la validez de este objetivo a la luz de la Constitución; requisito que también se cumple en este caso, si se tiene en cuenta que es la misma Constitución la que establece la participación de la comunidad universitaria en las decisiones que los afectan, artículo 68, por lo que, al dar una utilidad real al voto de los profesores se está cumpliendo el mencionado mandato constitucional. Como tercer requisito, se exige la proporcionalidad entre el trato dado y el fin perseguido, por lo que se analizarán los requisitos para determinar la proporcionalidad. Para establecer la existencia de la proporcionalidad de la medida adoptada, se deben satisfacer tres requisitos. En primer lugar, se encuentra que los medios escogidos, es decir, la manera en la que se reglamentó el conteo de votos, son adecuados para conseguir el fin perseguido, en cuanto permiten que la opinión de los profesores realmente tenga una incidencia en los resultados de las votaciones. En segundo lugar, es claro que los medios son necesarios, pues, de no existir el voto ponderado, la opinión de los profesores carecería de valor real en los resultados de las elecciones. En tercer lugar, considera la Sala que los medios empleados guardan proporción con los fines perseguidos, pues la manera como se implementó el conteo de votos permite que, tanto el estamento de los estudiantes como el de los profesores, sin importar el número de personas que lo componen, tenga posibilidad real de elegir como Rector a la persona

que consideren más adecuada. En conclusión, se puede afirmar que es parte de la autonomía universitaria reglamentar la forma en que participa toda la comunidad para elegir a sus directivas y que la manera en que se reglamentó el conteo de votos en la Universidad de Nariño no vulnera el derecho a la igualdad (Nota de Relatoría: Ver sentencias C-094/93 y C-022/96).

Segunda época: la visión restrictiva

Con las sentencias proferidas en el caso de la Universidad Nacional y de la UPTC, la Corte entra a restringir severamente la democracia participativa de las bases, alejándose del espíritu que tuvo en sus inicios. Vamos a referirnos en concreto a la sentencia T-024 de 2004 de 21 de enero de 2004, por la cual revisó varias tutelas de instancias inferiores que habían desestimado los criterios de violación al derecho fundamental a la participación de los estamentos con ocasión del nombramiento del actual rector de la UPTC, quien en las consultas obtuvo una votación minoritaria frente a los demás candidatos.

A este respecto la Corte ha precisado los alcances y límites de esta autonomía¹. Así, en

reiterada jurisprudencia ha advertido que:

Las instituciones de educación superior tanto públicas como privadas son titulares de autonomía constitucionalmente reconocida (Artículo 69 C.P.) en cuyo desarrollo ostentan potestades en virtud de las cuales pueden organizarse, estructural y funcionalmente, autorregularse y autocontrolarse, delimitando, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte², el ámbito para el desarrollo de sus actividades.

En último análisis, la autonomía constitucional es capacidad de autorregulación filosófica y de autodeterminación administrativa³ y por ello al amparo del texto constitucional cada institución universitaria ha de contar con sus propias reglas internas (estatutos), y regirse conforme a ellas; designar sus autoridades académicas y administrativas; crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos, adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional⁴.

¹ Ver al respecto, entre otras, la Sentencia T-182/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

² Ver Sentencia T-515/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³ Ver Sentencia T-310 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Ver entre otras las Sentencias T-492 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-589 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

La autonomía universitaria, como ha enfatizado la Corporación⁵, no es absoluta, pues no sólo el legislador puede configurar esta garantía, sino que la Constitución y la ley pueden imponerle, válidamente, restricciones. Por consiguiente, "la autonomía universitaria no es soberanía educativa, pues si bien otorga un margen amplio de discrecionalidad a la institución superior, le impide la arbitrariedad".

La autonomía reconocida por la Carta no otorga a las universidades el carácter de órgano superior del Estado, ni les concede un ámbito ilimitado de competencias pues cualquier entidad pública o privada por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico que lo rige, es decir, tanto al conjunto de valores, principios, derechos y deberes constitucionales, como a las prescripciones contenidas en la ley⁶.

En este punto hay también que reiterar las puntualizaciones jurisprudenciales conforme a las cuales, en un Estado social y democrático de derecho, la legitimidad del ejercicio de las potestades y facultades constitucionalmente reconocidas—incluyendo aquellas que se derivan de la autonomía universitaria—se funda en el respeto a los valores, principios y derechos que integran el

ordenamiento jurídico, y se garantiza otorgando a las personas los recursos necesarios para que los actos susceptibles de transgredirlos puedan ser fiscalizados por autoridades pertinentes en desarrollo de la inspección y vigilancia que consagra el Artículo 189, numeral 21, de la Constitución⁷.

En fin, no puede predicarse como garantía consagrada en el Artículo 69 de la Carta, la inmunidad de los actos de las Universidades que sean susceptibles de vulnerar el ordenamiento jurídico vigente; los altos fines sociales que persigue la autonomía universitaria no pueden servir de excusa a los centros docentes para que, prevalidos de esa garantía institucional, vulneren el ordenamiento jurídico⁸.

Reconocida, pues, la posibilidad para los entes universitarios autónomos (art. 57 de la ley 30 de 1992) de regirse por sus propias normas, dentro de los marcos constitucionales y legales, corolario obligado es el respeto de dichas normas por la comunidad universitaria, pues, como también ya dijo esta Corporación, "Se colige que el contenido de la autonomía universitaria se concreta especialmente en la capacidad libre para definir sus estatutos o reglamentos, los cuales deben ser respetados por toda la comunidad educativa, lo que

⁵ Ver entre otras las Sentencias T-02 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-180 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Ver Sentencia T-310 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Ver Sentencia C-220 de 1997, M.P. Fabio Morón.

⁸ Ver entre otras las Sentencias C-299 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-06 de 1996, M.P. Fabio Morón, C-589, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

incluye a los alumnos y a las directivas de la institución"⁹.

Así las cosas, en el caso que ocupa la atención de la Corte en relación con el proceso de elección de Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, las reglas que debían ser respetadas específicamente eran aquellas que integraban las formas propias del proceso electoral de acuerdo con los estatutos de la institución y sus demás normas internas, que constituían el debido proceso para esta circunstancia.

Atendiendo los mandatos del Preámbulo y los artículos 1 y 2 superiores, que expresamente señalan al Estado colombiano un "marco jurídico, democrático y participativo", con la finalidad de, entre otras, "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan", la jurisprudencia de esta Corporación ha puesto no solamente en evidencia el carácter fundamental de dicho derecho, sino también que este figura dentro de aquellos que de conformidad con el artículo 85 de la Carta son de aplicación inmediata¹⁰.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha destacado que en lo que se refiere a la comunidad educativa el artículo 68 de la

Constitución ordena que esta participe en la dirección de las instituciones de educación, al tiempo que el artículo 67 superior señala que la educación formará a los colombianos en el respeto a la democracia. Por ello ha señalado la necesaria concordancia que debe existir entre el ejercicio de la autonomía reconocida a los entes educativos universitarios para autorregularse y el respeto del derecho de los miembros de dicha comunidad a la participación.

4.3. Ha de destacarse también por la Corte que cuando se trate de universidades estatales, el citado artículo 69 de la Constitución le ordena al legislador establecer "un régimen especial" para ellas, lo que significa atender la particularidad de las mismas en cuanto las distingue de las universidades privadas; y por ello se explica la existencia de normas específicas para las universidades del Estado en la Ley 30 de 1992.

4.4. De igual modo se precisa por la Corte que la autonomía universitaria ha de entenderse en armonía con lo preceptuado por el artículo 68 de la Constitución en cuanto en él se establece que la comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. Es decir, que la autorregulación que a las universidades garantiza el artículo 69

⁹ Sentencia T-310/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-145/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-089/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-180/94, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-194/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-586/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz, C-275/96, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-235/98 M.P. Fabio Morón Díaz, C-507/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-525/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-179/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de la Carta no podrá, en ningún caso prescindir de quienes integran la comunidad educativa (docentes, estudiantes, personal administrativo), y, en cambio, será indispensable establecer mecanismos internos que les permitan expresarse sobre todos los asuntos que interesan a la vida académica y administrativa de la universidad, así como la posibilidad de participar efectivamente en las decisiones correspondientes. Se abandona pues un criterio autoritario en la universidad para dar cabida de manera concreta al principio de la democracia participativa en los claustros¹¹.

Ahora bien, sobre el alcance específico de dicho derecho a la participación en lo referente a la elección de las directivas de los entes universitarios, resulta pertinente recordar la síntesis efectuada en la Sentencia T-525 de 2001, adoptada por la Sala Segunda de revisión de esta Corporación, donde se precisó que el derecho de participación debe manifestarse en dicha elección independientemente de la forma que adopte. Dijo la Corte:

En el caso de las universidades, para hacer real la participación de la comunidad educativa superior en darse sus propias directivas, la Ley 30 de 1992, en el artículo 28 señala el ámbito de la autonomía universitaria, y en los artículos 62, 63 y 66 se establece el procedimiento general de organización y elección de tales directivas, en las universidades

¹¹ Sentencia C-829/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

estatales u oficiales. Estas disposiciones parten de la base de que la comunidad universitaria siempre estará representada en los órganos de dirección.

De todo lo anterior se concluye que existe el derecho a la participación de la comunidad universitaria para la elección de todas o algunas de sus directivas, bien sea directamente, o a través de sus representantes ante los órganos de dirección, o por parte de uno sólo o algunos de sus estamentos; y que la correspondiente elección se realiza de acuerdo con los Estatutos de la universidad, y estos, a su vez, se expiden de conformidad con la Constitución y la ley.

Es decir, que el derecho de participación se refleja en que ella efectivamente se dé, y no tanto en la forma que adopte. Quiere esto decir que si el Consejo Superior de una universidad, por ejemplo, dentro de su propia autonomía, considera que todas las directivas se elijan por el voto directo de todos los integrantes de la universidad, es decir, siguiendo el principio de una persona un voto, tal procedimiento resulta perfectamente válido constitucionalmente. Pero, también, puede ser válido que el Consejo Superior determine que todas o algunas de las directivas se elijan a través de sus representantes ante el Consejo Superior o Académico u otro órgano de dirección, porque lo que debe garantizarse, independientemente del procedimiento que se adopte, es que en las elecciones

de directivas, la decisión sea resultado de la participación de la comunidad. Por ello, los estatutos tienen que establecer la participación. Participación, se repite, que no necesariamente tiene que adoptar la del voto directo de toda la comunidad académica en todas las elecciones, ya que determinaciones de esta naturaleza sólo pueden ser fruto de sus propias decisiones, como consecuencia de la autonomía para darse sus directivas y estatutos.

De igual manera, atendiendo el principio de la autonomía universitaria, cuando el derecho de participación se obstaculiza, le corresponde a la propia comunidad universitaria buscar los mecanismos para solucionar el problema. En otras palabras, intervenciones ajenas a la universidad para resolver sus asuntos, en materia de designación de directivas, no debe darse, y si se da, ésta debe ser excepcional, aun tratándose del juez de tutela¹² (subrayados fuera de texto).

La Corte ha establecido, de otra parte, la oportunidad para acudir a la acción de tutela en este tipo de procesos electorales. Al respecto la jurisprudencia ha precisado que la acción de tutela solamente puede interponerse en estos casos antes de que se produzca la elección respecto de la

cual se invoca la vulneración de los derechos fundamentales, pues una vez ésta se produce la vía a la que debe acudir es a la acción pública electoral ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

Luego, en este caso, es posible diferenciar claramente entre el proceso de elección, en el cual el juez de tutela puede intervenir para restablecer los derechos fundamentales amenazados o violados, y la elección en sí, sobre la cual no puede decidir el juez constitucional porque es un asunto propio del juez de lo Contencioso Administrativo^{13,14}.

Resulta apropiado, igualmente, reseñar que mediante sentencias T-525 y T-587 de 2001 la Corte en aplicación del mismo criterio, según el cual solamente es dable al juez de tutela intervenir antes de producida la elección, tuteló el derecho a la participación invocado en dichos procesos, advirtiendo los precisos límites en que puede moverse el juez, en función de las características propias de la acción de tutela, así como del respeto de la autonomía universitaria.

En tales circunstancias, respetando las órbitas propias de la autonomía universitaria y de la competencia del juez de tutela, la Sala ordenará que en

¹² Sentencia T-525/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³ Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, sentencia T-530 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, y Sala Séptima de Revisión, sentencia T-032 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Sentencia T-235/98 M.P. Fabio Morón Díaz, reiterada en este punto en las sentencias T-525 y T-587 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

la elección y nombramiento de Director de la Escuela de Derecho y Ciencia Política, si no se ha hecho en la forma indicada en esta providencia, es decir, que satisfaga el derecho de participación de la comunidad universitaria, las directivas, el Rector y los profesores, se comprometan en que al abrir los espacios de participación en la designación de tal Director, las decisiones que se adopten por parte de quienes estatutariamente tienen la competencia de hacerlo (los profesores electores y el Rector nominador), según el artículo 54 del Estatuto de la Universidad, tengan en cuenta la opinión obtenida en forma democrática por la comunidad universitaria, y que, si de tal opinión deben apartarse, expliquen las razones correspondientes, pues el simple argumento de que el Estatuto así lo dispone convierte la decisión en arbitraria o caprichosa, ajena a lo que es el Estado de derecho.

Solo a esto se reduce la protección del juez constitucional en este caso, porque a las demás pretensiones de los actores no se accede, por no corresponderle ordenar que se revoque el nombramiento del Director encargado, por no cumplir requisitos legales, ya que es evidente que existe otro medio de defensa judicial. Tampoco puede ordenar que se respete la decisión de la consulta y que se nombre al profesor Díaz, ya que resultaría una

evidente violación a la Constitución que un juez de la República sea el que nombre directivas universitarias, si el precepto constitucional dice que son las propias universidades las que se darán sus directivas y estatutos (art. 69 de la Constitución). Por la misma razón, el juez constitucional no puede exigir al Consejo Superior que modifique el Estatuto sobre la forma de nombramiento de Director de Escuela, como es la tercera de las pretensiones¹⁵ (subrado fuera de texto).

A ello debe agregarse que recientemente, en sentencia T-1227 de 2003, la Sala primera de Revisión de la Corporación estableció la improcedencia de las acciones de tutela instauradas en contra de la elección del rector de la Universidad Nacional de Colombia, basadas en el supuesto desconocimiento de las consultas estamentales realizadas en esa Universidad dentro del proceso de elección¹⁶. Al respecto, en dicha sentencia se señaló lo siguiente:

Como puede observarse de los antecedentes que se dejan expuestos, del contenido de la contestación a las acciones de tutela de que se trata por la Universidad Nacional, de las pruebas practicadas y del asunto respecto del cual se reclama la

¹⁵ Sentencia T-525/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, reiterada en la Sentencia T-587/01 con ponencia del mismo Magistrado.

¹⁶ El problema jurídico planteado se resumió así en dicha sentencia: "2.- Conforme a los antecedentes narrados, corresponde a la Corte determinar si el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional desconoció los derechos fundamentales de los actores al debido proceso, a la igualdad y de elegir y ser elegido al no designar como Rector de dicha Institución al señor Víctor Manuel Moncayo Cruz, quien obtuvo el mayor resultado en la consulta efectuada a la comunidad académica; asimismo, tendrá que determinar, conforme a las normas que rigen la materia, cuál es el quórum decisorio para la elección del Rector de la misma Entidad".

acción de tutela, esta resulta improcedente, toda vez que el acto de elección del rector de la Universidad Nacional es un acto administrativo, de carácter electoral, para el cual se encuentra establecida una vía expedita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que es la llamada a decidir de manera definitiva sobre el particular. Y, por lo demás, no es el caso de conceder esta acción de tutela como mecanismo de carácter transitorio, pues no se encuentran reunidos los presupuestos que para el efecto se exigen por el Decreto 2591 de 1991 en cuanto hace relación a la existencia de un perjuicio irremediable, no susceptible de protección inmediata, razón esta por la cual no se concederá por la Corte una protección transitoria, que, por lo demás, lo mismo que la principal resulta en este caso improcedente¹⁷.

Así, frente a la vulneración del debido proceso, invocada por Olmedo Vargas Hernández, por la supuesta ilegalidad de las actuaciones del Consejo Superior Universitario que culminaron con la expedición del Acuerdo 023 de 2003, resulta evidente la existencia de otro medio de defensa judicial eficaz para proteger sus derechos, a saber, la acción electoral

ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo (art. 136-12, 223 a 251 C.C.A.).

Frente a la vulneración del derecho a la participación invocada por los accionantes Jhon Fredy Bayona Bayona (expediente T-769.209), Ximena del Pilar Rincón Castellanos (expediente T-785.267)-, Diana Carolina Cabra Delgado (expediente T-785.420) y Víctor Hugo Vargas Bohórquez (expediente T-785.510), así como de los demás derechos a que dos de ellos aluden¹⁸, como resultado de la derogatoria del acuerdo 019 de 2003 por el acuerdo 023 de 2003 a que se ha hecho reiterada referencia en esta sentencia, con el consecuente desconocimiento de los resultados de las consultas estamentales realizadas, consultas que en su entender tenían efecto vinculante para los miembros del Consejo Superior de la Universidad, la Corte constata que como en el caso del accionante Olmedo Vargas existe una vía judicial ordinaria considerada reiteradamente por esta Corporación como un medio idóneo para proteger los derechos fundamentales en estas circunstancias, a saber la acción pública electoral.

¹⁷ Sentencia T-1227/03 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸ Los demandantes invocan en efecto como vulnerados igualmente los derechos al debido proceso, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a elegir y ser elegido, al trabajo, al desempeño de funciones y cargos públicos. Derechos que por lo demás como lo pusieron en evidencia los jueces de instancia no resulta claro si los invocan como vulnerados a ellos mismos o al candidato de sus preferencias, lo que plantearía una causa adicional de improcedibilidad. (Art. 10 del Decreto 2591 de 1991). Sobre el particular cabe recordar que en la Sentencia T-1227 de 2003 proferida por la Sala Primera de Revisión se precisó que los estudiantes en cuanto miembros de su comunidad académica

La providencia, con ponencia del Magistrado conservador Alvaro Tafur Galvis, concluye manifestando que no se tutela el derecho a la participación, en esencia porque no hay perjuicio irremediable y caben otros medios jurisdiccionales, como la acción popular electoral. Esta fue promovida por el Dr. Olmedo Vargas, y el 25 de marzo de 2004, con ponencia del magistrado boyacense Filemón Jiménez, denegó las súplicas de la demanda, con el argumento central según el cual las consultas estamentales no estaban estipuladas en el Estatuto General de la Universidad y que el Consejo Superior, al no declararlas vinculantes, estaba obrando conforme a derecho. Como sabemos, las interpretaciones del Consejo de Estado se ciñen estrictamente a la legalidad, más que a la constitucionalidad y a sus valores, máxime cuando conserva una representación milimétrica bipartidista en su seno. Por ello considero equivocada la interpretación del Dr. Tafur, en el sentido de delegar al Consejo de Estado la responsabilidad de am-

parar los derechos constitucionales de los afectados, pues el análisis legal del Contencioso es muy reducido frente al amplio y generoso examen hermenéutico que deriva de las fuentes constitucionales.

Bajo esta postura restrictiva falló el Tribunal Administrativo de Boyacá en su Sala de Decisión N.º 4 (7 de julio de 2006) en acción de tutela incoada por John Alexander Pérez Suárez, estudiante de Derecho de la UPTC, por cuanto el Consejo Superior de la Universidad, al desconocer las consultas estamentales estipuladas en el artículo 18 del Estatuto General, prorrogando "manu militari" el período del rector de entonces le había vulnerado su derecho fundamental a la participación. Sin embargo, la Sala niega la tutela por cuanto el accionante "cuenta con otros mecanismos de defensa judicial a su alcance" y que el acto administrativo está amparado por la presunción de legalidad y el estudiante no ha demostrado estar en condiciones de debilidad manifiesta para que opere

son titulares de algunos derechos fundamentales que podrían verse vulnerados en un proceso de designación de Rector pero que dentro de ellos no figura el derecho a elegir y a ser elegido. Al respecto en dicha sentencia se dijo lo siguiente: "En cuanto a los derechos que el estudiante de la citada Universidad Diego Mauricio Carrera, así como los demás estudiantes que figuran como coadyuvantes, dicen vulnerados, la Corte estima, en primer lugar, que ellos no son titulares, en este caso, de los derechos de elegir y ser elegidos, pues, la designación del Rector no se realiza mediante elección por los estudiantes, sino a través de nombramiento por parte del Consejo Superior, por tanto, mal puede estársele vulnerando sus derechos a elegir; y cuanto al de ser elegido, tampoco se les vulnera, dado que ellos no figuraban como aspirantes a ese cargo.

En segundo lugar, en relación con los demás derechos alegados, la Corte estima que si están legitimados para alegarlos, debido a que como miembros de uno de los estamentos de la Universidad, como es el de los estudiantes, gozan del derecho fundamental de participar en la conformación de las autoridades universitarias, como una emanación del derecho fundamental de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.

la tutela como mecanismo transitorio, por no configurarse la existencia de un perjuicio irremediable. Sería muy positivo que la Corte Constitucional revisara este fallo y fijara su criterio, pues el Tribunal dice que caben otras acciones como la electoral o la de cumplimiento.

Explorando nuevas vías

Frente a estas cortapisas se han explorado nuevas vías, como las acciones populares por violación de derechos colectivos. Para el caso de la prórroga del mandato del rector de la UPTC los argumentos son muy claros.

En sentencia del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 2002 se ha señalado:

el derecho o interés colectivo a la **moralidad administrativa** no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, pues el legislador, al desarrollar las acciones populares y de grupo, sólo reconoció su carácter de derecho colectivo (art. 4.º) en los antecedentes de esta ley, al precisar como derecho colectivo "la moralidad administrativa y la prevención

de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos"; se consignó la siguiente definición: "se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario. Lo expuesto permite afirmar que la **moralidad administrativa**, entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente".

Derechos e intereses colectivos vulnerados. Con el proceso por medio del cual el Consejo Superior de la UPTC negó el derecho de postulación a los estamentos para presentarle nombres para escoger un rector se vulneró el derecho e interés colectivo relacionado con la **moralidad administrativa**, estipulado en el literal b) del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998 y la defensa del patrimonio público (lit. e ibídem).

En ese sentido, también, son titulares del derecho al debido proceso, en tanto, en el sistema de designación del Rector de la Universidad Nacional, fue convocado un proceso, que conforme al artículo 2º del Acuerdo No. 3 de 2000, contemplaba la "consulta a la comunidad académica". De modo que al ser parte del mismo, se podría eventualmente vulnerarse su derecho fundamental al debido proceso, al no respetarse las reglas que lo regulan". Sentencia T-1227/03 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería. En el presente caso la Sala constata que dentro de los derechos que podrían ser violados a los estudiantes en el proceso de elección de rector tampoco figuran el derecho al trabajo ni al desempeño de funciones y cargos públicos que sin embargo los accionantes incluyen dentro de los derechos que aducen como vulnerados por la actuación del Consejo Superior Universitario de la UPTC.

Es evidente que la cabeza visible de la UPTC –el CSU– incurrió en una grave afectación de la moralidad administrativa al desconocer los rigurosos procedimientos fijados en el Acuerdo 066 de 2005 del CSU de la UPTC que se han mencionado en este libelo, puesto que se nos desconoció flagrante y groseramente nuestro derecho a elegir y ser elegidos. Además, el patrimonio público se ve lesionado, pues frente a su manejo hay una persona que no reúne los requisitos legales para ser el ordenador del gasto, pues su periodo se venció el pasado 31 de mayo.

Comunidad afectada y situación fáctica que los embarga

Toda la comunidad universitaria se ve afectada con una actividad lesiva de la moralidad administrativa que pretenda desconocer la normatividad prescrita en materia de participación estamental de la comunidad universitaria como consecuencia de la inobservancia de los procedimientos señalados y luego que –a sabiendas de la improcedencia, pues se le hizo saber– el propio Consejo Superior niegue la revocatoria directa y se sostenga en su error.

La organización sindical Asóprof-UPTC tiene como función legal y estatutaria la defensa de los intereses de los afiliados y, en general, de la Universidad Pública, pudiéndose constituir en veedora y controladora de procesos que como las frustradas

elecciones afectan a una colectividad de docentes y por ende a toda la comunidad universitaria (alumnos y trabajadores), pues el mal ejemplo cunde y consiste en que la administración puede quebrantar la normatividad vigente en una “interpretación” acomodaticia para prorrogar el mandato del rector, actuar que debería estar revestido de la mayor transparencia y magisterio moral. Se debe garantizar la absoluta rectitud y transparencia en estas actuaciones, especialmente en cabeza de los formadores de las nuevas generaciones que esperan una conducta leal y cristalina.

Consideraciones finales. La moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público son dos derechos colectivos para que los servidores públicos se ajusten a la Constitución y a las leyes que rigen sus actuaciones.

Precisamente, el capítulo II del título V, de la Organización del Estado, se ocupa de la función pública: el art. 122 establece los requisitos de las funciones públicas, en tanto que el art. 123 (Ibídem) define lo que son servidores públicos, los cuales “están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento”.

Entre los tratados internacionales hay que mencionar la Ley 412 de 1997 “Por la cual se aprueba la Convención Americana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de

marzo de 1996, cuyos propósitos son:

a) promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y b) promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

En el art. 88 de nuestra Constitución Política se incorporó el concepto de “moral administrativa” como interés colectivo. La moral administrativa es el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario.

El art. 209 de la Carta reitera que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Vistas las anteriores disposiciones del bloque de constitucionalidad y de la propia Lex Legum, la moral administrativa es un derecho e interés colectivo que permite el ejercicio de la acción popular, especialmente si se trata

de proteger la contratación administrativa, que deben rodearse de transparencia, economía y responsabilidad, factor íntimamente ligado a la defensa del patrimonio público.

En el caso de la UPTC, se trata de una Universidad Pública del orden nacional cuyos principales ingresos son transferencias de la Nación, y no podemos permitir que los mismos se ferien en vinculaciones, prórrogas o ampliaciones irregulares.

El art. 349 del Decreto-Ley 1122 de 1999 estatuye que “la acción popular a que se refiere el art. 88 de la Constitución Política **podrá ser ejercida por toda persona natural o jurídica** o por los servidores públicos para garantizar el respeto y cumplimiento al derecho e interés colectivo de la moralidad administrativa, cuando considere que la actuación u omisión del obligado a cumplir con las funciones y deberes que se establecen en el presente decreto amenazan o vulneran ese derecho” (negritas fuera de texto).

En reciente sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de octubre 6 de 2005, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, se dijo respecto a la competencia del Juez constitucional en la acción popular:

El primer y el tercer eventos que prevé la norma configuran típicos preceptos de un carácter estrictamente imperativo: “orden de hacer o no hacer” y “exigir la realización

de conductas...”, propios de una norma procesal que, huelga decirlo, es de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento según lo pregonan el art. 6.º del Código de Procedimiento Civil, precepto que por supuesto vincula forzosamente al juez constitucional y al que no escapa, como algunos han pretendido, por virtud de la redefinición de nuestro modelo de Estado como social de derecho. En una palabra, este es uno de esos eventos en que el juez tan solo aplica y no interpreta la ley, revelándose así una simple manifestación en sede judicial de la interdicción de las competencias implícitas, impropias de nuestro derecho positivo. Los fines, móviles o motivos de este medio procesal son básicamente preventivos e impeditivos (L. 472, arts. 2.º, inc. 2.º, 9.º y 17), y solo de manera excepcional indemnizatorios[...]

Por otra parte, el hecho de que el juez de la acción popular a la que le sirve de fuente el acto administrativo como conducta vulnerante del derecho colectivo sea el mismo de la legalidad del acto administrativo, no allana el camino para que en sede popular se anule el acto administrativo, dado que el diseño de las acciones constitucionales como legales parte del señalamiento de precisos límites para las pretensiones que pueden ser invocadas a través de cada una de ellas...

Así, pues, el Consejo de Estado determinó que dentro de la competencia del Juez de la acción popular cabe el que pueda entrar a revisar la legalidad del acto, cuando la vulneración del derecho colectivo se acusa preci-

samente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos de este. En este caso es flagrante la ilegalidad del acto a la luz de lo expuesto supra. Pero además, recordemos que los efectos fiscales del Acuerdo 23 de 2003 (art. 3) del CSU determinó que los efectos fiscales del nombramiento de Salamanca Roa como rector partían desde el 1 de junio de 2003 hasta el 31 de mayo de 2006, situación que no se cumplió, comprometiéndose de manera irresponsable los recursos públicos.

Este caso está en la jurisdicción Contenciosa. Amanecerá y veremos...

Conclusiones

Frente a la fundamentalidad del derecho a la participación como bastión democrático en Colombia encontramos dos períodos de la Corte Constitucional: uno caracterizado por una visión amplia y progresista, que concede la tutela a los estudiantes víctimas del engaño de directivas antidemocráticas en la UIS, mediante las sentencias T-525 y T-587 de 2001, y otro en el que se involuciona hacia posiciones cerradas, con la sentencia T-024 de 2004, que validó el que a un candidato derrotado contundentemente y último en la elección (Carlos Salamanca) se le designara rector de la UPTC por encima de un triunfador inobjetable en las consultas estamentales. El mismo

caso se repitió con el fenómeno de la Universidad Nacional, donde Víctor Moncayo ganó y luego no fue escogido.

El Contencioso Administrativo, luego de un fugaz “relumbrón” democrático, ha vuelto a posicionarse en la visión restrictiva y después de conocer los fallos progubernamentales a favor del TLC, de las fumigaciones con glifosato y de la presencia de marines norteamericanos, es poca la esperanza en un cambio. Además, porque el Consejo de Estado sigue

siendo bipartidista milimétrica. Como se observa, el derecho a la participación está siendo negado en la práctica en las Universidades Públicas y privadas, y avalada tal conducta por las Altas Cortes y Tribunales, lo cual es un grave error en cuanto clausura el ejercicio democrático autónomo y libre y asfixia la dignidad del ser humano, en cuanto se convierte en un simple código no decisivo en las contiendas clave de los claustros. No sabemos si el ave después de estar enjaulada pueda volver a volar...

Bibliografía

- DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo: *El derecho fundamental a la participación*. México: ABZ editores, 2000.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional: Sentencias T-525 de 2001, T-587 de 2001, T-024 de 2004.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado: Sentencia de la Sección Tercera de 7 de febrero de 2002.
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ: Sentencia de julio 7 de 2006.

Instrucciones para los autores

Derecho y Realidad es la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC. Su periodicidad es semestral y acepta para publicar en sus páginas documentos de carácter experimental o teórico que aporten al desarrollo del derecho y las ciencias sociales en general.

Los documentos publicables en la revista pueden ser: artículos originales de investigación; artículos de reflexión original; artículos de revisión (reviews); notas (letters, short papers); comunicaciones breves (rapid communications); cartas de los lectores; noticias; reseñas bibliográficas; ponencias; traducciones.

Se reciben colaboraciones de profesores, estudiantes y administrativos de la Universidad y de otras universidades, tanto del país como del exterior, y de escritores en general y tratadistas de la temática de la revista.

Requisitos

Deben ser documentos originales e inéditos. Excepcionalmente se podrán reproducir documentos ya publicados, dada su importancia y dificultad de consecución. Las colaboraciones deben cumplir las exigencias necesarias de coherencia, cohesión, claridad, concreción, pertinencia y centralidad que las hagan comunicables.

Extensión: máximo 25 páginas tamaño carta, en letra arial de 12 puntos y a doble espacio.

El original debe ser enviado al Comité Editorial en archivo electrónico (disquete o CD) y con una copia impresa en papel, a doble espacio, en tamaño carta y letra arial de 12 puntos. Se debe acompañar el original de una carta o declaración en la que se cede a la revista los derechos patrimoniales de autor o de reproducción del artículo.

Si se utilizan fotografías, gráficos o cualquier otro material tomados de otro autor y protegidos por derechos de reproducción se debe adjuntar todos los datos para el respectivo crédito, junto con la autorización escrita del autor o editor de la publicación original.

Las colaboraciones deben ceñirse al las siguientes normas de estilo editorial:

Para las referencias bibliográficas adoptamos el sistema de orden de mención. Con este se da la referencia al pie de la página, con números consecutivos.

La bibliografía debe citar todos los textos a los cuales se refirió el autor en el suyo y solo esos. Se presenta en orden alfabético el apellido del autor o del primer autor.

Las citas

La cita textual, directa, debe ser transcrita con sumo cuidado para garantizar total fidelidad al original; se deben respetar las cursivas, los entrecuillados, negrillas, ortografía, puntuación, etc., originales, incluso los posibles errores sintácticos, de cifras u otro tipo; en estos casos, para advertir que el error es original se usa la sigla *sic* entre corchetes: [sic]. En caso de que el autor introduzca en la cita cualquier elemento lo debe hacer entre corchetes o advertir entre corchetes; por ejemplo, si subraya parte de la cita debe anotar: [subrayado mío]; si se introducen palabras para facilitar la cohesión o coherencia de lo citado estas deben ir también entre corchetes. Cuando se omite una parte de la cita se indica con puntos suspensivos entre corchetes: [...].

La cita textual debe diferenciarse nítidamente en el texto, ya sea entrecuillándola o sangrándola en todas sus líneas, por lo que es un error transcribirla con cursiva o negrilla, pues esto significaría alterarla.

La cita textual breve (menos de cinco líneas) va entre comillas, y antes del signo de puntuación van los paréntesis con la respectiva referencia. En este caso, si el fragmento citado tiene palabras entre comillas dobles, estas en la cita se transforman en comillas sencillas.

Si la cita es extensa (más de cinco líneas) se escribe en el renglón siguiente, sangrada en todas sus líneas (sangría de cuatro espacios tanto del margen izquierdo como del derecho), a espacio sencillo, con un tamaño de letra menor (en nuestro caso a 11 puntos) y sin comillas.

Tablas y figuras. Son auxiliares del texto, complementan lo dicho en el texto, no lo repiten.

Todas las tablas y las figuras deben estar numeradas por capítulos y referidas en el texto: ejemplo: (véase tabla 2.4), donde 2 indica el capítulo y 4 el consecutivo de la tabla en tal capítulo; la figura 1.5 permite apreciar... (quinta figura del capítulo 1).

Las tablas y figuras deben llevar título, explicaciones sobre escalas, convenciones utilizadas, etc., así como la fuente.

Las tablas van dentro del texto, en el lugar correspondiente.

Las figuras, como fotografías, ilustraciones o dibujos, gráficos, diagramas, esquemas y similares se deben enviar en archivos electrónicos aparte o los originales en papel. En el texto irán las leyendas respectivas: título y número de la figura, pie de figura, fuente, etc.

Revisión por árbitros

La recepción de una colaboración no implica automáticamente su publicación; todas las

colaboraciones serán sometidas a revisión y aprobación. Los artículos originales, en particular, luego de ser preseleccionados por el Comité Editorial serán enviados a árbitros externos o pares evaluadores para su respectivo concepto o evaluación sobre su originalidad y calidad.

Proceso editorial

Los documentos aprobados se someterán al proceso editorial, que incluye corrección de estilo y adecuación a las normas de estilo editorial de la revista. Al autor se le enviará la versión final para su correspondiente conformidad.

Los artículos deben llevar:

TÍTULO y, si es del caso, subtítulo. El título debe ser informativo, claro, preciso, breve y sin abreviaturas.

AUTOR(ES), nombres y apellidos completos, afiliación institucional, cargo y dirección electrónica.

RESUMEN. De 150 a 200 palabras máximo (en español e inglés). Contiene los puntos fundamentales del trabajo.

PALABRAS CLAVE. De 3 a 7 (en español e inglés). Se recomienda para estas apoyarse en tesauros especializados según el tema tratado.