

DISSERTUM

Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana



Universidad de
La Sabana



Facultad de Derecho Universidad de La Sabana

Consejo editorial

Est. Martha Alejandra Cruz Cuevas
Est. Ingrid Suárez Osma
Est. Andrés Mauricio Mayorquín Bocanegra
Est. Víctor Andrés Renza Avellaneda
Est. Martín Posada Daza
Est. José Camilo Pardo Jaramillo
Est. Iván Mauricio Ángel Díaz
Est. Juan Fernando Sánchez Jaramillo
Prof. Juan Fernando Córdoba Marentes (Director de estudiantes)
Prof. Diana María Gómez Hoyos (Subdirectora de estudiantes)

Dirección editorial

José Julián Suárez Rodríguez

Columnistas invitados

Víctor Andrés Renza Avellaneda, Nicolás Guillermo Díaz Giraldo
y Daniel Toro Restrepo

Colaboradores

Sebastián Mantilla Blanco, Daniel Toro Restrepo,
Jorge Eliécer Cardona Jiménez y Juliana Benrey Zorro

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica

Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co

Carta a los lectores 5

Silogismo editorial 9

Artículos de investigación 13

15.....**Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo
como parte integrante del bloque de constitucionalidad**

29 **Alcances de la responsabilidad solidaria entre
el beneficiario y el contratista independiente**

55 *Mare liberum*

73 **El concepto de derecho: una aproximación filosófica,
política, social y moral a la juridicidad**

Crónica Dissertum 93

Campo de acción - Penalís-arte.

Opinión 97

97 **Sobre el Socialismo del siglo XXI**

99 **¿Belligerancia o terrorismo?
Opinión de la problemática actual en Colombia**

102 **Reflexiones, absurdos e implicaciones
de la noción de persona en *Locke* y *Singer***

Descafeinado 106

Versos Rousseauianos

Estribillo didáctico sobre la extinción de las obligaciones

Carta a los lectores

José Julián Suárez R.

Las grandes obras son, generalmente, el fruto de un largo camino y de mucha experiencia acumulada. Esta sexta edición de la revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana no es la excepción. Durante varios años la idea se había ido madurando en la mente de varios estudiantes de esta facultad y múltiples esfuerzos fallidos se realizaron hasta el día de hoy. En este día, después de ese camino, la revista *Dissertum* ve por fin la luz que se le negó durante muchos semestres, y ello es motivo de alegría (debe serlo) para todos los que pertenecemos a ella.

En los últimos años en la Facultad de Derecho de La Universidad hemos visto con alegría cómo se han comenzado a formar diversos semilleros de investigación, por iniciativa de numerosos estudiantes inquietos por transitar el camino que lleva a la verdad. Hemos también visto cómo muchos, de esa misma intranquila clase, se han unido a los grupos de investigación de la Facultad para colaborar con las investigaciones profesoriales (incluso muchos trabajos de grado han resultado de aquellas fecundas colaboraciones). Otros tantos, simplemente han espoleado sus vivas mentes para aplicarlas a la investigación de temas que son de su personal interés. Por esta razón, por la fuerza de estos hechos, la revista *Dissertum* se presenta hoy como el espacio que pretende aunar esos esfuerzos y convertirse en el lugar en el cual todos ellos puedan dar al conocimiento del público en general el resultado de sus trabajos de investigación, que es, hoy en día, parte integral y necesaria de la vida académica de todo estudiante de pregrado.

Pero no sólo aquellos que han dedicado meses o años a un largo y minucioso proceso de inves-

tigación tendrán espacio en esta revista, sino también todos aquellos que, preocupados por la realidad nacional e internacional, por los temas que causan mayor impacto en nuestra sociedad, se atreven, como valientes heraldos de la verdad, a poner en conocimiento de todos su propia opinión. Esto no es poca cosa, pues es gracias a la expresión libre y sincera de las ideas que se llega al conocimiento de la verdad. Junto a ellos pretendemos también construir esta revista, hacerlos parte de ella y con ellos, también, alcanzar el verdadero objetivo de esta revista: el conocimiento y difusión de la verdad.

Pero la verdad no se encuentra únicamente en los, a veces, áridos artículos de investigación o en el calor de la opinión sincera y beligerante; la verdad se encuentra también en el remanso tranquilo y vivo de las diversas expresiones culturales y artísticas. Convencidos de ello, la revista *Dissertum* abre sus páginas a la publicación de breves ensayos que resulten del genio literario y artístico de los estudiantes de la Facultad; con ello nos llevarán quizá por un camino más agradable a aquello que los investigadores buscan por el camino arduo de la investigación.

Finalmente, no puedo terminar esta breve introducción a nuestra revista, sin agradecer a todos los que hicieron posible la realización de este sueño, a mis compañeros del consejo editorial (quienes tienen más mérito que yo), a las directivas de la Facultad, a la Dirección y Subdirección de estudiantes y a todos quienes nos prestaron y prestarán sus ideas para que la revista sea posible. A todos, gracias.





Silogismo editorial

Martha Alejandra Cruz Cuevas

La Universidad de La Sabana no existe. Es imposible llegar a una conclusión diferente, si se construye un silogismo que tiene como premisa mayor las declaraciones que realizó Juan Felipe Córdoba, presidente de la Asociación de Editoriales Universitarias de Colombia (Aseuc), para el periódico EL TIEMPO. Veamos:

Asegura Córdoba que *“la universidad que no cuenta con una editorial, literalmente, no existe”*. Esta sería la premisa mayor. Como premisa menor tendríamos que *La Universidad de La Sabana no cuenta con una casa editorial*. De la suma de ambos enunciados parece sólo poder surgir la conclusión de que nuestra Universidad, literalmente, no existe.

¿Podrá ser esto cierto?

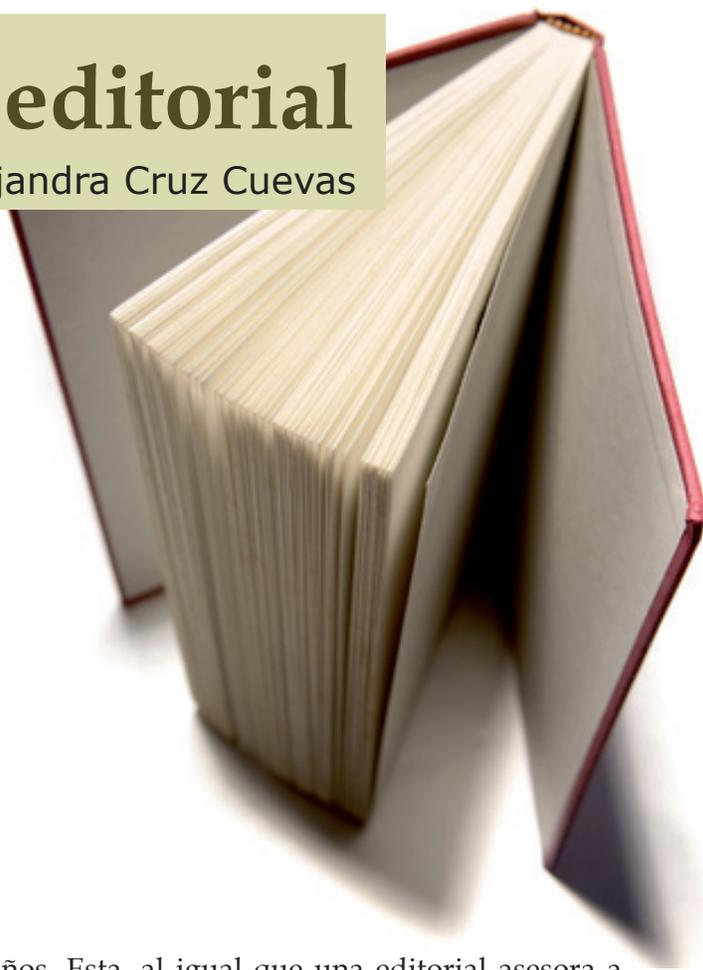
No por sentimentalismos o porque se hieran susceptibilidades, se debe entrar a refutar los planteamientos del presidente de la Aseuc. Más bien, lo que ha de hacerse es explorar las profundidades de ambas premisas para determinar qué tan absoluta puede llegar a ser tan escalofriante conclusión.

Es cierto que las editoriales materializan el papel primero y cardinal de las universidades en la sociedad: divulgar el conocimiento y la investigación. Actualmente, es tal el auge de estos organismos, que la Red Alma Mater (Universidades Tecnológica de Pereira, Quindío, Tolima y Unad en el Eje cafetero), lanzó en la 22 FERIA Internacional del Libro su propio sello.

Sin embargo, antes de que el lector caiga en fatalismos o absoluta desesperación, le lanzamos un salvavidas: La Sabana cuenta con una Oficina de Publicaciones, desde hace aproximadamente 20

años. Esta, al igual que una editorial asesora a los profesores en los procedimientos para escribir y publicar sus obras, coordina y supervisa el proceso editorial de acuerdo con parámetros de alta calidad y mejor precio, desarrolla y lleva a cabo planes de mercadeo y promoción idóneos para dar visibilidad a las publicaciones y participa en ferias y eventos nacionales e internacionales relacionados con investigación, docencia y proyección social, como la FERIA Internacional del Libro.

Sin embargo, es precisamente la última edición de dicho evento la que deja ver la insuficiencia del salvavidas. En ella quedó al descubierto que mientras las publicaciones de La Sabana se centran en los productos intelectuales de sus profesores, las editoriales universitarias publican ya, además de títulos meramente académicos, también obras literarias y a autores regionales externos a la institución.





Si comparamos con la editorial de la Universidad Nacional, la cosa se torna aún más oscura (claro está, guardando las debidas proporciones pues dicha editorial con 140 años de existencia es una de las más antiguas del país). Este organismo participó en la Feria Internacional del Libro con 300 títulos, todos dedicados a la producción académica y científica de la institución. Ciento cincuenta de ellos, eran novedades del año en curso. La oficina de publicaciones de La Sabana por su parte, participó con 80 publicaciones del mismo tipo y de estas 16 eran novedades.

La labor de la oficina no es mala. Pero tampoco es suficiente. Al ser una institución acreditada nacionalmente con algunos programas también acreditados internacionalmente, la Universidad de La Sabana no debe conformarse con la situación actual de sus publicaciones. Por el contrario, debe enfocarse hacia el crecimiento constante y notable de las mismas, que resulte en una casa editorial de igual reconocimiento nacional e internacional.

No porque esto represente un incremento en sus ingresos, de hecho, las editoriales universitarias son socialmente concebidas como actos de fe. Nunca han sido concebidas como un negocio, aunque en estas épocas se están ingeniando nuevas formas de autofinanciamiento a través de estrategias de mercadeo. El compromiso de la Universidad con este proyecto debe surgir del hecho de que esto implica incentivar la producción de libros y las investigaciones para estos. Esta última es un proyecto y función sustantiva de la Universidad en el que está enormemente interesada desde hace unos semestres. Precisamente, esto se ha evidenciado durante los últimos años, en las Jornadas de Socialización de Resultados de Investigación.

Desde el 2006, dichas Jornadas se han constituido como un espacio de encuentro e interacción de la comunidad académica para la divulgación de

actividades y resultados de investigación generados por los diversos grupos y semilleros de investigación. En ellas se ha contado con la presencia de conferencistas magistrales, como el Dr. Manuel Elkin Patarroyo Murillo.

En su marco se presentan ponencias y pósters en una variedad de temas que van desde las ciencias sociales hasta las ingenierías, pasando por las humanidades y las ciencias de la salud. Todo ello para dar a conocer los resultados de proyectos financiados con recursos de la Universidad y de agencias externas. Finalmente, los frutos y productos de las investigaciones deben plasmarse como artículos en revistas indexadas, libros de investigación, patentes, normas u otros tipos de productos de ciencia y tecnología. Así pues, es clara la conexión que existe entre incrementar la estructura editorial y aumentar la calidad y cantidad de nuevos conocimientos.

Los estudiantes, como parte activa de la comunidad académica, deben participar tanto en la investigación como en la publicación. Ello pueden hacerlo vinculándose a los semilleros de investigación existentes y por medio de la producción de trascendentales trabajos de grado que verdaderamente aporten avances a la sociedad del conocimiento en la que se desenvuelve actualmente la humanidad.

Es en el marco de dicha participación estudiantil en el fortalecimiento de la estructura editorial de la Universidad, donde se decide resucitar a *Disseratum*. La revista ha de ser siempre un espacio abierto a la opinión y trabajo de todos los estudiantes de la Facultad, salvaguardando siempre la calidad argumentativa y propositiva de sus productos. Ha de engrosar la lista de publicaciones y ser un escalón más que asegure la transformación de la Oficina de Publicaciones (del salvavidas) en un embrión en el que se continúe gestando la excelencia de nuestra institución.





Artículos de investigación

Los artículos que el lector encontrará a continuación en esta sección corresponden a los trabajos de investigación que estudiantes, tanto de la Universidad de La Sabana como de otras universidades, presentaron a la VI y VII versión del “Concurso de Ensayo Jurídico Octavio Arizmendi Posada”, organizado por la Facultad de Derecho de esta universidad y obtuvieron los primeros puestos en dichas convocatorias. Como parte de la premiación, a quienes participan y obtienen lugares destacados, se les ofrece la oportunidad de publicar sus trabajos y éste nos ha parecido el espacio y la ocasión oportuna para cumplir con este compromiso. Una vez más felicitamos a estos destacados estudiantes y, nos dirigimos a toda la comunidad universitaria para presentarles estos trabajos que en el orden que indicaremos fueron premiados en el marco de este concurso que cada vez toma más fuerza y que, estamos seguros llegará a consolidarse como uno de los más importantes entre los estudiantes de Derecho del país.

“Así, los ganadores de la VI versión del concurso, en la convocatoria interna, fueron: Daniel Toro Restrepo, en el primer lugar, con el artículo titulado “*Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo como parte integrante del bloque de consti-*

tucionalidad”. El segundo lugar lo ganó, en aquella oportunidad, Juliana Benrey Zorro con el artículo titulado “*Alcances de la responsabilidad solidaria entre el beneficiario y el contratista independiente*”. En la siguiente versión, que contó, por primera vez, con la participación de estudiantes de otras universidades, el ganador fue Luis Alejandro Álvarez, estudiante de la Universidad de Los Andes, con un artículo titulado “*Efectos de la nueva reglamentación de zonas francas sobre el impuesto al valor agregado en Colombia*”. Este trabajo no se publica en esta revista pues el autor tenía comprometida su publicación en la revista de la Universidad de los Andes. El segundo lugar, en aquella ocasión lo alcanzó Sebastián Mantilla Blanco, estudiante de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, con el artículo titulado “*Mare Liberum*”. Finalmente, el tercer lugar lo obtuvo Jorge Eliécer Cardona Jiménez, estudiante de la Universidad de Antioquia, con el artículo titulado “*De nuevo sobre el concepto de Derecho: Una aproximación filosófica, política, social y moral a la juridicidad*”. Todos estos trabajos podrán encontrarlos en esta sección, salvo la excepción hecha, y estamos seguros que podrán hallar en ellos un importante material para la reflexión jurídica.



Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo como parte integrante del bloque de constitucionalidad

Daniel Toro Restrepo¹

Resumen

El presente escrito pretende abordar la cuestión del bloque de constitucionalidad de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Para ello se analiza lo que tanto en jurisprudencia y doctrina se ha sostenido como bloque de constitucionalidad. Posteriormente se hará un análisis de la Organización Internacional del Trabajo, sus fines y los derechos que internacionalmente busca proteger. De ese análisis se mira la naturaleza de los derechos protegidos por ella. Por último se hace un análisis del bloque de constitucionalidad en materia laboral teniendo en cuenta lo dicho anteriormente.

Palabras clave: Bloque de constitucionalidad, Organización Internacional del Trabajo, Convenios, Derechos laborales.

Abstract

This paper seeks to abord the issue of the constitutionality Block of the conventions of the International Labour Organization. It examines what both jurisprudence and doctrine has been talk about of the constitutionality block. Subsequently, an analysis will be made of the International Labour Organization, its goals and rights for which seeks to protect internationally. This analysis will look at the nature of the rights protected by it. Finally there is an analysis of the constitutionality block in labour law in order to explain the things that I said before.

Key words: Constitutionality block, International Labour Organization, Conventions, Labour rights.

¹ Estudiante de octavo semestre de Derecho en la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: daniel.toro1@unisabana.edu.co



Tabla de contenido

1. Definición y alcances del bloque de constitucionalidad
2. Los derechos emanados de los Convenios de la OIT
 - 2.1 Del derecho al trabajo y en el trabajo
 - 2.2 El derecho de asociación sindical y de huelga
3. De las principales posturas jurisprudenciales al respecto
 - 3.1 Sentencia T- 568 de 1999. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz
 - 3.2 Sentencia C - 401 de 2005. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa
4. Parámetros para la identificación de los Convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico colombiano
5. Conclusiones
6. Bibliografía

Introducción

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en sus diversos fallos proferidos ha dado aplicación preferente, como parte del denominado bloque de constitucionalidad, a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, pero no se ha establecido un parámetro claro y coherente que permita identificar *in abstracto* y como regla de razón, los casos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es por ello que el presente ensayo tiene por objeto delimitar el alcance constitucional de los convenios de la OIT, tratando de proponer un criterio que permita identificar mediante unos parámetros que den cuenta del alcance constitucional de cada convenio. Para ello primero se mostrará la regulación constitucional del bloque de constitucionalidad, las diversas posturas asumidas por la Corte Constitucional y la doctrina y las distinciones al respecto. Ulteriormente se estudiará la naturaleza de los derechos consagrados en los convenios de la OIT, su fundamento, título, medida y regulación constitucional. Con base en lo anterior se observarán las diversas posturas asumidas por la Corte en materia laboral. Finalmente se propondrá un criterio para identificar el rango o jerarquía constitucional de los convenios de la OIT.

1. Definición y alcances del bloque de constitucionalidad

Históricamente encontramos el origen del bloque de constitucionalidad en uno de los fallos hito del Consejo Constitucional Francés. En aquel histórico fallo se advierte que la Constitución francesa no estaba constituida únicamente por el texto constitucional de 92 artículos sino que en ella se encontraban incorporadas, también, normas anteriores a la misma como *la déclaration de droits de l'homme et du citoyen* de 1789. Es así como “en términos del Consejo Constitucional Francés, el bloque de constitucionalidad es el conjunto de ‘principios de valor constitucional’¹. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dado un alcance diferente al bloque de constitucionalidad en nuestra legislación. No se trata ya de normas de carácter nacional, sino que se incorporan, por medio de la interpretación armónica del artículo 93 Constitucional con el 4 de la misma, las normas de derechos humanos - con ciertos alcances - a nuestra legislación. Es así como en palabras del profesor Diego Eduardo López Medina “La Corte Constitucional Colombiana reinventó, pues, la noción de bloque de constitucionalidad, para incorporar, ya no la antigua tradición de los derechos francesa, sino la nueva y vibrante cultura internacional de los derechos humanos”².

La Corte Constitucional ha definido el bloque de constitucionalidad como “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativa-

mente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”³. Es decir, el bloque de constitucionalidad es aquel conjunto de normas y principios constitucionales por remisión que sin la necesidad de incorporarlas en su articulado, hacen parte de lo que se entiende como Constitución. Básicamente se ha entendido que aquellos principios y normas incorporados a la Constitución, ingresan a ella, por vía del artículo 93⁴ en sus dos primeros acápites, y por el artículo 94⁵.

La Corte poco a poco ha precisado y delimitado el concepto del bloque de constitucionalidad. Es por eso que en la sentencia C -401 de 2005 la Corte retoma la distinción del bloque de constitucionalidad *strictu sensu* y *lato sensu* propuesta en la sentencia C -191 de 1998 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz. El bloque de constitucionalidad *strictu sensu* es aquel que “se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios

3 Sentencia C - 401 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Citando la Sentencia C - 225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Párrafo 8.
En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?id sitio=2

4 ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

NOTA: Los incisos 3 y 4 de este artículo, fueron agregados por el Acto Legislativo 1 de 2001.

5 ARTÍCULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

1 MOLINA, Carlos Ernesto. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Bogotá D.C.: Temis S. A. 2005. Pág. 193.

2 LÓPEZ MEDINA, Diego. Columna de opinión titulada “La reinención del bloc de constitunnalité”. En: *Ámbito Jurídico* (8 al 21 de octubre de 2007). Año X N° 235.

y normas *de* valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)⁶. Por su parte, el bloque de constitucionalidad *lato sensu* es aquel que está “compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación”⁷.

Como previamente se sostuvo, las teorías del bloque de constitucionalidad se derivan de la interpretación del artículo 93 de la Carta Política. Por tanto, es pertinente profundizar en este punto en aras de comprender qué hace parte del bloque de constitucionalidad. Es por ello que cabe hacer una distinción, dividiendo metodológicamente el primer inciso de este artículo en dos acápites.

El primer acápite del artículo 93 Constitucional textualmente reza: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. De la interpretación de este punto es donde ha derivado la Corte Constitucional la teoría del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en tanto que el artículo expresa que de cumplirse el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica será la prevalencia en el orden interno.

Es por ello que puede considerarse que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto aquellos tratados que cumplen los siguientes requisitos que son, a saber: 1. Que sean

tratados de **derechos humanos**; 2. Que sean debidamente ratificados por Colombia⁸, en su proceso interno que genera la entrada en vigor de los tratados; 3. Que dichos tratados prohíban la limitación de esos derechos en estados de excepción.

Sin embargo, no puede afirmarse que la Corte Constitucional haya sido estricta en la exigencia de estos requisitos a la hora de considerar si un tratado pertenece o no al bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, en tanto que pueden encontrarse diversas líneas jurisprudenciales al respecto. Más aún existe un debate mayor en torno a los convenios de la OIT. ¿Se trata de derechos humanos?. Si lo son, ¿podría limitarse el trabajo en los estados de excepción?. Para ser más breves, ¿cumplen los requisitos para hacer parte del bloque de constitucionalidad en *strictu sensu*?

Por otra parte, el segundo acápite del artículo 93 expresa “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia”. La interpretación de los derechos consagrados en la Carta debe ser acorde a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esto es lo que podría denominarse como bloque de constitucionalidad interpretativo. Pero, ¿son los convenios de la OIT parte del bloque de constitucionalidad por interpretación?

Una última cuestión que cabe resaltar es que cuando la Corte define el bloque de constitucionalidad, sostiene que existen diversas vías que incorporan dichas normas o principios a la Constitución. Muchas normas constitucionales llevan a cabo remisiones a tratados internacionales. Uno de esos casos es el del artículo 53 de la Constitu-

6 Sentencia C - 401 de 2005. Citando la sentencia C -191 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Párrafo 9. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?id sitio=2

7 Sentencia C - 401 de 2005. Citando la sentencia C-191 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Párrafo 9. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?id sitio=2

8 Nótese que el artículo 93 presenta una impropiedad cuando se refiere a los tratados ratificados por el Congreso. Realmente no es el Congreso quien ratifica, es por ello que la interpretación aceptada de este artículo es que los tratados que vayan a ser incorporados al bloque de constitucionalidad deben ser debidamente ratificados por Colombia.

ción Nacional que delimita los alcances del derecho al trabajo; este artículo textualmente reza en su inciso cuarto que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. ¿Implicaría ello que el artículo 53 está consagrando una vía de incorporación de normas internacionales a la Constitución?, ¿cuáles son los alcances de dicha incorporación?. Con base en lo anterior se procederá a resolver el problema de si los convenios de la OIT hacen parte o no del bloque de constitucionalidad, y cuál es su jerarquía dentro del derecho interno.

2. Los derechos emanados de los convenios de la OIT

Conforme a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, puede comprenderse la razón de ser de los convenios emanados de este sujeto del derecho público internacional. Básicamente la función de la OIT está resumida en el segundo párrafo del preámbulo de su Constitución:

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de

invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas.⁹

También la OIT tiene cuatro objetivos estratégicos¹⁰ dentro de su función, que son a saber los siguientes: 1. Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo; 2. Generar mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos; 3. Mejorar la cobertura y la eficiencia de una seguridad social para todos; 4. Fortalecer el tripartismo y el diálogo social. Los fines plasmados en el preámbulo y en su página informativa, son llevados a cabo a través de los Convenios y las Recomendaciones siendo los primeros de carácter vinculante y los segundos simples consejos para lograr el cumplimiento de los fines. Es por ello que los convenios de la OIT se referirán a mecanismos tendientes a generar unas condiciones dignas en el trabajo, normas para fomentar el acceso de todas las personas al empleo, permitir los derechos sindicales -asociación y huelga-, entre otros. Por ello, para sintetizar, los tratados de la OIT versarán básicamente sobre el derecho al trabajo y los derechos sindicales.

2.1 Del derecho al trabajo y en el trabajo

Se procederá a dilucidar primero que todo si el contenido del derecho al trabajo es o no un derecho humano, en aras de una fundamentación de manera general y abstracta del derecho aquí estudiado; no es menester profundizar en las diferentes formas del trabajo humano, ni de las formas

9 Constitución de la Organización Internacional del Trabajo En: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>

10 Misión y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo. En: http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mission_and_objectives/lang-es/index.htm

de vinculación laboral. El trabajo humano puede definirse como aquel conjunto de actividades, generadoras de bien común, que realiza una persona con el fin de ganarse la vida. Una definición como la anterior denota la presencia de varios elementos en el mismo, que enumeraremos a saber: 1. El trabajo es ante todo una actividad, ello implica que no hacer nada no puede considerarse como un trabajo; 2. Que realiza una persona, bien podría hablarse de trabajo en términos físicos, biológicos o de otras ciencias; 3. La generación de bien común¹¹ es algo propio del trabajo; realizar actividades que solamente generan un lucro individual, no para otro u otros, no puede ser considerada como trabajo en sentido estricto; 4. Ostenta un contenido patrimonial que le sirve al hombre para la adecuada subsistencia de sus necesidades y las de su familia.

¿Por qué se habla entonces de un derecho al trabajo y un derecho en el trabajo?. Esta respuesta puede hallarse en la naturaleza propia del hombre. El hombre es un ser digno que tiende hacia unos fines inherentes a su naturaleza. Dentro de los fines derivados de la naturaleza humana encontramos que la definición de trabajo humano coincide con la de lo que es ser persona: la naturaleza social del hombre (el hombre como socio) y el deber - derecho a satisfacer unas necesidades. Con una total claridad al respecto, relacionando ambos conceptos en la idea del bien común, Johannes Messner permite articular una definición que clarifica todo el fundamento del trabajo: "... el bien común, es la finalidad de la sociedad, prescrita a ésta en la naturaleza del hombre, ya que sólo puede ser plenamente el hombre en sociedad en virtud de aquel auxilio, del cual todos necesitan para poder desplegar sus dotes naturales y fuerzas y corresponder a sus tareas vitales, aquella

11 MESSNER, Johannes. La cuestión social. Madrid: Rialp. 1976, Pág. 355. La definición de bien común puede ser entendida en los términos de Johannes Messner cuando afirma que éste es "el auxilio que es prestado a los miembros y a las sociedades menores integrantes de la sociedad en la realización de sus tareas vitales esenciales como consecuencia de su respectiva cooperación en las actividades sociales".

ayuda que sólo nace de la cooperación de todos, por cuanto en la misma se completan las fuerzas de los individuos y llegan a una acción común más intensa en interés de todos"¹². (subrayas fuera del texto).

Por lo anterior, el trabajo humano es un fin propio, concreto, específico y esencial de la naturaleza humana. Si el trabajo humano hace parte de los fines del hombre como deber para su realización, también deberá garantizarse como derecho a participar dentro de las tareas vitales para lograr satisfacer las necesidades propias. La comunidad así como tiene derecho a que todas las personas unan fuerzas para llevar a cabo las "tareas vitales", también es *debida*, por todo el conglomerado social a cada persona, una justa retribución por lo que lleva a cabo como trabajo y unas adecuadas condiciones para su realización. Por ello puede considerarse que el trabajo humano es un derecho, acorde con lo que con total acierto sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T - 568 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz): "Ante todo, es necesario aclarar que los derechos laborales son derechos humanos, pues así son reconocidos universalmente"¹³.

Lo anterior nos permite afirmar que los fines de la persona humana son, a su vez, el título y fundamento del derecho al trabajo. Sin embargo, no implica que la persona humana también sea la medida del derecho al trabajo humano. Primordialmente, puede afirmarse que la medida del derecho al trabajo humano está determinada por tres condiciones: las circunstancias económicas, la cantidad de trabajo realizada y las necesidades humanas. Estas tres realidades permitirán una mejor comprensión de los diferentes convenios de la OIT, sus alcances y si hacen parte o no del bloque de constitucionalidad. Con base en lo an-

12 Ibid, Pág. 355.

13 Sentencia T - 568 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Literal a) del apartado titulado "Los derechos constitucionales son tutelables". En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

terior, es útil afirmar que el derecho al trabajo y en el trabajo, por su categoría prestacional y amplio contenido económico, puede ser considerado como parte de aquellos denominados derechos sociales, económicos y culturales. Obsérvese en palabras de la Corte Constitucional:

La naturaleza de estos derechos es progresiva: de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (art. 2), cada Estado parte se compromete: “a adoptar medidas, (...) especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Pero el hecho de que esta afirmación sea abierta, y los medios utilizables por parte de los Estados laxos, no implica que los esfuerzos puedan ser mínimos: “esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos idóneos para garantizar la responsabilidad de los gobiernos¹⁴.

Con base en lo anterior, y en aras de buscar una argumentación contundente que demuestre la naturaleza de derecho humano, fundamental si se quiere, es necesario observar que la Constitución

14 Sentencia T - 568 de 1999. Literal a) del apartado titulado “Los derechos constitucionales son tutelables”. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

Política de Colombia en su artículo 94 reconoce expresamente aquellos derechos inherentes a la persona humana como parte de la constitución interna, más aun si se encuentra reconocido en un instrumento internacional. Es por ello que el derecho al trabajo y en el trabajo puede y debe considerarse como un derecho humano fundamental.

2.2 El derecho de asociación sindical y de huelga

El ser humano tiene la libertad de formar grupos para los fines lícitos que pretenda hacer valer. Es por eso que tiene sentido también la asociación con el fin de dialogar en aras de unas adecuadas condiciones de trabajo, más aún enmarcados en una sociedad democrática que permite a todas las personas participar en las decisiones que se toman. No obstante lo anterior, hay diversas posturas¹⁵ que desde las diversas disciplinas cuestionan la existencia de los sindicatos y que no puede considerarse la asociación sindical como un fin lícito. De todas maneras, mucho se discute sobre el valor de los derechos sindicales, pero, el abuso de un derecho lícito, no implica de suyo la existencia de la no juridicidad del mismo. La asociación sindical es, pues, un derecho lícito que pudo haber sido no usado para los fines que le competen o en la extralimitación de lo realmente necesario para los trabajadores. Con respecto al derecho a la huelga puede afirmarse que, en casos extremos, puede servir como estrategia para evitar injusticias¹⁶ graves. Quizás pueda ésta considerarse como mecanismo para resolver injusticias de manera lícita, cuando nadie en la sociedad reconoce unos derechos propios de las personas.

15 Al respecto puede confrontarse con MESSNER, Johannes. Op Cit. Págs. 497 - 499. Los economistas también cuestionan la existencia de los sindicatos y los identifican como carteles de oferentes que se reúnen para controlar los precios de los mercados que les pertenecen, en este caso los precios del mercado laboral.

16 Esta palabra puede sonar imprecisa cuando se afirma que la huelga es el mecanismo idóneo para resolver conflictos laborales de naturaleza económica, es decir, sobre cuestiones que no están debidamente consagradas en la legislación. Sin embargo, se sugiere interpretar esta palabra sin un excesivo rigor jurídicista y de manera más amplia, refiriéndonos a todo aquello que de manera grave atenta contra las condiciones del trabajador.

Los derechos sindicales son entonces, derechos importantes, en parte una concreción del derecho a la asociación y del derecho a la justicia - por decirlo de alguna manera - laboral en el caso de las huelgas. Y a través de ellos se concreta el legítimo y democrático derecho a un diálogo social, sobre las condiciones de trabajo. Los derechos sindicales están diseñados para permitir un adecuado diálogo entre la asociación capital-trabajo que constituye la empresa. Sin embargo, esos derechos sindicales tienen una mayor limitación que el mismo derecho al trabajo y en el trabajo. Aunque en cierta medida van de la mano, no puede alegarse el derecho a la huelga por ejemplo en el caso de los servicios públicos¹⁷, lo que implicaría un daño mayor en la sociedad que el beneficio pretendido. Así también existe una clara limitación al derecho de asociación sindical en el caso de las fuerzas militares que en el rango constitucional tienen prohibida la formación de un sindicato. Se retomarán estas cuestiones cuando se aborde el tema del bloque de constitucionalidad.

3. De las principales posturas jurisprudenciales al respecto

Aunque hay distintas líneas jurisprudenciales al respecto, cabe estudiar básicamente la sentencia hito de la línea jurisprudencial más importante, la T-568 de 1999, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, y la que intenta sintetizar y unificar todas las posturas en aras de proponer un criterio claro, cual es la C - 401 de 2005 cuyo magistrado ponente es Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Esta excepción al derecho a la huelga, como muchas otras, está consagrada en el literal a) del numeral 1 del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990.

3.1 Sentencia T- 568 de 1999. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

Los hechos que dieron origen al conflicto en cuestión se originaron en 1992 cuando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de la Protección Social), a petición de las Empresas Varias de Medellín, declaró ilegal la huelga propuesta por los trabajadores de la misma. Conforme a dicha declaración de ilegalidad, las Empresas Varias de Medellín (EEVVM) basados en el numeral 2 del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁸ (A partir de ahora simplemente CST), suspendieron a todos los trabajadores que participaron en el paro. Después de agotar todos los recursos internos, los ex trabajadores de las EEVVM presentaron una queja al comité de libertad sindical de la OIT que se manifestó a favor de las pretensiones del sindicato de las EEVVM. Dentro de la tutela se alegaba la violación al debido proceso porque la declaración de ilegalidad no se surtió de la manera adecuada, la violación de los derechos de asociación y libertad sindical, la huelga y el carácter vinculante de las Recomendaciones de la OIT. Por su parte los tutelados, es decir, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Municipio de Medellín, las EEVVM y el Ministerio de Relaciones Exteriores alegaron la existencia del agotamiento de los recursos, la idea de la huelga sobre un servicio público y el carácter no vinculante de las recomendaciones de la OIT basados en el artículo 19 de la Constitución del organismo internacional.

En lo que se refiere al bloque de constitucionalidad, la Corte reitera la doctrina sostenida en la jurisprudencia C - 225 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) y sostiene que los derechos laborales, incluidos los derechos sindicales, son también derechos humanos. También se sostiene

¹⁸ "Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial".

nen como argumentos que los Estados no pueden alegar el incumplimiento de obligaciones internacionales excusándose en sus legislaciones internas, esto conforme a la Convención de Viena en el derecho de los tratados. Por lo anterior existía una clara obligación del Estado colombiano de cumplir, con base en lo sostenido por la Corte, los convenios 87 y 98 de la OIT en lo referente a la libertad sindical. También sostiene la Corte que:

Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados “*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” (art. 93), y “*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*” (art. 53 inc. 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir¹⁹.

La Corte va más allá y sustenta la obligatoriedad de las recomendaciones de la OIT en la medida en que son, por decirlo de alguna manera, la forma en que le recuerdan al Estado Colombiano. De la postura de la Corte en el caso estudiado puede inferirse que considera todos los convenios de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad por interpretación, y en muchos casos como parte del bloque de constitucionalidad con base en el primer acápite del inciso 1 del artículo 93 consti-

tucional. Esta postura aunque puede considerarse en cierta medida aceptable, es peligrosa porque podría prestarse para el equívoco de considerar convenios sobre por ejemplo las Inspecciones del Trabajo, o de cuestiones meramente operativas como verdaderos criterios de control constitucional y exigibles por vía de tutela, lo que sería un absurdo jurídico. Peor aún cuando se consideran obligatorias las recomendaciones de comités de monitoreo de tratados.

3.2 Sentencia C - 401 DE 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa”

El proceso que da origen a esta sentencia es producto de la demanda de inconstitucionalidad presentada por Carlos Ernesto Molina quien solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra “los convenios” presente en el artículo 19 del CST. El artículo 19 del CST consagra las fuentes supletorias en caso de no existir leyes aplicables a los casos concretos. La razón es que con base en el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna y por tanto no son legislación supletoria, sino que, si están debidamente ratificados y promulgados, son legislación principal. El actor hace alusión a las teorías monista y dualista sobre la incorporación de tratados al orden interno, y sostiene que como actualmente, por el artículo 53 de la Constitución Política, se aplica la teoría monista, la expresión convenios en el artículo 19 CST pierde sentido. También considera el actor que esa disposición puede llegar a ser violatoria del artículo 93 de nuestra carta magna.

Esta sentencia generó un amplio debate de la ciudadanía que sostuvo razones para declarar exequible el artículo, pasando por aquellos que propendían por una exequibilidad condicionada (bajo el entendido que se trata de convenios no ratificados) y terminando en posturas que sostenían que debería ampliarse la inexecutable también a la expresión “y Recomendaciones”. Las discusiones generadas fundamentalmente

¹⁹ Sentencia T - 568 de 1999. En el primer párrafo del apartado titulado “alcance del bloque de constitucionalidad en este caso”. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

se debían a interpretaciones diversas en uso de formas hermenéuticas de variados orígenes. En últimas, la defensa o ataque de la norma radicaba en la forma como fuese interpretada.

La Corte primero que todo analiza el problema en cuestión, posteriormente recoge la mayor parte de la jurisprudencia en la que se han tenido en cuenta los convenios de la OIT y con base en ello afirma: “De la exposición anterior se puede deducir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucionalidad”²⁰. Sin embargo, sostiene la Corte Constitucional que:

... la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto.

(...)

Ello sugiere que para establecer cuáles convenios ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad es necesario que la Corte proceda a decidirlo de manera específica, caso por caso, tal como lo ha venido haciendo en las sentencias anteriormente citadas²¹.

En cada caso concreto deberá la Corte decidir si aplica o no un convenio internacional del trabajo como parte del bloque de constitucionalidad. En lo que la Corte sí resuelve de manera contundente, es que si bien todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna, “no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (C. P., art. 93), en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional”²².

Para finalizar, aunque la Corte reconoce expresamente que los convenios internacionales del trabajo “no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal”²³, declara de todas maneras la exequibilidad de la norma demandada condicionada a dos cosas: “(i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia”²⁴.

Dos opiniones cabe añadir al respecto de esta sentencia. Primero que todo, si los convenios no pueden ser relegados “por regla general” al estatus de normas supletorias, ¿cuáles podrían ser esos convenios que a *contrario sensu* pueden ser considerados como supletorios?, ¿qué criterio permite identificar eso?. Si el artículo 53 de la Constitución expresa claramente que “harán parte de la legislación interna”, lo que implica que son de manera directa y principal, ¿cómo fundamenta la excepción?. Es por ello que la Corte debió declarar inexecutable la norma acusada o al menos condi-

20 Sentencia C- 401 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Punto 17. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

21 Sentencia C-401 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Punto 17. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

22 Sentencia C- 401 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Punto 20. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

23 Sentencia C- 401 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Punto 21. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

24 Sentencia C - 401 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Parte resolutive. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

cionarla pero al hecho que se refiera a convenios aún no ratificados por Colombia.

Por otra parte, puede decirse que aunque la Corte fue contundente en afirmar que no todos los convenios de la OIT pertenecen al bloque de constitucionalidad, ¿por qué no dio algún criterio que permita determinar la pertenencia de los convenios del trabajo al bloque de constitucionalidad?. Esto coincide con la aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda que textualmente afirma: “Por otra parte, considero que se ha debido avanzar en la identificación de los parámetros objetivos que deben ser utilizados para indicar en el futuro que otros convenios ingresan al bloque, en todo o en parte, según su contenido”²⁵. En los demás apartados de su aclaración propone unos párrafos que hacían parte de su ponencia original; en ellos enuncia la clasificación de los convenios que la misma OIT ha dado de los mismos. Esa clasificación podría ser un primer paso, quizás un primer requisito, del parámetro de la incorporación de diversos convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad.

4. Parámetros para la identificación de los Convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico colombiano

Podríamos afirmar, conforme lo sostiene Carlos Ernesto Molina²⁶, que los instrumentos en materia laboral se incorporan de manera “automática” a la legislación interna, pero no todos adquieren la calidad de normas y principios de rango constitucional. Eso implica que todos los convenios de la OIT

25 Sentencia C- 401 de 2005 Aclaración de Voto Manuel José Cepeda. Punto 3 de su aclaración. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?id sitio=2

26 MOLINA, Carlos Ernesto. Op. Cit. Pág. 166.

se incorporan directamente en el “bloque de la legalidad laboral” conforme el inciso 4 del artículo 53 constitucional y sus disposiciones pueden ser demandadas ante jueces de la República para que les den eficacia en los casos concretos. El bloque de la legalidad laboral implicaría que dichas normas podrían ser derogadas por leyes posteriores, sin que ello implique la extinción de la obligación internacional²⁷.

Pero, para incorporarse directamente a la Constitución mediante el artículo 93 deben ser examinados con base en los puntos que se enunciarán a continuación:

- Dependiendo de la clasificación que presenta la OIT, podremos saber si hacen parte del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, aquellos convenios que regulan los derechos laborales fundamentales y tienen una clara prevalencia en el orden interno. Es así como los convenios referentes a temas como el trabajo forzoso, la igualdad en el trato y de oportunidades entre otros, harán parte necesariamente del bloque de constitucionalidad *strictu sensu* en tanto que tácitamente están prohibiendo su limitación en estados de excepción. Contrario a lo que pasaría por ejemplo con convenios internacionales del trabajo referentes a la administración del trabajo, o quizás los que se refieran a la Inspección del Trabajo.

- Si se refieren al núcleo fundamental del derecho al trabajo. El núcleo fundamental del derecho es aquel requisito mínimo para la existencia del derecho, que si es desconocido implicaría la vulneración total del mismo. En materia laboral el núcleo fundamental consistiría en que no puede nunca olvidarse que el trabajo humano es una actividad libre que busca la obtención de un lucro patrimonial y que debe desarrollarse en condiciones que permitan el adecuado desarrollo de la persona humana. Eso es lo que se le debe a la persona

27 Cfr. MOLINA, Carlos Ernesto. Op. Cit. Pág. 188-189.

humana cuando exige el derecho al trabajo. Es decir, que los tratados que versen sobre los elementos anteriores, que los reconozcan o desarrollen harán parte del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, aquellos que prohíben el trabajo infantil para ciertas edades, evitan que el trabajo se convierta en una circunstancia que vaya en detrimento de la persona humana, en este caso del niño que a pesar de su corta edad tiene que trabajar en diversas actividades. También los que reconozcan la irrenunciabilidad del salario o los que consagren un mínimo de salubridad en determinadas condiciones de trabajo. Con estos parámetros deberá proceder la Corte Constitucional colombiana a la hora de determinar en el caso concreto la existencia o no de un convenio perteneciente al bloque de constitucionalidad *strictu sensu*.

Sin embargo, serán pocos los convenios internacionales del trabajo que hagan parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu* porque se trata de derechos sociales. Lo anterior sustentado en el hecho que los derechos sociales, tienen un margen más amplio de restricción en los estados de excepción. Pero, ello no obsta para que hagan parte del bloque de constitucionalidad interpretativo - por ejemplo en materia del trabajo como derecho social - o inclusive del bloque de constitucionalidad *lato sensu*. Esto en aras de dar un desarrollo más amplio de la cláusula del Estado Social consagrada en el artículo 1 de la Constitución colombiana. De no ser así, de manera plausible se hubiese podido afirmar que los convenios sobre derechos sociales no harían parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*. En consonancia con esta idea, afirmó la Corte lo siguiente:

Respecto a los derechos laborales, la OIT ha dicho que, aunque tales normas son de carácter universal, no tienen que ser aplicadas en todos los Estados de igual forma, ni simultáneamente, pero sí debe insistirse en que su aplicación debe ser armónica con la evolución económica y social de los pueblos. En este tema, circunscrito al caso

de América Latina, el Director General de la Organización manifestó: “La idea directriz de esta Conferencia ha sido la de que el desarrollo de los países de la región requiere que se armonicen la política económica y la social. El desarrollo económico es un requisito previo indispensable de un mayor bienestar. Pero los programas sociales no debieran concebirse como segunda etapa que sólo habrá de iniciarse algo (sic) después que el desarrollo económico haya elevado sensiblemente el ingreso nacional. La característica esencial de todo el enfoque moderno del desarrollo económico es que los objetivos sociales sean parte inseparable del progreso y que la política social se desarrolle a la par de la política económica²⁸.”

Con base en lo anterior puede afirmarse que harán parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu* y por interpretación aquellos que versen sobre el mejoramiento progresivo de las condiciones de trabajo, de los salarios, del aumento del empleo. Sería discutible si los referentes a políticas sociales hacen parte o no de este bloque de constitucionalidad; no creería que hicieran parte del bloque de constitucionalidad interpretativo porque esta clase de normas versan sobre medios para alcanzar los fines que son, estos sí, los derechos sociales. Pero sí podrían estar en un nivel entre las leyes ordinarias y la Constitución, y servirían como derroteros para la orientación de leyes como el plan nacional de desarrollo.

28 Sentencia T - 568 de 1999. Literal a) del apartado titulado “Los derechos constitucionales son tutelables”. En: http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

5. Conclusiones

Fundamentalmente puede concluirse que los convenios de la OIT son de vital importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Cobran automáticamente la fuerza de ley y con base en unos criterios determinados, hasta parte del bloque de constitucionalidad en sus diversos grados. Pueden llegar a ser exigidos como parte de acciones de tutela, en tanto, que en muchos casos versan sobre disposiciones que reconocen el trabajo como un reflejo de la dignidad de la persona humana. Por otra parte, puede sostenerse que la jurisprudencia constitucional, aunque no de manera unánime, ha venido modificando su línea jurisprudencial en esta materia y quizás pronto reconozca algunos criterios para permitirles a todos los jueces de la República posibles disposiciones válidas para aplicar a los casos de tutela. También puede afirmarse como conclusión que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto de los convenios de la OIT, no es tan amplio porque muchas de sus disposiciones versan sobre derechos sociales que deben aplicarse de manera progresiva.

Quizás, un reconocimiento más amplio de los convenios de la OIT, sea un termómetro más amplio para comprender qué tanto hemos aplicado o no la cláusula del Estado Social de Derecho consagrada como esencia determinante del Estado Colombiano.

6. Bibliografía

Diego LÓPEZ MEDINA, "La reivindicación del bloc de constitunnalité", *Ámbito Jurídico* (8-21 de Octubre de 2007).

Johannes MESSNER, *La cuestión social*, Madrid, Rialp, 1976.

Carlos Ernesto MOLINA, *Las norma internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*, Bogotá, Temis, 2005.

LEGISLACIÓN

Código Sustantivo del Trabajo (CST). Decreto Ley 3743 de 1950. 7 de Junio de 1951. (Colombia).

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 6 de Mayo de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 10 de Agosto de 1999)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: 14 de Abril de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 6 de Mayo de 1998).

Alcances de la responsabilidad solidaria entre el beneficiario y el contratista independiente

Juliana Benrey Zorro¹

Agradezco muy especialmente a mi compañero de estudio, Daniel Toro Restrepo, por sus valiosos aportes

Resumen

Dentro del derecho laboral colombiano encontramos, que cada vez más se utilizan los sistemas de contratación con terceros en unos casos porque no es conveniente ni sostenible económicamente para una empresa, y en otros por evadir la responsabilidad que implica la contratación laboral directa. En cualquier caso, la contratación con terceros implica en algunos casos una responsabilidad solidaria en cuanto a los pagos laborales que es importante conocer pero que a consideración de la autora debería tener una aplicación diferente.

Palabras claves: contratación, terceros, responsabilidad, solidaridad, contratista independiente, beneficiario, prestación de servicios.

Abstract

Under Colombian labor law we find that more and more outsourcing system are more used, in some cases it is neither convenient nor economically sustainable for a company, and others to evade the responsibility which involves the direct hiring. In any case, outsourcing means in some cases a joint liability with regard to labor payments which is important to know but under the author's consideration should have a different application.

Key words: recruitment, third, responsibility, solidarity, independent contractor, beneficiary, services.

¹ Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho, en la Universidad de La Sabana. Miembro del Semillero Interdisciplinario en Responsabilidad Social (SIRS). Correo electrónico: juliana.benrey@gmail.com



Tabla de contenido

1. ¿Quiénes son los contratistas independientes?
2. ¿En qué consiste la responsabilidad solidaria?
3. Importancia y necesidad de la institución jurídica del contratista independiente.
4. Algunos fallos jurisprudenciales.
 - 4.1 Sentencia de mayo 8 de 1961 (Corte Suprema de Justicia)
 - 4.2 Sentencia de agosto 10 de 1994 (Corte Suprema de Justicia).
 - 4.3 Sentencia de agosto 23 de 1994 (Corte Suprema de Justicia).
 - 4.4 Sentencia de marzo 10 de 1995 (Corte Suprema de Justicia)
 - 4.5 Sentencia de enero 19 de 1996 (Corte Suprema de Justicia).
 - 4.6 Sentencia de junio 12 de 2002 (Corte Suprema de Justicia)
 - 4.7 Sentencia de mayo 6 de 2005 (Corte Suprema de Justicia).
 - 4.8 Sentencia de febrero 21 de 2006 (Corte Suprema de Justicia)
 - 4.9 Sentencia de septiembre 12 de 2006 (Corte Suprema de Justicia).
 - 4.10 Sentencia C - 994 de septiembre 19 de 2001 (Corte Constitucional).
5. Contratistas independientes en algunos países latinoamericanos.
 - 5.1 Chile.
 - 5.2 El Salvador
 - 5.3 Guatemala.
 - 5.4 Venezuela.
6. ¿Cómo debería ser la responsabilidad solidaria entre el beneficiario y el contratista independiente?
7. Conclusiones.
8. Bibliografía.

Introducción

El presente ensayo se refiere únicamente a los ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE EL BENEFICIARIO Y EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE, tema escogido dentro de la gama que abarca la responsabilidad solidaria de los beneficiarios en los sistemas de contratación con terceros. La intención es exponer **cuál es** la aplicación de dicha responsabilidad solidaria entre ellos en lo referente a los pagos laborales, y **cuál debería ser** dicha aplicación.

Este ensayo pretende exponer los diversos alcances que se le han dado a la institución jurídica del contratista independiente. Es así como, en primer lugar, se expone cuál es su aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con sus modificaciones históricas. Se plantean, a su vez, las diferentes definiciones doctrinales que se han dado frente a esta institución jurídica. Se hace un resumen sobre las cuestiones relacionadas con la importancia y necesidad jurídica de este supuesto, regulado por el artículo 34 de Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el Decreto 2351 de 1965). Se pretende, a su vez, mostrar diversos fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia en esta materia y también se observa la doctrina constitucional propuesta en la sentencia C- 994 de 2001 sobre los trabajadores de contratistas independientes que exploran, explotan y transportan petróleos en la que se plantean diversas cuestiones acerca del tema de la igualdad.

Así, con base en la exposición de diversos desarrollos legislativos nacionales y extranjeros, y en la jurisprudencia y la doctrina colombianas, se presentan unas conclusiones.

1. ¿Quiénes son los contratistas independientes?

Antes de definir la figura, es importante mencionar los cambios que ha sufrido nuestro Código Sustantivo del Trabajo, específicamente con respecto al artículo 34.

En primer lugar, se expidieron los Decretos 2663 y 3743 de 1950¹, los que en el año 1961 con la Ley 141 fueron adoptados como legislación permanente. El artículo 35 del Decreto 2663 de 1950² estableció que los contratistas independientes y por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, eran “las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad o autonomía técnica y directiva”. Además añadía:

(...) pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

1 Código Sustantivo del Trabajo (CST). Modificaciones ordenadas por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950 (compilando los decretos 2663 y 3743 de 1950. 7 de junio de 1951.

2 Decreto 2663 del 5 de agosto de 1950, artículo 35. En: Revista Derecho del Trabajo (Director propietario BARÓN SERRANO, Campo E.). Nos. 69-72, Año VI, Vol. XII. Pág. 12. El artículo 33 se refería a representantes del patrono, el 34 a sucursales, el 35 a contratistas independientes, el 36 a simples intermediarios y el 37 a la responsabilidad solidaria.

Más tarde, este concepto fue levemente modificado por el Decreto Legislativo 2351 de 1965 (actualmente vigente) el cual definió en su artículo 3° a los contratistas independientes como “personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”. Este decreto, además de suprimir “o labores en beneficio ajeno” para reemplazarlo por “la prestación de servicios en beneficio de terceros”, adicionó al artículo el numeral 2 que se refiere a los subcontratistas, figura que se analizará más adelante.

En cuanto a la doctrina, y en los términos de Alberto López Fajardo³, los contratistas independientes son aquellos que se comprometen a obtener un objetivo propuesto bajo su orientación técnica y directiva, a cambio de determinado precio.

Ahora bien, del concepto actual de contratista independiente regulado en la norma vigente, se deriva el del beneficiario. Éste es aquella persona natural o jurídica que requiere la realización de una determinada labor, y utiliza como mecanismo la contratación civil o comercial para vincular a los trabajadores de forma indirecta con el fin de ejecutar la obra que se encomendó. El beneficiario podría considerarse, con base en la definición de Escobar Henríquez⁴, como el que contrata mano de obra de una manera indirecta.

Los contratistas independientes requieren, para la eficaz realización de su labor, la contratación de mano de obra con el objeto de cumplir con las

3 LÓPEZ FAJARDO, Alberto. Elementos del derecho del trabajo. Parte individual y Colectiva. Doctrina y Jurisprudencia, Bogotá D. C., Librería Ediciones del Profesional, 2004. Pág. 148.

4 ESCOBAR HENRÍQUEZ, Francisco. La vinculación directa e indirecta de los trabajadores y responsabilidad laboral (CD-ROM). En: Seminario Medio Siglo de Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social, Bogotá, 2006. Pág. 1.

obligaciones civiles o comerciales derivadas del contrato a que haya lugar. Es por esto que, no obstante la existencia de una relación civil o comercial, la legislación laboral interviene para regular esta forma de contratación indirecta en los términos previamente enunciados; ello, debido a que el derecho laboral tiene como finalidad la protección del trabajador subordinado y de las relaciones de trabajo en las diferentes modalidades que puedan rodearlas. Así, según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Decreto 2351 de 1965:

(...) el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

Existe también la figura del subcontratista estipulada en el numeral 2 de la norma en comento; ésta es la persona natural o jurídica independiente contratada por otro contratista también independiente, que a su vez es contratado directamente por el beneficiario. En este caso, el beneficiario es solidariamente responsable, aún cuando el contratista no esté autorizado para contratar los servicios de subcontratistas, y en las mismas condiciones de responsabilidad del contratista que lo relacionó. Al respecto existirán acciones civiles para indemnizar el incumplimiento de una obligación de no hacer, pero no por ello puede excusarse la inexistencia de la solidaridad para con sus trabajadores.

Teniendo en cuenta la inclusión de esta figura en el artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, surge el interrogante de si valió la pena o no extender la responsabilidad solidaria a éstos últimos. Y la res-

puesta es que sí, por cuanto se amplió la cobertura de la protección a los trabajadores subordinados al servicio de ese subcontratista. Y la importancia radica en la necesidad de atender a la finalidad del derecho del trabajo, y es la protección del trabajador; y en este caso, la protección que cubre al subcontratista, también adquiere importancia teniendo en cuenta que estos trabajadores desarrollan una actividad o una labor en beneficio del tercero; por lo tanto, es justo que éste, que se está beneficiando de su trabajo, sea solidariamente responsable en cuanto a salarios, prestaciones e indemnizaciones adeudadas por su empleador.

2. ¿En qué consiste la responsabilidad solidaria?

Para estudiar la responsabilidad solidaria, es importante definir unos conceptos que ayudarán a entenderla mejor.

En primer lugar, está la **obligación** que consiste en “un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra”⁵. Nuestro Código Civil no es explícito en este sentido, pero permite deducir una definición de obligación a partir del concepto de contrato consagrado en el artículo 1495 que establece que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

La obligación puede entenderse en estas acepciones: **a)** como vínculo jurídico, o desde su aspecto activo, acepción desde la cual, obligación sería un derecho crediticio; **b)** desde el punto de vista pasivo, es decir como deuda.

Por otro lado, están los conceptos de **responsabilidad** y **solidaridad**, los cuales requieren, en primer lugar, la definición de virtud, ya que éstos,

5 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá, Temis, 2005. Pág. 20.

además de ser conceptos jurídicos, también son virtudes.

La virtud, de acuerdo con la Real Academia Española, es el “hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por sola la bondad de la operación y conformidad con la razón natural”⁶. Y según David Isaacs⁷, esta definición se acomodaría a las virtudes morales que ordenan rectamente los actos humanos al fin último sobrenatural, y que además, son virtudes que se adquieren, lo cual implica que el hombre puede desarrollarlas cada vez más, y con esto ser mejor a nivel natural.

Ahora bien, la responsabilidad, desde el punto de vista moral, se define como “asumir las consecuencias de los actos intencionados, resultado de las decisiones que se tomen o acepten; y también de los actos no intencionados, de tal modo que los demás queden beneficiados lo más posible o, por lo menos, no perjudicados preocupándose a la vez de que las otras personas en quienes puede influir hagan lo mismo”⁸.

Por otro lado la solidaridad entendida como la “adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”⁹, se puede considerar como uno de los principios fundamentales del derecho del trabajo, teniendo en cuenta que la relación laboral se da entre empleadores y trabajadores, y estos últimos prestan el servicio en beneficio de aquellos, en virtud de la subordinación que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

La solidaridad también se puede entender como una “red que abarca un conjunto de realidades del

medio humano, de la convivencia, que, siendo diferentes, no se viven de modo fragmentario, sino en el todo global de la experiencia humana”¹⁰, y para entenderla de manera completa, es necesario tener en cuenta la intersubjetividad humana, la cual de acuerdo con Carlos Eduardo Maldonado¹¹, se entiende como la manera en que los seres humanos constituyen la vida en sociedad. Por lo tanto es necesario también, considerar la convivencia y la comprensión como elementos fundamental del concepto de solidaridad.

De acuerdo con lo anterior, la solidaridad hace referencia a las relaciones con los demás, y requiere una sensibilidad en relación con las vivencias y situaciones del otro, lo que implica necesariamente la ontología social y la ética. La primera hace referencia a la conciencia de vivir en sociedad, es decir, de que existen otras personas alrededor; en otras palabras, conciencia de que el hombre no vive solo, de manera aislada, sino que vive en constante interacción con otros. La ética, por su parte, se ocupa de darle un valor a los actos humanos, es decir, emite un juicio de valor sobre los actos humanos (buenos, malos, justos, injustos).

Siguiendo este punto de vista, lo contrario de la solidaridad, es la indiferencia, que implica una “total ausencia de sensibilización frente al otro (...) es un bloqueo para que no podamos colocarnos en la situación del otro o para que no comprendamos que esa situación pueda llegar a ser alguna vez la nuestra”¹².

En cambio, desde el punto de vista jurídico, el Derecho Laboral se relaciona con las otras ramas del Derecho. Es así como, para poder tener una definición de solidaridad desde este punto de vis-

6 Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. 21 ed., tomo II. Madrid, 1992. Pág. 2095.

7 ISAACS, David. La educación de las virtudes humanas y su evaluación. Pamplona, EUNSA, 2000. Pág. 31.

8 Ibidem, pág. 132.

9 Real Academia Española. Op. Cit., Pág. 1899.

10 PANIEGO, José Ángel; Llopis, Carmen. Educar para la solidaridad. Madrid, Editorial CCS, 1994. Pág. 9.

11 MALDONADO, Carlos Eduardo. Derechos Humanos, Solidaridad y Subsidiariedad. Santa Fe de Bogotá, Temis, 2000. Pág. 84.

12 Ibidem, Pág. 99.

ta y conocer su tratamiento legal, se debe acudir a las normas civiles.

Según Guillermo Ospina Fernández¹³, “la solidaridad es una modalidad que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto de la totalidad de la prestación”. Por otra parte, las obligaciones solidarias consagradas en el artículo 1568 del Código Civil colombiano, tienen tres características especiales: en primer lugar, para que una obligación sea solidaria debe haber pluralidad de sujetos, ya sean activos o pasivos; en segundo lugar, debe haber una pluralidad de vínculos entre el acreedor o acreedores y el deudor o deudores, y finalmente debe haber una unidad en la prestación. Además, la solidaridad tiene dos fuentes: el acto jurídico y la ley, y dentro del acto jurídico se encuentran el contrato y el testamento. Lo anterior significa que las partes no pueden por autonomía de la voluntad, acordar solidaridad alguna, sino que ésta debe estar previamente establecida, según lo dicho.

Teniendo en cuenta lo anterior, y la regulación legal del contratista independiente en las normas laborales, cabe mencionar entonces lo dicho por la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de septiembre de 1993, en la que luego de hacer un análisis de las obligaciones solidarias para el Derecho Civil, manifestó:

El Código Sustantivo del Trabajo no contiene disposiciones que consagren un sistema distinto de la institución de la solidaridad, pero ni siquiera normas que modifiquen el del derecho común. Por tal razón, cuando aquél se refiere a ella hay que entenderla en el contexto general en que el

derecho Civil la concibe, desde el punto de vista de su estructura y de sus efectos¹⁴.

Reitera la Corte en esta providencia, que en la relación entre el contratista independiente y el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, este último es solidariamente responsable siempre y cuando se trate de las **mismas labores** a las actividades normales de su empresa o negocio, y lo será en cuanto al valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores. Y señala que, “debe entenderse, que como de la solidaridad se trata, en la relación entre el contratista independiente y el beneficiario hay una pluralidad de sujetos deudores y un objeto divisible, como lo son normalmente las obligaciones derivadas de la relación de trabajo independiente”.

Según lo dicho hasta el momento, no es difícil concluir una definición de responsabilidad solidaria, la cual se puede entender como el responder por actos que se derivan de la celebración de un contrato en virtud de la relación que del mismo emana, atendiendo a la ética y a la intersubjetividad del ser humano.

3. Importancia y necesidad de la institución jurídica del contratista independiente

En el campo laboral existen diferentes maneras en que la economía se organiza para adquirir la demanda de mano de obra por ella requerida. Es así como una realidad económica se traduce jurídicamente en la posibilidad de contratar de diversas formas.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral, Rad. No. 5898: Septiembre 15, 1993, Citada en: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral, Rad. N.º. L-7942-96 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio: Febrero 2, 1996)

¹³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Op. Cit., Pág. 239

Ahora bien, tal y como lo explica Francisco Escobar Henríquez¹⁵ en su ponencia para el Seminario “Medio siglo de jurisprudencia laboral y de seguridad social”:

Para el funcionamiento de una empresa es necesaria la fuerza de trabajo y para obtener esto el empleador debe vincular al personal utilizando alguna de las diferentes formas establecidas por la ley: directa o indirecta.

Cuando se contrata de manera directa, el empleador debe hacerlo de manera personal e individual con cada uno de los trabajadores a través de uno de los contratos laborales o algún contrato de prestación independiente de servicios. Por el contrario cuando se contrata de manera indirecta el empleador delega en otras personas, entidades o empresas contratistas el desarrollo de una actividad y el contratista se encarga de conseguir a los trabajadores requeridos para cumplir el compromiso.

Esta última - la contratación indirecta - también es conocida como *outsourcing* (tercerización o externalización), término que comenzó a ser desarrollado por el economista David Ricardo en su Teoría de las Ventajas Comparativas, que se acuñó en la década de los setentas, consiste básicamente en contratar con terceros la prestación de servicios¹⁶, con el propósito de desarrollar ciertas funciones, actividades, tareas o procesos fuera de la empresa con una finalidad de especialización y mejoramiento¹⁷.

15 ESCOBAR HENRÍQUEZ, Francisco. Op. Cit., Pág. 1.

16 FEGED & CO. BUSINESS ADVISORS. PROFITLINE. en <http://www.feged.com/html/medios/eventos.htm>, fecha de consulta: 16 de enero de 2006, 12:15 p.m.

17 CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. en: <http://www.consejo.org.ar/coltec/out1.htm>, Fecha de consulta: 16 de enero de 2006, 2:35 p.m.

Es por esto que, concluye Escobar Henríquez¹⁸, el *outsourcing* puede ser definido como la contratación de terceros extraños a la empresa contratante para que realicen una labor o desarrollen uno de los procesos o servicios de la empresa. Este tipo de contratación indirecta tiene, en virtud del principio protector del derecho laboral - piedra angular de este ordenamiento -, una regulación a través de instituciones como el contratista independiente y la empresa de servicios temporales.

Ahora bien: ¿Por qué existe la solidaridad entre el beneficiario y el contratista independiente frente a los trabajadores de éste último?. Antes de responder esta pregunta es necesario poner de presente que toda normatividad no debe ser un capricho del legislador que decidió añadir un artículo adicional en el ordenamiento, porque de ser así la figura pierde su sentido de búsqueda del bien común para toda la sociedad civil. Es por esto que no podría entenderse una norma sin un fundamento social que la justifique.

El Derecho Laboral tiene como objetivo fundamental la protección del trabajador. Se ha visto que este derecho intenta proteger a la parte débil, de los posibles abusos que del empleador puedan presentarse; es por esto que el sustento inicial de toda figura del Derecho del Trabajo debe analizarse a la luz del principio protector de los trabajadores comúnmente llamado principio de favorabilidad.

Hay empresas que utilizan la contratación indirecta para evadir las responsabilidades de salarios y prestaciones sociales, por tanto la solidaridad originada en el supuesto consagrado por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo pretende evitar esa evasión¹⁹.

Pero, ¿por qué podría derivarse del principio protector, la solidaridad entre el beneficiario y el

18 ESCOBAR HENRÍQUEZ, Francisco. Op. Cit., Pág. 6.

19 *Ibidem*, Pág. 7.

contratista independiente?. El Derecho Laboral busca asegurar que todas las obligaciones debidas por los empleadores sean efectivamente garantizadas con base en el principio protector, y esta protección permite que, en caso de incumplimiento por parte del contratista independiente - empleador directo de los trabajadores - exista la garantía de la satisfacción de la obligación por parte del beneficiario.

Sin embargo, fundamentar únicamente la figura de la solidaridad de los beneficiarios frente a los contratistas independientes y sus subcontratistas, en la naturaleza protectora del Derecho Laboral, generaría problemas a la hora de responder a las objeciones que se puedan presentar bajo diversos supuestos. La primera que se podría dar, sería la inexistencia de una relación propiamente dicha entre el beneficiario y el trabajador del contratista independiente y al no existir una relación jurídica, no puede exigirse algo que no surge en virtud de una relación directa. La respuesta a esta posible objeción podría responderse desde el punto de vista del ordenamiento en general: que no necesariamente la existencia de una relación genera la existencia de obligaciones jurídicas; es así como existe la responsabilidad extracontractual, en la que no se requiere un vínculo previamente establecido para que, de una relación, se deriven responsabilidades. Además podría responderse a la presente objeción que el beneficiario, al solicitar una labor, está contratando mano de obra indirectamente y al hacerlo así está siendo beneficiado por los trabajadores de su contratista. Es así como aunque el beneficiario de la obra no tiene una obligación directa con esos trabajadores, sí debe apoyar de manera solidaria (entendida con la connotación civilista), las deudas que tenga el contratista independiente con ellos.

4. Algunos fallos jurisprudenciales

Fueron muchos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia encontrados respecto al tema objeto de estudio, en los cuales se nota una

estabilidad en el análisis de la figura. Se procederá a exponer los más importantes, lo cual es necesario, teniendo en cuenta la función integradora de la jurisprudencia nacional.

Así mismo, es bien sabido que la Corte Constitucional ha sentado doctrina de vital importancia para todo el ordenamiento jurídico nacional, y por eso se comentará también uno de sus fallos sobre el tema.

4.1 Sentencia de mayo 8 de 1961 (Corte Suprema de Justicia)²⁰

En esta sentencia, la Corte señala dos relaciones jurídicas contempladas en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo:

a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza: esta produce un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario y exige que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad, autonomía técnica y directiva, empleando sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y que el beneficiario se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado.

b) Otra, entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza: para que se de esta relación simplemente deben existir las tres condiciones que se exigen en todo contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio.

²⁰ Corte Suprema De Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral (M.P. Luis Fernando Paredes A: Mayo 8, 1961). En: Gaceta Judicial No. 2240. Pág. 1032-1038.

Ahora bien, en el primer caso se pueden dar dos modalidades: una, en que la obra o labor es **extraña** a las actividades normales de quien encargó su ejecución, caso en el cual la obra sólo produce efectos entre los contratantes. Y otra, en la que la obra o labor pertenece al **giro ordinario de los negocios** del beneficiario del trabajo, caso en el cual la obra produce efectos entre los contratantes y los trabajadores del contratista independiente.

Luego, concluye la Corte que para que los trabajadores del contratista independiente tengan la acción solidaria contra el beneficiario de la obra, es necesario que medie una relación de causalidad la cual es, que la obra o labor desarrollada por el contratista independiente pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución.

Creo que la relación de causalidad no está dada por el hecho de que sean labores similares a las normales de la empresa beneficiaria, sino en el hecho de estar desarrollando una labor para el beneficiario de una obra.

Si tenemos en cuenta que la acción a la que hace referencia la Corte, es una garantía o beneficio para el trabajador, no debería distinguirse entre trabajadores de contratistas independientes que realizan las mismas labores que el beneficiario de la obra y aquellos que no, ya que a situaciones iguales se les estaría dando un trato desigual, y esto va en contra de la justicia.

4.2 Sentencia de agosto 10 de 1994 (Corte Suprema de Justicia)²¹

Con ponencia del magistrado Ernesto Jiménez Díaz del 10 de agosto de 1994, la Corte cita otra sentencia de la Sala Plena del 14 de diciembre de 1970, en la cual se establecen diferentes efectos y consecuencias que se derivan de la solidaridad

²¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 6494 (M.P. Ernesto Jiménez Díaz: Agosto 10, 1994).

consagrada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3 del Decreto 2351 de 1965, entre el contratista independiente y el dueño o beneficiario de la obra, y los derechos del trabajador que presta sus servicios al último, caso en el cual se pueden presentar diferentes situaciones:

a) El trabajador puede demandar sólo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin depender solidariamente de nadie y sin vincular a otra persona a la *litis*.

b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de un *litis* consorcio prohijado por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.

c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente “existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo”.

Luego de exponer estas tres posibles situaciones, la Sala consideró que en el último evento se debe partir de la base de que, el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria del beneficiario o dueño de la obra, debe demostrar que la prestación reclamada fue inicialmente a cargo del contratista independiente. Pero, si por el contrario, éste último no está obligado legalmente no puede válidamente exigírsele al primero una solidaridad que no se da, porque no se presenta un reconocimiento expreso por parte del contratista

o porque con anterioridad no se adelantó un proceso donde se definió la responsabilidad de ese “verdadero patrono”.

Leyendo detenidamente las tres posibles situaciones planteadas por la Corte, es claro que el trabajador de un contratista independiente que desarrolle las mismas labores que la empresa beneficiaria, tiene diversas posibilidades que le aseguran una garantía respecto de su salario, prestaciones e indemnizaciones en caso de que su empleador - el contratista independiente - no le responda con una de ellas. En este sentido se observa que no hay una igualdad de oportunidades entre estos trabajadores y aquellos que trabajan para un contratista independiente que **no** desarrolle las mismas labores que la empresa beneficiaria.

La injusticia de esta discriminación radica en que las dos clases de trabajadores, trabajan para una misma clase de empleador en beneficio de un mismo tercero, pero no tienen la misma garantía en cuanto a salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Supongamos un sencillo ejemplo: A es la empresa beneficiaria, B es el contratista independiente y C es un trabajador del contratista independiente. A, cuyo objeto social es exclusivamente hacer zapatos, decide contratar a B para que haga botas, y para esto B necesita a C quien realizará la labor encomendada a B en beneficio de A. En este caso, según el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, A no respondería solidariamente a C, si B no cumpliera con los salarios, prestaciones o indemnizaciones debidas. En cambio, si B hubiera tenido el encargo de hacer alguna clase de zapatos y no botas, A sí respondería solidariamente. Visto este simple ejemplo, se puede observar que lo único que diferencia a C en un caso y en otro es simplemente que no realizan la misma labor, pero en ambos casos desarrolla la labor en beneficio de A. Es así como no habiendo una justa razón para diferenciar la labor de ambos trabajadores, es injusto que no se le de al trabajador del segundo

caso la garantía de la solidaridad por parte del beneficiario.

4.3 Sentencia de agosto 23 de 1994 (Corte Suprema de Justicia)²²

La Corte analiza un caso en el que concluye que los contratistas independientes **no** son solidariamente responsables con el beneficiario de la obra. Atendiendo a lo que nos interesa, la Corte dentro de sus consideraciones recordó que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 34 consagra la institución jurídica del contratista independiente, el cual es verdadero empleador y contrata la ejecución de una obra o prestación de servicios en beneficio de un tercero a cambio de un precio determinado y con la especificación de que el contratista asume todos los riesgos para realizar el trabajo por sus propios medios.

Dice la Corte que “dicha solidaridad tiene como efecto que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo que se trate de labores **extrañas** (negrilla fuera del texto) de su empresa o negocio, responda solidariamente con el contratista independiente por el valor de los salarios y de las prestaciones a que tengan derecho los trabajadores. Pero de dicha norma no resulta que el contratista independiente sea a su vez responsable de las obligaciones que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, en su condición de patrono, adquiera en relación con sus propios trabajadores”.

Aquí se reitera lo dicho por la norma del Código Sustantivo del Trabajo, y es que será solidariamente responsable el beneficiario respecto de los salarios y prestaciones que el contratista independiente no cumpla con sus trabajadores, siempre y cuando este último desarrolle actividades similares al beneficiario. Pero es necesario señalar algo que la Corte olvidó en la sentencia, y es que los

²² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. N°. 6610. (M. P. Rafael Méndez Arango, Agosto 23, 1994).

rubros por los que el beneficiario de la obra debe responder solidariamente no son únicamente los salarios y prestaciones, sino que también debe responder por las indemnizaciones, si es el caso. Esta omisión, a pesar de ser el olvido de una simple palabra, puede acarrear consecuencias muy graves en perjuicio del trabajador.

4.4 Sentencia de marzo 10 de 1995 (Corte Suprema de Justicia)²³

En esta ocasión, la Corte considera que el beneficiario de la obra es solidariamente responsable con el contratista independiente respecto de los salarios, prestaciones e indemnizaciones salvo respecto del “derecho al salario y los recargos por concepto de trabajo suplementario y en días de descanso legalmente obligatorio; ni lo referente a la remuneración que debe recibir el trabajador durante los días de descanso compensatorio, ni prima de servicios, ni el auxilio de cesantía y los intereses correspondientes a esta prestación social y la sanción por no pagarlos oportunamente; ni las indemnizaciones por despido injusto y por mora”.

Lo aquí expresado por la Corte es desconcertante ya que todos los rubros que eliminó de la responsabilidad del beneficiario se encuentran dentro de lo que el artículo 34 denomina salarios, prestaciones e indemnizaciones. El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 textualmente dice que constituye **salario** el valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio y porcentajes sobre ventas y comisiones. El artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo hace parte de las **prestaciones sociales** especiales que están a cargo del empleador. El auxilio de cesantía está definido en el artículo 249 del mismo estatuto, que hace parte de las **prestaciones** patronales comunes. Los intereses legales sobre la cesantía están consagrados

en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, como una **prestación social** de carácter accesorio a la cesantía. El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estipula la **indemnización** por no consignación oportuna del auxilio de cesantía. Y el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a la **indemnización** por despido injusto (modificado por el Decreto 2351 de 1965, por la Ley 50 de 1990 y por la Ley 789 de 2002 actualmente vigente).

Por lo tanto, estas consideraciones generan gran duda y hacen que sea poco claro el alcance de la responsabilidad solidaria del beneficiario respecto del contratista independiente.

Estas conclusiones a las que llega la Corte, excediéndose en su interpretación, originan cuestionamientos acerca del principio rector del derecho: la justicia, ya que limita casi por completo el alcance que le da a esa responsabilidad el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, y además lo circunscribe a la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra únicamente a los trabajadores de contratistas independientes que realicen actividades similares a las suyas (lo que también señala la norma).

4.5 Sentencia de enero 19 de 1996 (Corte Suprema de Justicia)²⁴

Aquí se analiza que el artículo 3 del Decreto 2351 de 1965 establece que si bien el contratista independiente es verdadero empleador, la solidaridad está estipulada como garantía, que se deriva de la “naturaleza protectora del trabajo”, para que en caso de que se encuentre insolvente o quiera evadir las responsabilidades y obligaciones que tiene como empleador, se pueda hacer responsable por los mismos créditos al beneficiario de la obra, siempre que se trate de **labores propias** o inherentes al giro normal de sus actividades.

23 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 7094 (M. P.: Rafael Méndez Arango: Marzo 10, 1995).

24 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 7943 (M.P. Francisco Escobar Henríquez: Enero 19, 1996).

Añade que el beneficiario de la obra que es quien encomienda la ejecución de la obra o la prestación del servicio, no tiene ninguna obligación de manera independiente con los trabajadores del contratista, porque si así fuera no existiría solidaridad, pues “ésta tiene lugar (...) cuando varias personas deben una misma cosa a un mismo acreedor, bien sea singular o plural”.

Y además agrega que, el beneficiario de la obra sólo debe lo que adeuda el contratista independiente a sus trabajadores, y esto se concluye en razón de que en la legislación laboral se ha establecido que aquel responde solidariamente de las obligaciones que contraiga el contratista independiente con los trabajadores que vincule para la ejecución de la obra o labor convenida.

Por otro lado, expresa que, cuando un trabajador presta servicios a diferentes contratistas de una misma empresa, estos no se pueden acumular para “determinar una prestación a cargo exclusivo de ésta”, ya que cada relación es autónoma, y esto implica que cada contratista sólo responde de los créditos laborales que se hayan causado en las relaciones de trabajo en las que él fue directamente empleador, es decir que si no surge una obligación común para los contratistas independientes, tampoco para el beneficiario de sus servicios.

La Corte en esta sentencia considera la solidaridad como una garantía derivada de la naturaleza protectora del derecho al trabajo, en caso de que el contratista independiente no pueda cumplir con sus obligaciones de empleador. Esto confirma la necesidad que tiene la legislación laboral de proteger al trabajador en cualquier momento, razón por la cual no debería aceptarse que el beneficiario únicamente respondiera solidariamente cuando el contratista independiente desarrolla actividades similares a él, sino que también debería responder en los casos en que no. Lo anterior teniendo en cuenta que tanto unos trabajadores como otros se encuentran en igualdad de condiciones.

4.6 Sentencia de junio 12 de 2002 (Corte Suprema de Justicia)²⁵

En esta sentencia, la Corte concluye que del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 3° del Decreto 2351 de 1965, se desprenden varias situaciones:

- a) La del contratista independiente que realiza, por cuenta de otro, una obra o la prestación de un servicio determinados, sin que exista afinidad entre la prestación debida y las actividades o negocios del contratante. En este caso el único responsable es el contratista independiente frente a sus trabajadores por las obligaciones laborales de sus subordinados; y, desde luego, el contratante no compromete su patrimonio frente a ellos.
- b) La del contratista independiente que realiza una obra o servicio determinados en beneficio de una persona cuya actividad empresarial o mercantil es afín con la obra o el servicio contratado. Esa afinidad implica la garantía de la solidaridad, que compromete a los dos sujetos, contratante y contratista, de manera solidaria, en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores.
- c) La de los subcontratistas independientes, sin importar, cuan larga sea la cadena de contratos civiles de obra o de prestación de servicios. La solidaridad legal laboral del beneficiario de la obra o del servicio con los subcontratistas dependerá de si existe o no afinidad entre la obra o servicio contratado y la actividad empresarial o mercantil del contratante inicial.

En otro aparte de la sentencia, la Corte se refiere a la obligación solidaria como la “garantía para el subordinado”.

²⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 17573 (M.P. Germán Valdés Sánchez: Junio 12, 2002).

Teniendo en cuenta que en este fallo la Corte reitera claramente que existen dos casos para determinar si el beneficiario es o no solidariamente responsable, y además, que considera esta responsabilidad como “garantía para el subordinado”, cabe entonces preguntarse cuál fue la razón que tuvo el legislador para hacer esta diferenciación. Si tanto el trabajador del contratista independiente que desarrolla las mismas actividades que el beneficiario, como los trabajadores del contratista independiente que no, se encuentran en igualdad de condiciones de trabajadores subordinados, no parece haber una justa razón para no ser protegidos estos por la garantía de la solidaridad.

4.7. Sentencia de mayo 6 de 2005 (Corte Suprema de Justicia)²⁶

La Corte aquí, analizando el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo concluye que de él no se deriva que el dueño de la obra pueda evitar su obligación solidaria con el contratista a través de la subrogación de la deuda con un tercero, ya que de la posibilidad que da la norma de estipular con el contratista las garantías del caso o repetir contra él lo pagado a los trabajadores, no se desprende, como considera el censor, la autorización de subrogar la deuda. Esto se da en razón de que la subrogación de la deuda iría en contra del principio de la relatividad de los contratos, el cual establece que los contratos sólo producen efectos y obligaciones frente a las partes contratantes y no frente a terceros no intervinientes. Además se estaría violando la garantía de la solidaridad consagrada en dicho artículo, la cual “no es siquiera renunciable por el trabajador por estar fijada por una norma de orden público, de manera que ni mediando su consentimiento es posible la referida subrogación”.

Ahora bien, en esta misma sentencia se analiza el problema de la indemnización moratoria regu-

lada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Señala la Corte que el beneficiario de la obra es solidariamente responsable respecto de ella, pues aunque esta obligación a pesar de ser exclusiva del empleador (del contratista independiente), en virtud de la ley, el dueño de la obra se “convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente”, pero no porque la culpa se le haga extensiva sino por la solidaridad, la cual sí le permite subrogarse en la acreencia contra el contratista independiente.

Según lo dicho en esta sentencia, la Corte reafirma que las indemnizaciones, incluyendo la moratoria, sí se incluyen dentro de las obligaciones que se hacen extensivas al beneficiario de la obra a través de la figura de la solidaridad. También afirma la Corte que la solidaridad está establecida como una garantía al trabajador a la cual ni siquiera él puede renunciar, y esto confirma la importancia que tiene para el Derecho del Trabajo la protección a éste. Esto como en anteriores sentencia sucedió, nos lleva a preguntarnos entonces ¿por qué esa garantía no cobija a los trabajadores de contratistas que no desarrollan las mismas labores que el beneficiario de la obra si trabajan en iguales condiciones?

4.8 Sentencia de febrero 21 de 2006 (Corte Suprema de Justicia)²⁷

En cuanto a los cargos presentados en la demanda, la Corte en sus consideraciones afirma que la indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no se excluye de la responsabilidad solidaria que se impone al beneficiario o dueño de la obra del artículo 34 del mismo estatuto. Asegura la Corte que la responsabilidad solidaria se da “por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores” y generalmente “dentro de un contrato de trabajo surgen a

²⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. 22905 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez: Mayo 6, 2005).

²⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. 24495 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez: Febrero 21, 2006).

cargo del empleador los conceptos anotados y la indemnización moratoria no puede considerarse ajena o por fuera de ellos, pues es un derecho que surge y tiene su causa en el contrato de trabajo”.

Luego añade, que la solidaridad legal se impone como una medida de protección para los asalariados, que finalmente busca amparar los derechos que se derivan del contrato de trabajo, para evitar que esos derechos se menoscaben o se desconozcan a través de figuras jurídicas. Además no se puede afirmar que por ser la indemnización moratoria un castigo únicamente para el empleador de mala fe que no paga los derechos laborales causados a la terminación del contrato de trabajo, no se puede transmitir al beneficiario de la obra.

Lo dicho por la Corte en esta providencia, sirve para argumentar el evidente error en el que incurrió en la sentencia de marzo 10 de 1995, en la que elimina de la responsabilidad solidaria rubros que indiscutiblemente hacen parte de ella, como por ejemplo el trabajo suplementario y en días de descanso legalmente obligatorio, la remuneración que debe recibir el trabajador durante los días de descanso compensatorio, la prima de servicios, el auxilio de cesantía y los intereses correspondientes a esta prestación social y la sanción por no pagarlos oportunamente, y las indemnizaciones por despido injusto y por mora.

4.9 Sentencia de septiembre 12 de 2006 (Corte Suprema de Justicia)²⁸

En las consideraciones de esta sentencia, la Corte Suprema señala que la obligación objeto de la responsabilidad solidaria, se da en virtud de la vinculación laboral del trabajador frente al empleador (contratista independiente), quien es el responsable de ella, es decir, que la obligación que se le exige al beneficiario de la obra, no es una deu-

da diferente a la primera, sino que lo que él garantiza es la obligación debida por el empleador.

Ahora bien, en lo referente a los posibles problemas procesales que se puedan presentar, la Corte considera que cuando el trabajador presente una demanda cuyas pretensiones sean establecer lo que se le adeuda o “el pago de la condena por parte de cualquiera de las personas sobre las que la ley impone el deber de solidaridad”, se debe exigir la constitución de *litis* consorcio necesario entre el deudor solidario (beneficiario de la obra) y el empleador.

4.10 Sentencia C - 994 de septiembre 19 de 2001 (Corte Constitucional)²⁹

En esta providencia, el actor demandó los artículos 1 parcial, y 2 del Decreto Legislativo 284 de 1957 “por el cual se dictan normas sobre salarios y prestaciones de los trabajadores de contratistas a precio fijo, en empresas de petróleos”, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961.

El demandante en dicha sentencia, asevera que dichas disposiciones, violan los artículos 2, 13, 25 y 53 de la Carta Política, los cuales consagran en términos generales los fines generales del Estado, la igualdad, el derecho al trabajo y los principios mínimos fundamentales que deben regir el estatuto del trabajo, y sus argumentos son que, según lo establecido en las disposiciones acusadas, sólo los trabajadores que laboran al servicio de los contratistas independientes, que realizan labores para una persona jurídica dedicada a la exploración, explotación o transporte de petróleos, gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria; se excluye a los trabajadores de las demás personas que presten servicios a la persona jurídica, de gozar de este beneficio.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. 25323 (M.P. Eduardo López Villegas: Septiembre 12, 2006).

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-994 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería: Septiembre 19, 2001).

Otro de los argumentos utilizados por el demandante es que:

(...) la imposición de responsabilidad solidaria en cabeza del beneficiario fue hecha para extender la responsabilidad hasta el beneficiario de la obra o servicio, como medida de favorecimiento y protección del trabajador asalariado (...) y no realmente como una simple medida de limitación, evitando que el simple carácter de patrono del contratista independiente pudiera ser utilizado para frustrar la responsabilidad del directo beneficiado por la obra o servicio.

El demandante basa sus argumentos en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 26 de septiembre de 2000 en la cual se establece que la solidaridad es una manera de proteger los derechos de los trabajadores, haciendo extensivas, al beneficiario de la obra, los salarios, prestaciones o indemnizaciones.

Luego de esto, la Corte procede a analizar y fallar, y si bien no le halla la razón al demandante, sí incluye dentro de sus consideraciones que la diferenciación que se hace entre los trabajadores de contratistas que se dediquen a la exploración, explotación y transporte de petróleos, y los demás, se da en virtud del principio de razonabilidad, según el cual:

(...) una determinada disposición es discriminatoria cuando no se puede justificar razonablemente el trato diferencial que ella establece respecto de dos situaciones similares, en otras palabras, cuando ante situaciones iguales se da un tratamiento jurídico diferente sin justificación alguna. En sentido contrario, no se discrimina a una persona cuando las hipótesis sobre las cuales recae la supuesta discriminación son totalmente disímiles, como ocurre en el caso bajo estudio.

Por esta razón, es claro entonces por qué la Corte concluyó que las normas demandadas no son inconstitucionales, ya que las empresas que desarrollan este tipo de actividades están corriendo un riesgo al hacerlo teniendo en cuenta que deben invertir recursos económicos, técnicos y humanos para poder llevar a cabo la búsqueda del crudo, sin tener certeza de encontrarlo o de que en caso de que se encuentre sí sea efectivamente comercializable. El riesgo radica en que en caso de que la búsqueda no sea exitosa, la empresa asociada debe asumir individualmente las pérdidas por los gastos e inversiones incurridas.

Ahora bien, a pesar de que la Corte Constitucional ha manifestado la aplicación de ese principio de razonabilidad y, que también es consagrado como uno de los principios fundamentales del Derecho Laboral, la distinción que se hace en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo entre los trabajadores de empresas que desarrollen las mismas actividades que la empresa beneficiaria y los que no, no responde a este principio de razonabilidad, teniendo en cuenta que la distinción de estas situaciones similares no se basa en una justa razón.

5. Contratistas independientes en algunos países latinoamericanos

En un mundo globalizado no basta únicamente con conocer la normatividad aplicable a un único Estado-nación, sino que es necesario para el jurista conocer la normatividad aplicable en otras naciones. Este es un deber que cobra vital importancia porque el derecho comparado no solamente permite la adquisición de un bagaje jurídico internacional, sino que permite la asimilación de nuevas ideas que podrían aplicarse al ordenamiento jurídico propio, inclusive para incluirse dentro de la legislación vigente en el país.

En esta parte se expondrán las normatividades frente al supuesto de hecho de los contratistas independientes y los beneficiarios en Chile, El Salvador, Guatemala y Venezuela.

5.1 Chile

En primer lugar es importante mencionar que el Código del Trabajo de Chile³⁰ del 7 de enero de 1994, fue modificado por la ley 1966 de 2000, y esta última, en el año 2006 fue modificada por la Ley 20123.

Inicialmente, el artículo 64 del Código del Trabajo de 1994, estipulaba que “el dueño de la obra, empresa o faena será **subsidiariamente** responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas (...)”.

Con la promulgación de la Ley 1966 de 2000, el texto anteriormente citado no se vio modificado de ninguna manera. Esta ley lo que hizo fue adicionar algunos incisos relacionados con temas procesales, excepciones y de cierta información que debe saber el beneficiario de la obra. Uno de los incisos adicionales establece que “En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural”.

De acuerdo con lo anterior, se pueden observar dos diferencias: en primer lugar, lo relacionado con los casos de construcción ya que la legislación colombiana no mencionada nada al respecto y, en segundo lugar, la norma chilena hace referencia a una responsabilidad **subsidiaria** no a una responsabilidad **solidaria** como lo estipula la norma colombiana.

Más adelante, en el año 2006 se promulgó la ley 20123³¹ la cual sí produjo cambios importantes en

30 Chile. Presidente de La República. Código del Trabajo. En: Legislación Laboral. Venezuela: LEGIS S. A. Hojas sustituibles.

31 Chile. Ley 20123 de 2006. Fecha de promulgación: octubre 5 de 2006. En: Biblioteca del Congreso Nacional.

la norma en comento. En el artículo 183 - Bis de dicha ley se dice que “La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral”. La principal diferencia que se puede ver es que se ha reemplazado la subsidiariedad por la solidaridad, de tal manera que la responsabilidad ha quedado igual al caso colombiano.

Una circunstancia que vale la pena resaltar por su diferencia frente a la legislación colombiana es la consagrada en el artículo 183 - Bis del Código del Trabajo de dicho país. La norma citada plantea el derecho a consultar el estado del cumplimiento de las obligaciones laborales acreditadas por la Inspección del trabajo del lugar. Si el dueño de la obra hiciese efectivo ese derecho y se da cuenta del incumplimiento de las obligaciones laborales de sus contratistas y subcontratistas, podrá retener el valor debido a los trabajadores. Si se hizo efectivo aquel derecho mencionado, ya no responderá solidariamente sino subsidiariamente.

Al llegar a este punto, es importante hacer la diferenciación entre solidaridad y subsidiariedad. Jurídicamente si el beneficiario es solidariamente responsable, significa que el trabajador del contratista independiente, en caso de que sea acreedor de salarios, prestaciones o indemnizaciones de cualquier clase, tiene la posibilidad de demandar tanto al contratista independiente (quien es el verdadero empleador), como al beneficiario de la obra, o a los dos al mismo tiempo; el trabajador escoge a quién demanda. Contrario a esto, si el beneficiario es subsidiariamente responsable, significa que en caso de que el contratista independiente incumpla con salarios, prestaciones o indemnizaciones al trabajador, este último para poder reclamar dichos rubros tendrá que demandar en primer lugar al contratista independiente, y en caso de que no responda, ahí sí demandar al beneficiario de la obra.

Por otro lado, cabe resaltar que la legislación chilena, en el asunto que aquí interesa, no plantea la excepción a la solidaridad, de que el contratista independiente deba realizar labores inherentes o similares a las del beneficiario, como sí sucede en la legislación colombiana, cuestión que lleva a hacer el cuestionamiento de ¿por qué en la legislación colombiana sí? - teniendo en cuenta que el derecho chileno es el padre de nuestro derecho -. Pero independientemente de esto, si simplemente tenemos en cuenta cuál es la finalidad esencial del Derecho del Trabajo, no es lógico que, al parecer sin ninguna razón justa, se desproteja a ciertos trabajadores que son vinculados a la realización de una obra o labor por contratantes que no desarrollan las mismas labores que el tercero beneficiario.

5.2 El Salvador

El Código del Trabajo de El Salvador³² establece en el artículo 5 que, los contratistas son patronos, y son quienes ejecutan trabajos para otros con capitales propios o con adelantos que haga el dueño de la obra o un tercero, todo esto a través de un contrato o cuasicontrato de agencia oficiosa. Este artículo también define a los subcontratistas como las personas que con trabajadores contratados por ellos, realizan trabajos requeridos por un contratista. Y finalmente este artículo determina que ambos - contratista y subcontratista - deben responder solidariamente por las obligaciones que se derivan de la prestación de los servicios de los trabajadores del subcontratista, empleados en los trabajos requeridos por el contratista.

En esta legislación, a diferencia de la legislación colombiana, la regulación sobre el tema del contratista independiente y la solidaridad es muy limitada pues todo lo relacionado con el tema está consagrado en el artículo 5 del Código del Trabajo, y únicamente da la definición de contratista y de subcontratista, y expresa la solidaridad de es-

32 El Salvador. Asamblea Legislativa De La República De El Salvador. Código del Trabajo No. 15, artículo 5°. En: www.leylaboral.com

tos dos respecto de los trabajadores del subcontratista, más la del beneficiario de la obra respecto de los trabajadores del contratista.

5.3 Guatemala

La legislación de este país, en el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo³³, en su artículo 183-A, que se encuentra ubicado en el título VII denominado Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios, consagra las figuras de contratista y subcontratista, y estipula que el trabajo que desarrolla el subcontratista, es realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, el cual es un contratista o un subcontratista.

Ahora bien, según el mismo artículo, el contratista o subcontratista debe “ejecutar obras por su cuenta y riesgo y con trabajadores de su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”. En este aspecto, la legislación guatemalteca no dista mucho de la colombiana, ya que en ésta última, los contratistas independientes asumen todos los riesgos para realizar la obra con sus propios medios.

En el artículo siguiente, el 183-B, se establece que la empresa principal responde solidariamente respecto de las obligaciones laborales y previsiones de dar que afecten a los contratistas en favor de sus trabajadores. Dentro de esas obligaciones laborales se deben incluir las posibles indemnizaciones legales que correspondan en virtud de la relación laboral. En este aspecto, es decir, en cuanto a que es responsable solidariamente la empresa beneficiaria, también es similar a la figura colombiana, ya que la beneficiaria es solidariamente responsable en cuanto a los salarios, prestaciones

33 Guatemala. Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Trabajo, Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo, Art. 183-A. En: www.leylaboral.com

e indemnizaciones a que haya lugar respecto del trabajador. Es importante tener en cuenta que la responsabilidad solidaria se limita al tiempo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En lo referente a la responsabilidad solidaria respecto de los subcontratistas, el artículo consagra que el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas y sus trabajadores. Y que cuando no pueda hacerse efectiva esta solidaridad, la empresa principal responderá.

Finalmente en este aspecto del subcontratista ambos regímenes son parecidos, pues el inciso segundo del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano, consagra la responsabilidad solidaria por parte del beneficiario respecto de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores.

5.4 República Bolivariana de Venezuela

La Ley Orgánica del Trabajo define en su artículo 55 a los contratistas independientes³⁴. A estos no se les considera intermediarios por lo que no compromete la responsabilidad del beneficiario de la obra (según la norma); por el contrario, el contratista es una persona natural o jurídica que mediante contrato se encarga de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos, aspecto en el cual coincide con la legislación colombiana.

Pero esta disposición no se aplica cuando la actividad del contratante sea **inherente o conexas** con la del beneficiario de la obra o servicio. Esto quiere decir que la responsabilidad solidaria del beneficiario se verá comprometida siempre y cuando el contratista realice una actividad inherente o conexas con la de aquel, pero para poder determinar

la responsabilidad solidaria, es importante definir qué es para la legislación venezolana la obra inherente o conexas, consagrada en el artículo 56 del régimen laboral venezolano. La obra inherente, según el mismo artículo de la Ley Orgánica del Trabajo, es aquella que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante y será conexas si está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

Ahora bien, a primera vista se podría decir que en este sentido la legislación venezolana y la colombiana son similares, pero para poder afirmar esto es necesario analizar las expresiones de ambas disposiciones. Como se acabó de ver, la legislación venezolana hace referencia de una manera positiva a labores inherentes o conexas, mientras que en la norma colombiana se habla de una manera negativa de labores que **no** sean extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, o según algunos como la Corte Suprema de Justicia, indicándolo de una manera positiva, labores propias o inherentes al giro normal de sus actividades. Teniendo en cuenta esta diferenciación, es posible advertir una similitud y una divergencia. Las dos disposiciones conciertan en que se debe tratar de labores inherentes, para que exista solidaridad por parte del beneficiario, pero discrepan en cuanto a que una expresa que deben ser labores conexas - Venezuela - y la otra, que deben ser labores propias - Colombia -.

Un aspecto diferente de la legislación venezolana respecto de la colombiana es que, las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos, se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario. Se entiende que es una diferencia teniendo en cuenta que la norma colombiana no hace mención alguna sobre los contratistas independientes que desarrollen actividades de esta clase, ya que el tema está regulado en otro estatuto.

³⁴ Venezuela. Congreso de la República. Ley Orgánica del Trabajo, Art. 55°. En: Legislación Laboral. Venezuela: LEGIS S. A. Hojas sustituibles.

Al igual que en la legislación colombiana, la responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario, se extiende hasta los trabajadores utilizados por los subcontratistas, aun cuando el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio; así lo expresa el artículo 56 del régimen laboral venezolano.

Una importante institución jurídica consagrada en el artículo 57 del Código venezolano, que no se encuentra en la legislación colombiana, es la presunción de conexidad. Esta consiste en que cuando un contratista realice de manera habitual obras o servicios en beneficio de una empresa de tal manera que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficia con ella.

6. ¿Cómo debería ser la responsabilidad solidaria entre el beneficiario y el contratista independiente?

Recapitulando un poco lo dicho, es claro que el contratista independiente es una persona natural o jurídica que desarrolla una obra o presta un servicio en beneficio de un tercero a cambio de un precio determinado, y asumiendo los riesgos para la realización de la obra con sus propios medios. Ahora bien, se viene a hablar de responsabilidad solidaria por parte del beneficiario, respecto del contratista con sus trabajadores, en cuanto a salarios, prestaciones e indemnizaciones, únicamente si son labores **comunes** a las normales suyas - del beneficiario -.

Después del estudio de esta institución jurídica, no parece justo que la empresa beneficiaria sea solidariamente responsable únicamente en los casos en que ésta y el contratista independiente desarrollen las **mismas labores**, ya que se pierde la esen-

cia del derecho laboral que es principalmente la protección a la parte débil de la relación laboral.

En primer lugar se estaría desprotegiendo a los trabajadores de los contratistas independientes que no desarrollen la misma labor que la empresa beneficiaria, y en este sentido se estaría violando el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, ya que tanto éstos, como los que trabajan para los contratistas independientes que sí desarrollan las mismas actividades que la empresa beneficiaria, se encuentran en las mismas condiciones de trabajadores subordinados, que ejecutan una actividad de manera personal y a cambio de una remuneración.

En segundo lugar, no se está atendiendo al ya mencionado principio de razonabilidad teniendo en cuenta que la distinción que se hace entre unos trabajadores y otros no tiene una razón válida, y además que tanto unos como otros realizan las labores encomendadas en favor y beneficio de una empresa. Es lógico, que una empresa deba responder solidariamente respecto de las prestaciones, salarios e indemnizaciones a que haya lugar con respecto de los trabajadores de sus contratistas sin importar si desarrollan o no actividades similares a ella, pues a fin de cuentas están desplegando una labor en su favor.

Por otro lado, uno de los aspectos primordiales de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo que se violan con esta limitación, es la finalidad del Derecho Laboral, la cual es "lograr la justicia en las relaciones que surgen entre los patronos y trabajadores dentro de un espíritu de... equilibrio social"³⁵. Se entiende que se viola esa finalidad de justicia social, teniendo en cuenta, como anteriormente se dijo, que no se atiende al principio de razonabilidad, ya que la justicia social es entendida como la igualdad de los trabajadores y el respeto a su dignidad y justa remunera-

35 GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Principios Fundamentales del Derecho al Trabajo. Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 1999. Pág. 35.

ración, tal y como lo afirma el profesor Guillermo Guerrero Figueroa.

Sumado a esto, la solidaridad tiene una importancia, que radica en el simple hecho de que el hombre vive en sociedad, teniendo en cuenta que de la relación entre los individuos puede nacer una fuerza social que los lleve a querer estar dentro de una colectividad. La solidaridad social que de esto se desprende, es lo que ayuda a la sociedad a conservarse, y se hace social en la medida en que seres solidarios formen un todo teniendo como fin realizar “un tipo común y una potencia colectiva única”³⁶. De aquí, que se evidencie la importancia de extender la solidaridad del beneficiario no sólo a los trabajadores subordinados de un contratista independiente que desarrolle similares labores a aquel, pues debe ser un “tipo común”, una finalidad común, la protección efectiva del trabajador.

³⁶ Duprat, G.L. La solidaridad social. Sus causas, su evolución, sus consecuencias. Madrid, Editor Daniel Jorro, 1913. Pág. 6.

7. Conclusiones.

De la exposición realizada de la figura del contratista independiente y el manejo de la responsabilidad solidaria se puede concluir que:

Colombia en su regulación laboral, consagra la figura del contratista independiente de manera muy clara en el artículo 34 Código Sustantivo del Trabajo. En él se define quiénes son los contratistas independientes, en qué casos hay solidaridad entre éste y el beneficiario de la obra, y en su segundo inciso consagra la figura del subcontratista y cómo funciona la solidaridad.

El tipo de contratación de la que hace parte el contratista independiente, es la llamada contratación indirecta ya que el beneficiario de la obra contrata a un tercero, extraño a su empresa, para que desarrolle labores o actividades fuera de ella con una finalidad determinada.

Los contratistas independientes son entonces en primer lugar verdaderos empleadores, que pueden ser persona natural o jurídica, que son contratados para ejecutar una o varias obras, o para la prestación de servicios en beneficio de un tercero por un precio determinado. Los contratistas deben asumir todos los riesgos realizando la labor con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica y directiva.

En lo referente al beneficiario de la obra, se establece que éste será solidariamente responsable con el contratista independiente respecto de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores del contratista independiente, siempre y cuando no se trate de **labores extrañas** a las actividades normales de su empresa o negocio. Respecto de esta solidaridad, es de aclarar que, el beneficiario y el contratista pueden estipular condiciones para que aquel pueda repetir contra éste lo pagado a los trabajadores.

Esta institución jurídica cobra vital importancia pues pretende proteger al trabajador, quién es la parte débil de la relación laboral ya que puede sufrir ciertos abusos por parte del empleador, y también teniendo en cuenta que la contratación indirecta es el camino utilizado por ciertos empleadores para evadir las responsabilidades presenciales que tiene con los trabajadores.

La Corte Suprema de Justicia según algunos fallos vistos, coincide en sus decisiones al reafirmar lo dicho por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de los casos en que existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente.

No obstante lo anterior, en un fallo emitido el 10 de marzo de 1995 como se observó más atrás, respetuosamente considero que la Corte se excedió en su interpretación al eliminar de la responsabilidad solidaria del beneficiario, rubros que indiscutiblemente y según el Código Sustantivo del Trabajo, hacen parte de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que este estatuto establece como las obligaciones por las que se es solidariamente responsable.

En cuanto a la legislación latinoamericana examinada, se encuentra que la regulación de esta institución jurídica - la solidaridad entre beneficiario y contratista independiente - no difiere en su esencia con la colombiana, pero sí hay ciertas diferencias en la figura. Chile, El Salvador, Guatemala y Venezuela coinciden con Colombia en la definición de contratista independiente, y los tres últimos, en cuanto al tema que aquí interesa, concuerdan con Colombia también en el caso de la inexistencia de responsabilidad solidaria.

Respecto a la responsabilidad solidaria como tal, Chile es el único de los países estudiados que la establece sin limitarla, es decir, no hace diferenciación alguna respecto a las labores que realicen el contratista independiente y el tercero beneficiario.

Además, también es el único que incluye la figura de la subsidiariedad como excepción a la regla general de solidaridad.

Ahora bien, frente a cómo debería ser la figura, quedó claro que no es justo que se haga la diferenciación entre labores extrañas a las del beneficiario y aquellas que no lo son, ya que ella es violatoria principalmente del derecho a la igualdad, pues las condiciones de los trabajadores tanto de un caso como del otro, son exactamente las mismas. A este respecto es importante mencionar que la esencia de la justicia es tratar igual lo igual, y desigual lo desigual, y en la hipótesis planteada en la norma, dos situaciones iguales se tratan de diferente manera.

Si esta regulación atenta contra el derecho fundamental a la igualdad y así mismo contra la justicia, se viola también el principio fundamental del Derecho Laboral, cual es la protección del trabajador, teniendo en cuenta que la justicia es una de las bases sobre las que se forma el Derecho del Trabajo. En cuanto a esto es posible afirmar que “el verdadero ordenamiento jurídico adelantado es aquel que está mucho más acorde y optimiza mejor los mandatos de la justicia”, es decir que el ordenamiento colombiano se está quedando atrás con disposiciones legales como ésta.

Es así como debería reconsiderarse lo referente a la naturaleza de las labores que desarrolla el contratista, de tal forma que se extienda la solidaridad tanto a los trabajadores que desempeñan labores extrañas a las del beneficiario, como aquellos que no.

Y aunque no fue posible encontrar las razones por las cuales la solidaridad solamente se predica en caso de labores que no sean extrañas a las propias del beneficiario, bien lo dijo la Corte en una ocasión: uno de los viejos principios jurisprudenciales es que “las leyes del trabajo no deben aplicarse siempre al pie de la letra, con exactitudes

matemáticas que contraríen (...) la naturaleza humana que las inspira y justifica”³⁷, y ya que es la naturaleza humana la que inspira esta figura jurídica, debería hacerse extensiva la protección a todos los trabajadores.

37 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. N° Rad. 27750, (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza: noviembre 9, 2006).



LEGISLACIÓN

Código Sustantivo del Trabajo (CST). Decreto Ley 3743 de 1950. 7 de Junio de 1951. (Colombia).

Decreto 2663 de 1950. Por medio del cual se reforma el Código Sustantivo del Trabajo. Septiembre 9 de 1950. D.O. No. 27.407.

Código del Trabajo de la República de Chile. Decreto con fuerza de Ley Num. 1 de 31 de Julio de 2002 (Chile).

Ley 29123 de 14 de Octubre de 2006. Regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. 14 de Enero de 2007. (Chile).

Código del Trabajo de la República de El Salvador. Decreto Legislativo No. 15 de 23 de Junio de 1972. Promulgado el 31 de Julio de 1972. (El Salvador).

Código del Trabajo de la República de Guatemala. Decreto 1441 de 16 de Junio de 1961. (Guatemala).

Ley Orgánica del Trabajo de la República Bolivariana de Venezuela. G. O. Num. 5.152. 19 de Junio de 1997. (Venezuela).

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 994 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería: 19 de Septiembre de 2001).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Gaceta Judicial No. 2240 (M.P. Luís Fernando Paredes: 8 de Mayo de 1961).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Rad. No. L-7942 (M.P. Jorge Iván Palacio: 2 de Febrero de 1996).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Rad. No. 6494 (M.P. Ernesto Jiménez Díaz: 10 de Agosto de 1994).

Corte Suprema De Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. N°. 6610. (M. P. Rafael Méndez Arango, Agosto 23, 1994).

Corte Suprema De Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 7094 (M. P.: Rafael Méndez Arango: Marzo 10, 1995).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 7943 (M.P. Francisco Escobar Henríquez: Enero 19, 1996).

Corte Suprema De Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Rad. No. 17573 (M.P. Germán Valdés Sánchez: Junio 12, 2002).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Laboral. Rad. 22905 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez: Mayo 6, 2005).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Laboral. Rad. 24495 (M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez: Febrero 21, 2006).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Laboral. Rad. 25323 (M.P. Eduardo López Villegas: Septiembre 12, 2006).

8. Bibliografía.

CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, en <http://www.consejo.org.ar/coltec/out1.htm>, fecha de consulta: Enero 16 de 2006.

G. L. DUPRAT, *La solidaridad social. Sus causas, su evolución, sus consecuencias*, Madrid, Daniel Jorro, 1913.

FEGED & CO. BUSINESS ADVISORS. PROFIT-LINE, en <http://www.feged.com/html/medios/eventos.htm>, fecha de consulta: Enero 16 de 2006.

Francisco ESCOBAR HENRÍQUEZ, *La vinculación directa e indirecta de los trabajadores y responsabilidad laboral. Seminario Medio Siglo de Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social*, Bogotá, 2006.

Guillermo GUERRERO FIGUEROA, *Principios Fundamentales del Derecho al Trabajo*, Bogotá, Leyer, 1999.

David ISAACS, *La educación de las virtudes humanas y su evaluación*, Pamplona, EUNSA, 2000.

Alberto LÓPEZ FAJARDO, *Elementos del derecho del trabajo. Parte individual y Colectiva. Doctrina y Jurisprudencia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 1999.

Carlos EDUARDO MALDONADO, *Derechos Humanos, Solidaridad y Subsidiariedad*, Bogotá, Temis, 2000.

Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá, Temis, 2005.

José Ángel PANIEGO; Carmen LLOPIS, *Educación para la solidaridad*, Madrid, Editorial CCS, 1994.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima primera edición, tomo II, Madrid, 1992.

www.leylaboral.com



Mare liberum

Sebastián Mantilla Blanco¹

Resumen

Este artículo estudia el origen del principio de libertad de los mares, dogma del derecho del mar contemporáneo, y revela los intereses políticos que defendió en sus inicios, que a su vez explican el significado jurídico que adquirió en dicho momento. Acto seguido, compara el sentido original del principio con el que ha adquirido en tiempos más recientes, demostrando una transformación del mismo.

Palabras clave: *mare liberum*, *mare clausum*, colonialización, Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

Abstract

This article studies the origin of the principle of the freedom of the seas, dogma of the modern Law of the Sea, so revealing the political interests it initially protected, which in turn explain the juridical meaning it acquired by that time. The essay compares next the original content of the principle with the one it currently has, thereby demonstrating the transformation it had.

Key words: *mare liberum*, *mare clausum*, colonization, United Nations Convention on the Law of the Sea.

¹ Estudiante de quinto semestre de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, miembro del Grupo de Estudios en Derecho Público y del Centro de Estudios en Derecho Internacional de dicha facultad. Correo electrónico: mantilla-s@javeriana.edu.co.



Tabla de contenido

1. Noción del principio de libertad de los mares
2. Contexto histórico: Europa y las expediciones de ultramar
3. La gran batalla libresca: el debate jurídico *mare liberum* contra *mare clausum*
4. El nuevo sentido del principio *mare liberum*
5. Conclusión
6. Bibliografía

Introducción

La libertad de los mares es un principio fundamental del derecho del mar actual, consistente en que ningún Estado puede someter legítimamente zonas de *alta mar* a su soberanía¹. El propósito del presente ensayo es demostrar que el *mare liberum* nació como reacción a las pretensiones de pleno dominio marítimo por parte de ciertos Estados europeos tras el descubrimiento de América, pero con fines distintos a los que cumple en la actualidad. Teniendo dicho objetivo en mente, se destacará la importancia que cobró la navegación en Europa tras el descubrimiento de América, y acto seguido, se presentará el debate jurídico que esa circunstancia suscitó alrededor del dominio sobre las aguas, que culminó con la aceptación del *mare liberum*. Finalmente, se contrastará el sentido del principio en dicha época con su enunciación contemporánea.

El método utilizado en el presente análisis consiste en acudir a textos normativos, escritos históricos relevantes en la materia, así como a los comentarios pertinentes de historiadores y abogados internacionalistas que, sumados, permiten revelar los contornos políticos que tuvo en sus orígenes el principio de libertad de los mares, en contraste con su carácter actual. Este estudio cobra especial importancia en tiempos en que el principio de libertad de los mares es la piedra angular del derecho del mar y del comercio marítimo: conociendo el contexto histórico en que se formuló y los intereses que protegió, será posible comprender su significado original y tener conciencia de la transformación de su sentido en tiempos recientes. De este modo, se facilitará su aplicación de forma acorde a los fines que busca proteger en la actualidad.

¹ Naciones Unidas, "Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar", 1982, En: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf

1. Noción del principio de libertad de los mares

La definición de la libertad de los mares presentada en la introducción consiste en una formulación negativa, que se entiende hoy como *principio de libertad de la alta mar*. La enunciación positiva del principio se encuentra en el artículo 87 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), que reza:

“...1. La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional. Comprenderá, entre otras, para los Estados ribereños y los Estados sin litoral: a) La libertad de navegación; b) La libertad de sobrevuelo; c) La libertad de tender cables y tuberías submarinos, con sujeción a las disposiciones de la Parte VI; d) Libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, con sujeción a las disposiciones de la Parte VI; e) La libertad de pesca, con sujeción a las condiciones establecidas en la sección 2; f) La libertad de investigación científica, con sujeción a las disposiciones de las Partes VI y XIII. 2. Estas libertades serán ejercidas por todos los Estados teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de la alta mar, así como los derechos previstos en esta Convención con respecto a las actividades en la Zona...”².

La libertad de navegación, que es el elemento del *mare liberum* en su formulación actual más relevante para el presente ensayo, está contemplada además por el artículo 90 de la CONVEMAR,

2 Ibídem, artículo. 87.

que dice: “...todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en la alta mar...”³.

A continuación se presentará el origen histórico del *mare liberum*, y particularmente de la libertad de navegación, con el fin de demostrar la tesis planteada en la introducción.

2. Contexto histórico: europa y las expediciones de ultramar

Eric Wolf ubica a la Europa de los siglos posteriores a la caída del Imperio Romano en la periferia, explicando que “...por un tiempo muy largo, Europa fue de muy poco influjo para el resto del mundo...”⁴. Sin embargo, las cosas cambiaron con las expediciones portuguesas y el descubrimiento de América: Europa comenzó a influir en buena parte del mundo, desplazándose así de la periferia al centro, gracias a la implementación de un esquema de colonización intensiva que tuvo lugar: “...en todos los continentes fuera de Europa, lo mismo en América que en África, Asia y Oceanía, y se ejerce por medio de cartas reales, cartas patentes, privilegios o encomiendas...”⁵. Tan es así que Stanley Stein habla en su libro *Silver, Trade and War: Spain and America in the Making of Early Modern Europe*, acerca de: “...la transformación de España en el siglo XVI de un área fronteriza en Europa occidental, a un país de prominencia internacional...”⁶. Concordando con lo anterior, Vásquez afirma que “...entre los siglos XV y XVI, Europa se proyecta hacia el mundo, termina la

3 Ibídem, art. 90.

4 WOLF Eric, *Europa y la gente sin historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 95.

5 VÁSQUEZ Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, Bogotá, Temis, 1976, p. 4.

6 Stanley, *Silver, Trade and War: Spain and America in the Making of Early Modern Europe*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2000, p.16. Traducción libre.

edad media y se abre definitivamente el pórtico de la modernidad...⁷. Así pues, las expediciones portuguesas y el descubrimiento de América en el siglo XV, significaron para Europa una traslación de continente periférico, a sede de las grandes potencias mundiales.

La búsqueda de los recursos existentes en los territorios de ultramar, llevaron a Europa a organizarse sobre bases de expansión y dominio en otros continentes, siendo la colonia el lugar del que se obtenían metales y materias primas para la metrópoli⁸. La expansión colonial descrita tuvo consecuencias políticas y económicas, respecto de las cuales se ha dicho: "...en cuanto se manifiesta la gran expansión colonial de Portugal y España, toda Europa se ve arrastrada en la esfera económica hacia el capitalismo y en la política hacia el absolutismo..."⁹. En efecto, los cambios impedían que Europa siguiera siendo feudal. Así lo demuestra el ejemplo de la España del siglo XVI: según Jacques Barzun, para el siglo en cuestión, la nobleza española estaba conformada mayoritariamente por hidalgos (hijodalgo, hijo de algo), como lo había estado durante la Edad Media, pero el hidalgo promedio:

"...[e]ra pobre porque la inflación causada por la afluencia de oro y plata de Nueva España reducía el valor de sus rentas, o porque su hacienda se había perdido debido a su descuidada administración o por los infortunios de la guerra. Parte del *ethos* de esta clase era el desprecio del trabajo y del sentido práctico; sólo se podían seguir dos profesiones: la de soldado o la de sacerdote... explorador o funcionario público, siendo el uno una especie de soldado y el otro una especie de 'clérigo', es decir, persona

que sabe leer y escribir. Esta exaltada indiferencia hacia los bienes mundanos ofrece el espectáculo entre los hidalgos... de una sociedad al menos parcialmente 'antimaterialista'..."¹⁰.

Sea cual fuere la actitud de los hidalgos frente a las cosas materiales, es claro que su situación económica empeoraba mientras que la del rey mejoraba considerablemente: "...las rentas anuales de la Corona de este origen [las minas en América]- alrededor de cuatro millones de libras- eran 16 veces superiores a las de la reina Isabel de Inglaterra..."¹¹. Así pues, el escenario en España en el siglo XVI era el siguiente: la vieja baja y media nobleza medieval (los hidalgos), empobrecía; el monarca, se enriquecía con la parte que le correspondía de los tesoros hallados en América (gracias a las capitulaciones) y el trueque desaparecía rápidamente de los mercados españoles, siendo reemplazado por el dinero: comenzaba a imponerse el capitalismo¹². De lo anterior se concluye que, puesto que los hidalgos (o señores feudales) empobrecían mientras que el monarca enriquecía, este último cada vez necesitaba menos apoyo de los primeros para gobernar. En consecuencia, la Corona se inclinó paulatinamente hacia el absolutismo monárquico. Esta inclinación, así como su propagación por Europa, se evidencia en las memorias que el propio Felipe II dictó al maestro Francisco Terrones en 1598, cuya reconstrucción por Ricardo de la Cierva reza:

"...[c]omo había desaparecido también el gran rival de mi padre, Francisco I de Francia, el Emperador (Carlos V) vio entonces a punto de cumplir sus grandes designios para Europa. Que ahora se concretaban así:

7 VÁSQUEZ Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, op. cit., p. 4.

8 *Ibidem*, pp. 4-5 & 8.

9 *Ibidem*, pp. 4-5.

10 BARZUN Jaques, *Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en Occidente*, España, Taurus, 2002, pp. 178-179.

11 *Ibidem*, p. 180.

12 *Ibidem*, pp. 178-180.

afianzar el sometimiento de los príncipes y el aislamiento de Francia; consolidar el Imperio hereditario en la Casa de Austria; sin someter la sucesión a la farsa corrompida de los grandes electores. Y continuar su proyecto imperial hispano-germánico bajo mi propia corona...¹³.

Obsérvese que el rey Felipe II relata que su padre, el emperador Carlos V, ya comenzaba a buscar independencia respecto de los príncipes electores alemanes y el sometimiento de éstos y los demás miembros de la nobleza de los países que gobernaba (entre ellos España) a su autoridad. Asimismo, de lo dicho por Barzun se encuentra que en el siglo XVI ya había comenzado ese tránsito hacia el absolutismo en España, por cuanto muchos hidalgos optaron por enrolarse como funcionarios de la burocracia estatal, algo que habría sido impensable en la Edad Media. De este modo, afirmar que Europa se organizó sobre bases expansivas y de dominación sobre territorios ultramarinos, buscando en aquéllos metales y materias primas, denota el tránsito europeo del feudalismo hacia el capitalismo y el absolutismo monárquico, que como se demostró, fue en sobremanera consecuencia de la creciente afluencia de metales y otros recursos americanos.

Aunque los procesos de cada país europeo fueron distintos, podría decirse que el tránsito fue generalizado y las causas similares, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con Barzun:

“...[e]l verdadero desastre fue la extensión de la inflación al resto de Europa. El largo período de precios elevados empobreció a todos los que tenían rentas fijas: no a todos los terratenientes, pero sí a todos los trabajadores y artesanos... otro efecto del repentino incremento de metales preciosos fue la sustitución definitiva del trueque por el dinero, lo cual a su vez indujo a las naciones del

s. XVII a adoptar el principio del mercantilismo: era la perspectiva del comerciante extendida a toda la nación...¹⁴.

La diferencia entre lo sucedido en España y en los demás países de Europa estaría quizá en la forma de colonialismo que produjo los ya referidos efectos. En ese orden de ideas dice Vásquez que:

“...[Entre los españoles] aparecía la fiebre del oro de los navegantes y los adelantados, quienes, al llegar a las islas desconocidas y a tierra firme, efectuaron una tarea de pillaje de los tesoros nativos y buscaban la manera de organizar la explotación minera extensiva. Feudalismo y esclavitud fueron trasladados a América... mientras España utilizaba un tipo de colonización individual muy acorde con el carácter de la nación, es importante advertir que en Holanda, Francia e Inglaterra surgieron las compañías de capital, apoyadas directa o indirectamente por el Estado...¹⁵.

Pero lo cierto es que toda Europa se lanzó, de diferentes modos (colonialismo individual o *merchant companies*) a la empresa de la colonización, que llevó obviamente más recursos al viejo continente, y propició el tránsito del feudalismo al capitalismo y al absolutismo monárquico, fenómeno ya examinado en el ejemplo de España en el siglo XVI.

Nótese que los autores citados arriba (Vásquez y Barzun), coinciden en sus planteamientos: mientras Vásquez explica que España se preocupó por organizar la explotación minera extensiva, Barzun afirma que el fenómeno inflacionario en España durante el siglo XVI fue consecuencia, sobretodo,

13 DE LA CIERVA Ricardo, *Yo, Felipe II*, España, Planeta, 1997, p. 35. Subraya fuera de texto original.

14 BARZUN Jaques, *Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en Occidente*, op. cit., p. 180.

15 VÁSQUEZ Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, op. cit., pp. 5-7.

de la organización de la explotación minera en las minas de plata del Potosí¹⁶. Otra coincidencia es que Barzun dice que en el siglo XVI los hidalgos empobrecidos se dedicaron al sacerdocio, a ser soldados, y lo que es nuevo, a ser funcionarios públicos y exploradores; y, por su parte, Vásquez sostiene que el feudalismo español fue trasladado a América. Si se unen las afirmaciones de ambos autores, se encuentra que fueron estos hidalgos empobrecidos hechos exploradores, quienes llevaron su *feudalismo* a América, sistema que, como afirma Vásquez, fue característico del colonialismo individual adoptado por España en las Indias.

Ahora bien, en todos los esquemas de colonización europea de la época se observa una función de abastecimiento desempeñada por las colonias, que conlleva la necesidad de disponer de medios de transporte marítimo para comunicar al viejo continente con los territorios ultramarinos. Dado lo anterior:

“...[c]omenzó a ser una verdad inconcusa que el poder real depende del poder naval. El mantenimiento de colonias distantes requería la organización de una defensa adecuada, aumentándose los costos de las expediciones ultramarinas y estableciéndose una selección entre las naciones más capaces de ejercer dominio en otros continentes. España, a pesar de su heroísmo proverbial y del talante de sus capitanes y guerreros, debió soportar la mengua de su imperio americano, donde penetran los ingleses, franceses, holandeses y portugueses...”¹⁷.

En efecto, hubo intentos individuales de España y Portugal, y más adelante también de Inglaterra, de “...ejercer soberanía absoluta en el océano,

16 BARZUN Jaques, *Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en Occidente*, op. cit., pp. 179-180.

17 VÁSQUEZ Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, op. cit., p. 9.

con el monopolio exclusivo y excluyente de los derechos de navegación y pesca frente a los demás Estados...”¹⁸. Es preciso anotar que cuando se habla de un intento individual por dominar los mares, se quiere significar que separadamente (y chocando entre sí), ciertos países pretendieron excluir a los demás del uso de las aguas en los siglos XV a XVII. Ese es el contexto de las afirmaciones del teólogo español Alfonso de Castro, citado por Hugo Grocio en el capítulo VII de su obra *Mare Liberum*, quien aseveró:

“...[y] aunque los portugueses, he oído muchas veces, que gran parte de ellos creen que su rey de tal modo ha prescrito la navegación de los vastos mares de las Indias Occidentales (probablemente también las Orientales), que no les es lícito a otras naciones atravesar esas aguas, y aunque el vulgo entre nosotros los españoles parece ser de la misma opinión, es a saber que en absoluto nadie en el mundo excepto nosotros los españoles, tiene el menor derecho de navegar por el grande y extenso mar, que se extiende hasta las regiones de las Indias sometidas por nuestros poderosísimos reyes...”¹⁹.

Debe agregarse que la cita anterior corresponde a un fragmento de un argumento en el que el teólogo concluye que las opiniones descritas son necias, defendiendo en consecuencia el principio de libertad de los mares. Acerca de la disputa por el dominio del mar y del comercio en dicha época dice Anand: “...este fue un período de aguda rivalidad comercial internacional entre España, Portugal, Holanda e Inglaterra, países que luchaban

18 MESEGUER José Luis, *Los Espacios Marítimos en el Nuevo Derecho del Mar*, Madrid, Marcial Pons- Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 19.

19 GROCIO Hugo, *Mare Liberum* (1609), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pp. 129-130.

para acumular riquezas..."²⁰. Las circunstancias en mención originaron un conflicto bélico, como lo deja entrever Jacques Barzun al decir que:

"...[e]n Madrid, el regreso sin daño de la flota de la plata (traída de las minas del Potosí) era motivo de repetido regocijo, porque si bien los piratas ingleses se jactaban de sus frecuentes capturas, y se aventuraban bastante cerca de la costa para chamuscarle las barbas al rey de España, sólo en dos ocasiones durante medio siglo (XVI) dejó el gran convoy de arribar a salvo..."²¹.

Pero lo que es realmente importante para el propósito de este estudio, es que los hechos objeto de estudio también dieron lugar a un debate jurídico, que se examina en el siguiente acápite.

3. La gran batalla libresca: el debate jurídico *mare liberum* contra *mare clausum*

Los intentos de dominación individual de los espacios marítimos y los deseos de ciertas naciones europeas excluidas del comercio ultramarino de entrar en él, dieron lugar a un debate jurídico: *la gran batalla libresca* entre los principios *mare liberum*, que planteaba que el mar y su uso son libres para los pueblos de Europa en virtud del derecho natural, y *mare clausum*, según el cual ciertas naciones tienen derecho al dominio exclusivo de los mares. En palabras de José Luis Mesenguer: "...durante el siglo XVII tuvo lugar

20 R.P. ANAND, "Non-European Sources of the Law of the Sea", en P.N. EHLERS; E. MANN y R. WOLFRUM (editores), *Maritime Issues: From a Scientific, Political and Legal Perspectives*, Reino Unido, Kluwer Law International, 2002, p. 22. Traducción libre.

21 BARZUN Jaques, *Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en Occidente*, op. cit., p. 180.

la llamada gran batalla libresca entre los partidarios del *mare liberum* preconizado por el holandés Hugo Grocio y el *mare clausum* preconizado por el inglés John Selden..."²². Al respecto dice Vásquez Carrizosa que:

"...[e]l *mare liberum*... invoca el derecho de gentes natural que permite a los pueblos de Europa ejercer el comercio y la navegación con otras regiones, donde no hay títulos de soberanía que puedan ser opuestos a los de sus habitantes. Tampoco existen derechos sobre el mar, que es libre por naturaleza. La imposibilidad de una ocupación implica la facultad para todos los pueblos de hacer uso de un bien de la naturaleza. Como la posesión implica una ocupación material, el *corpus* y el *animus*, el mar no podrá ser poseído jurídicamente en toda su extensión... al *mare liberum* se opondrá la tesis contraria del *mare clausum*..."²³.

El principio de libertad de los mares tuvo su más importante formulación en 1609, cuando Hugo Grocio publicó el libro *Mare Liberum*, en el que defendió el derecho de los Países Bajos a comerciar con las Indias y navegar libremente por los océanos²⁴. La obra de Grocio fue publicada en un contexto muy particular:

22 MESEGUER José Luis, *Los Espacios Marítimos en el Nuevo Derecho del Mar*, Madrid, Marcial Pons- Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 19.

23 VÁSQUEZ Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, Bogotá, Temis, 1976, p. 10.

24 Debe aclararse en este punto que *Mare Liberum* es sólo una parte de una obra mucho más extensa. Dice García: "...Grocio escribió entre 1604 y 1605 una obra voluminosa: *De iure praede commentarius*... pero la magna obra no se publicó entonces, y quedaría inédita hasta que, descubierta manuscrita en 1864, se editara en 1868. Pero, en cambio, en 1608 la Compañía [Compañía Holandesa de las Indias Orientales] había rogado al jurista que preparase la publicación de uno de los capítulos de aquella obra, el XII, y bajo el título de *Mare Liberum* apareció como libro anónimo en Leiden en marzo de 1609...". Cita tomada de: Luis GARCÍA, "Estudio Preliminar al *Mare Liberum*", en Hugo GROCIO, *Mare Liberum*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, pp. 11-13.

“...[d]os causas determinaron la edición, en 1609, del *Mare Liberum*: primera e inmediata, la celebración de negociaciones entre España y las Provincias Unidas, en las que los holandeses querían ver asegurada la libertad de navegación y comercio con las Indias Orientales, que iban a concluir en la firma de la Tregua de los Doce Años en Amberes el 9 de abril de 1609. Segunda y mediata, la adopción por la Gran Bretaña de una política restrictiva de la libertad de pesca, que los holandeses venían haciendo, en los mares próximos a las islas, con la promulgación el 6 de mayo de 1609 de una proclama de Jacobo I... Así pues, el *Mare Liberum* fue escrito contra Portugal, publicado contra España y utilizado contra Inglaterra por los holandeses...”²⁵.

Anand ha sostenido que *Mare Liberum* fue una obra de argumentos *desarmantes* para la época, si bien su propio autor defendía su tesis sólo cuando le era conveniente:

“...Grocio argumentó con una lógica desarmante para la época: “los mares son comunes a todos, porque son tan amplios que no pueden ser posesión de nadie, y porque están adaptados para el uso de todos, si lo consideramos desde el punto de vista de las navieras o de las pesqueras”. Debe anotarse, empero, que a pesar de todo este aprendizaje y lógica, ni Grocio ni Holanda estuvieron (realmente) a favor de la libertad de los mares como principio. En cuanto los holandeses vencieron a los portugueses y tomaron el lucrativo comercio de las islas Maluku en Guinea, buscaron crear su propio monopolio. Grocio olvidó convenientemente el principio de libertad de los mares que había promovido con

25 GARCÍA Luis, *Estudio Preliminar al Mare Liberum*, op. cit., pp. 13-15.

tanto fervor, y viajó a Inglaterra con una delegación holandesa cuatro años después [de la publicación de *Mare Liberum*] en 1613 para abogar a favor de un monopolio holandés sobre el comercio con las islas Maluku. De hecho se sorprendió al ver que su propio libro [*Mare Liberum*], publicado anónimamente, era utilizado por los ingleses en su contra...”²⁶.

Pero más allá de sus intenciones y convicciones personales, lo cierto es que Grocio realizó la formulación más importante del principio *mare liberum* de su época. En su obra dice: “...en virtud del *ius communicationis*, los hispánicos no pueden prohibir a los holandeses el acceso a las Indias... por consiguiente los holandeses deben mantener el comercio con las Indias Orientales, sea en paz, en tregua o en guerra, contra quien se oponga...”²⁷. Sin embargo, antes de Grocio ya se habían escrito defensas (curiosamente españolas) de la libertad de los mares y del comercio. Es particularmente relevante la de Francisco de Vitoria, quien hablaba en 1532 del derecho de los pueblos al comercio²⁸. De hecho, en su *Relección Primera Vitoria* defiende el comercio con las Indias, diciendo:

“...[e]l comercio no conviene que cese, porque, como ya se ha

26 R.P. ANAND, *Non-European Sources of the Law of the Sea*, op. cit., p. 25. Traducción libre.

27 GARCÍA Luis, *Estudio Preliminar al Mare Liberum*, op. cit., p. 42.

28 Debe resaltarse que Francisco de Vitoria realiza una interesante defensa de los derechos de los indígenas en el siglo XVI, e introduce el concepto de comunidad internacional, planteando que los pueblos indígenas hacían parte de ésta. Luciano Pereña presenta en una reconstrucción de fragmentos de Francisco de Vitoria, las siguientes afirmaciones del español: “...los pueblos indios son repúblicas soberanas y no están propiamente subordinados a España ni forman parte de ella... los gobernantes indios, naturales o elegidos, disfrutaban indiscriminadamente de los mismos derechos fundamentales que cualquier otro príncipe cristiano o europeo...”. Cita tomada de: Luciano PEREÑA, *Derechos y Deberes entre Indios y Españoles en el Nuevo Mundo según Francisco de Vitoria*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1992, p. 22.

declarado, hay muchas cosas en las que los bárbaros abundan que pueden por cambio adquirir los españoles. Además hay muchas cosas que ellos las tienen abandonadas o que son comunes a todos los que las quieran utilizar; y los portugueses tienen mucho comercio con semejantes gentes, que no conquistaron, y sacan gran provecho... quizá no fuesen menores los intereses del rey, porque sin faltar a la equidad ni a la justicia, podría imponerse un tributo sobre el oro y la plata que se importe de los bárbaros, o la quinta parte, o aún mayor, según la calidad de la mercancía; y esto con razón, porque el príncipe se halló esa navegación y los mercaderes por su autoridad están defendidos..."²⁹.

Nótese que en Vitoria hay una percepción mercantil de los recursos de América; que la navegación había cobrado gran importancia y que el comercio se convirtió en una fuente de recursos fundamental para el naciente Imperio Español. La obra de Francisco de Vitoria es particularmente influyente en la tesis de Grocio, tanto así que hay quienes sostienen que:

"...[l]a tesis grociana no era nueva, ya que aparte de algunos precedentes antiguos y medievales, había sido expuesta por varios autores de la Escuela Española de Derecho Internacional del siglo XVI... el mismo Grocio reconoce esta deuda con los juristas españoles repetidamente en su obra, citándoles muy a menudo, y ello no sólo porque eran argumentos de oponer a los mismos hispánicos, sino porque reflejaban con sólidas razones las bases de la libertad marítima. Así ha podido escribir un moderno compatriota de Grocio (Willem Van Der Vlugt) que el Mare Liberum no tiene sino el valor de un estudio de segunda mano, tomado a préstamo de la sabiduría española; desarrollo en

29 DE VITORIA Francisco, *Derecho Natural y de Gentes* (1532), Buenos Aires, Emecé Editores, p. 209.

su primera mitad de la directriz debida a Vitoria: cada pueblo tiene derecho a visitar a los otros y a comerciar con ellos; ampliación en la segunda sobre el tema proseguido por Vásquez [Fernando Vásquez de Menchaga] según el cual un derecho exclusivo de navegar sobre el Océano en todo o en parte no puede ser admitido en provecho de una nación, cualquiera que sea..."³⁰.

Podría afirmarse inclusive que la base doctrinal de Grocio en su defensa del mare liberum está en el ius communicationis (o derecho de comercio), que ya había sido planteado por Vitoria y otros españoles. Así lo sostiene el mismo García, quien dice:

"...[l]a base doctrinal o bien pertenece a Francisco de Vitoria: la exaltación del ius communicationis tanto para la navegación como para el comercio, la restricción de la potestad temporal pontificia, la limitación del ius interventionis y del ius occupationis, o bien pertenece, incluso literalmente, a Fernando Vásquez de Menchaga: el rechazo de toda prescripción en el derecho de gentes..."³¹.

Ahora bien, es preciso recordar que el mismo Grocio era súbdito del monarca español, aunque para cuando escribió, su provincia se encontraba en guerra con su rey, Felipe III³². Esta distancia de España le dio cierta libertad para cuestionar los títulos con los que dicho país y Portugal justificaban

30 GARCÍA Luis, *Estudio Preliminar al Mare Liberum*, op. cit., pp. 16-17.

31 *Ibidem*, p. 42.

32 Al respecto recuerda Primitivo Mariño que "...cuando Hugo Grocio escribe el *De iure praede commentarius* tenía apenas veintidós años. Recordemos que había nacido en Delft el 10 de abril de 1583. Era súbdito del Rey de España, pero en el momento en que escribe, su patria, las Provincias Unidas de los Países Bajos, estaban en guerra abierta con su rey, a la sazón Felipe III. Guerra que comenzó cuando dichas provincias se sintieron ofendidas por su señor y rey, Felipe II...". Cita tomada de: Primitivo MARIÑO, "Introducción a la obra de Hugo Grocio", en Hugo GRO-CIO, *Del Derecho de Presa & Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. VII.

su presunto derecho de dominio sobre los mares, incluyendo la donación de Alejandro VI: para el holandés, el Papa no podía disponer de las cosas temporales que no guardan relación con las espirituales, y el mar se refiere al lucro y no a un deseo piadoso³³. Ciertamente, cuando Grocio escribió: "...nada concede al Papa el derecho a disponer de los bienes temporales, a menos quizás que el interés de los espirituales así lo exija, si aquí sólo se trata del mar y del derecho de navegación, como a esto se refiere el mero lucro y ganancia y no se refiere a un derecho piadoso, de ello se sigue que la potestad papal aquí es enteramente nula..."³⁴, puso en duda la legitimidad de los *justos títulos* de España en América, por cuanto éstos se fundamentaban en la bula *Inter Caetera* de Alejandro VI.

La importancia de las bulas papales como justificación jurídica del dominio español sobre América, se demuestra en una misiva enviada por el Cabildo de la Ciudad de Cuzco al Presidente del Consejo de Indias el 24 de Octubre de 1572, que dice:

"...[e]l fundamento [de la causa de los conquistadores] fue la merced que nuestro señor y su vicario general de nuestra Iglesia hicieron a los reyes de Castilla, dándoles el dominio soberano y haciéndolos patronos en lo espiritual [de las Indias]... no sabemos si hay en el mundo señorío poseído con tan justos y razonables títulos..."³⁵.

Y es que la mencionada bula *Inter Caetera* de 1493 era clara en la liberalidad a favor de los reyes de España; en efecto, la bula reza:

"...[a] nuestra noticia ha llegado cómo vosotros, que desde tiempo atrás habíais concebido el proyecto de buscar y encontrar al gunastieraseislasremotas, desconocidas y no descubiertas hasta hoy por ningún otro, con la mira de atraer al culto de Nuestro Redentor y al conocimiento de la fe católica a sus naturales y moradores... por todo lo cual, habida consideración de las expresadas circunstancias y, más que nada, de la exaltación y propagación de la fe católica... dispusisteis... someter a vuestro poder, con la ayuda divina, las nombradas tierras e islas, juntamente con sus naturales y moradores, y atraerlas al dominio de nuestra fe. Y para que, regalados con la generosidad de la gracia apostólica, con mayor libertad y atrevimiento toméis en cargo tan importante empresa... os damos, concedemos y asignamos a perpetuidad, así a vosotros como a vuestros sucesores los reyes de Castilla y León, en ejercicio de nuestro apostólico poder... todas y cada una de las tierras e islas sobredichas... con todos sus territorios, ciudades, castillos, villas, derechos, jurisdicciones y universales pertenencias... y os hacemos, constituimos y consagramos dueños de ellas, con llanero, libre y absoluto poder, autoridad y jurisdicción..."³⁶.

La relevancia de las adjudicaciones realizadas por el pontífice se explica en que, al momento del descubrimiento de América, la cultura europea era eminentemente medieval, y la Edad Media puede caracterizarse "...por la supremacía internacional del pontificado mediante la potestad espiritual y el poder temporal..."³⁷. Pero para la época de Gro-

33 GROCIO Hugo, *Mare Liberum*, op. cit., p. 117.

34 *Ibidem*.

35 S. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, México, Porrúa, 1971, pp. 327-328.

36 MONROY Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 1995, pp. 31-32.

37 *Ibidem*, p. 30.

cio las cosas habían cambiado. El mismo Vitoria, quien era fraile dominico (y anterior al jurista holandés), consideraba que:

“...[e]l Papa tampoco tiene potestad en las tierras de los infieles; porque no tiene potestad sino dentro de la Iglesia. Con los que están fuera de ella nada tiene que ver, según lo dice el Apóstol (I. Cor. 5). Los infieles son verdaderos señores, ya que el Apóstol (Rom. 13) ordena que hasta los fieles les paguen tributo, y dice que recibieron de Dios la autoridad y que se les debe obedecer; sin embargo, no recibieron dominio del Papa. Precisamente éste no quiere que tengan tal dominio, y además trabaja por destruir el imperio de los paganos; luego él no es el señor del orbe...”³⁸.

Pero lo más interesante del asunto es que las afirmaciones de Grocio y Vitoria ya no eran muy escandalosas en el siglo XVI. Cuenta Eduardo Hinojosa respecto de Vitoria que “...a tal punto llegó la fama de saber y de prudencia del insigne dominico que, como dice uno de sus biógrafos, “consuntábanle todos, teólogos, juristas, caballeros, confesores de reyes y los reyes”. El emperador Carlos V no vaciló en oírle sobre puntos interesantes a nuestra dominación en América, a la sazón muy debatidos...”³⁹. Probablemente, unos siglos atrás sus tesis no habrían sido aplaudidas, sino repudiadas.

Las dudas respecto de la potestad del Papa para adjudicar títulos de dominio sobre los territorios ultramarinos y los océanos, motivaron la decisión de España y Portugal de hacer un tratado, que en cualquier caso obtuvo el plácet pontificio. Nótese que, aunque el poder papal era cuestionado,

38 DE VITORIA Francisco, *Derecho Natural y de Gentes*, op. cit., p. 86.

39 HINOJOSA Eduardo, *Introducción al Derecho Natural y de Gentes*, de Francisco de Vitoria, Buenos Aires, Emecé Editores, p. 22.

el Papa seguía siendo el árbitro internacional por excelencia. El instrumento en cuestión fue el Tratado de Tordesillas, firmado el 7 de junio de 1494, y consistía en el convenio de los reyes de España y Portugal para repartir sus zonas de descubrimiento y navegación, fijando la línea demarcadora a 370 leguas de las islas de Cabo Verde hacia la parte del Poniente. El acuerdo recibió el beneplácito del papa Julio II a través de la bula *Ea Quae*⁴⁰.

Aunque se cuestionaban los títulos de la corona española, alegando que el Papa no estaba facultado para otorgarlos, el argumento fundamental de Grocio era de derecho romano: los mares, *por naturaleza*, son *res comunes*: no son de nadie y su uso es común a todos los hombres⁴¹. En efecto, el holandés escribió:

“...[p]ues el mismo Dios que rodeó de tierras al océano por todas partes y hacia todas partes, lo hizo navegable, y los vientos tranquilos o violentos no soplan de la misma región siempre y no de otra; todo esto, ¿no significa que por la misma naturaleza se ha concedido a todas las naciones el acceso a todas ellas? Séneca piensa que este es un beneficio supremo de la naturaleza, la cual unió por medio del viento gentes de lugares muy distantes, y todas las cosas las distribuyó en regiones, de modo que para los mortales fuese necesario el comercio entre ellos. Este derecho, por tanto, pertenece igualmente a todas las naciones, por lo cual los más ilustres jurisconsultos llegan al punto de afirmar que ningún Estado o Príncipe puede prohibirlo en general, de suerte que otros no puedan acercarse a sus súbditos y negociar con ellos...”⁴².

40 S. ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, op. cit., p. 347.

41 GROCIO Hugo, *Mare Liberum*, op. cit., p. 63.

42 *Ibidem*, p. 63-64.

Es decir que Grocio clasifica al mar dentro de la categoría de las *res communes*, esto es, "...las cosas cuya propiedad no pertenece a nadie y su uso es común a todos los hombres. Su naturaleza también es excluyente de toda apropiación individual. Son el aire, el agua corriente, la mar; de donde resulta la libertad de pesca y navegación..."⁴³. Nótese que el jurista holandés apela también al derecho natural, que para él:

"...[e]s tan inmutable que ni siquiera Dios lo puede cambiar. Pues, a pesar de que es infinito su poder, se puede decir que existen cosas a las que su poder no llega. Y se habla así, porque dichas cosas no tienen sentido por su repugnancia en sí mismas. Y como dos no son cuatro y Dios no puede hacer que lo sean, igual lo que es intrínsecamente malo no puede hacer que sea bueno..."⁴⁴.

Ahora bien, poco después de la publicación del libro de Grocio, comenzaron a proliferar críticas británicas en su contra, entre las que se destaca el *Mare Clausum* de John Selden, presentado a Jacobo I de Inglaterra en 1618 y dado a conocer en 1635. Al respecto dice García:

"... [p]ronto comenzó la batalla libresca. Ya Sir Walter Raleigh indicaba que frente al "*de mari libero*" los ingleses debían afirmar el *domini maris Britannici*, y el profesor del New College de St. Andrews, William Welwood, al publicar la segunda edición de su obra *An Abridgement of all the Sea Laws* en 1613, le añadió un capítulo impugnando los argumentos del

43 PETIT Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Porrúa, 2006, p. 167. Nótese cómo Petit, siglos después de la publicación de *Mare Liberum* y en un texto de derecho romano, deduce las libertades de pesca y navegación de la naturaleza jurídica que, según Grocio, tiene el mar.

44 GROCIO Hugo, *De Iure Praedae & De Iure Belli ac Pacis*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 58.

anónimo holandés [Grocio], que habría de ampliar dos años después con una nueva obra, mientras Grocio le contestaba con su *Defensio*. Apareció luego una serie de libros publicados por autores británicos contra el *Mare Liberum*, hasta llegar a la magna obra de John Selden, que en abril de 1635 se anunciaba con un despacho enviado al embajador inglés en La Haya: *Mare Liberum must be answered with a defense of mare clausum: not so much by discourses, as by the louder language of a powerful navy* [esto es: "el *Mare Liberum* debe responderse con una defensa de *mare clausum*: no tanto con discursos, sino con el fuerte lenguaje de una poderosa armada"- traducción libre]. Y efectivamente, el *Mare Clausum* de Selden, comenzado a escribir por orden de Jacobo I poco después de la aparición de la obra grociana, y presentado al Rey en 1618 bajo el título *De dominio maris regio*, aparecería, al fin, en 1635, por orden de Carlos I, para apoyar dialécticamente a los navíos británicos que diecisiete años después iban a comenzar a decidir bélicamente la supremacía británica en los mares..."⁴⁵.

La propuesta de Selden es resumida con cierta claridad por Mesenguer Suárez, quien dice: "...este último [Selden], frente al principio de la libertad de los mares, defendió el principio opuesto: la posibilidad del dominio absoluto de los mares, con el obligado corolario del monopolio de la navegación..."⁴⁶. Por su parte, Armitage explica el hilo argumentativo de John Selden en estos términos:

"...Selden, como muchos de sus predecesores, comenzó con la premisa de que en el Génesis Dios había dejado

45 GARCÍA Luis, *Estudio Preliminar al Mare Liberum*, op. cit., pp. 19-22.

46 MESEGUER José Luis, *Los Espacios Marítimos en el Nuevo Derecho del Mar*, op. cit. pp. 19-20.

la tierra en común a toda la humanidad, y citó también el *De Officiis* de Cicerón, para probar que en la naturaleza no había propiedad privada. Sólo cuando los hombres se cansaron de esta comunidad negativa, desearon establecer derechos de propiedad individual; lo hicieron por acuerdo, como Grocio lo muestra en *De Iure Belli ac Pacis*, II.2.2. La tarea de Selden era probar, en contra del *Mare Liberum*, que la dominación sobre el mar podía ser demostrada en derecho y que había sido establecida de hecho. Selden mostró al final que “por las costumbres de casi todas y las más nobles naciones que nos son conocidas, tal dominación del mar es admitida en todas partes”, y por lo tanto el mar era tan susceptible de posesión como la tierra o los bienes muebles. Una vez que se había establecido esto, podía Selden comenzar con el argumento fáctico, que probaba que “los britanos fueron señores del Mar del Norte antes de ser sometidos por los romanos; y que el mar y la tierra conformaban un solo cuerpo entero del Imperio Británico; que el imperio de aguas siempre seguía la dominación de la isla; y que el *dominium maris* había sido ejercido continuamente por los reyes británicos desde Edgar, como hasta el mismo Grocio lo admitía...”⁴⁷.

De este modo se llegó al principio *mare clausum*, frente al que finalmente se impondría el *mare liberum*. En ese sentido sintetiza Monroy Cabra el debate entre los dos principios cuando dice que la teoría del *mare liberum* “...fue refutada por el inglés John Selden en 1635 en su obra *Mare clausum sive de dominio maris*, pero con el tiempo se le dio la razón a Grocio...”⁴⁸. Ahora bien, el triunfo

del *mare liberum* se ve atenuado por la aceptación del concepto de *mar territorial*. En efecto, aunque las nociones de zona económica exclusiva y mar adyacente no aparecieron en tiempos próximos a la *gran batalla libresca*, sí existía en aquella época la idea de *mar territorial*, que hoy se entiende como “...la parte del mar que el derecho internacional asigna al Estado ribereño para que éste realice ciertos actos de soberanía territorial. Constituye una prolongación del territorio que Gidel ha denominado “parte sumergida del territorio”...”⁴⁹. En efecto, en los siglos XV a XVII, aunque se desarrolló el concepto, no se debatió realmente acerca de la existencia de un *mar territorial*, que era generalmente aceptada, porque:

“...[e]l mar territorial aparece como una consecuencia de las medidas tendientes a asegurar la defensa de la costa, y el propio Grocio, tan solícito en la demostración de la libertad de los mares, admitía la ocupación de una franja de éstos sin hacer obstáculo a la navegación. De las doctrinas de los publicistas surge la distinción entre el *mare externum* y el *mare proximum*. Precisa esas nociones otro jurista holandés, Cornelio van Bynkershoek, en su obra *De dominio maris disertatio*, aparecida en el año de 1703. Particularmente en el capítulo II admitirá la posesión del mar por el Estado que domina la costa... Bynkershoek se atiene a los conceptos de la ocupación real y profesa la teoría de que el Estado ribereño puede incorporar a su soberanía aquello que efectivamente puede poseer, y de allí el aforismo: *Potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis*. Existía, pues, una lógica en estos razonamientos... se admite la extensión del dominio hasta donde materialmente puede ser ejercido...”⁵⁰.

47 ARMITAGE David, *Ideological Origins of the British Empire*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2000, p. 113. Traducción libre.

48 MONROY Marco Gerardo, *Derecho Internacional Público*, op. cit. p. 35.

49 Ibídem. p. 219. La definición presentada en el texto principal fue tomada por Monroy de: César SEPÚLVEDA, *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 1984, pp. 179 y ss.

50 VÁSQUEZ Alfredo, *El Nuevo Derecho del Mar*, op. cit., pp. 10-11.

Sin embargo, inclusive en lo referente al *mar territorial*, triunfó hasta cierto punto el *mare liberum*, por cuanto el derecho del mar ha acogido la doctrina del *paso inocente*, que aparece en el artículo 17 de la CONVEMAR, que reza: "...con sujeción a esta Convención, los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial..."⁵¹. La Convención explica más adelante, en su artículo 18, el sentido del término *paso*:

"...1. Se entiende por paso el hecho de navegar por el mar territorial con el fin de: a) Atravesar dicho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala en una rada o una instalación portuaria fuera de las aguas interiores; o b) Dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas, o hacer escala en una de esas radas o instalaciones portuarias o salir de ella. 2. El paso será rápido e ininterrumpido. No obstante, el paso comprende la detención y el fondeo, pero sólo en la medida en que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave..."⁵².

Finalmente, el instrumento deja claro en su artículo 19 lo que se entiende por *paso inocente*: "...1. El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. Ese paso se efectuará con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional..."⁵³. Basta lo anterior para comprender en términos generales la doctrina del paso inocente

51 Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, op. cit., artículo. 17.

52 Ibídem, art. 18.

53 Ibídem, art. 19.

y la forma como expresa una prevalencia del *mare liberum* frente al concepto de *mar territorial*. Como se ha mostrado, el *mare liberum* surgió como respuesta a la ambición de ciertas naciones europeas de dominar el mar, y con el objetivo práctico de lograr que otros países de tradición naviera, pudieran participar del rico comercio ultramarino al las expediciones del siglo XV abrieron las puertas; en palabras de Mesenguer:

"...[Las] pretensiones de soberanía en los mares, mantenidas por España, Portugal y, sobre todo, por Inglaterra, dieron lugar a una fuerte reacción a favor de la libertad de los mares preconizada por los Países Bajos en defensa de sus intereses económicos. Holanda supo utilizar en su provecho las doctrinas de los juristas-teólogos españoles, fundadas más en el Derecho Natural y en el de Gentes, que en los intereses de España en orden a la dominación y sometimiento de los océanos..."⁵⁴.

Asimismo, se demostró que la formulación original del *mare liberum* considera al mar como una *res commune*, de modo que no pertenece a nadie pero su uso es común a todos los hombres. Esta noción se transformó en tiempos recientes, cambiando así el sentido del principio. Ese es el punto que se presentará a continuación.

4. El nuevo sentido del principio *mare liberum*

La idea grociana del mar como *res commune* ha sido revaluada en lo relativo a los recursos marinos. En efecto, hoy en día se ha abierto paso la teoría que considera al mar como *res communis humanitatis*, según la cual: "...si los fondos marinos

54 MESEGUER José Luis, *Los Espacios Marítimos en el Nuevo Derecho del Mar*, op. cit., p. 19. Subraya fuera de texto original.

[y el mar] son, por naturaleza, comunes a la humanidad, es ésta en su totalidad la que debe tener acceso a los beneficios que se deriven de su

explotación y utilización...⁵⁵. Esta idea del mar como patrimonio común de la humanidad fue claramente acogida por la CONVEMAR, que en su sexta frase preambulatoria dice:

“...[Los Estados Partes en esta Convención) Deseando desarrollar mediante esta Convención los principios incorporados en la resolución 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, en la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró solemnemente, entre otras cosas, que la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son patrimonio común de la humanidad, cuya exploración y explotación se realizarán en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la situación geográfica de los Estados...⁵⁶.”

En el mismo sentido, el artículo 136 de dicha Convención reza: “...la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad...⁵⁷”, disposición que es desarrollada en el artículo siguiente del mismo instrumento internacional, que dice:

“...1. Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte algu-

55 AJA Jorge, Derecho del mar, Las nuevas cuestiones del derecho internacional marítimo, Bogotá, Temis, 1973, p. 95.

56 Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, op. cit., p. 29.

57 *Ibidem*, art. 136.

na de la Zona o sus recursos. No se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos ni tal apropiación. 2. Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad. 3. Ningún Estado o persona natural o jurídica reivindicará, adquirirá o ejercerá derechos respecto de los minerales extraídos de la Zona, salvo de conformidad con esta Parte. De otro modo, no se reconocerá tal reivindicación, adquisición o ejercicio de derechos...⁵⁸.”

La importancia internacional que ha adquirido esta reformulación del *mare liberum* en lo concerniente a los recursos marinos, se evidencia con claridad en el artículo 311 de la CONVEMAR, según el cual: “...los Estados Partes convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio...⁵⁹”. Probablemente la razón que impulsó el cambio descrito consiste en que sólo hasta tiempos recientes se tomó conciencia de las riquezas que yacen en los fondos marinos; viéndose el mar como una *f fuente* de recursos y no como un mero espacio de interconexión entre continentes, se prefirió considerarlo como cosa común de la humanidad para proteger sus recursos frente a la posible apropiación individual de los mismos, ya fuera por parte de los Estados o de los particulares.

Hasta cierto punto parecería que no hay contradicción entre la formulación original del *mare liberum* y la idea del mar como patrimonio común

58 *Ibidem*, art. 137. Subraya fuera de texto original.

59 *Ibidem*, art. 311.

de la humanidad, ya que la primera se relaciona particularmente con la libertad de navegación, reconocida en la CONVEMAR, y la segunda con los recursos de los fondos marinos. Sin embargo, es evidente que el mar ya no puede ser visto como *res commune*, como lo propuso Grocio, y que las libertades que conlleva el *mare liberum* están limitadas por el interés común de la humanidad, si bien siguen siendo reconocidas y protegidas jurídicamente.

5. Conclusión

A finales del siglo XVI y comienzos del XVII, la alta mar pasó de concebirse como cosa de uno, noción por la que propugnaban los grandes imperios europeos de la época, a considerarse cosa de nadie (*res commune*). Este cambio de perspectiva fue impulsado por aquellos países occidentales que querían tener la oportunidad de participar del creciente comercio de ultramar, del que se encontraron inicialmente excluidos. En el derecho, la susodicha transformación se expresó en la prevalencia del principio *mare liberum* al término del debate jurídico que significó la tensión entre éste y su contraprinipio, el *mare clausum*. Pero la victoria no fue radical, ya que se aceptó que los Estados podían incorporar una porción de aguas marinas a su territorio, si bien se mitigó esta posibilidad con la doctrina del *paso inocente*. En cualquier caso, ya en tiempos contemporáneos, la doctrina alrededor del *dominio de los mares* ha vuelto a variar, aunque de un modo menos radical: hoy en día se entiende al mar, no como cosa de nadie, sino como cosa de toda la humanidad.

Así pues, los objetivos que se persiguieron con la formulación original del *mare liberum* son muy diferentes de aquellos que se buscan hoy en día con su consagración en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por esta razón, nadie puede ampararse en el principio de libertad de los mares para utilizar el mar y sus recursos en perjuicio de los demás, sino que debe dejarse de lado toda perspectiva individualista, de modo que las aguas internacionales aprovechen a toda la humanidad. En otras palabras: la libertad de los mares, aunque originalmente fue formulada como absoluta, hoy está limitada por el interés común de la humanidad.



6. Bibliografía

Jorge AJA, Derecho del mar, Las nuevas cuestiones del derecho internacional marítimo, Bogotá, Temis, 1973.

R. P. ANAND, "Non-European sources of the law of the sea" en P. N. EHLERS; E. MANN y R. WOLFRUM (editors), Maritime Issues: From a scientific, political and legal perspectives, Reino Unido, Kluwer law international, 2002.

David ARMITAGE, Ideological Origins of the British Empire, Reino Unido, Cambridge University Press, 2000.

Jaques BARZUN, Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en occidente, Madrid, Taurus, 2002.

Ricardo DE LA CIERVA, Yo, Felipe II, Madrid, Planeta, 1997.

Francisco DE VITORIA, Derecho natural y de gentes, Buenos Aires, Emecé, 1991.

Hugo GROCIO, Mare Liberum, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1956.

- De Iure Praede & De Iure Belli ac Pacis, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Eduardo HINOJOSA, Introducción al Derecho Natural y de Gentes, de Francisco de Vitoria, Buenos Aires, Emecé, 1991.

José LuíS MESEGUER, Los espacios marítimos en el nuevo derecho del mar, Madrid, Marcial-Pons, 1999.

Marco Gerardo MONROY, Derecho Internacional Público, Bogotá, Temis, 1995.

Luciano PEREÑA, Derechos y Deberes entre Indios y Españoles en el Nuevo Mundo según Francisco de Vitoria, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1992.

Eugene PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, México, Porrúa, 2006.

Stanley STEIN, Silver, trade and war: Spain and America in the making of early modern Europe, Baltimore, John Hopkins University press, 2000.

Alfredo VÁSQUEZ, El nuevo derecho del mar, Bogotá, Temis, 1976.

Eric WOLF, Europa y la gente sin historia, México, Fondo de cultura económica, 1987.

S. ZAVALA, Las instituciones jurídicas en la conquista de América, México, Porrúa, 1971.

El concepto de Derecho: una aproximación filosófica, política, social y moral a la juridicidad

Jorge Eliécer Cardona Jiménez ¹

Resumen

En este texto se pretende analizar el concepto de derecho desde una perspectiva epistemológica propia, en la cual se dé cuenta íntegramente del fenómeno de lo jurídico en tanto que objetivización de la vida humana. Se trata entonces de considerar al derecho no desde una visión reduccionista y hermética como tradicionalmente se le ha entendido, sino, más bien, comprenderlo, apropiárnoslo, y aplicarlo en un contexto más amplio que atienda a sus fundamentos culturales y sociales para, desde ahí, entrar en diálogo con otros saberes como la sociología, la política, la ética y los derechos humanos, entre otros, y poder así asumir un compromiso reflexivo sobre el derecho como uso de *la razón práctica*. Con tal apuesta, y como aporte al estatus epistemológico y metodológico propio del derecho, se apela en el campo de la ciencia del derecho no sólo a la *interdisciplinariedad*, sino también, a partir de los aportes filosóficos de George Gadamer, al trasfondo intersubjetivo, comprensivo y justificativo de la Hermenéutica Argumentativa como espacio para convertir la inteligencia humana en diálogo y en búsqueda razonada de consensos que atiendan a las necesidades más urgentes de la sociedad, bajo la égida de los valores racionalmente justificados.

Palabras clave: epistemología jurídica, concepto de derecho, interdisciplinariedad, razón práctica, derechos humanos, hermenéutica, argumentación jurídica, cultura, política, moral y sociedad.

Abstract

The purpose of this article is to analyze law concept from an epistemological point of view, in which a complete account of the juridical phenomenon as an object of human life is provided. It is about considering law not from a hermetic and reductionist point of view, as it has traditionally been understood, but understanding and applying it in a wider context, which deals with its cultural and social basis in order to create a dialogue with sociology, politics, ethics, human rights, and so forth. In this way, a reflexive compromise on law, as a use of *practical reason*, can be assumed. Through that, and as a contribution to the epistemological and methodological status of law, in the field of the science of law, it is appealed not only to *inter-disciplinary relations* but also to the inter-subjective, understandable, and justified background of Argumentative Hermeneutics - from George Gadamer's philosophical contributions -, as a space to turn human intelligence in both a dialogue and a reasoned search for consensus, which satisfy the more urgent needs of society, under the protection of rationally justified values.

Key words: juridical epistemology, law concept, *inter-disciplinary relations*, practical reason, human rights, hermeneutic, juridical argumentation, culture, politics, ethics and society.

* Trad. de Maritza Areiza Pérez, traductora Inglés-Francés-Español, Universidad de Antioquia.

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Joelcard2@hotmail.com, jocardo2@gmail.com



Tabla de contenido

1. Palabras liminares
2. Algunos modelos o esquemas de pensamiento jurídico
3. Enfoque constructivista de carácter interdisciplinario: ruptura epistemológica respecto al paradigma tradicional
4. El nuevo rumbo del pensamiento contemporáneo: La Hermenéutica filosófica y jurídica como aporte a la ciencia jurídica
5. El derecho como instrumento de la razón práctica y forma íntegra de justificación y realización de la existencia humana
6. El concepto de Derecho en algunas Facultades de Derecho de la ciudad de Medellín
7. A modo de conclusión
8. Bibliografía

“Esta filosofía no descansa en un entendimiento per se, en un entendimiento absoluto, anónimo, que pertenece no se sabe a quién, sino en el entendimiento del hombre –si bien no, doy por supuesto, en el del hombre enervado por la especulación y el dogma-; y habla el lenguaje de los hombres, no una lengua vacía, desconocida”.

Ludwig Feuerbach

1. Palabras liminares

El derecho del Estado democrático es un aspecto muy importante de la vida social; sus formas de manifestación son las venas que regulan todo el sistema social y, por lo tanto, han de estar oxigenadas por nuevas visiones o paradigmas que respondan a la realidad social emergente, para hacer así del derecho un instrumento coherente con lo humano, es decir, un medio que ordena la conducta social hacia sus más preciados fines, reflejados en los valores moralmente compartidos y justificados.

De ahí que como estudiantes de derecho, abogados, jueces o juristas, tenemos que adquirir un creciente compromiso de racionalidad frente al derecho y la sociedad, abandonando los falsos prejuicios a partir de la senda crítica que nos permite no sólo hacer comprensibles y racionales los fenómenos humanos, sino también encaminarnos, siguiendo a Thomas Mann, en el arado resplandeciente del progreso.

Desde un aquí y un ahora, con un arraigado trasfondo histórico, pero con un gran espíritu de meditación y progreso queremos integrar el derecho con los elementos sociológicos, políticos, morales y culturales que nos depara la misma realidad social, y sobre la plataforma de éstos intentar deducir conclusiones que deriven en una nueva concepción y praxis jurídicas acordes a las necesidades sociales más sentidas del ser humano como principio y fin del sistema jurídico.

Creemos todos aquellos que abogamos por ello y que en algún momento nos hemos visto angustiados al percatarnos de la obsoleta plataforma jurídica y de la crisis múltiple presente en nuestra sociedad, que es necesario repensar y desarrollar el derecho en su dimensión más completa e instrumental, superando el positivismo hermético, con el fin de obtener una proyección que conju-

gue los diversos elementos de la realidad en función de la reivindicación de los fines preferidos o acuerdos mínimos favorables a la integración y cohesión social.

Esta actitud crítica y ética hacia el derecho debe conformarse a lo posible y a lo practicable, para efectos de desarrollar un modelo jurídico que goce de validez social y legitimidad¹ desde la realidad social circundante y los valores propios de la cultura moderna.

A este albor, es preciso plantear los siguientes interrogantes para reflexionar sobre el concepto de derecho y, consecuentemente, examinar, a través de un método analítico-normativo², el estado actual de la ciencia jurídica respecto de la sociedad en general: ¿Cuáles son los modelos de pensamiento jurídicos que se han desarrollado a través del decurso histórico-científico del derecho? ¿será que el pensamiento jurídico contemporáneo proporciona una concepción epistemológica acorde a los problemas sociales existentes? ¿cuál sería una nueva concepción epistemológica que lleve insita la relación entre el derecho, la moral y la sociedad? ¿cuál es la concepción de derecho que se privilegia en nuestras Facultades de Derecho? ¿será que desde las Facultades de Derecho se contribuye de alguna manera a los procesos de transformación que requiere la vida social de nuestro país? o ¿acaso la academia jurídica intenta conservar el statu quo?

¹ La validez social del derecho, como dice el profesor Augusto Trujillo Muñoz, hace referencia a la dimensión fáctica, y la legitimidad alude a la dimensión racional del derecho, es decir, al grado de participación ciudadana en su elaboración y de aceptación voluntaria por parte de los mismos actores sociales. Augusto TRUJILLO MUÑOZ, "Las relaciones entre derecho y sociedad desde una perspectiva jurídica", en Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia, 319 (2001), p. 151.

² Se trata de un método propio de Robert Alexy donde el discurso jurídico se estudia en su dimensión analítica y normativa. En la dimensión analítica se hace énfasis en la consideración conceptual del derecho o sus modelos jurídicos y en la dimensión normativa se hace referencia a los contenidos valorativos (enfoque deontológico o teleológico). Al respecto véase Robert ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 28.

Para analizar estos planteamientos con los cuales se pretende una reflexión sobre la reconstrucción de la conceptualización científica del derecho, los fines o funciones del derecho y la síntesis entre *las normas, los hechos y la justicia* (tridimensionalismo), se abordarán a grandes rasgos los diversos fundamentos cognoscitivos propios del derecho o, si se quiere, las formas de justificación de la cientificidad del derecho, para luego analizar algunos modelos epistemológicos de juridicidad postpositivista reflejados en un enfoque constructivista de carácter interdisciplinario y en el pensamiento jurídico contemporáneo que vira hacia el comprender que proporciona la hermenéutica y la razón práctica en el ámbito justificativo del derecho.

Por último, con este horizonte de racionalidad se plantea, tomando como referente una muestra exploratoria aleatoria, el análisis del concepto de derecho que se privilegia en algunas Facultades de Derecho de la ciudad de Medellín.

Lo anterior cobra especial relevancia para el análisis de la enseñanza del derecho en nuestro medio, toda vez que proporciona elementos valiosos para que el proceso enseñanza-aprendizaje se contextualice y asuma realmente una serie de compromisos mínimos de cara al progreso social y a la promoción de los derechos humanos.

2. Algunos modelos o esquemas de pensamiento jurídico

Uno de los problemas más recurrentes de la teoría jurídica, desde la consolidación de los sistemas jurídico-positivos europeos y la institucionalización del derecho en las primeras universidades europeas, radica por su complejidad e importancia en el establecimiento del estatuto epistemológico propio del Derecho³.

3 Para Miguel Reale la epistemología jurídica "es una parte

Esto en razón de que, a partir de ese estatuto, opera y se distingue nuestro modo de proceder metodológico dentro del amplio campo cognitivo y comprensivo del saber jurídico y la realidad humana, sobre la cual se pretende incidir *en clave práctica o finalística*.

En este sentido esta reflexión epistemológica acerca del derecho, de profunda connotación política y social en el marco institucional, debe coronar la búsqueda de la justicia en las relaciones humanas dentro de un modelo de juridicidad *realista-empirista y pluralista*⁴ que exprese la defensa y reivindicación de los derechos humanos.

Si somos consecuentes con ello, esa es una premisa fundamental sobre la cual debemos reconstruir el campo de investigación científica del derecho, independientemente de qué tan aclimatados tengamos los postulados en los que se han fundamentado tradicionalmente los modelos o programas de comprensión de lo jurídico.

Lo que sigue entonces es la presentación de los diferentes contenidos que se le han dado al derecho a través de los diversos postulados científicos de cada modelo⁵. El objetivo no es enfrentar

de la Filosofía del Derecho, que tiene la tarea, en primer lugar, de determinar su objeto, para saber, por ejemplo, si se trata de una ciencia que tiene por objeto normas, hechos sociales, o la conducta misma etc. Y en segundo lugar, de determinar el campo de investigación científica del derecho en sus conexiones con la Economía Política, la Sociología Jurídica, la Psicología, la Teoría del estado, etc." Miguel Reale, *Filosofía do Direito*, Sao Paulo, Edicao Saraiva, 1965, p. 271. Citado por Benigno Mantilla Pineda, "La crisis de las ciencias del Derecho", en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 82 (1972), p. 392-3.

4 Se trata de un modelo de ciencia jurídica que está inserto en los procesos axiológicos, históricos, económicos y sociales, con el fin de proyectarse sobre la realidad social para, desde allí, promover el progreso.

5 El mismo Kaufmann ha dicho que en el campo del derecho quien pretenda captar con claridad el concepto de Derecho, se enfrenta a dos problemas fundamentales, a saber: "La teoría jurídica enfrenta la validez jurídica como deber ser al ser social, por un lado, y por el otro, como validez positiva, a la validez iusnaturalista". Félix Kaufmann, *Metodología de las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 383.

modelos de pensamiento jurídico o mantenernos cautivos en ellos, sino, antes bien, conocer abiertamente (a un nivel de saber académico y práctico) y en medio de la incertidumbre (a falta de verdades absolutas) el complejo desarrollo que ha caracterizado a la ciencia del derecho en su enorme desenvolvimiento teórico, con el fin de asimilar críticamente ciertos fundamentos orientados a reconstruir el conocimiento científico del derecho y la sociedad, y poder así unir el saber jurídico a la justificación de la existencia humana.

Es bien sabido, como dice Recasens Siches, que el derecho es vida humana objetivada⁶. Sin embargo, desde el *modelo iusnaturalista*, la objetividad del derecho pende de la representación jurídica insita en la misma naturaleza (*el ser*).

En el trasfondo de esa concepción del derecho como “ciencia representacional”⁷ hay un discurso de poder, presente aún en el mundo contemporáneo, que establece *a priori* (i) una calificación jurídica de los derechos que le corresponde a la persona por poseer tal status o característica concreta en su naturaleza (*naturalismo de personas*)⁸ y (ii) una calificación legal del conjunto de hechos que configuran el mundo conductual (*naturalismo situacional o relacional*)⁹.

Actualmente muchas proposiciones y juicios jurídicos se fundamentan en esa *epistemología iusna*

turalista, que nos permite afirmar la existencia de los derechos humanos en tanto que inherentes a la persona humana, pero paradójicamente en ocasiones los desdice dentro de los circuitos políticos y sociales, al establecer naturalmente marcadas diferencias entre los heterogéneos grupos sociales como los empresarios y los trabajadores dependientes, puesto que mientras que los primeros gozan de prestigio por su *status*, los segundos al ser los desposeídos se ven avocados a las diversas formas modernas de servidumbre y de contera, a la pérdida de sus derechos fundamentales.

Más aún, el discurso político contemporáneo paternalista, dentro del juego de la moralidad y la legalidad, establece qué es lo bueno y lo malo para el individuo en la sociedad, y sutilmente prescribe las inclinaciones o conductas del ser humano en perjuicio de la libertad, la igualdad y la dignidad humanas¹⁰.

Ahora bien, desde el *modelo positivista-normativista*¹¹, la cientificidad del derecho ya no se basa en la naturaleza, sino, más bien, en un conjunto de preceptos positivos que regulan la conducta humana. Así, la fundamentación del derecho se centra exclusivamente en el plano normativo en un sentido sistémico, válido y lógico (*deber ser*), abandonando a su suerte el mundo de la causalidad natural -propio del *iusnaturalismo* y el *positivismo* de las ciencias sociales-, por sus defectos metodo

6 Luís Recasens Siches, *Vida Humana, Sociedad y Derecho, Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1939, p. 38 y ss.

7 Diego Eduardo López Medina, “¿Existe una “ciencia jurídica”? Los modelos de la “cientificidad” del derecho en Colombia”, en Simposio Internacional “Reestructuración de las Ciencias Sociales en los Países Andinos”, Mesa No. 11: Ciencias Sociales: Entre la Política y el Derecho, p. 4 y ss.

8 Esta forma de naturalismo se ve reflejada, por ejemplo, en el tratamiento jurídico que se le ha dado a los homosexuales, quienes a pesar de que han ido ganando derechos como los patrimoniales, aún por sus características e inclinaciones se les endilga un juicio jurídico diferente.

9 En este sentido, por ejemplo, ciertas teorías en el ámbito de la adjudicación sostienen que el juez decide con base en corazonadas o que la decisión depende de lo que haya desayunado el juez.

10 Precisamente el debate respecto al porte y uso de dosis personales de estupefacientes, que hoy se ha reabierto por parte del presidente colombiano Álvaro Uribe Vélez, gira en torno a ese juego de lenguaje. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 221 de 1994. (M.P. Carlos Gaviria: 5 de mayo de 1994). Cesar Rodríguez. La decisión judicial. El debate Hart- Dworkin, Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, 2005, pp. 73 y ss.

11 Vale la pena señalar, como lo ha afirmado el maestro Benigno Mantilla, que el positivismo jurídico fue una tendencia jurídica difusa que abarcaba tres variedades jurídicas: el normativismo, el sociologismo de León Duguit y M. Hauriou, y el psicologismo de la escuela de la exégesis, cada una de las cuales entendía a su manera el objeto de la ciencia del derecho. Pero, pese a su prestigio y a su vastísima influencia, no hicieron auténtica ciencia del derecho. Benigno Mantilla Pineda, “La crisis de las ciencias del Derecho”, *op. cit.*, p. 394.

lógicos de corte teológico-moral y su incapacidad de proporcionar un mejor entendimiento en función del sistema.

Pero la razón de tal abandono no fue sólo epistemológica, sino también política, pues como lo resalta el jurista colombiano Diego Eduardo López, el antiguo naturalismo es pura ideología:

Le evita al dominador el tener que discutir y triunfar políticamente con sus reglas ya que ellas poseen de antemano valor por fuera de los canales parlamentarios y liberales de discusión política¹².

Precisamente, en una democracia el valor de las reglas no se debe dar *per se* aduciendo un *status* naturalista, sino que se gana a través del diálogo o el intercambio racional de ideas que conduzca a acuerdos mínimos de convivencia armoniosa; por ello se estima que la esencia misma del derecho consiste en la progresiva realización de los grandes valores democráticos, comoquiera que el desenvolvimiento del derecho se efectúa en forma dialéctica.

Sin embargo, en el positivismo formalista de contenido lógico y sistémico en su versión codificada y burgués-liberal, el conjunto de normas o leyes formalmente válidas, derivadas de la voluntad del hombre, se separaron de ese proceso reflexivo y de justificación que atendiera los desafíos que le planteaba la misma realidad social.

Correspondió a la Escuela Histórica de impronta savigniana adoptar un método histórico-social que permitiera visualizar el derecho, no desde el punto de vista individualista, sino social, concibiéndose así éste como una construcción y un fenómeno social e histórico, fundamentado en la convivencia social y sujeto a la constante evolución de la génesis y tesis sociales.

12 LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, "¿Existe una "ciencia jurídica"? Los modelos de la "cientificidad" del derecho en Colombia", op. cit., p.17.

Conforme a esto, las instituciones jurídicas están impelidas por la energía social hacia el progreso mismo de la humanidad como obra del esfuerzo humano, capaz de crear cultura y usos sociales e institucionales que respondan a las necesidades y aspiraciones de los grupos sociales menos favorecidos.

La orientación descrita tiene, pues, un claro propósito político intervencionista conducente a la realización más alta del espíritu, el desarrollo social y cultural, como posibilidad no sólo de justificarse dignamente ante la historia, sino también de crear condiciones donde se pueda coexistir en el aquí y el ahora bajo el alero del principio de la humanidad.

Visto desde esta perspectiva el conocimiento y el quehacer jurídicos, se plantean nuevos modelos epistemológicos post-positivistas como el *realismo jurídico* y la *reconstrucción ética del derecho*¹³.

La primera versión de juridicidad post-positivista, es decir, la *iusrealista* vino haciendo eco en el mundo jurídico con la consolidación cientifizante de las ciencias sociales y todo el influjo sociológico que ello implicó; puesto que el derecho no quería quedar a la zaga del notable avance científico logrado por las ciencias sociales y, por tal razón, desde ahí se concibe el derecho no sólo como una normativa que expresa un *deber ser*, sino también el *ser* de la conducta humana externa.

De esta forma, el derecho en su afán de *comprender* los fenómenos con rutas epistemológicas de contenido empírico se abre a las ciencias sociales, en aras de proporcionar nuevos caminos en el progreso de un derecho más eficiente y en beneficio de una mejor organización social.

Esta visión refrescante, que muestra la insuficiencia de las concepciones científicas tradiciona-

13 LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, "¿Existe una "ciencia jurídica"? Los modelos de la "cientificidad" del derecho en Colombia", op. cit., p. 14 y ss.

les o, mejor, la crisis epistemológica de los modelos tradicionales, es la que le da la posibilidad a la ciencia jurídica de reconstruir su cientificidad a partir de la *interdisciplinariedad* o nuevos enfoques que respondan a las nuevas exigencias sociales.

Ello en razón de que, como afirma Eduardo Novoa:

*Mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y políticas y por modificaciones culturales, el Derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el Derecho de la Antigua Roma, con lo que se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual*¹⁴.

Este problema está aún vigente, y no sólo debe ser llevado a un alto grado de teorización y reflexión epistemológica por parte de los estudiosos del derecho, sino, sobre todo, cobrar vida en la práctica jurídica a través de ejercicios interpretativos y justificativos del contenido de las normas, que realmente observen el universo jurídico en torno a las realidades sociales, culturales y a los sentidos que desde lo humano se pueden comprender a partir de esta visión.

Con tal pretensión y como aporte al estatus epistemológico propio del derecho, irrumpen en el campo de la ciencia del derecho la Hermenéutica y la Argumentación Jurídica como espacios para comprender, interpretar y justificar respectivamente el fenómeno de la juridicidad al compás de los valores y los principios de vida social.

¹⁴ MONREAL Eduardo Novoa, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Madrid, Siglo veintiuno Editores S.A, 1997, p.15.

Esto implica la apuesta por un enfoque general más crítico, instrumentalista y abierto con respecto al derecho de los Estados democráticos, vale decir, como producto de la realidad social e “instrumento de la razón práctica”¹⁵.

Aquí es donde cobra valor la segunda versión de juridicidad postpositivista, es decir, *la ética del derecho* bajo el principio de la justicia, la humanidad, la solidaridad, la libertad y la dignidad humanas como imperativos que realizan la idea del derecho en la regulación de la vida comunitaria.

Por ello, entre el Derecho y la moral debe de existir una conexión necesaria y coherente, puesto que ambos, como dice Giorgio del Vecchio, sirven para dirigir la obra humana: “el Derecho es el *minimum ético*, es decir, aquel grado de ética que es estrictamente indispensable para la convivencia social”¹⁶.

¹⁵ La razón práctica desde la concepción kantiana es una regla reflexiva –mueve a elegir y actuar– que aspira a la universalidad y lleva implícita la necesidad de argumentar, asegurando los valores democráticos. Cfr. JORGE ELIÉCER CARDONA JIMÉNEZ, “La razón práctica y los valores característicos de la cultura moderna, cívica y democrática: La libertad, la igualdad, la dignidad y la solidaridad en el marco de la moralidad”, en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 145 (2008), p. 112 y ss. Esta vuelta a la llamada *filosofía práctica* kantiana y aristotélica ha sido representada hoy en el ámbito jurídico por Joseph Raz, Robert Alexy, Atienza, Martín Kriele, entre otros. Vale la pena señalar, que para estos dos últimos el derecho no es una ciencia, como en su momento lo planteó Kirchmann respecto de la jurisprudencia. Sin embargo, como diría Calsamiglia, no podemos quedarnos callados ante tal afirmación porque “aunque nuestro hablar no sea absolutamente rígoroso. El saber puede esperar muchas más sugerencias de los que hablan que de los que callan”. Más aún, en tratándose del derecho y del progreso de la sociedad. Cfr. GREGORIO PECES BARBA, “El problema de la justicia en Kelsen: notas de lectura”, en *Revista española de derecho constitucional*, 8 (1983), p. 317; ROBERTO VERNENJO, “Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?”, en *Doxa*, 3 (1986), p. 289-295; GREGORIO ROBLES, *Epistemología y Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1982, p. 94 y ss.

¹⁶ Para Giorgio del Vecchio “una verdadera y completa definición lógica del Derecho no puede, por otra parte, consistir en una mera declaración verbal ni en una intuición provisional o aproximada, sino que debe necesariamente comprender un preciso examen de las relaciones entre el Derecho y la Moral, e incluso de los diversos aspectos (objetivo y subjetivo) del Derecho mismo, aclarando además ciertos conceptos inherentes o complementarios, como los de relación jurídica y sujeto del derecho”. En síntesis del Vecchio define el derecho como “la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo el impedimento;

3. Enfoque constructivista de carácter interdisciplinario: ruptura epistemológica respecto al paradigma tradicional

Está en la naturaleza de la filosofía del derecho reconocer la necesidad de volver atrás y empezar de nuevo en una constante reflexión sobre las nuevas formas contextuales en que los fenómenos se nos presentan, exigiendo nuevas potencialidades o proyecciones apropiadas en los conceptos, metodologías y juicios jurídicos; lo cual se garantiza por nuestra capacidad de diálogo y argumentación sobre cómo ha de entenderse esa nueva proyección del derecho en un nuevo contexto que invita a ello, ante una realidad en constante tránsito de cambio.

Tal reivindicación que sirve para repensar lo jurídico es una forma de servirse del derecho como acceso a la justicia a través de la razón o del uso del lenguaje compartido y, en consecuencia, de la amplitud de las formas de vida y las relaciones con el mundo del saber; puesto que los modelos tradicionales con los que intentamos intelectualizar y practicar el derecho en nuestras vidas no nos satisfacen, debido a que han sufrido una grave crisis respecto a su quehacer.

Es así como en aras de proporcionar a la sociedad la mejor organización posible, debemos apelar en el ámbito del derecho a la “interdisciplinariedad”, que propuso Immanuelle Wallerstein respecto a las anomalías de la construcción social decimonónica de las ciencias sociales¹⁷.

o más brevemente, la coordinación de la libertad bajo la forma imperativa”. Cfr. Giorgio Del Vecchio, “Filosofía del derecho en compendio”, en Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 74 (1968), p. 281y ss.

17 WALLERSTEIN Immanuel, *Abrir las ciencias sociales*, México, Siglo XXI editores, 2003, p. 375. Véase también al respecto Immanuel WALLERSTEIN, *Las incertidumbres del saber*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 23 y ss.

Con tal apuesta la reconstrucción del concepto de derecho contemporáneo, dirigida a explicar la naturaleza del derecho, ha de comprenderse como una proyección de los estados cambiantes propios de la sociedad en general y, por lo tanto, implica la intromisión de elementos valorativos, sociológicos, políticos y económicos.

A la tradición intelectualista del derecho le resulta difícil aceptar tal *interdisciplinariedad*, más aún, si se tiene en cuenta, como dice Immanuelle Wallerstein:

*No hay discusión puramente intelectual que pueda hacer cambiar de opinión a la mayoría de los científicos del mundo, porque ellos defienden sus intereses y tal vez la mejor forma de defenderlos es mantener el statu quo*¹⁸.

Sin embargo, quienes abogamos por un derecho humanista al alcance de todos, debemos resistir el *statu quo* hasta el último aliento y para ello también disponemos de más de una forma de hacerlo, bajo el corolario de la defensa de los derechos humanos.

Pues bien, con miras a romper con el paradigma tradicional de carácter estático -propio de la visión decimonónica centrada en la primacía de la ley y en los argumentos de autoridad- y ampliar las fronteras de comprensión y reflexión del derecho desde una perspectiva filosófica, nos orientamos en el interés de articular diversos elementos en la conceptualización sobre el ser y el quehacer del derecho en el mundo contemporáneo.

Para eso, el *enfoque constructivista de carácter interdisciplinario*, que incluye la filosofía moral y política, la sociología y los derechos humanos, nos permite no sólo “neutralizar la eficacia de los obstáculos epistemológicos”¹⁹ en el derecho, sino, so-

18 WALLERSTEIN Immanuel, *Las incertidumbres del saber*, op. cit., p.147.

19 CASTELLS Manuel y IPOLA Emilio, *Metodología y epistemología de las ciencias sociales*, Madrid, Editorial Ayuso, 1981, p.139 y 161.

bre todo, un estudio comprensivo, analítico y propositivo de los fenómenos jurídicos, de tal manera que concibamos el derecho como un todo complejo -comprensivo de la realidad social, cultural y política- y fundamentalmente problemático que gira en torno a la materialización de un orden justo, sin perder su especificidad ni desasirse de los fundamentos epistemológicos, del análisis o del lenguaje de cada ciencia.

Este enfoque que implica un diálogo o juegos de lenguaje del derecho con otros discursos y de contera, una ruptura respecto de las racionalizaciones corrientes del fenómeno jurídico, ha sido una preocupación fundamental para aquellos pensadores que creen en la necesidad de abrirle espacios al derecho, para que éste pueda servir a sus más caras finalidades de justicia y a la reivindicación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4. El nuevo rumbo del pensamiento contemporáneo: La Hermenéutica filosófica y jurídica como aporte a la ciencia jurídica

Un componente esencial de la historia y de la cultura contemporánea radica en la *hermenéutica filosófica* como forma de captar el sentido de los relatos o estructuras simbólicas sobre la realidad histórico-social. Ciertamente, este nuevo potencial de comprensión surge a mediados del siglo XIX, ante la crisis de la ciencia europea, como herramienta indispensable para darle fundamentación a los fenómenos humanos, pues éstos, como nos han enseñado Frege, Husserl y Dilthey, brotan del mundo de la vida y, como tal, no pueden ser objeto de un tratamiento reduccionista y naturalista, mediante los procedimientos de la *razón físico-matemática*, destinados a explicar el mundo

natural, sino que requieren del desarrollo de un proyecto de fundamentación epistemológica diferente y especial.

En otras palabras:

En la relación gnoseológica sujeto-objeto, la razón científica ha obviado el *cogito* y ha dirigido rápida y directamente su mirada al objeto (*res extensa*), sin caer en la cuenta que toda auténtica fundamentación del objeto ha de comenzar por una revisión de las posibilidades mismas de generación e instauración del mundo objetivo por parte del conocer subjetivo, porque éste, en definitiva, es el último y extremo reducto del sentido de la objetividad²⁰.

Esta exigencia cognoscitiva es aplicable a la realidad del derecho, que hace parte de las ciencias culturales y, por tanto, se concluye: (i) la urgente necesidad de abandonar el positivismo por su imposibilidad de abordar con éxito los problemas de la ciencia del derecho y (ii) ubicar a la ciencia del derecho dentro de las ciencias del espíritu, como lo hizo W. Dilthey, puesto que su conocimiento alude a la realidad histórico-social y su método es la *comprensión*²¹.

Para desarrollar un proyecto de esta envergadura es menester que los pensadores del derecho erijan continuamente un gran discurso de construcción filosófica no encaminado hacia la búsqueda de la verdad absoluta y final, sino hacia los fundamentos comprensivos sobre los cuales es posible asentar el discurso racional o la *razón crítica*.

20 COFRÉ Juan O. , "Racionalidad en el derecho. Una aproximación filosófica a la Hermenéutica jurídica", en *Revista Chilena de Derecho*, 1(1995), p.43.

21 W. Dilthey nos dice que el derecho es "un hecho que constituye la condición de todo hacer congruente de los individuos y en el cual ambos elementos, sistemas de la cultura y organización exterior de la sociedad, se hallan todavía juntos". Cfr. WILHELM DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*. Versión de Julián Marías, Madrid, Alianza, 1986, p.69.

Así, el *quid* fundamental de este constructo radica en hacer comprensibles y racionales los fenómenos jurídicos en los contextos en los que surgen a partir de la persona humana cognoscente y autofundante, la ontología del lenguaje y los procedimientos críticos de la razón, bajo la dimensión finalística o pragmática de lo jurídico, pero con un claro horizonte valorativo.

Este nuevo modo de intelección del derecho, tiene como transfondo filosófico la reconstrucción hermenéutica de Heidegger y Gadamer, y la orientación jurídica de Dworkin, Hart, Rawls, Ross y otros juristas. Heidegger, centró el fundamento último de toda comprensión en el lenguaje, el cual es habitado por el ser en el mundo como elemento constitutivo suyo. Por su parte, Gadamer, mostró a través de la hermenéutica -autocomprensión- la temporalidad o historicidad de la apertura de sentido. Para Gadamer:

El comprender debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación²².

Esta comprensión de la realidad histórica mediada por los *prejuicios* del individuo, que se ubica dinámicamente en el presente y en el pasado, es objetiva en la medida en que el juicio esté fundado en *la tradición*, la cual se conquista o alcanza autoridad por el uso libre de la *razón crítica*.

La ciencia jurídica, se ha preocupado por este problema de la captación del sentido y por ende, con el referente del discurso filosófico ha desarrollado la hermenéutica jurídica. De esta manera, Dworkin, bajo la lógica hermenéutica gadameriana, establece que el sujeto cognoscente en su relación dinámica con el objeto ha interpretar, dígase

normas, reglas, etc., se sitúa en el pasado y el ahora bajo la influencia histórica, cultural e ideológica que esto implica, sin perjuicio de la seguridad y certitud del derecho.

Así pues, contrario a la aplicación del método tradicionalista de interpretación basado en la pura aplicación de la letra de la ley (*in claris non fit interpretatio*), hoy es un lugar común, aunque todavía muchos juristas teóricos y prácticos lo nieguen, afirmar que el proceso de interpretación está impregnado de elementos valorativos tendientes a determinar un sentido teleológico del derecho más satisfactorio y eficaz de acuerdo con las condiciones del presente²³.

22 GADAMER Hans Georg, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, España, Sígueme, 1977, p. 363.

23 Dos movimientos relevantes en la búsqueda del sentido valorativo del derecho, que contribuyen a configurar una nueva concepción del derecho distante del positivismo, son: (i) el movimiento del espíritu de la ley y (ii) el movimiento de la Libre Investigación Científica. La primera corriente, representada por Emilio Betti y Frossini, trata de buscar el sentido de la ley, desde una reconstrucción histórica, orientado a la realización de los valores y principios jurídicos, pero sin separarse de la norma. Entre tanto la segunda corriente, representada por Francois Geny, Benjamín Nathan Cardozo y Eugen Ehrlich, va más allá de la norma legal y acude a elementos extrajurídicos, pero teniendo como fundamento los elementos objetivos del derecho. Lo importante es que en ambos movimientos el intérprete es un elemento operante que no olvida las necesidades sociales a las cuales debe atender el derecho.

5. El derecho como instrumento de la razón práctica y forma íntegra de justificación y realización de la existencia humana

En los últimos años la filosofía jurídica de corte iluminista se ha caracterizado por volver a los problemas éticos y a la relación dialéctica entre la teoría y la praxis, con la pretensión de reflexionar sobre la manera de tratarlos dentro del ámbito de la juridicidad, dada la insatisfacción producida por las viejas fórmulas reduccionistas que impedían hallar en el derecho ciertas condiciones valorativas, al tiempo que se separaba “el *sein* y *sollen*, la experiencia y la racionalidad ética”²⁴.

En este esquema crítico es donde hay que reivindicar el uso de la razón práctica en el ámbito de la juridicidad para que ésta nos aporte desde los terrenos de la razonabilidad, elementos epistemológicos y materiales en la comprensión integral del fenómeno jurídico.

Lo anterior supone relacionar el derecho y la razón práctica, de tal manera que en nuestra reflexión filosófica, que tiene por objeto analizar los fundamentos justificativos del derecho, apliquemos la ética a los problemas jurídicos y sociales, con el fin de encontrar unas mejores condiciones de vida que respondan a las necesidades de los tiempos actuales.

Nos encontramos, pues, ante una teoría ética que pretende justificar e incidir sobre la realidad existente o, vale decir, ante una “política jurídica” o “ingeniería social” que se dirige por las sendas del progreso moral en un Estado democrático-constitucional, cuya razón de ser radica en la ga-

rantía y respeto de los derechos humanos como forma de realización de la existencia humana.

Esto supone reconsiderar continuamente, a la manera socrática, la importancia que tienen los derechos humanos o los valores racionalmente justificados en la vida práctica de las relaciones sociales del hombre, cuya existencia misma en su más alta prioridad moral le plantea al derecho la inexcusable tarea de formularlos y realizarlos en la vida social de los seres humanos.

Lo anterior justifica *la experiencia jurídica* como una actividad humana y social que tiende a mejorar en lo posible la situación humana, en un mundo que si bien no configura el mejor de los mundos posibles, como dice Manuel Atienza²⁵, sí ofrece instrumentos para mejorar la organización social a través de la acción del hombre.

En este mismo sentido Norberto Bobbio nos ofrece los elementos constitutivos de la experiencia jurídica, cuya integridad no sólo nos evita caer en el reduccionismo normativista, sino también conducirnos por la senda del progreso moral:

Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados²⁶.

25 ATIENZA Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía*, No.6 (1997), p.14.

26 BOBBIO Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, España, Editorial Debate, 1990, p. 35 y ss.

24 ROBLES Gregorio, *Epistemología y Derecho*, op. cit., p. 92.

Nosotros en nuestra estimativa jurídica debemos considerar esos tres campos epistémicos: institucional o normativo (*dimensión estructural*), sociológico (*dimensión funcional*) y valorativo (*dimensión deontológica*) como un modelo que al conciliar tanto elementos formales como materiales tiene mucho que aportar a la reflexión sobre el sentido del derecho en la vida social, cuyo despliegue de eficacia en la realización de los valores culmina con el ideal de justicia.

Más allá de ser este un modelo ideal de ciencia jurídica, se trata más bien de fundamentar y reconstruir el derecho en su carácter valorativo-racional encarnado en unas instituciones que hacen posible la vida comunitaria y lo justifican dignamente en la historia-social sobre la cual se pretende incidir en términos de objetivos válidos social y moralmente.

Para ese cometido que está relacionado tanto con la superación de la distancia epistémica entre la teoría y la praxis como con los fines y valores de la acción humana, el derecho ha de abrirse a los continuos procesos dialécticos de la *argumentación racional*, a través de la ponderación y el reconocimiento a “lo otro como lo otro”²⁷ en un “*ethos* de libertad”²⁸ encaminado a la aspiración del bien común.

Así, en los horizontes del proyecto de la razón práctica como filosofía de la existencia humana, el derecho viene a constituirse en impulsor del valor cultural de la democracia a la luz de la racionalidad de un discurso fundado en la óptica

27 GADAMER Hans Georg, *La herencia de Europa*, ensayos, Barcelona, Ediciones península, 1990, p.36.

28 Se trata de un *ethos* como deber ser existencial que implica las relaciones interpersonales con los otros como práctica de la libertad. Es por ello que Michael Foucault nos enseña que “la libertad es la condición ontológica de la ética. Pero la ética es la forma reflexiva que adopta la libertad”. Cfr. MICHEL FOUCAULT, “La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad”, en GÓMEZ CARLOS (editor), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, Madrid, Alianza Editorial, 2005, p. 260.

intersubjetiva y comprensiva del ser humano social.

Con razón Antonio Osuna Fernández-Largo nos manifiesta en el plano de la epistemología jurídica contemporánea que:

En el derecho se encuentran la autoconciencia ética del ser humano y su pretensión de construir formas posibles de convivencia con otros sujetos de igual condición y dignidad. Las situaciones conflictivas a que ese objetivo puede dar lugar, no pueden solventarse más que introduciendo la razón circunstanciada del intérprete en la comprensión del conflicto. De ahí que las leyes sean asequibles a la razón al ser aplicadas y en referencia a las situaciones humanas desde las que se las interroga²⁹.

De este modo se valida racional, antropológica y socialmente la actividad jurídica en función del avance de los valores en el entramado social, a favor de los cuales cuestionamos el mismo derecho en su más prístino sentido, con miras a que éste desde la realidad social que regula contribuya a crear cultura en todos aquellos espacios de comprensión humana.

Con todo, estos planteamientos nos permiten entrever, como lo ha sostenido Juan Ramón Capella, que el “quid del derecho son los contenidos materiales”³⁰ traducidos en un plexo de valores sobre los cuales es posible argumentar tomando en serio la consideración de los aspectos materiales de la realidad social, sobre cuyos cimientos se erige el derecho como comprensión, justificación y realización de la existencia humana, más no como medio para que el león se coma al cordero como pensaba Trasímaco, el histórico personaje de los diálogos de Platón.

29 OSUNA FERNÁNDEZ Antonio, *Hermenéutica Jurídica. En torno a la Hermenéutica jurídica de Hans Georg Gadamer*, España, Universidad de Valladolid, 1992, p.14.

30 CAPELLA Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1990, p. 11.

El derecho es, pues, “un medio de ordenación de la conducta social según ciertos fines y valores”³¹. Pero no se trata de una actitud de adoración ciega conducente hacia fines inconfesados, sino, antes bien, de fines justificados racionalmente desde una sólida moral democrática.

Por lo demás, es bastante gratificante que durante el siglo XX se haya dado inicio, desde la teoría jurídica y su conexión con otros campos epistémicos, a “un programa de investigación en torno al derecho como fenómeno general de carácter social”³². Puesto que ello contribuye, de alguna manera, a la superación de la crisis de la ciencia del derecho contemporánea³³, la cual no es producida por el dilema de si el derecho es una norma (*teoría pura del derecho*) o un hecho (*realismo jurídico*), como lo pensó Alf Ross, sino por la inexactitud en el objeto de investigación y el método adecuado para su conocimiento, cuyos elementos han estado históricamente marcados por la dogmática jurídica.

De esta manera, un nuevo enfoque o concepción del derecho que supere esa concepción dogmática y avalorativa, es una exigencia que se le plantea a todo programa de investigación en derecho que esté abierto a los procesos axiológicos e históricos, económicos y sociales, en aras de vislumbrar múltiples direcciones y variadas formas en la comprensión de lo dinámico.

Más aún, el fenómeno consabido está estrechamente conectado con la enseñanza del derecho en nuestro medio, cuyas circunstancias no han sido favorables para la adopción de una postura científ

31 PÉREZ LLEDO Juan Antonio, “Teoría y práctica en la enseñanza del derecho”, en LAPORTA Francisco (Editor), *La enseñanza del derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, España, B.O.E, 6 (2002), p.212.

32 SARLO Oscar, “Tomando la argumentación jurídica en serio. Para una revisión de la teoría, la enseñanza y la práctica del derecho”, en ZULUAGA, Ricardo (compilador). *Interpretar y argumentar: nuevas perspectivas para el derecho*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2004, p.140.

33 MANTILLA Benigno, “La crisis de las ciencias del Derecho”, *op. cit.*, pp. 393 y ss.

fica e interdisciplinaria. De ahí la imperiosa necesidad de rescatar desde las Facultades de Derecho el carácter científico del derecho como ejercicio profesional socialmente útil.

6. El concepto de Derecho en algunas Facultades de Derecho de la ciudad de Medellín

En el campo de la enseñanza jurídica, el tema referente al concepto de derecho, cuya mera existencia es controvertida, cobra especial relevancia por las consecuencias teóricas y prácticas que se derivan de adoptar una determinada concepción epistemológica del derecho.

Así, como sabemos, si apostamos en la enseñanza del derecho por una concepción positivista legalista se generará *ipso facto* como secuela negativa, la enseñanza dogmática, la cual no comporta exigencias metodológicas, pues su punto neurálgico son los resultados y no el proceso.

Ante tal situación el maestro Carlos Gaviria afirmó en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Medellín:

Prevalece en nuestras Escuelas, como corolario de todo lo anterior, una marcada tendencia a preparar abogados (...). Pero se halla relegado a un segundo plano, si es que siquiera allí pueda hallarse, el propósito de formar juristas, o sea personas que hagan del Derecho su constante y primordial objeto de meditación, de quehacer mental, que alienten y estimulen el progreso de la ciencia jurídica y consecuentemente de las propias instituciones que conforman y hacen posible la vida comunitaria³⁴.

34 Carlos Gaviria Díaz, “La enseñanza del derecho en nuestro medio”, en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 73, (1968), p. 9.

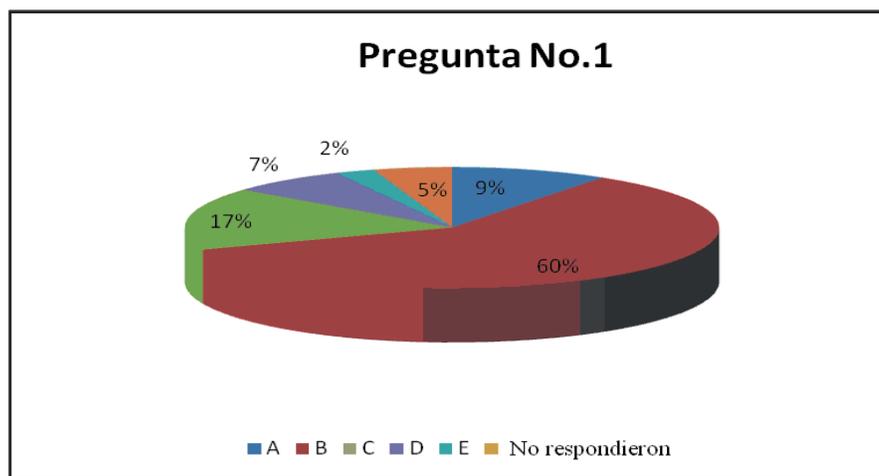
En tal horizonte de progreso urge un cambio profundo en la concepción del derecho de nuestras Facultades de Derecho, de manera que desde allí se restituya la dignidad de ser pensante de los estudiantes de derecho y, más aún, se promuevan grandes transformaciones en el ámbito institucional de las múltiples dinámicas sociales, bajo la égida de los grandes valores democráticos.

Ahora bien, para efectos de analizar el concepto de derecho que asumen actualmente algunas Facultades de Derecho de la ciudad de Medellín, vale la pena traer a colación la muestra de una *exploración aleatoria y tendencial* que se realizó en el año 2008 con base en unas encuestas adelantadas a algunos profesores de las Facultades de Derecho de las universidades de Antioquia, Eafit, Bolivariana, Autónoma, San Buenaventura y Medellín, en el marco del desarrollo del proyecto denominado “Epistemología jurídica en la enseñanza y la producción del saber jurídico”³⁵:

Así, de la pregunta No.1 sobre qué concepción tiene acerca del derecho, se obtuvo:

Concepto de Derecho	A El derecho como un conjunto de normas	B El Derecho como un fenómeno socio-cultural	C El Derecho como un instrumento de poder	D El derecho como promoción de la dignidad humana	E El Derecho como una identidad con la moral.	No respondieron
No. de profesores	4	25	7	3	1	2

GRAFICA 1.



Fuente: Encuestas 2008. Cálculos del profesor Jorge Hernán Betancur.

35 Este proyecto de investigación *ius filosófico y socio jurídico*, en el cual me desempeñé como auxiliar de investigación, fue coordinado y desarrollado por el profesor de la Universidad de Antioquia Jorge Hernán Betancur García para optar al título de magíster en Derecho. Por su parte, la gráfica No. 1 hace parte del informe final que presentó el profesor como resultado de la investigación.

Se observa tendencialmente con base en la gráfica que en las Facultades de Derecho de Medellín los profesores están adoptando y privilegiando – al menos en el plano teórico- una concepción del derecho diferente a la tradicional concepción dogmática del derecho, que ha entrado en un déficit de legitimidad semejante a la crisis que vislumbró Harold Berman respecto del análisis del concepto occidental del derecho:

*El hombre occidental contemporáneo encuentra difícil creer en reglas, ya que suele verlas aislándolas de todo el sistema de que son parte. Le resulta más fácil creer en valores, pues los ve libres de las reglas requeridas para realizarse en diversos tipos de casos*³⁶.

Hoy a muchos profesores y estudiantes de Derecho, a pesar de nuestros vicios metodológicos, nos cuesta creer en el hermetismo jurídico y por ende, apelamos a un cambio de paradigma jurídico o de compromisos profesionales, vale decir, a “una base nueva para la práctica de la ciencia”³⁷, de tal manera que tengamos una amplia visión del derecho en el marco de los complejos y dinámicos procesos sociales, económicos y culturales.

Se trata de concebir el derecho desde una perspectiva socio-cultural, en virtud de la cual el derecho puede ser comprendido en su realidad circundante a través de la *interdisciplinariedad*, sin perder su especificidad o identidad que lo diferencia de las ciencias sociales y de la moral.

Este tipo de teorización jurídica no formalista no sólo ha de tener en cuenta consideraciones sociológicas, sino también consideraciones valorativas, con el fin de transformar sustantivamente la sociedad con la promoción de la dignidad humana y

36 BERMAN Harold, “El Derecho como prototipo de la ciencia occidental”, en *Revista de la Academia Colombiana de jurisprudencia*, 318 (2001), p. 208.

37 KUHN Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad. de Agustín Cuntin, México, F.C.E., 1980, p.27

los demás valores inherentes al ser humano en un Estado constitucional- democrático.

La política en ese terreno de la razonabilidad y del lenguaje de los fines, se debe preocupar es por la promoción de los valores racionalmente justificados y no por adquirir y conservar el poder para que el león se coma al cordero o, al decir del sofista Gorgias, para que el poderoso haga lo que le agrade.

De hecho paradójicamente en la gráfica se destaca un fenómeno: existe la convicción de que el derecho es un instrumento de poder o un *factum político* que responde a los intereses de quienes ostentan el poder³⁸.

Empero, no ha de extrañarnos una conceptualización de este tipo –de corte marxista- si se tiene en cuenta cómo han funcionado, particularmente, desde el derecho las condiciones del capitalismo monopolístico en la distribución del poder. Precisamente de este análisis se han ocupado Barcellona, Dieter Hart y Muckenberger, quienes manifiestan lo siguiente respecto de los diferentes grupos sociales que se caracterizan por una marcada distribución de poder dentro de la sociedad en general:

La sociedad o los grupos sociales, para entendernos, que tienen un gran interés en que el derecho desarrolle una función marginal, que haga simplemente de guardián del sistema, sin penetrar en la política del empresario, sin llevar a cabo ningún control sobre el modo en que se explotan los servicios públicos, etc., y, en un polo opuesto, la otra sociedad, aquella de la cual nace la demanda de *una nueva justicia* para los

38 LÓPEZ CALERA Nicolás, “Problemas y perplejidades de la teoría del Derecho en los umbrales del siglo XXI”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (editor), Congreso de academias iberoamericanas de derecho, España, 1999, p.235-6.

oprimidos, para los explotados, etc. (...). En estos términos, es decir, sin que se efectúe un análisis de la efectiva distribución de los poderes en la sociedad (un análisis de la sociedad y consiguiente crítica), la cuestión acerca de las relaciones entre derecho y estructuras sociales se refiere abstractamente a la sociedad en general³⁹

Desde estas atalayas teóricas, el derecho sirve como telón de fondo en un escenario caracterizado por la lucha de intereses entre las diversas fuerzas sociales. Por un lado, están los portadores del poder estatal y los empresarios que disponen de las categorías jurídicas como instrumentos para mantener las condiciones en las que ha nacido el capitalismo y, en consecuencia, maximizar el coste de sus beneficios y utilidades en un amplio marco de la libertad económica. Por otro lado, está el sector popular fragmentado, los adquirentes económicamente dependientes o los trabajadores dependientes de quienes disponen de los medios de producción, los cuales demandan justicia; pero infortunadamente el uso público de su razón no toma la debida fuerza en representación de sus derechos fundamentales.

En última, en el ámbito jurídico hay algunos antecedentes importantes en el análisis de la sociedad y la consiguiente crítica; se trata de los estudios de *Law and Economics* y *Critical Legal Studies* que nos aportan elementos valiosos para evaluar nuestro quehacer académico en *el saber, en el saber hacer y saber ser*, y para proyectar un esplendido trabajo interdisciplinario en donde su adopción comporta la comprensión de que si:

El jurista concurre con el sociólogo y redescubre que la dimensión jurídica coincide con la dimensión social, que re-

gularidad social y juridicidad son cara de una misma moneda, se redescubren valores y se reivindica por el jurista la tarea de convertirse en interprete de las instancias o necesidades de la sociedad en transformación.

7. A modo de conclusión

Más allá de las variopintas concepciones respecto del derecho, lo que permite reconocer la utilidad de éste es la serie o variedad de problemáticas y asuntos a los que atiende dentro del ámbito humano y social.

En este sentido la realidad del derecho es amplia y los hechos y juicios jurídicos, a través de los cuales se manifiesta, son sólo una forma de realidad asentada en la misma naturaleza de la condición humana.

Así, el hombre como sujeto moral de marcada influencia cultural, reivindica la razón práctica como vehículo para la expresión del derecho en y por la sociedad. De ahí que el derecho no pueda comprenderse separadamente de lo humano y lo social, pues si el derecho no participa de la realidad y naturaleza ética intersubjetiva del hombre, escaparía a éste y al material del *lenguaje* necesario no sólo para formar juicios, sino también para erigir un sistema jurídico con sentido social y humano.

De esta manera, el ser ontológico propio del derecho reivindica saber cuál es la relación del derecho con la sociedad y la moral, y apela a la razón para asumir como dato filosófico el hecho de que los hombres y la sociedad se complementan en su más prístino deseo de alcanzar la verdadera justicia. El problema es entender cómo puede ser esto. El problema epistemológico aquí no radica en dar a conocer las concepciones científicas históricas del derecho, sino, más bien,

39 Barcellona, Hart Dieter y Muckenberger, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1997, p. 31.

en fundamentar la ampliación de las fronteras del derecho y, a partir de ahí, descubrir cuál es nuestra verdadera posición respecto de las nuevas dinámicas sociales: ¿Cómo alcanzar la justicia? ¿para qué se supone que ha de ser el uso de la razón práctica?

Bibliografía

Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

Manuel ATIENZA, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en *Isonomía*, 6 (1997), p.7-30.

Pietro BARCELLONA, Hart DIETER y Erich MUCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, Civitas, Madrid, 1997.

Harold BERMAN, "El Derecho como prototipo de la ciencia occidental", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 318 (2001), p.189-208.

Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1990.

Juan Ramón CAPELLA, *Elementos de análisis jurídico*, Madrid, Trotta, 1990.

Jorge Eliécer CARDONA JIMÉNEZ, "La razón práctica y los valores característicos de la cultura moderna, cívica y democrática: La libertad, la igualdad, la dignidad y la solidaridad en el marco de la moralidad", en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de

la Universidad de Antioquia, 145 (2008), p. 107-125.

Manuel CASTELLS y Emilio IPOLA, *Metodología y epistemología de las ciencias sociales*, Madrid, Editorial Ayuso, 1981.

Juan COFRÉ, "Racionalidad en el derecho. Una aproximación filosófica a la Hermenéutica jurídica", en *Revista Chilena de Derecho*, 1 (1995), p. 41-59.

Giorgio DEL VECCHIO, "Filosofía del derecho en compendio", en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 74 (1968), p. 281-308.

Wilhelm DILTHEY, *Introducción a las ciencias del Espíritu*, Madrid, Alianza, 1986.

Michel FOUCAULT, "La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad", en GÓMEZ Carlos (editor), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

Hans Georg GADAMER, *La herencia de Europa*, ensayos, Barcelona, Ediciones península, 1990.

- *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, España, Sígueme, 1977.



Carlos Gaviria Díaz, *La enseñanza del derecho en nuestro medio*, en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 73 (1968), p.5-10.

Felix KAUFMANN, *Metodología de las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.

Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*. Trad. de Agustín Cuntin, México, F.C.E, 1980.

Nicolás LÓPEZ CALERA, "Problemas y perplejidades de la teoría del Derecho en los umbrales del siglo XXI", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (editor), *Congreso de academias iberoamericanas de derecho*, Madrid, 1999, p.221-241.

Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, "¿Existe una "ciencia jurídica"? Los modelos de la "cientificidad" del derecho en Colombia", en *Simposio Internacional "Reestructuración de las Ciencias Sociales en los Países Andinos"*, Mesa No. 11: *Ciencias Sociales: Entre la Política y el Derecho*, p.1-17.

Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, "Teoría y práctica en la enseñanza del derecho", en Francisco LAPORTA (Editor), *La enseñanza del derecho*, Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, (2002), p.167-268.

Benigno MANTILLA PINEDA, "La crisis de las ciencias del derecho", en *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 82 (1972), p.389-396.

Augusto MUÑOZ TRUJILLO, "Las relaciones entre derecho y sociedad desde una perspectiva jurídica", en *Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 319 (2001), p. 147-155.

Eduardo NOVOA MONREAL, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Madrid, Siglo veintiuno editores, 1997.

Antonio OSUNA FERNÁNDEZ, *Hermenéutica Jurídica*. En torno a la *Hermenéutica jurídica* de Hans Georg Gadamer, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992.

Gregorio PECES BARBA, "El problema de la justicia en Kelsen: notas de lectura", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (1983), P. 317-325.

Luís RECASENS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. *Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1939.

Gregorio ROBLES, *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982.

Cesar RODRÍGUEZ, *La decisión judicial*. *El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del hombre editores, 2005.

Oscar SARLO, "Tomando la argumentación jurídica en serio. Para una revisión de la teoría, la enseñanza y la práctica del derecho", en Ricardo ZULUAGA (compilador). *Interpretar y argumentar: nuevas perspectivas para el derecho*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2004, p. 139-155.

Roberto VERNENJO, "Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?", en *Doxa*, 3 (1986), p. 289-295.

Immanuel WALLERSTEIN, *Abrir las ciencias sociales*, México, Siglo XXI editores, 2003.

- *Las incertidumbres del saber*, Barcelona, Gedisa, 2005.





Crónica Dissertum

Campo de acción Penalis-arte

Martín Posada Daza

“ El Derecho Penal debe ser primordialmente humanitario”, eso es lo primero que me dicen los abogados especializados en esta rama al preguntarles cómo la definirían. Humanista en el sentido de preocuparse por el bienestar del género humano. Así, abogado penalista es aquel que intercede, el que defiende dicho bienestar.

En general, la rama del Derecho Penal es considerada como algo esclavizante, que absorbe. Tuve la oportunidad un día de sentarme a conversar con un muy reconocido abogado penalista, el Dr. Fabio Enrique Lizcano, quien desde siempre sintió un amor nato por esta materia. En un momento de esta reunión le pedí que me relatara brevemente cómo había sido el recorrido de su vida como abogado desde el día en que se graduó de la universidad; Desde el principio decidió no ser un profesional mediocre y asumir retos importantes, retos que nunca se salieron del ámbito penal, a tal punto que no sabe liquidar a sus propios empleados, pues desde el año de 1973 solo “come, piensa y respira penal”.

Así mismo, no sólo él, si no otros abogados con quienes tuve conversaciones casuales, consideran esta materia como la más apasionante del derecho, debido a que éste, en su universalidad, conoce la conducta humana en todas sus facetas: miseria, grandeza, dolor, alegrías, tristezas y demás complejidades que la vida comprende. Pero no puede el Derecho Penal ser limitado simplemente al arte de litigar. Para este reconocido jurista existen dos amores: su corazón y su mente se ven satisfechos no solamente con el litigio, sino también con la

docencia, pues para él no sólo los libros son una fuente de riqueza, la juventud también lo es, y por eso dice él, nunca dejará de ser docente mientras le sea permitido.

Por otro lado, en su carrera profesional, se siente muy agradecido con la publicidad, no tanto por la farándula, como por el hecho de haberla podido utilizar como una de sus herramientas más útiles; creo que nunca olvidaremos el famoso caso de René Higueta, arquero colombiano. En ese entonces se estaban estrenando formulas para combatir el secuestro y lamentablemente el conejillo de indias fue René, pero no es eso lo importante de esta anécdota, lo de resaltar acá es que sólo por ese conocido proceso Lizcano recibió una considerable publicidad, tanto a nivel nacional como internacional, a su oficina llamaban de varios países, en los noticieros recibía elogios y críticas fuertes en el ámbito deportivo y en el judicial por supuesto. De varios programas deportivos le solicitaron entrevistas, y aún, después de tantos años, lo siguen haciendo. Pero casos hay muchos, posterior al de René vino el de la clínica de Federmann donde murieron unos pacientes por que les fue suministrado nitrógeno en vez de oxígeno, en este caso se obtuvo la condena por homicidio y encubrimiento por parte de las directivas a este delito. Podrían enumerarse más, pero por respeto a sus clientes decidió no hacerlo.

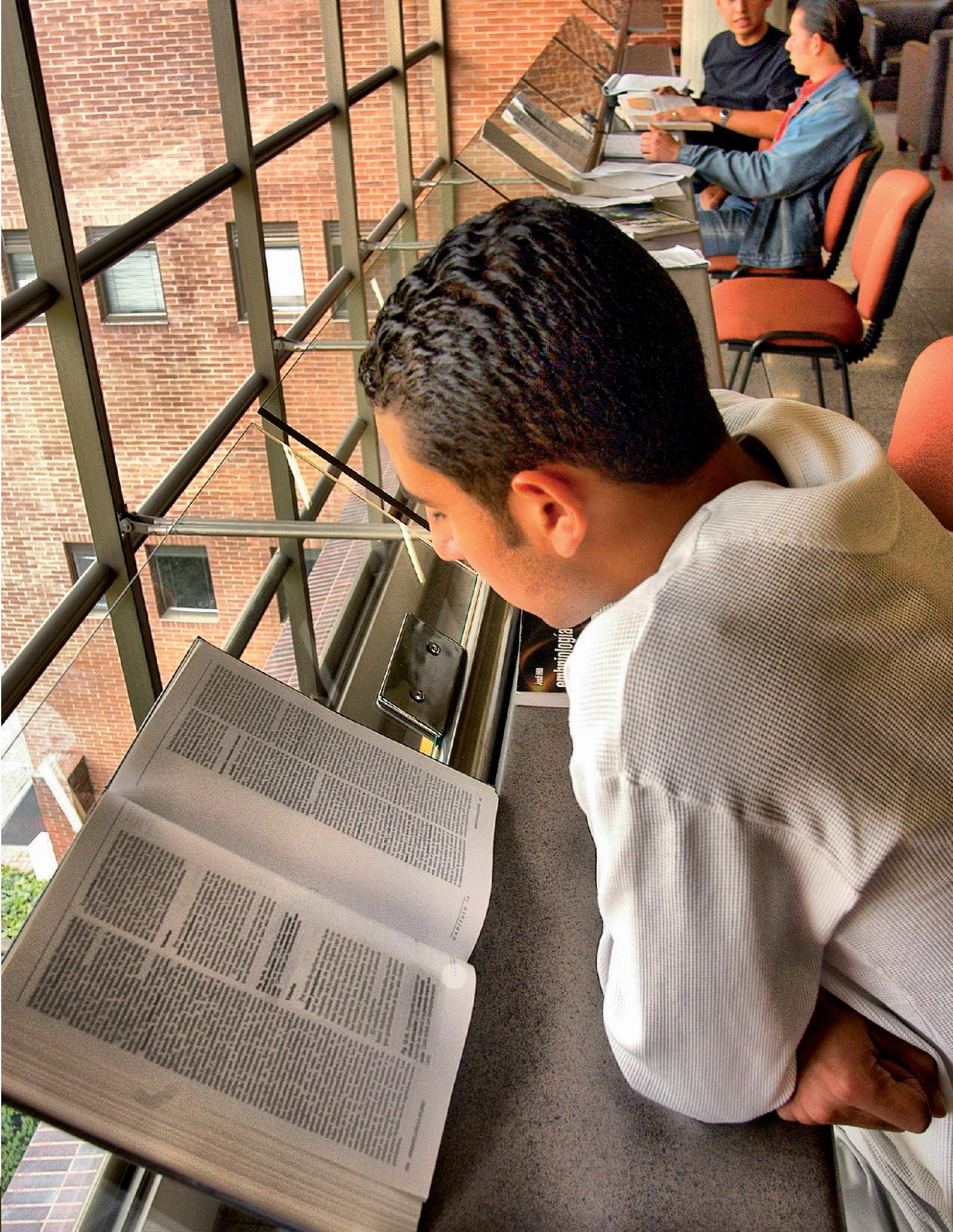
En medio de risas, mientras me describía su amada profesión me dijo que ésta, se puede equiparar con las mujeres, pues “entre más difícil es, más la quiere uno” y por eso él respira y vibra con el penal. Así, para conocerlo y ser exitoso en él,

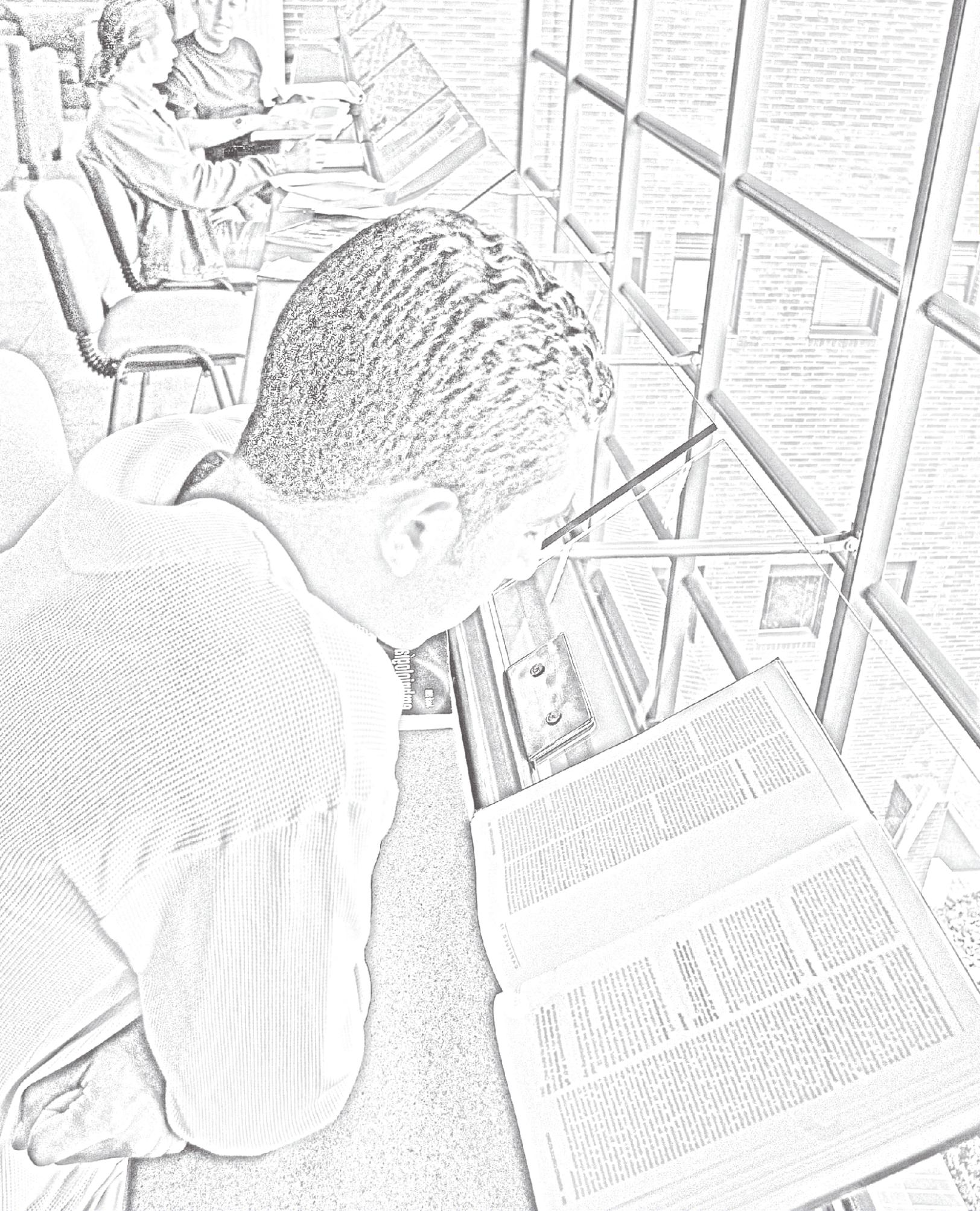
es necesario entregarse a los procesos con fervor y ser vehemente dentro de ellos, aún, cuando por eso se resientan u ofendan por sus comentarios, el Derecho Penal es el arte donde las cosas son llamadas por su nombre, dentro de éste hay que jugar con ética, pero sin perder fuerza y ahínco. De ahí que para él, sin querer ser pesimista, su rama se está convirtiendo en algo impredecible, pues todo depende de la discrecionalidad de los jueces, quienes sin duda alguna se equivocan por ignorancia y negligencia; es entonces el Derecho Penal, de convicción, no de otra cosa, y a su vez debe ser en todo caso humanista.

Ahora bien, sin duda alguna, podría decirse que ésta es la rama del derecho que más conflictos morales acarrea, pero no por eso el que la ejerce debe dejarse llevar por la vía fácil e ignorarlos, por el contrario, es menester que todo jurista se vaya por el lado de las causas justas, teniendo la objeción de conciencia como una prioridad, haciendo su mejor esfuerzo por dejar el título de abogado y su nombre en alto evitando darse a conocer, como es común en Colombia, como aquel que solo piensa en un provecho o incremento patrimonial. Hay una frase conocida que dice que “el abogado es un ser que alquila su conciencia”, evidentemente esto no puede ser así, a la hora de defender el tema se vuelve mas sensible y mas punzante cuando se acusa, por eso hay que tener cuidado a la hora de hacerlo, hay que partir de la ética, y la defensa de principio es noble, por lo que hay que obedecer a los principios de verdad y lealtad.

Dejando de lado las reflexiones, el Dr. Lizcano dejó un mensaje en la charla, en el cual plantea que Derecho Penal es algo que esclaviza, pero es algo que gusta y para ejercerlo bien, debe hacerse con gusto y amor por la carrera. Es sin duda un arte donde el mejor artista es quien en el litigio persuade hábilmente por medio de un precioso juego intelectual, es un verdadero ajedrez. El abogado penalista es un gladiador, pone en juego su salud, soltando adrenalina en exceso, como en una esgrima donde bota y recibe ataques.

Por ultimo, cabe decir cuán importante es un abogado penalista en la vida de una persona, y así mismo, el Derecho Penal. Para el Dr. Lizcano, esta es la más dura pero más apasionante rama del derecho donde se modifica el destino de los semejantes de manera favorable o desfavorable. Cuando existía la figura del jurado de conciencia hace varios años, él hacía una audiencia con jurado por homicidio en Pamplona, y nunca pudo olvidar como al veredicto del enjuiciado, quién fue absuelto se le botaron la madre y la esposa de éste, campesinas ellas, y lo abrazaron. Lo que esas mujeres le transmitieron en el momento es imborrable, ese día se sintió abogado. Y la ultima anécdota para resaltar la importancia del penalista y su materia es la de aquella vez que se murió un cliente de él, una persona importante, destacada en un evento nacional. El hombre murió con cáncer, en cuestión de 3 meses se liquidó, es inolvidable como en su lecho de muerte, a horas de morir, estaba recomendándole a sus parientes que hablaran con su abogado, su defensor, para ver como iba el caso, así será de importante en la vida de los seres un problema penal, el hombre murió solicitándole que por favor atendiera ese caso. Tenía orden de captura en su contra y hoy no se ha podido ejecutar. Esa es la importancia del derecho penal, trascendente para bien o mal en la vida, el penal decide el destino de las personas.





Sobre el Socialismo del siglo XXI

Nicolás Díaz*

No me propongo aquí hacer un examen riguroso sobre un tema en el que tantos estudiosos y conocedores han hecho ya sus críticas y aportes -quienes por lo demás, poseen bastante más conocimiento y autoridad sobre el tema-, simplemente intento dar a conocer un poco más a fondo una doctrina que en la realidad presupone serios inconvenientes como los que vemos en el vecino país de Venezuela diariamente, y que están afectando de manera directa en unos casos e indirecta en otros las relaciones bilaterales entre Colombia y Venezuela, tanto políticas y jurídicas como las económicas, siendo precisamente estas últimas las que más repercuten sobre el pueblo en general.

Para comenzar, quisiera aclarar que el modelo político-económico, llamado "Socialismo del Siglo XXI" en el que se basa Chávez no es una idea de su autoría, sino una actualización teórica de la economía política marxista en la que, además, se intentan corregir las falencias en que incurrieron los países de la antigua Unión Soviética y rejuvenecer las venas de una corriente política tan desgastada como la izquierda¹. De esta manera, podemos afirmar que la puesta en escena del Socialismo del siglo XXI venezolano es una doctrina de nueva izquierda, que en palabras de su Presidente, es "un socialismo basado en la solidaridad, en la fraternidad, en el amor, en la libertad y en la igualdad". Estas aseveraciones de entrada hacen dudar de su veracidad en tanto que, independientemente de lo que este nuevo Socialismo se haya propues

to lograr, ha sido en la praxis una vil falacia. No porque realmente estemos hablando de que este nuevo socialismo tenga como base un fundamento doctrinal insensato o descabellado (no siendo ese el propósito de este ensayo), sino porque es imposible hablar de principios y valores como la libertad o la igualdad, o todos a los que el señor Presidente de Venezuela se refirió, excluyendo la democracia.

El Socialismo del siglo XXI venezolano supone que la transición y posterior conversión a este sistema debe ser de manera democrática y pacífica. Suposición que para el diario vivir, tanto de los venezolanos como de los colombianos, es claramente dudosa y ciertamente inestable, o ¿Es acaso pacífica la actitud que ha tomado Chávez con Colombia militarizando fronteras e incumpliendo compromisos adquiridos?, ¿Es acaso pacífico y democrático el ataque directo a los medios de comunicación venezolanos en oposición? no lo creo así, y es más, si fuera democracia habría que analizarla de la manera en la que el mismo Marx lo hizo, cosa, que *per se*, ya sería contradictoria explícitamente a las ideas socialistas de Chávez.

Decía Marx, que la democracia representativa inglesa con su división de poderes, elecciones, etc., era una especie de disfraz que escondía la maquinación burguesa para manipular al proletariado con respecto a lo que más le interesaba: la propiedad de los medios de producción². Pero a

1 DIETERICH STEFFAN, Heinz. El Socialismo del Siglo XXI. <http://www.socialismoxxi.org/librosheinz/elsocialismo.pdf>

2 REYES, Oscar. Sobre el Socialismo en Venezuela. Stockholm Review of Latin American Studies. pág. 5 y ss. http://www.lai.su.se/gallery/bilagor/SRoLAS_No1_2006_pp84-104_Reyes.pdf

* Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana.

pesar de que la “democracia” que Chávez intenta implantar no es ya una de esta estirpe, sino una directa inspirada, en parte, en la que existía en la antigua Grecia, más cercana e interesada por las necesidades comunes del pueblo y conforme a la Constitución. Empero, no es democracia silenciar los medios de comunicación que se oponen como es, verbigracia, el caso de Globovisión, ni lo es un golpe de Estado como del que formó parte Hugo Chávez en 1992, sin consideración a si fue legítimo o no.

De esta manera, surge una pregunta: ¿No es de alguna forma esta democracia similar a la que Marx detestaba? Yo diría que sí, pues Chávez se ha mantenido en el poder a costa de los más humildes del pueblo venezolano con sus llamadas “misiones” por ejemplo, en las que “ha puesto un médico permanente en todas las barriadas pobres”³, engañándolos y evitando que se entrometan, cubriendo todo el daño que le está generando a la economía nacional. Tómese como ejemplo la conversión monetaria del Bolívar (VEF) a Bolívar Fuerte (VEB), que además de haber sido en extremo onerosa para el país, no va a determinar la estabilidad de la que la otra moneda carecía, esto en razón de que el cambio del valor nominal no determina el valor real de la moneda ni mucho menos determina la inflación a la que está sometida. Entonces, despilfarrar miles de millones de su presupuesto en algo tan irrelevante en vez de invertirlo en una salud real, seria y comprometida (hospitales modernos, capacitación profesional, etc.) y no al estilo “misión”, o gastar tanto dinero en armamento ruso para defenderse del “imperialismo yankee” en vez de aportar más a la educación del pueblo, sólo comprueba lo que vengo diciendo, y es que si bien la democracia de Chávez es directa, no le quita lo manipuladora e ineficaz.

3 http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/home/venezuela-aprobo-reeleccion-presidencial-ilimitada-hugo-chavez-sera-candidato-en-2012_4818588-1

Desgraciadamente, según él, el Socialismo del siglo XXI tiene en adición, vocación cristiana, cosa que cada quien puede pensar si es cierta o no (discrepo rotundamente), pero con un altísimo grado de peligrosidad cuando además, asegura que Cristo era socialista, como si pudiera poner de su lado la figura del Redentor por propia voluntad. Además, remite a los Obispos a leer a Marx y a Lenin pues según él, en la Biblia, tanto en el antiguo como nuevo testamento, se ve expresamente señalado el socialismo⁴. Si se mira atentamente, es sólo un juego político este discurso de Chávez, pues cualquier persona que haya leído la Biblia verdaderamente, sabe que Cristo no vino por razones políticas, y por eso los judíos no lo consideran el Mesías, además el socialismo es un término surgido más de un milenio después de su venida, siendo aberrante esta forma de manipular las mentes de las personas de escasos recursos y formación precaria. Y también se ve que el señor Presidente Hugo Chávez no ha leído nunca en su vida las biografías de Karl Marx o Vladimir Lenin, puesto que estos además de haber sido fundamentales para el Socialismo y Comunismo, no eran creyentes, lo que se vio reflejado en la manera en que se atacó la religión en la Antigua Unión Soviética. y el modo en que se trató al ser humano, no ya como lo que es sino como un simple objeto, y recomendar a los obispos leer a Marx o a Lenin de entrada no tiene nada de extraordinario, pero concluir que son compatibles con la doctrina cristiana es simplemente desconcertante.

No me parece correcto en absoluto el modo de obrar del Presidente Hugo Chávez y sus partidarios devotos, y es que desgraciadamente no sólo es política y económicamente inefectivo y nocivo, sino que además es inmoral, situación que de entrada debería preocupar más a la comunidad internacional y a los mismos venezolanos, pero en fin, ya veremos qué le depara la historia a este personaje.

4 http://es.wikipedia.org/wiki/Socialismo_del_siglo_XXI

¿Beligerancia o terrorismo? Opinión de la problemática actual en Colombia

Víctor Renza*

Es febrero de 2008 y el presidente de la hermana República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez, delante de un jacobino grupo de parlamentarios adeptos al chavismo “que por cierto son casi la totalidad del parlamento en Venezuela”, propone el estatus de beligerancia para las FARC y el ELN en medio de aplausos y celebraciones. Quizá a muchos de nosotros nos suene pasada de moda esta noticia, pero la recordamos al tratar de explicar las implicaciones y alcances que traen consigo las palabras “Beligerancia y terrorismo” ante la comunidad internacional y en nuestro sistema jurídico.

La noción de Beligerancia nos remonta al *Ius bellum* en donde se exhortaba por una guerra justa desde la época del colonialismo y que podemos traducir en lo que ahora llamamos DIH. Algunos tratadistas hacen énfasis en que el estatus de Beligerancia se otorga a grupos sublevados en contra del gobierno que dominan de facto una porción de territorio y hacen las veces de Estado, pero, buscando mayor claridad, podemos remontarnos a lo que dice el artículo I del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra que trata sobre conflictos bélicos internos acerca de una definición sobre grupos armados calificados como beligerantes: “*fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.*”¹.

Ahora bien, siguiendo la idea expuesta en el anterior artículo del protocolo, nos preguntaremos:

¿qué implica el estatus de beligerancia? pues bien, involucra un estatus internacional, en donde los grupos insurgentes son reconocidos por tener capacidad para realizar operaciones militares sostenidas y concertadas bajo un mando unificado y además ser objeto de aplicación del DIH, es decir, que cumplan con el Derecho de guerra, cosa que los hace responsables por sus actos ante la comunidad internacional y ante los países que se puedan ver afectados por sus actos, el estatus de beligerancia se debe reconocer en un estado de guerra interna real asemejado a una guerra civil en donde se presente una continuidad de actos hostiles incesantes, por supuesto un comando que hace las veces de gobierno o jefe de una organización militar establecida y obediente, y a su vez una opinión o proyecto político encaminado a obtener el poder.

El estatus de Beligerancia se asemeja a una movida en el ajedrez, es una jugada política ya que el estado que reconoce la beligerancia de un grupo disidente, automáticamente se convierte en neutral ante la situación interna del país en donde se encuentra el conflicto, además por una razón evidentemente práctica y es el supuesto de que el grupo rebelde se pueda tomar el poder por eso es mejor ser imparcial y no enemigo de los enemigos de Colombia, el otorgamiento del estatus de beligerancia tiene además unos efectos teóricos constitutivos y declarativos; constitutivos en cuanto que produce unas consecuencias jurídicas para el estado que reconoce la beligerancia así como para el grupo que ha sido reconocido beligerante, y declarativo en cuanto a que hace un reconocimiento de una situación conflictiva interna y de la existencia de un grupo disidente. Es así como EEUU

* Estudiante de Derecho de la Universidad de La Sabana.

por ejemplo apoyó a los Talibanes “Muyahidin” en su resistencia contra la invasión de la URSS a Afganistán en 1979 forjando así la resistencia más enérgica en contra del movimiento soviético hasta la consecución del poder por parte del grupo Talibán. Eran guerrillas apoyadas por los Estados Unidos quien iba detrás de un interés mucho más importante y es así como que después del 11-S el mismo estado americano ha decidido tildar de terrorista al régimen Talibán e invadir Afganistán por la negativa de entregar a Osama Ben Laden por parte de estos. Un claro ejemplo de las movidas eminentemente políticas que implican el uso del adjetivo beligerante o terrorista para llamar a un grupo que está en contra o a favor de intereses de otros países.

Adentrándonos en el ámbito de terrorismo, no podemos citar una definición precisa del Derecho internacional, simplemente por que lo que para unos estados puede ser terrorismo para otros no lo es, tanto así que si se tuviera una definición de terrorismo que rigiera para todos los estados contratantes, más de uno habría sido condenado por sus actos en diferentes momentos. Por ejemplo, Estados Unidos no ha dudado en calificar como acto terrorista los dolorosos atentados que todos conocemos contra el “World Trade Center” o el Pentágono en su nación, pero no da cuenta de los actos vergonzosos realizados en los países que ha invadido y en donde de una forma vil y “terrorista” es bombardeada y ultrajada la población civil que en nada tiene relación con la situación bélica que se vive en estos momentos, debemos entonces acudir a nuestra legislación penal para dar a entender el terrorismo visto desde nuestra régimen interno.

Nuestro código penal contempla como actos de terrorismo los que provoquen o mantengan en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción

de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, así mismo observa si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo.

Igualmente define como actos de terrorismo y actos de barbarie los efectuados por personas que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realicen u ordenen llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población **CIVIL** de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla y contempla además que los actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia son calificados como terrorismo. Estos artículos son una verdadera pintura de nuestra situación actual que por demás sobra decir que es realmente lamentable y fuerte.

La perspectiva de nuestra problemática interna vista desde nuestra legislación penal muestra claras luces sobre el estatus al cual pertenecen los grupos alzados en armas colombianos y que pretenden ser calificados como beligerantes por parte de los gobiernos extranjeros que muchas veces no conocen la realidad, crítica realidad, de nuestra situación. De actos terroristas sabemos todos los días y después de este repaso por los diversos aspectos que conciernen a la beligerancia según el DIH y al terrorismo según nuestra legislación penal, podríamos llegar fácilmente a una conclusión pero no obstante tenemos que hacer varias aclaraciones que nos permiten fundamentar nuestra posición en que sean declarados terroristas por la comunidad internacional:

Si bien, las FARC y el ELN, pretenden ser llamados grupos beligerantes, no están en aptitud y actitud de respetar el DIH, basta con echar un vistazo al Artículo 4 numeral 2 del protocolo segundo

a los convenios de Ginebra en donde están explícitamente prohibidos los actos y hechos que estos grupos insurgentes realizan a diario en contra de la población CIVIL, y lo ponemos en mayúscula por que es fundamental en cuanto al Derecho Internacional Humanitario se refiere.

Las FARC y el ELN han tratado de ser grupos organizados bajo la dirección de un mando unificado y responsable, pero después de las avanzadas del Ejército estos grupos han quedado reducidos a tal punto que los cabecillas de cada frente actúan independientemente y no concuerdan sus actividades militares llegando a ser engañados por los sistemas de inteligencia bien sea colombianos o estadounidenses como fue el caso de la operación Jaque.

No podemos negar que las FARC y el ELN ocupan territorios en nuestras regiones más alejadas, y tampoco podemos negar la lentitud y displicencia de las fuerzas militares en desplazarse y hacer un control efectivo en las zonas dominadas bien sea por las características del terreno o por las trampas bárbaras dejadas por los rebeldes que afectan a la sociedad CIVIL y a los militares, pero estos grupos insurrectos son grupos nómadas por llamarlos de alguna manera que no pueden ejercer un control total y efectivo sobre la población civil como si lo puede hacer de una u otra forma el Gobierno Nacional.

Como también todos sabemos, las FARC y el ELN tienen constantes combates con nuestras fuerzas militares, pero son hechos aislados que de igual forma afectan a la población CIVIL, desplazándolos o siendo víctimas de actos terroristas por parte de los unos o de los otros, pero no tienen una repercusión nacional a tal punto de poder ser considerada como una guerra civil y una generalidad de actos hostiles en todo el territorio nacional.

Las FARC y el ELN, incurrirán diariamente en actos terroristas sólo con el fin de causar terror y constreñimiento en la población CIVIL con dife-

rentes fines, bien sea su propia financiación económica como los “secuestros”, el reclutamiento de menores, o las amenazas de mutilación a campesinos por campos minados de “quiebra-patas” con el fin de extorsionarlos.

Finalmente, debemos insistir y con firmeza lo ratificamos, que estos grupos no se atienen al DIH, ni a ningún tipo de convenio firmado que se encuentre dentro de nuestro bloque de constitucionalidad, por lo cual no pueden ser tratados como grupos beligerantes, tan sólo como grupos que pretenden llegar al poder por medio de actos terroristas, y financiamiento ilícito.

Acabáramos diciendo que todos los requisitos para ser un grupo beligerante se oponen a la realidad de las agrupaciones rebeldes armadas colombianas y que antes de favorecerlas lo que termina es encajándolas muy bien en la definición de terrorismo y sus actos que son castigados en nuestra reglamentación penal, violan también nuestra Carta magna en muchos de sus artículos y los Derechos Humanos. Las FARC y el ELN podrán ser consideradas beligerantes por muchos gobiernos extranjeros y no significa que se entrometan en nuestros asuntos internos, sólo lo podríamos considerar como un acto hostil en contra de nuestra institucionalidad, pero nosotros somos quienes vemos nuestra realidad y a pesar de que nuestros vecinos otorguen y pidan a las demás naciones conceder un estatus de beligerancia a estos grupos “como asunto propio, interno y válido de cada gobierno”, debemos seguir exhortando en que las FARC y el ELN sean calificados de grupos terroristas como ya lo ha hecho Estados Unidos y la Unión Europea.

1 Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra, Título I, Artículo I, Numeral I

Reflexiones, absurdos e implicaciones de la noción de persona en *Locke* y *Singer*

Daniel Toro

Una de las cosas que este mundo no se toma en serio es precisamente la de tomarse en serio todas las afirmaciones. Al respecto con su genial ironía nos recuerda Chesterton¹:

“En una reunión de café oímos decir fácilmente: «Esta vida no vale la pena de vivirse». Lo oímos como oímos decir que hace un hermoso día: nadie considera que ello pueda ejercer ningún efecto de importancia sobre el hombre o sobre el mundo. Pero si esa expresión llegara realmente a aceptarse, el mundo andaría de cabeza. Se premiaría con medallas a los criminales por librar de la vida a los humanos; se perseguiría a los hombres porque libran a las personas de la muerte; se emplearía el veneno en lugar de la medicina ; llamaríamos a los médicos cuando estuviéramos sanos; las sociedades de salvamento de náufragos serían consideradas como hordas de asesinos. Pero nunca nos preguntamos si el charlatán pesimista refuerza o desorganiza la sociedad, porque estamos convencidos de que las teorías no importan.”

En estos días un amigo me decía que generalizaba y mucho, la verdad no sé si lo haga inconscientemente, pero lo que sí sé es que me tomo totalmente en serio sus afirmaciones. Me las tomo tan en serio que muchos piensan que estoy haciendo un chiste. ¡Y es cierto, tomarse con seriedad las afirmaciones genera paradójicamente muchos chistes!

1 CHESTERTON. “HEREJES”. cap. 1. 1905

Una de esas cuestiones que se requiere tomar con esa seriedad cómica es el postulado de Peter Singer quien sostiene que “un chimpancé vale más que un bebé recién nacido”. Aunque no lo creamos ese *barbaridad*, es quizás el sustento filosófico y bioético de los derechos “humanos” Precisamente esta pregunta que se plantea para la asignatura de filosofía del derecho parte de una afirmación de Peter Singer, conocido “bioético” defensor de los derechos de los animales. Su afirmación, que si nos la tomamos en serio parece un chiste, es la siguiente:

*“Now it must be admitted that these arguments apply to the newborn baby as much as to the fetus. A week-old baby is not a rational and self-conscious being, and there are many non-human animals whose rationality, self-consciousness, awareness, capacity to feel pain (sentience), and so on, exceed that of a human baby a week, a month, or even a year old. If the fetus does not have the same claim to life as a person, it appears that the newborn baby is of less value than the life of a pig, a dog, or a chimpanzee”. [Peter Singer, “Taking life: abortion”, in *Practical Ethics* (London: Cambridge University Press, 1981), p. 118.] (emphasis added)².*

En español eso quiere decir, que un bebé no es consciente (no sabemos de dónde saca esta afirmación) porque no tiene capacidad de sentir y que tiene más valor un cerdo, un perro o un chimpancé. Un niño chiquito es en sentido común lo

2 Reading The Singer on “Bestiality”. By Dianne N. Irving. En http://www.lifeissues.net/writers/irv/irv_23singerglobalethics.html 22/09/2009 04:59 p.m.

que la abuelita es a la experiencia, por eso el niño chiquito, de entender esta cuestión diría ¿y es que el bebé no llora y no se ríe? Pero, eso no es lo grave de la afirmación. Tal vez la inquietud del niño chiquito, que daría certeza a Descartes, callado a Aristóteles, sin preguntas a Sócrates o a Alpiniano de acuerdo con él, quizás no sea lo suficiente para entender o demostrar la magnitud del problema.

Absurdos de dicha noción de persona

¿Cómo así que la capacidad de sentir dolor o placer es un nivel más elevado de la personalidad? Recordemos que la afirmación dada viene de la tradición liberal que según la mayoría (¿excelente criterio de verdad?) empieza con John Locke, y se toma, absolutamente en serio –magnífico chiste- la definición de persona de éste último autor. La tradición liberal busca la igualdad entre las personas pero ¿son iguales las personas teniendo distintas conciencias del placer y del dolor?

Uno de los filósofos de la autenticidad como Kierkegaard sostiene que hay diversos grados dependiendo de la *conciencia*³ de un yo, se perciben diversos grados de desesperación. En palabras del sabio Danés: “Cuanto más crece la conciencia, más intensa es la desesperación. A medida que la conciencia aumenta, sus progresos miden la intensidad siempre creciente de la desesperación”⁴.

Efectivamente, pareciese una realidad la existencia de una relación directa entre conciencia y sentir placer y dolor. Ahora bien, si lo que hace a una persona es su nivel de “conciencia” en todas

3 Es un criterio que difiere en cierta medida de la noción de conciencia en Locke: “capacidad de sentir placer o dolor”. Aunque pueden coincidir si mira mediante un pensamiento analógico de lo que implica la conciencia en Kierkegaard como se puede ver en la cita posterior.

4 KIERKEGAARD, Soren. TRATADO DE LA DESESPERACIÓN. Editorial Gradifco. Buenos Aires. 1999. Pág. 53.

sus posibles acepciones, ¿qué pasaría con aquellas personas que por cuestiones psicológicas o fisiológicas tienen una conciencia menor? ¿serían personas de menor “valía”?

Pues precisamente, una noción de persona partiendo de los distintos grados de conciencia es absolutamente discriminatoria pues efectivamente la capacidad de sentir placer y dolor es en términos modernos “relativa” a cada sujeto. Aunque queda una pregunta aun más profunda que se resolverá posteriormente ¿acaso la conciencia no hace parte de la intimidad de cada persona? ¿Acaso uno puede saber el placer o el dolor que sienten otros? Algunos psicólogos dirían que sí... Bajo el absurdo de poder juzgar quién tiene más placer y más dolor, la sociedad liberal se cae bajo su propio peso, porque ¿cómo predicar la libertad de seres más libres que otros, de animales más libres que hombres? ¿Habría libertad verdaderamente libertad o dependería de nuestro estado individual en este contexto? ¿bajo ese supuesto se justificaría asesinar a alguien que se encuentra dormido?

¿Quién mediría el nivel de conciencia de Stephen Hawking por ejemplo? No puede controlar sus extremidades, pero dicen que parece que su mente conoce la forma del universo. Es por eso que, no solamente puede afirmarse que tomarse en serio la teoría de Singer genera el absurdo de la discriminación, sino, pero aún, ¿cuál es el criterio que permite determinar a quién eliminar y con quién quedarnos? ¿Los derechos humanos?

Los criterios para determinar quién es más conciente y quién no: los derechos humanos y el utilitarismo

Algunos sostienen que nacimos en el siglo de los derechos humanos, el siglo XX, pero ¿cuándo en la historia de la humanidad se habían visto tan-

tos ataques contra la dignidad humana?⁵ Efectivamente, los NAZIS experimentaron tratando de probar si los judíos sentían dolor⁶... Es por eso que surgieron miles de declaraciones de derechos, sí miles, como tratando de conciliar el *ius in omnia* (consiste en que los hombres antes de asociarse en el *estado* tienen derecho a absolutamente todas las cosas, en otras palabras, tienen derecho a todo aquello cuanto la libertad humana pueda llegar a hacer) de Hobbes con la existencia del “dios” Leviatán. Es así como algunos sostienen que ese es el criterio ¿Están fundamentadas esas declaraciones? La doctrina mayoritaria parece apuntar a que sí. Creería que no, y la razón es porque estamos en un modelo económico y jurídico alienante: el utilitarismo.

¿Qué es utilitarismo? Es la misma frase de de Locke y Singer, la vida únicamente basada en el placer y en el dolor. La sociedad debe optimizar el mayor placer y promover el menor dolor. Por eso, -sin saber bajo qué criterios matemáticos- se mide el dolor en términos de quién puede padecerlo más fácil. ¿Quién lo juzga? Por eso las declaraciones de derechos humanos buscan promover todas las formas de placer posibles, consagrarlas como derechos y evitar -al mínimo- el dolor social; lo hace por ejemplo eliminando a aquellos que menos pueden sufrir para generar el mayor placer a aquellos que pueden sufrir más. Ese es precisamente el problema de los derechos humanos, que parten de una persona como simple sujeto que reacciona positiva o negativamente ante los estímulos ¿al igual que un robot?. ¿Somos únicamente eso? ¿Quién dijo que la felicidad era matemática? Y ¿quién es el ingenuo que cree que

5 Al respecto Ilva Miriam Hoyos en un escrito titulado “Naturaleza y Dignidad” que puede consultarse en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/pyc/article/viewFile/1037/1955> 22/09/2009 05:36 p.m. Versión en PDF página 5 Sostiene que hemos llegado al máximo conocimiento de los derechos humanos pero que irónicamente la praxis de los mismos se visto disminuida.

6 Aún los periodistas dudan de la capacidad de sentir dolor de las personas “¿qué sintió cuando se murió su hija?”

eso allí descrito puede cuantificarse?⁷ ¿Cómo puedo saber quién tiene mayor placer si la conciencia es íntima? ¿Cómo es posible cuantificar eso si los psicólogos y psiquiatras tardan en entender los síntomas de sus pacientes?

¿Eliminar el sufrimiento humano?

Además, es absurdo pensar que se puede aumentar el placer ¿no es absurdo pensar que podemos de alguna manera eliminar el sufrimiento humano? ¿No es absurdo pensar que podemos eliminar a los que no sufren pero tienen un grave riesgo de hacerlo posteriormente? Recuerdo una frase de Alain de Bottom en su libro “Las consolaciones de la filosofía” donde afirma “¿para qué llorar en cada escena? La vida entera es digna de llanto”⁸.

7 Al respecto el autor José Alpiniano García Muñoz (GARCÍA-MUNOZ, José Alpiniano. ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL CÓDIGO DE BELLO. Publicado en UNIVERSIDAD DE CHILE. Facultad de Derecho. Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello. Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2005) sostiene que Javon tomando las ideas de Benthan procura definir cómo maximizar la utilidad y disminuir el dolor. Es así como surge el modelo de Wilfredo Pareto que finalmente termina resolviendo los problemas mediante ecuaciones. El análisis económico del derecho es prácticamente la forma para intentar resolver todos los problemas que generan los derechos humanos. Al respecto Stitglitz, Joseph en (“Se busca trabajo decente”. ZUBERO, SENN Y STITGLITZ. Madrid Hoac 2007 ISBN 978-84-85121-94-6) busca proponer un modelo macroeconómico que sea capaz de generar el mayor número de empleo con el menor costo o inflación.

8 Me excuso pero no recuerdo la cita concreta aunque doy fe de haberlo leído...

Conclusión

Efectivamente ese no es el punto de partida del hombre, a menos que nos consideremos más conscientes que los demás y nos creamos legitimados para destruir a aquellos que a nuestro parecer no tienen conciencia de placer y dolor. Acabo con la siguiente cita para cerrar con el pensamiento de Singer:

In other words, according to Singer's preference utilitarianism, bestiality is ethically correct as long as (1) it is not cruel; (2) if it satisfies the mutual preferences of those affected (i.e., the human and the animal); and (3) if it has the best consequences for *the greatest number of people involved* (i.e., the total amount of "pleasure" experienced in the world would be increased).⁹

¿Es esa la corriente de los derechos humanos que sustentamos como argumentamos a diario? ¿Bestialidad sin crueldad? Creo que hay que retornar a la pregunta esencial quiénes somos y para qué existimos...

Bibliografía

Reading The Singer on "Bestiality". By Dianne N. Irving. En http://www.lifeissues.net/writers/irv/irv_23singerglobalethics.html

Ilva Miriam Hoyos en un escrito titulado "Naturaleza y Dignidad" que puede consultarse en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/pyc/article/viewFile/1037/1955>

⁹ Reading The Singer on "Bestiality". By Dianne N. Irving. En http://www.lifeissues.net/writers/irv/irv_23singerglobalethics.html 22/09/2009 04:59 p.m.

Descafeinado

Versos Rousseauianos

(En terceto encadenado)

La condesa gris

I

El hombre en su ser natural, es una bestia asocial
Que en pacífica existencia, tiene por ley la piedad,
Su esencia en la libertad: es feliz, pleno, cabal.

III

Viviendo en su soledad no tiene necesidad
Que resulte insatisfecha
Al entrar en sociedad aumenta su vanidad

IV

Con ella, el ansía de más, y el bien del vecino acecha.
Y al ver que el otro es igual
Nuestro nuevo ser social vive en perpetua sospecha.

V

Así, viendo en todo par a un enemigo fatal
Que maquina el arrebato
De su vida y de sus bienes, entra en la guerra total.

VI

Pero viendo que este estado de suyo es un disparato
Y que de la guerra nadie jamás ha salido intacto
Decide pactar con otros y someterse a un contrato.



Estríbillo didáctico sobre la extinción de las obligaciones

(Propuesta mnemotécnica para la preparación de exámenes)

La condesa gris

Existen varias maneras de extinguir la obligación:
Dar lo debido es el pago; dejar vencer, prescripción;
Novación, cambiar por otra; negociarla, transacción.
También se extingue la deuda si ocurre la condición,
O si se declara nula o se da la rescisión.
Deber y acreer lo mismo es llamado confusión
Deber y acreer a otro se llama compensación,
Perdonar cristianamente se llama condonación.
Y acabar la vil materia es pérdida o destrucción.



Universidad de
La Sabana