UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

REVISTA

ALMA mater

Alma Mater	Bogotá, D.C. Colombia	Vol. 11 enero-diciembre 2015	pp. 13-376	ISSN 0124 - 1109

Universidad La Gran Colombia
Departamento de Comunicaciones, Mercadeo y Publicaciones
Carrera 5ª No. 12B-49. Teléfono: 2826386
Correo electrónico: publicaciones@ugc.edu.co
Ediciones Grancolombianas
Bogotá, D.C., sede central La Candelaria

ISSN: 0124 - 1109

Diseño de portada
Departamento de Comunicaciones, Mercadeo y Publicaciones

Diagramación e impresión
Periódicas S.A.S.
Correo electrónico: periodicas@etb.net.co - Teléfono: 2684439

Printed and made in Colombia
Impreso y hecho en Colombia

Nota Editorial

El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente.

UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Fundador: Julio César García Valencia (1884- 1959)
Presidente: José Galat Noumer
Rector: Eric de Wasseige
Vicerrector Académico: Blanca Hilda Prieto de Pinilla
Vicerrector Administrativo: María del Pilar Galat Chediak
Vicerrector Jurídico: Marco Tulio Calderón Peñalosa
Secretario General: Carlos Arturo Pulido Barrantes

EQUIPO EDITORIAL
Decano: Gloria Inés Quiceno Franco
Director de Investigaciones: Julián Andrés Escobar Solano
Coordinador de Investigaciones: Daniel Alfonso Barragán Ronderos
Editor: Luz Karime Angel Guarnizo

COMITÉ EDITORIAL
Jorge Enrique Carvajal Martínez - Universidad La Gran Colombia
Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas
Henry Torres Vásquez - Universidad La Gran Colombia
Doctor en Sistema Penal
Santiago Catalá Rubio - Universidad de Castilla la Mancha
Doctor en Derecho
Diego Zentner - Universidad de Buenos Aires
Doctor en Derecho
Daniele Vattermoli - Universidad de Roma La Sapienza
Doctor en Derecho

COMITÉ CIENTÍFICO

Manuel Fernando Moya Vargas - Universidad La Gran Colombia

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas

Alejandro Gómez Jaramillo - Universidad La Gran Colombia

Doctor en Sociología

Agustín Motilla de la Calle - Universidad de Castilla la Mancha

Doctor en Derecho

Luis Fernando Prieto Sanchis - Universidad de Castilla la Mancha

Doctor en Derecho

Luis María Romero Flor -Universidad de Castilla la Mancha

Doctor en Derecho

COMITÉ DE EVALUADORES

Paula Lucía Arévalo Mútiz

Magister Derecho Económico Pontificia Universidad Javeriana

Sergio Roberto Matias Camargo

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas Universidad Externado de Colombia

Omar Huertas Díaz

Magister en Derechos Humanos Universidad Alcalá de Henares

Deibyc Alberto Saenz Rodríguez

Doctor en Ciencias Jurídicas Caribbean International University

Jaime Alfonso Cubides Cardenas

Magister en Docencia e Investigación Universitaria Universidad Sergio Arboleda

Nicolás Santamaría Uribe

Magister Ciencia Política Universidad de los Andes

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Post Doctor en Derecho Universidad Politécnica de Valencia

Eric Leiva Ramírez

Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre

Cesar Oliveros Aya

Magister Docencia e Investigación Universitaria Universidad Sergio Arboleda

Alberto Levi

Doctor en Derecho Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Contenido

Afectación en el ámbito familiar de los derechos fundamentales de los niños en el contexto de la población desplazada en Bogotá 13
Involvement in the family of fundamental rights of children in the context of the displaced population in Bogota
Sandra Yaneth Páez Leal - Sebastián Rodríguez

Las cooperativas de trabajo asociado, instrumentos para desregularizar las relaciones laborales 57
Work associated cooperatives, instruments for deregulation of labor relations
Libardo Antonio Juez Rubio

Proceso de paz y definiciones jurídicas penales procesales hacia el postconflicto en Colombia 87
Peace process definitions and legal penalties to the post-conflict process in Colombia
Over Humberto Serrano Suarez

Ejercicio del derecho de accesión en las zonas de playa y bajamar. Caso Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A 143
Exercise of the right of accession in areas of beach and tide. Case Cartagena Hotel Company S.A.
Andrea Carolina Ariza Sánchez

Ordenamiento jurídico, sociedad y derecho eclesiástico del Estado 163
Legal system, society and state ecclesiastical law
Santiago Catalá Rubio

El internacionalismo obrero como imaginación social. Algunos elementos históricos a partir de la Primera Internacional 203
The labor internationalism and social imagination. Some historical remarks from the First International
Juan Pablo Bohórquez Montoya

El reto de enseñar y evaluar por competencias en la educación superior colombiana 247
The challenge of teaching and assessing competency in higher education Colombian
Jorge Andrés Sosa Chinome - Nesly Edilma Rey Cruz

Entre lo impuesto y lo propuesto. La alternativa de educación popular como escenario de construcción de paz en la justicia transicional 275
Between the bound and the proposed. Popular alternative education as scenario peace building in transitional justice
Leidy Catalina Duque Salazar - Gabriel Felipe Burbano Achicanoy

La laicidad en Francia 297
Secularism in France
Luis Cebrian Fraile

Los ulemas en el derecho islámico clásico y en el constitucionalismo contemporáneo 333
Ulema in the classic in Islamic law and contemporary constitutionalism
Ricardo Peiró Corredor

Editorial

Para la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia el desarrollo de la Investigación ha sido una prioridad fundamental. En este sentido, se ha construido un espacio para el avance en investigaciones del ámbito jurídico en temas como el Derecho Constitucional; el derecho penal y la implementación del sistema penal acusatorio; el derecho laboral y las transformaciones en el mundo del trabajo; la contratación estatal; la familia y la proyección social del programa; y la teoría del derecho, la justicia y la política.

El trabajo en estas temáticas, se ha materializado en grupos de investigación convocados en torno a la línea de investigación central del programa "Derecho para la justicia, la convivencia y la Inclusión social". Así se propende por contribuir a los múltiples debates del mundo del Derecho teniendo como finalidad aportar en la construcción de una sociedad más justa, más inclusiva y con el fin de mejorar el modo en que vivimos. Este esfuerzo ha permitido generar múltiples publicaciones en libros y artículos de revistas en los que se presentan a la comunidad los resultados de los proyectos de investigación y las reflexiones derivadas de las informaciones de los docentes investigadores.

La facultad de Derecho en el presente año visibiliza nuevos retos como la internacionalización de las investigaciones y del currículo, con la articulación a redes académicas de carácter mundial, en el que estudiantes y docentes del programa intervengan en eventos internacionales, consolidando el conocimiento jurídico desarrollado en el marco de las investigaciones de los proyectos de la facultad y de los semilleros.

En el estándar que colocan las instituciones del Estado como guía de las investigaciones en nuestro país, la Facultad de Derecho está comprometida en el cumplimiento de los requisitos fundamentales que exigen las publicaciones a nivel investigativo y científico. Esta situación motiva la existencia de la revista para los investigadores que permita el reconocimiento de la comunidad académica de las reflexiones de sus análisis y sus sugerencias para el desarrollo del mundo jurídico.

Estimados lectores los invitamos a conocer y a difundir la revista, con el ánimo de ampliar el impacto de estas reflexiones y del mismo modo permitir el diálogo necesario para construir fuertes comunidades académicas a nivel local, nacional e internacional, de cara a los retos que imponen sobre nosotros las transformaciones del Derecho desde nuestra "Alma Máter" que definen hoy el quehacer jurídico.

GLORIA INÉS QUICECO FRANCO
Decana de la Facultad de Derecho
Universidad La Gran Colombia

Afectación en el ámbito familiar de los derechos fundamentales de los niños en el contexto de la población desplazada en Bogotá*

*Sandra Yaneth Páez Leal***
*Sebastián Rodríguez****

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Paez, L., Sandra, Y.; Rodríguez, Sebastian. (2015) Afectación en el ámbito familiar de los derechos fundamentales de los niños en el contexto de la población desplazada en Bogotá. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 13-56.

Resumen

La situación de desplazamiento forzado a la que se ven abocados diferentes ciudadanos, posee una connotación mayor cuando se evidencia en los niños. Si bien la Carta Política de 1991 y la Corte Constitucional

---

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación del semillero Auctóritas de la Universidad La Gran Colombia.

** Abogada, Especialista en Pedagogía y docencia universitaria, Magister en Filosofía y Ëtica. Docente Tiempo completo. Universidad La Gran Colombia. Tutora del semillero Auctoritas. Email: sandra.paez@ugc.edu.co, paezz_s@hotmail.com

*** Estudiante del programa de Derecho. Integrante del Semillero Auctoritas. Email: seroluna27@gmail.com.

en sus jurisprudencias consagran que los derechos de los menores poseen un carácter prevalente, lo que se evidencia, en atención al conflicto armado, es que ellos, son victimizados de una manera completamente contradictoria a los principios del Estado Social de Derecho. En atención a esta realidad, el documento realiza en primera instancia, una exposición acerca de la situación de los ciudadanos desplazados; para ello, se acude a las precisiones de la Corte Constitucional, que nos permite evidenciar la constante vulneración de los derechos fundamentales de los sujetos y así mismo, la falta de atención estatal, correspondiente con la necesidad de salvaguardar la dignidad humana. En segundo término, a través de los elementos históricos expuestos, será viable demostrar que contundentemente el Estado ha dejado desprotegida a la comunidad, permitiendo que los actores armados reemplacen la autoridad legítimamente constituida. Finalmente, será viable evidenciar que ni el Estado Social de Derecho, ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ni la comunidad organizada (o en algunos casos desorganizada), ha generado o posibilitado, las modificaciones necesarias para que la sociedad no continúe siendo afectada de la manera más absoluta.

Palabras clave: Desplazamiento forzado, derechos humanos, niños, familia.

Involvement in the family of fundamental rights of children in the context of the displaced population in Bogota

Abstract

The forced displacement to which different people are subject has a greater connotation with regard to children. While the Constitution of 1991 and the Constitutional Court in its jurisprudence recognize that child's rights take precedence over those of others, evidence from the armed conflict shows that they are victimized in a manner contradictory to the principles of the

rule of law. In response to this reality, the paper, first, offers an exposition on the situation of displaced citizens. In order to do it, we turn to the decisions of the Constitutional Court, which allows us to demonstrate the continued violation of subjects' fundamental rights, and the failure of the State with regard to the need to protect the human dignity. Secondly, through the historical elements exposed, this paper aims to demonstrate that the State has categorically unprotected the community, therefore allowing armed actors to substitute the lawful authority. Finally, it will be evident that neither the rule of law, nor the jurisprudence of the Constitutional Court, nor the organized society (or in some cases disorganized) has produced the improvements that society needs in order to not be affected.

Keywords: Forced displacement, human rights, children, family.

Introducción

La problemática del desplazamiento forzado en Colombia ha alcanzado dimensiones alarmantes. Instancias internacionales, como el Instituto para la Economía y la Paz, encuentran que 4.5 de cada 5 ciudadanos se hallan en condición de desplazamiento (Institute for Economics and Peace, 2011), aspecto que trae como resultado que el país esté ubicado en el puesto número 139 del Índice de Paz Global (Global Peace Index), elaborado por la misma institución[1]. Habitantes de distintas zonas del

1. Cada año, el Instituto para la Economía y la Paz (IEP, por sus siglas en inglés), publica su Índice de Paz Global (GPE, por sus siglas en inglés), en el que "mide" la paz de cada país. Para tal efecto, analiza 23 indicadores, como el número de conflictos internos y externos; las relaciones con países vecinos; los potenciales actos terroristas; el número de homicidios; la inestabilidad política; la cantidad de desplazados, entre otros. En el índice de 2011, como se ya se expuso, Colombia se ubicó en el puesto 139 de 153 países medidos. Si bien el índice general a nivel mundial disminuyó, o sea, el mundo es más tranquilo que en los años anteriores, para Colombia los resultados no son tan gratificantes: en América Latina ocupa el último puesto, es decir, es el país menos pacífico de la región. Para mayor información, pueden verse los resultados completos para 2011 en http://www.visionofhumanity.org/gpi-data/#/2011/scor.

territorio nacional se han visto en la obligación de dejar sus hogares y establecerse en otros lugares como consecuencia del conflicto armado que enfrenta al Estado contra los grupos insurgentes; resultado de ello, Bogotá como capital de la República se ha convertido en la ciudad que recibe constantemente nuevos habitantes.

Sin embargo, el desplazamiento forzado no se agota en sí mismo, pues es el comienzo de un ciclo de perjuicios y quebrantamiento absoluto de todos los derechos fundamentales: servicio de salud, núcleo familiar, integridad personal, libre circulación, vivienda digna y trabajo son sólo un listado enunciativo más no explícito de los derechos de los cuales se les despoja de manera arbitraria a los ciudadanos víctimas de la situación analizada.

Dado que el desplazamiento no distingue ni edad, va de suyo que los niños también se vean afectados por esta nefasta situación. En tales circunstancias, el problema adquiere mayor significancia, por cuanto los derechos de estos últimos gozan de especial protección por parte del Estado, en armonía con la Carta Política de 1991 y con la jurisprudencia que sobre el tema ha desarrollado la Corte Constitucional. Es así como en este escenario nace la necesidad de indagar el caso concreto de la afectación familiar de los menores víctimas del desplazamiento forzado. Por ello, el presente documento apuntará específicamente a la situación de desconocimiento de sus derechos fundamentales.

En este sentido, se toma como punto de referencia la tarea que le compete al órgano estatal de corregir este problema, en cumplimiento con el mandato constitucional del artículo 2 superior, que señala (…) *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (…)*.

De ahí que sea imperativo que el Estado desarrolle políticas enfocadas a enfrentar tal crisis, pues es su obligación garantizar la integridad y el entorno digno de los asociados, y preponderantemente el de los menores.

Con el objetivo de fortalecer el referente constitucional, el Estado colombiano ha desarrollado un amplio marco legal, "*considerado como uno de los más sólidos y avanzados en el mundo para abordar la asistencia a la población desplazada*", sin embargo, por las vicisitudes que han acompañado el desarrollo del país, su efectividad ha sido limitada (Ibáñez y Velásquez, 2008, pág. 47). Un ejemplo que podemos citar es la ley 387 de 1997, "*por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia*". En ella, en primer término, se define el concepto de desplazado:

> Del desplazado. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público." (Ley 387 de 1997, artículo 1.)

Adicionalmente, la citada ley presenta el ordenamiento general en lo que a desplazados se refiere, establece la responsabilidad del Estado frente a ellos, dicta los principios a los que se sujeta y presenta la política pública destinada a enfrentar la catástrofe social en que se convirtió el desplazamiento. Sin embargo, puesto que el desplazamiento forzado no ha sido estático, sino que por el contrario en algunas áreas del país ha tendido a agravarse, es corolario de ello que el marco jurídico evolucione, para que se adapte y pueda enfrentar a aquel, de acuerdo al devenir de la realidad histórica correspondiente.

Ahora bien, si la ley referenciada establece la obligación del Estado de atender a las víctimas del desplazamiento forzoso no por ello se olvida lo que a la comunidad corresponde; es pertinente recordar entonces uno de los deberes que cada colombiano tiene, por mandato del Estatuto Superior:

> 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (…)
>
> 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; (Art. 95 de la Constitución Política).

Conforme a lo anterior, se considera en el presente trabajo que la solidaridad es el pilar esencial sobre el cual se posibilitaría la construcción de un nuevo proyecto de Nación colombiano, pues:

> Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y **la solidaridad de las personas que la integran** y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política, artículo 1. Resaltado y cursiva fuera del texto).

Luego, en consonancia con la normativa constitucional, debe la sociedad contribuir a reparar el problema estudiado, pues es imposible ignorar las consecuencias perjudiciales para todos los ciudadanos. En este orden, la academia no puede ignorar o permanecer impávida ante la realidad social del país, razón por la cual es imperioso que desde aquella se desarrollen propuestas que busquen remediar las situaciones sociales que contrarían los postulados jurídicos del Estado Social de Derecho.

En atención a lo expuesto, nace la presente investigación con la pretensión de exponer de una manera crítica la situación de los menores víctimas del desplazamiento forzado, en correspondencia con la tarea que le compete a la academia en procura de postulados que reflejen una posible solución al tema tratado, con el objetivo de ser partícipes de la construcción del proyecto de nación que a todos nos afana: una en la que impere la justicia social.

Expuesto el problema, es necesario presentar la estructura que el presente documento tendrá con el fin de alcanzar el objetivo que se ha propuesto, cual es el de indagar sobre la transgresión de los derechos fundamentales de los niños víctimas del desplazamiento forzado que se encuentran asentados en Bogotá.

A tal efecto, la presente investigación se dividirá en cuatro partes: en el primer capítulo, se expondrá la situación general del desplazamiento forzado en Colombia, examinando cómo esta problemática afecta a la sociedad en general; en un segundo apartado, se analiza el citado problema delimitado en la ciudad de Bogotá; a continuación, se muestra el problema específico de los niños; y, finalmente, se presentarán unas conclusiones.

1. Generalidades de la situación de los ciudadanos víctimas del desplazamiento forzado en Colombia

El conflicto armado interno en Colombia ha presentado diferentes consecuencias; para el presente trabajo hemos tomado como referencia dos: en primer término, el cuestionamiento que se erige sobre la idoneidad del Estado para enfrentar y responder a las actuaciones contrarias a derecho de los grupos al margen de la ley, las cuales revelan, por un lado, la incapacidad estatal para dar soluciones sociales, lo cual alimenta las

solicitudes y proclamas de los grupos insurgentes; y por el otro, los resultados sangrientos en los cuales la sociedad civil ha sido víctima por omisión o acción del Estado. En segundo término, el alto grado de afectación que las actuaciones armadas han proyectado a los ciudadanos ajenos al conflicto armado, lo cual ha configurado el fenómeno del desplazamiento forzado, problemática que se constituye en uno de las más graves vacíos sociales del Estado.

Correspondiente con lo anterior, es relevante mencionar lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-025 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, en la cual declaró el *estado de cosas inconstitucional* por cuanto:

> En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En efecto, el inciso primero del artículo 1 de la Ley 387 de 1997 dice:
>
> > Artículo 1º. Del desplazada Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, **porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas**, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren

> drásticamente el orden público. (resaltado fuera de texto)

En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas,[2] así como la constatación que se hace en algunos de los documentos de análisis de la política, de haber incorporado la acción de tutela al procedimiento administrativo como paso previo para la obtención de las ayudas.[3]

Además de lo anterior, si bien ha habido una evolución en la política, también se observa que varios de los problemas que han sido abordados por la Corte, son de vieja data y que frente a ellos persiste la omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios (ver apartado 6 de esta sentencia).

Entre estos se destacan la insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política y los problemas de capacidad institucional que afectan el desarrollo, implementación y seguimiento de la política estatal (ver apartado 6 de la presente sentencia).

2. Este volumen se constata por el número de acciones de tutela interpuestas por los desplazados que han sido objeto de revisión por la Corte Constitucional hasta la fecha, por el número de expedientes acumulados al presente proceso que son representativos del tipo de problemas que enfrenta la población desplazada en todo el país, y por el total de acciones de tutela interpuestas por los desplazados contra la Red de Solidaridad desde 1999 hasta la fecha y que según el sistema de información de la Corte Constitucional supera las 1200.
3. Tal es el caso de la asignación del auxilio de vivienda que hace el INURBE, pues los recursos entregados corresponden exclusivamente a quienes interpusieron acciones de tutela. Ver Anexo 5 sobre las observaciones a la política pública respectiva.

En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos (ver apartado antecedentes de la presente sentencia). Tal como se señaló en el apartado 6 y en el Anexo 5, las distintas entidades encargadas de atender a la población desplazada han identificado varias de las omisiones y falencias de la política y de los programas desarrollados. Igualmente, las organizaciones de derechos humanos han identificado los problemas de coordinación, la insuficiente apropiación de recursos, los obstáculos administrativos, los trámites y procedimientos innecesarios, el diseño deficiente de algunos de los instrumentos de la política, así como la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios. Tal situación ha agravado la condición de vulnerabilidad de esta población y de violación masiva de sus derechos (ver apartado 6 y Anexo 5 de esta sentencia).

En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En efecto, como se advirtió anteriormente varios órganos del Estado, por acción u omisión, han permitido que continúe la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados, especialmente las entidades nacionales y locales encargadas de asegurar la disponibilidad de recursos para asegurar que los distintos componentes de la política beneficien en igualdad de condiciones a la población desplazada (ver apartado 6 y Anexo 5 de esta sentencia).

En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado

> 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. (ver apartado 6.3.2.)
>
> En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, y adoptará los remedios judiciales correspondientes respetando la órbita de competencia y la experticia de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas

Jurisprudencia que tuvo en cuenta entre otros aspectos que:

> (…) era tal la magnitud de la violación de los derechos humanos de dicha población [los desplazados], que ya más que tratarse de una demanda contra una o varias entidades del Estado, se trataba de un problema estructural, derivado de graves falencias en la actuación de un conjunto amplio de instituciones que forman parte de lo que la ley ha llamado el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD). (Taborda, 2006. Pág. 1)

La declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* presenta una idea de la dimensión de semejante catástrofe, máxime si se tiene en cuenta que sólo en contadas ocasiones la Corte ha emitido tal concepto (entre ellas, en el

caso de las omisiones por parte del Estado frente a la protección de los defensores de derechos humanos - Sentencia T-590 de 1998). En el presente caso, el tribunal constitucional encuentra distintos elementos que consolidan dicho estado, como a continuación se expone.

En cuanto al primer elemento, *la gravedad de la situación de la vulneración de derechos*, es evidente que las personas víctimas del desplazamiento, previo a éste, han sido sujetas a vejámenes que solamente se presentan en un conflicto interno como el vivido en Colombia, y en el cual en diversas oportunidades solamente basta el señalamiento como "enemigo" para que la actuación de la violencia entre en escena. En algunos casos, injustamente calificados como *ejemplos*, es viable encontrar ultrajes a las mujeres, homicidios colectivos, actos violentos en presencia de la comunidad (incluidos niños), listas de muerte, oscuridad, angustia y zozobra derivadas de las actuaciones mencionadas, que son resultado de la llegada de los actores armados a lugares del país en los cuales el Estado no hace presencia, o su presencia no asegura el bienestar de los ciudadanos.

El segundo elemento, *el elevado volumen de acciones de tutela instauradas por los desplazados*, configura la búsqueda de los ciudadanos de una atención pronta y eficaz por parte del Estado colombiano, constituyéndose en un incesante camino que se constata en los estrados judiciales. Este aspecto cobra mayor relevancia si tenemos en cuenta que, en un número elevado, las víctimas del desplazamiento forzado son personas sin recursos económicos, con niveles de educación baja y presas de la angustia por la pérdida de sus familiares, que deben intentar comenzar una nueva vida y, propio de ello, buscar ayuda de las instituciones estatales, en contravía de la posición predominante que debe ser la asistencia del Estado sin esperar a que el ciudadano interponga el recurso de tutela para que aquél cumpla con su tarea fundamental: asegurar la vida digna de sus habitantes.

Los *procesos acumulados* configuran el tercer elemento estudiado por la Corte Constitucional; prueba de ello es la falta de respuestas acertadas por parte de los órganos estatales a fin de otorgar soluciones urgentes que posibiliten la salida de una situación apremiante por los ciudadanos que se encuentran inmersos en esta situación. Sobre este aspecto es viable que se presenten dos aspectos: el primero, que ante la magnitud de la situación del desplazamiento, las entidades no hayan podido dar respuesta acertada e inmediata; y el segundo, que los funcionarios actúen de manera negligente (en principio) y faltando al principio de la solidaridad (en segunda instancia) para otorgar la asistencia debida a la comunidad. En cualquiera de las dos situaciones el Estado no puede permitir la continuidad de ellas, por cuanto prima la solicitud de tutela y restablecimiento de los derechos conculcados, para lo cual es necesario establecer requisitos expeditos, inmediatos y una actitud correspondiente con ellos por parte de los funcionarios estatales.

El cuarto elemento, la *continuación de la vulneración* de los derechos de las personas desplazadas, se encuentra relacionado con el elemento anterior: los órganos estatales se han demorado y en algunos casos han incumplido, por ejemplo, con la asignación inmediata de recursos o con la prontitud necesaria para la asistencia de las solicitudes de esta comunidad. Por esta razón la responsabilidad no se puede asignar a una sola entidad ni a un grupo de ellas, sino que debe ser asignada a todo el Estado colombiano.

El quinto elemento está constituido por los *factores estructurales*, que pueden considerarse como los mayores obstáculos para aportar las asistencias oportunas para la comunidad desplazada. El grado de vulnerabilidad que ostentan las personas objeto de estudio no ha podido protegerse y menos responderse de manera acorde a las transgresiones de los derechos fundamentales a la vivienda, a la salud, a la educación, lo que significa que la vida digna no se configura en ellas.

Si bien la Corte Constitucional afirma que: "*….la grave situación de la población desplazada no es causada por el Estado, sino por el conflicto interno, y en particular, por las acciones de los grupos armados irregulares.*", consideración con la que existen posiciones contrarias por cuanto consideran que las condiciones del conflicto interno han sido auspiciadas por acción y omisión del Estado colombiano desde su nacimiento, la Corte también afirma que: "*Sin embargo, en virtud del artículo 2º de la Carta, el Estado tiene el deber de proteger a la población afectada por este fenómeno, y de esta manera, está obligado a adoptar una respuesta a dicha situación.*".

Ahora bien, la obligación del aparato estatal no debería ser la de salvaguardar los derechos de las personas víctimas del desplazamiento y de la expropiación ilegal de tierras, sino la de evitar que uno y otra se presenten. Sin embargo, ante la falta de capacidad y ante los altos grados de corrupción, para que ello sea de esta manera, no aparece otra posibilidad que la exigencia constante por parte de los ciudadanos a fin de solicitar la protección y la restitución de todos los derechos de los cuales han sido desposeídos.

En atención a que el desplazamiento forzado representa una eficaz estrategia que genera diversos resultados que redundan en el beneficio de los grupos al margen de la ley, por cuanto en primera medida, les permite garantizar el control de los territorios que son abandonados por las víctimas; y en segundo término, les proporciona recursos económicos destinados a la financiación del conflicto bélico, serán expuestas algunas características del conflicto armado, que por épocas han permitido la continuidad del mismo e imposibilitado que los ciudadanos (para el presente caso) desplazados, puedan diseñar su propio modo de vida, puedan detentar unas condiciones materiales para vivir bien y puedan desarrollar su vida ajena a las humillaciones de sujetos que actúan al margen de la ley (Corte Constitucional, 2002).

2. Situación general de los ciudadanos víctimas del desplazamiento forzado en Colombia

Para Gustavo Zafra (2010), las principales causas de la violencia y por ende del desplazamiento son las siguientes: *el conflicto armado, la delincuencia común, la lucha por la tenencia de la tierra, la ineficacia del sistema judicial y la ausencia de mecanismos eficientes para la solución pacífica de controversias entre ciudadanos.*

Adicional a lo anterior, refleja la problemática agraria que subyace a la confrontación entre los actores armados y que se encuentra representada por los campesinos y por los grandes terratenientes, derivado de lo cual constata que *las causas inmediatas de los desplazamientos internos son la violación de los derechos humanos políticos y civiles de las personas afectadas, la falta de aplicación de las normas del derecho internacional humanitario y la violencia generalizada.*

En íntima relación con la exposición de Zafra Roldán sobre el problema de la detentación de tierras, el trabajo de Ana María Ibáñez y Pablo Querubín, *Acceso a Tierras y Desplazamiento Interno en Colombia* (2004), expone (siguiendo a Alfredo Molano) cómo durante la primera mitad del siglo XX la dirección que tuvo la política de tierras fue la de promover la colonización de terrenos baldíos, y enfatiza:

> Una vez los terrenos estaban en condiciones para generar excedentes económicos, los grandes terratenientes se apropiaban de los predios y convertían a los colonos en arrendatarios (LeGrand 1994).

En esta misma línea señala (siguiendo a LeGrand) cómo desde 1889 hasta 1925 los pequeños terratenientes debieron acudir a las instancias gubernamentales a fin de solucionar los enfrentamientos que por la posesión de tierras sostenían con los grandes propietarios, lo cual terminaría en

la expulsión de los colonos y el contrato de trabajadores asalariados, haciéndose patente con ello la incapacidad del Estado para asegurar los derechos de unos y detener las arbitrariedades de otros.

Se expone así mismo el intento del gobierno en 1961 por evitar la continuidad de las acciones violentas por la distribución de la tierra, pero

> El efectivo cabildeo de los grandes terratenientes derivó en programas de beneficios crediticios y tributarios a su favor paralelos a la reforma lo cual elevó el valor de la tierra e imposibilitó la expropiación con compensación contemplada por la nueva ley. Como consecuencia, la producción agrícola se centralizó aún más en las grandes propiedades en detrimento de las pequeñas propiedades y, además, perpetuó la concentración de la tierra (Janvry y Sadoulet, 1993).
>
> La década de los setenta se caracterizó por la numerosa legalización de terrenos baldíos y un programa agresivo de desarrollo rural con una relegación total de la redistribución de tierras al interior de la frontera agrícola. Los programas de desarrollo rural contribuyeron a impulsar los pequeños propietarios y a la economía campesina. Sin embargo, el freno de la redistribución de tierras y el cubrimiento insuficiente de los programas de desarrollo rural excluyó un porcentaje importante de familias campesinas y, por ende, exacerbó la violencia en vastas zonas del país (Janvry y Sadoulet, 1993).

La historia constantemente nos imparte lecciones, y los individuos al parecer no aprendemos de ellas. Este antecedente parece nimio ante los resultados de Agro Ingreso Seguro. En la actualidad, los campesinos y sobre todo los campesinos que han sido despojados de sus tierras se encuentran a la espera de una verdadera reforma agraria y de la ejecución real del programa de restitución de tierras que posibilite el ejercicio

propio de la actividad agrícola, el retorno a sus lugares de origen, el resarcimiento de sus derechos vulnerados (cuando sea viable, porque existen algunos derechos que definitivamente no podrán ser restituidos) y el ejercicio real de la vida digna sin los temores propios del conflicto armado.

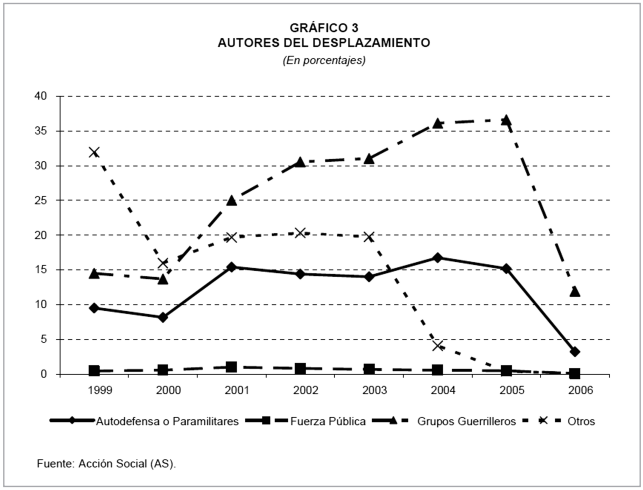
Concomitante con las confrontaciones por la tierra entre poderosos y desvalidos, reconoce el estudio sobre el auge del narcotráfico y la consistencia del conflicto armado, los cuales (desde luego) inscriben un precedente impresionante para el estudio y el entendimiento del fenómeno del desplazamiento interno en Colombia; por ello es viable encontrar diferentes parámetros (expuestos por Ibáñez y Querubín) según la situación geográfica:

> Sin embargo, la ocupación del territorio puede responder a distintas motivaciones de acuerdo a cada región del país. En algunas regiones, la expansión del dominio territorial puede motivar el desplazamiento de población mientras en otras regiones la apropiación violenta de los factores de producción puede causar el desplazamiento. Por ejemplo, los departamentos con mayor intensidad del desplazamiento son Chocó, Putumayo, Caquetá, Sucre y Bolívar (Ibáñez y Vélez, 2003b). Chocó parece responder a la lógica de dominio territorial debido a su importancia como corredor de armas y drogas.
>
> De otro lado, Bolívar y Sucre son departamentos con tierras de alta aptitud para la ganadería y producción agrícola y el desplazamiento puede responder a la apropiación violenta de la tierra.

Puesto que la guerra es la causa prima del problema, y dado que aquella continua, ha redundado en el aumento considerable de los individuos desplazados en Colombia. Sin bien las cifras de los institutos académi-

cos, de las ONG's, de los medios de información y de los organismos institucionales difieren en varios aspectos, lo pertinente es continuar un seguimiento desde diferentes instancias incluida la académica para proponer soluciones que coadyuven a evitar que el *estado de cosas inconstitucional* perdure.

Los grupos armados ilegales que se enfrentan al Estado son la principal causa de la guerra, por lo que la Fuerza Pública busca vencerlos. Pero, en contraste con esto último, las fuerzas del Estado también generan desplazamiento. En la siguiente gráfica, se muestra la tendencia por autores (de este factor) desde 1999. En ella es posible observar el número de desplazados por las acciones de las fuerzas armadas nacionales:



En atención a que este referente estadístico es ilustrativo de las investigaciones de Acción Social, es apropiado, en aras de la actividad neutral que debe poseer la academia, establecer que existen otros medidores que expondremos posteriormente.

Infortunadamente, el primer obstáculo en la lucha contra el desplazamiento aparece desde muy temprano: las cifras sobre los afectados por

el problema. El Gobierno Nacional, a través de la Red de Solidaridad de la Presidencia de la República, administra el Sistema Único de Registro, en el que debe estar relacionada cada persona desplazada como requisito para ser titular de la oferta de atención especial que brinda el Estado; sin embargo, es un hecho innegable que las cifras oficiales adolecen de un registro absoluto, ya sea por la incapacidad de la administración de abarcarlos a todos o por la desconfianza de las mismas víctimas, que consideran que no conseguirán ningún tipo de apoyo por parte del órgano estatal.

La situación analizada se encuentra delimitada por espacios geográficos, no se observa la misma proyección en todos los departamentos del país, por cuanto los intereses que llevan a los actores armados difieren; a continuación referenciamos tres ejemplos:

Medellín

En el documento *Caracterización del Desplazamiento Forzado Intraurbano*[4]. *Medellín 2000 – 2004*, Atehortúa (2009) presenta la clasificación de diferentes tipos de desplazamiento al interior de la ciudad; así mismo, expone cómo en algunas ocasiones no es fácil determinar el autor o autores de las acciones violentas que generan la huida de los habitantes de un sector determinado. A fin de consolidar su exposición, afirma que:

> El conflicto se ha entendido como un elemento estructurante dentro de la configuración y variación del desplazamiento forzado interno en Colombia. La forma en que se ha entendido el conflicto en la ciudad sirve como punto de partida para entender la relación conflicto-desplazamiento.

4. Se recomienda al lector acudir al documento aludido, a fin de conocer los ejemplos de desplazamiento intraurbano: El Esfuerzo, El Salado y La Honda.

Respecto al desplazamiento forzado intraurbano, el conflicto toma escena en la ciudad para tratar de explicar el fenómeno mismo desde tres perspectivas: la urbanización del conflicto político armado; la violencia urbana y el conflicto urbano.

El **primer enfoque** entiende que en la mecánica del conflicto armado nacional las ciudades se convirtieron, en la última década, en un escenario de disputa. La ruta de la confrontación propicia que dentro del espacio urbano tengan presencia actores armados del ámbito nacional, lo que trae consigo que en la ciudad crezca la disputa territorial y, con ella, las confrontaciones violentas, que se convierten en un catalizador del desplazamiento en la ciudad y tiene sus primeras manifestaciones en los años 90. (HINCAPIE, 2005)

El **segundo enfoque** obedece a la existencia de bandas, el narcotráfico y el sicariato, por mencionar algunas. Desde este punto de vista, el desplazamiento en la ciudad es anterior al cambio de escenario del conflicto político armado, y sus primeras manifestaciones aparecen en los años ochenta con el surgimiento de bandas y el afianzamiento del fenómeno del narcotráfico en la ciudad; en este caso, el problema es de visibilidad y no de inexistencia del fenómeno. (ZAPATA, 2004)

El **tercero** está ligado al conflicto urbano dentro de una lógica de reproducción de desigualdad en la ciudad, desde factores económicos y sociales. La ausencia de condiciones de inclusión y ciudadanía que hicieran del espacio urbano un espacio propicio para el ejercicio de derechos y el acceso a bienes y servicios coadyuvaron a que actores armados de diferente índole, en diferentes momentos históricos, se instalaran para la búsqueda de soluciones a problemas urbanos, especialmente al de la seguridad. Con este objetivo se instaló la posibilidad de

> exiliar a habitantes de sectores periféricos de la ciudad en aras del acceso a la seguridad de los barrios y al uso del suelo, entre otros. (negrilla y cursiva fuera del texto)

En la anterior explicación se observa cómo el desplazamiento que en una primera interpretación podría entenderse como el resultado de las acciones de los grupos al margen de la ley en los corregimientos apartados de los centros urbanos, en los cuales el Estado adolecía de presencia, comienza a trasladarse a las ciudades dependiendo de lugares estratégicos, tráfico de drogas o factores de desigualdad; consolidándose de esta manera el desplazamiento intraurbano en el cual coexisten tres circunstancias: un escenario territorial determinado -el urbano o conurbano-; el conflicto como factor determinante; la inminencia de la huida para tratar de mantener la vida o la libertad, y la vulneración de derechos producto del redesplazamiento.

Con el objetivo de ampliar el soporte de este modelo de desplazamiento, Atehortúa expone:

> *El reconocimiento del **desplazamiento intraurbano** se hizo por vía judicial, a través de la sentencia T-268 de 2003 de la Corte Constitucional; a partir de ella se declara la configuración del fenómeno dentro de las ciudades; allí se encuentran dos elementos constitutivos del fenómeno, el abandono del hogar y la existencia de coacción que obligue la huida. La Corte afirma que el inciso primero del artículo 1 de la ley 387/97 no exige el abandono de la localidad, basta con el simple abandono del lugar de residencia o de las actividades económicas habituales.*
>
> *La segunda característica, la de la **coacción**, aparece relacionada con el artículo 2 del decreto 2569 de 2000, y el artículo mencionado, donde se asume la coacción como aquella situación que es producida por circunstancias "que puedan perturbar o perturben el orden público", y que sean factor para la salida forzada. (SENTENCIA T-227 de 1997).*

> *Basta que confluyan estos dos elementos para estar en presencia del desplazamiento, intraurbano o no. No obstante para el caso intraurbano autoridades oficiales han calificado estos elementos, especialmente el de la* ***coacción*** *para poder reconocerlo. Dicha calificación se hace a través de exigir un actor determinado que provoque el hecho, ligado al conflicto político armado, o la perturbación efectiva del orden público; de tal forma que si alguna de estas circunstancias. (negrilla y cursiva fuera del texto)*

Sur de Bolívar

El investigador Guillermo Quintana Machado, perteneciente al Grupo de Estudios Urbano Regionales del Magdalena Medio (GEURM), en su documento Configuración Demográfica Territorial Configuración Demográfica - Territorial del Sur de Bolívar en el Marco del Desplazamiento Forzado, delimita la situación a la siguiente área: Sur de Bolívar - Municipios de: Cantagallo - San Pablo - Santa Rosa del Sur – Simití. [Extensión aproximada 6510 km2. 6510 km. Cubre gran parte de la Serranía de San Lucas.

Posterior a una caracterización demográfica de cada municipio, realiza una estadística de la situación de desplazamiento forzado en cada uno de ellos. Comprobando con esto que el municipio en el cual se presentó un mayor índice de la situación de desplazamiento fue San Pablo. En este trabajo, a diferencia de los parámetros analizados en el estudio acerca de la ciudad de Medellín, se demuestra a través de estadísticas el desarraigo al que fueron sometidos los ciudadanos de manera sistemática año tras año, sin que el Estado hubiese implementado políticas eficaces a fin de evitar la configuración del desplazamiento forzado.

Éxodos transfronterizos

En la tesis *El Desplazamiento Humano en Colombia: ¿Disminuye o Aumenta?*, elaborada por Noelia Pizarro Carcaré (2008), se encuentra

un referente adicional acerca del desplazamiento forzado: los éxodos transfronterizos.

Este comportamiento se expresa cuando los sectores armados inciden en un desplazamiento por parte de la comunidad más allá de las fronteras colombianas, significando con ello que el problema eminentemente colombiano tiene connotaciones en otros países. Se expone (en el estudio de Pizarro) como factor fundamental para la actividad de este tipo de éxodos, la violencia en los lugares en los que se han llevado a cabo desmovilizaciones de algunos individuos pertenecientes a las autodefensas y el narcotráfico.

Adicionalmente, Pizarro expone una clasificación entre desplazados "por la guerra" y desplazados "por erradicación de cultivos de uso ilícito", teniendo esta última consecuencias importantes. EN efecto,

> [E]n estas circunstancias se niega el registro de población desplazada en las oficinas públicas, se limita la protección de la población civil y se restringe la atención humanitaria. Sin embargo hay mecanismos habilitados entre los gobiernos para superar los conflictos y avanzan esfuerzos de integración en temas específicos fronterizos. Las Comisiones de Vecindad, los memorandos de entendimiento, reuniones bilaterales sobre temas de drogas y seguridad y una comunicación constante alrededor de los incidentes, que amortiguan los efectos del conflicto en las relaciones de Colombia con los países vecinos (Pizarro).

Con el objetivo de ampliar y sustentar el significado de los éxodos transfronterizos, exponemos el primer cuadro, que señala los acuerdos y compromisos firmados entre Colombia y los Estados vecinos; y en el segundo, los índices de éxodos transfronterizos.

Acuerdos y compromisos

MECANISMO	ACUERDOS
Memorando de entendimiento entre Colombia y Venezuela/ Tratamiento de las personas desplazadas en territorio colombiano que llegan a la frontera con Venezuela	Cumana (Noviembre del 2005) - Censo en el estado de Zulia; Plan retorno - Diseñar políticas de prevención frente al desplazamiento en zonas de frontera (Mesa Nacional de prevención al DF)
Memorando de entendimiento entre Colombia y Ecuador[15]. Reactivación de la Comisión de Vecindad, el 24 y 25 de abril de 2006. Instancia técnica acordada por ambos gobiernos para tratar todos los temas fronterizos, que no se ha reunido desde hace dos años, recuerda el embajador colombiano.	- Analizar la situación de los solicitantes de refugio, con el fin de exonerarlo del requisito del Certificado de Antecedentes Judiciales[16]. - Reforzar los mecanismos de intercambio oportuno de información para brindar una mejor protección y atención a la población desplazada solicitante de refugio. - Ayuda para gestionar proyectos antes las Agencias de Naciones Unidas mediante ACNUR. - OIM[17] adelante en Ecuador proyectos de desarrollo social que benefician a la población colombiana y a la población refugiada. Es importante señalar la importancia de desarrollar condiciones similares de desarrollo a ambos lados de la frontera, **para que la diferencia en calidad de vida no se convierta en un factor de atracción para la población colombiana.** **-** Capacitación a población desplazada en la frontera por parte del SENA (Colombia) y la SECAP(Ecuador)
Memorando de entendimiento entre Colombia y Panamá	- Se han activado mecanismos de **alertas tempranas** para evitar los desplazamientos, **a través de las autoridades de policía de ambos países.** **- Se adopto el Decreto 250 del 7 de febrero de 2005, mediante el cual se acoge el Plan Nacional de Atención a la Población Desplazada en todas sus fases[18]** **-** El ACNUR desarrolla iniciativas que buscan la integración local y la

Éxodos transfronterizos

EXODOS TRANSFRONTERIZOS I			
PANAMA	12 familias (48 personas) se encuentran 5 lideres indígenas	Indígenas Woonan	Pertenecen al desplazamiento masivo de Itsmina
	15 personas	Indígenas Embera	Desde Riosucio (Chocó)
ECUADOR	91 personas	Campesinos	Frontera colombo ecuatoriana/ Líneas de frontera
	60 personas	Campesinos	La hormiga (Putumayo)
VENEZUELA	56 personas	Indígenas Wayuu	Poropo del corregimiento de Bahía Honada (La Guajira)

Fuente: CODHES, Relativa al primer semestre, 2006

3. Situación de los niños y las niñas víctimas del desplazamiento forzado en Bogotá

La Carta Política de 1991[5] y la Corte Constitucional[6] han proyectado para los niños una protección prevalente, significando con ello que, en

5. Constitución Política de Colombia. Artículo: 44 "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.
La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". Editorial Temis. 1995.
6. Sentencia T-900 de 2006. M.P. CÓRDOBA. Triviño Jaime "El amplio consenso existente en las legislaciones nacionales e internacionales en el sentido de rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez, ha generado como principio orientativo para la resolución de los conflictos que involucren a un menor, el concepto del *interés superior del menor,* que se ha incorporado como eje central del análisis constitucional". Sentencia T-1275 de 2008 M.P. ESCOBAR. Gil Rodrigo. "Por tanto, el interés superior de niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, criterio que demanda una verificación, y especial atención, de los elementos concretos y específicos que identifican a los menores, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente". Sentencia C-240 de 009. M.P. GONZÁLEZ. Cuervo Mauricio. "Teniendo en cuenta el contenido del artículo 44 Superior que suponen para el Estado, la sociedad y la familia, el deber de asistir y proteger a los menores a fin de que logren el ejercicio pleno de sus derechos y su desarrollo armónico e integral, al igual que las demás disposiciones constitucionales de protección en la materia, esta Corporación ha considerado en diversas oportunidades que deben resaltarse en favor de los niños y las niñas como elementos relevantes de la protección constitucional dispuesta por la Carta, los siguientes: (1) que sus derechos son fundamentales; (2) que sus derechos son prevalentes; (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos; (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños; (5) Igualmente los infantes y adolescentes en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional, lo que se traduce en el

atención a su debilidad manifiesta[7], deben poseer por parte del Estado y de la sociedad un respeto preponderante de sus derechos; pero es indudable que, teniendo en cuenta los parámetros del conflicto y en algunos casos la negligencia, el Estado colombiano no ha viabilizado un sistema de protección para sus derechos en atención precisamente a esa prevalencia constitucional, máxime cuando se encuentran en estado de desplazamiento. Como respuesta a esta carencia de soluciones estatales, las cuales deberían hacer presencia en consonancia con el Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional[8] ha llamado la atención sobre la

deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar; (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años".

7. La Corte Constitucional ha sido contundente al definir las características según las cuales se configura la debilidad manifiesta; así, en S T- 441 de 1993. M.P. HERNÁNDEZ. Galindo José Gregorio. " Así entendida la igualdad, no es un criterio vacío que mide mecánicamente a los individuos de la especie humana equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes y aun profundizando las causas de desigualdad e inequidad sustanciales, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus respectivos casos, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe presidir toda gestión pública". Igualmente en Sentencia C 041 de 1995. M.P. CIFUENTES Muñoz Eduardo. "La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia" (subraya fuera del texto).

8. Sentencia: T-025 de 2004. M.P. CEPEDA. Espinosa Manuel José. "La Sala Tercera de Revisión, al resolver sobre las presentes acciones de tutela, concluye que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han

necesidad apremiante de una *protección diferenciadora* para esta parte de la sociedad. De ello se deriva el análisis jurídico y social de la Sentencia T-025 de 2004 (estado de cosas inconstitucional), en la que se exigió un trato preferente por parte del Estado, que debe caracterizarse por la urgencia de soluciones que eviten la gravedad de la situación evaluada.

En dicha sentencia, la Corporación pone de presente la responsabilidad que le compete al Estado respecto de la protección *oportuna* y *eficaz* de la comunidad víctima del desplazamiento forzado, la cual implica:

> *(i) que en ningún caso se puede amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas y (ii) la satisfacción por el Estado del mínimo prestacional de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física, psicológica y moral, a la unidad familiar, a la prestación del servicio de salud que sea urgente y básico, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, y al derecho a la educación hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento.*(Ídem) (inclinado fuera del texto).

En cuanto al componente humano de los niños, la Corte en la misma sentencia esboza la prevalencia de la protección de los derechos de estos; mostrando, según estadísticas, la grave situación por la cual atraviesan

violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños (apartados 5 y 6). Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla. (apartado 6.3) Tal situación constituye un *estado de cosas inconstitucional* que será declarado formalmente en esta sentencia (apartado 7 y ordinal primero de la parte resolutiva)".

comparativamente frente a los niños que no son víctimas de las acciones propias del conflicto armado:

> *En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la "brecha en calorías"[9] de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el PMA[10]. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo. A su vez, las insuficiencias alimenticias mencionadas se traducen en un estado de desnutrición que tiene como consecuencias, entre otras, retraso de la talla para el peso y del peso para la edad, déficit en atención escolar, predisposición a las infecciones respiratorias y a la diarrea, disminución de la visión, y aumento de la morbilidad infantil.* (inclinado fuera del texto)

En cuanto al componente humano de los niños, la Corte en la misma sentencia esboza la prevalencia de la protección de los derechos de estos; mostrando, según estadísticas, la grave situación por la cual atraviesan comparativamente frente los niños que no son víctimas de las acciones propias del conflicto armado:

> *En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la "brecha en calorías"[11] de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el PMA[12]. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años desplazados están por debajo del estándar*

9. La brecha alimentaria mide la carencia alimentaria de una persona en comparación de las cantidades de nutrientes recomendados.
10. También se observan brechas alimenticias en cuanto a cantidad de proteínas y micro nutrientes consumidos por los desplazados.
11. La brecha alimentaria mide la carencia alimentaria de una persona en comparación de las cantidades de nutrientes recomendados.
12. También se observan brechas alimenticias en cuanto a cantidad de proteínas y micro nutrientes consumidos por los desplazados.

> *alimenticio mínimo. A su vez, las insuficiencias alimenticias mencionadas se traducen en un estado de desnutrición que tiene como consecuencias, entre otras, retraso de la talla para el peso y del peso para la edad, déficit en atención escolar, predisposición a las infecciones respiratorias y a la diarrea, disminución de la visión, y aumento de la morbilidad infantil.* (inclinado fuera del texto)

En atención a los parámetros de la lógica jurídica, la Corte sostiene, adicionalmente, la necesidad que poseen los niños de continuar sus estudios y, derivado de ello, la obligación del Estado de establecer las acciones correspondientes a fin de que sea viable:

> *Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona.*[13] (inclinado fuera del texto)

Según la argumentación de la Corte Constitucional en la jurisprudencia analizada, se hace latente:

a) Situación de desplazamiento forzado alarmante.
b) Desatención por parte del órgano estatal a las personas en situación de desplazamiento forzado.
c) Responsabilidad del Estado colombiano a fin de brindar protección a las personas desplazadas

13. Esta fue la orden impartida por la Corte en la sentencia T-215 de 2002 a la Secretaría de Educación Municipal demandada: Disponer el ingreso al sistema educativo de los niños accionantes, usando los cupos disponibles en los colegios de la zona. Este trato preferente a los niños en condiciones de desplazamiento se justifica no sólo por ser la educación un derecho fundamental del que son titulares, como todos los demás menores de edad que se encuentren en territorio nacional, sino porque dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad son sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual se traduce, en materia educativa, en que si no se garantiza como mínimo su educación básica, ello agravará las repercusiones de su desplazamiento sobre su autonomía personal y el ejercicio de sus derechos.

d) Protección especial, preponderante, de las mujeres, los adultos mayores *y los niños*. (inclinado fuera del texto)

I. Estadísticas: Diferentes interpretaciones de la Realidad

La interpretación del desplazamiento forzado en Colombia se puede presentar con el referente estadístico de múltiples organizaciones, el cual en algunos casos puede adolecer de confiabilidad, problemática expuesta por Urdinola (2010). La forma de medir este comportamiento social puede encontrarse delimitado por la época, por los parámetros de evaluación, por la comunidad desplazada analizada y por los referentes teóricos utilizados por las organizaciones, entre otros, los cuales pueden presentar diferencias numéricas relevantes al momento de plantear un estudio y fundamentalmente al momento de diseñar y presentar políticas o soluciones académicas para atender esta forma incierta de vida para un grupo de colombianos. En atención a este factor, en el presente trabajo se ha decidido presentar algunas de esas estadísticas a fin de exponer la situación del desplazamiento forzado en Colombia desde diferentes interpretaciones.

CODHES – UNICEF (Forero, 2003):
Según las estadísticas correspondientes a 1985 – 2002, 1.750.000 niños fueron víctimas del desplazamiento forzado.
Registro Único de Población Desplazada (RUPD) (Agencia Presidencial para la Acción Social, 2003)[14]:

14. Durante este período, la tendencia del registro de desplazamiento presenta dos momentos de expansión y dos de descenso. El primero, inicia en el año 1998 con el registro de 13.049 hogares expulsados y termina en 2002 con 94.498, mostrando así un incremento total del 624%. Posteriormente, con el registro de 56.046 hogares expulsados en 2004, se constata una reducción del 41% con respecto al 2002. A partir de 2005 nuevamente se aprecia un comportamiento ascendente que se extiende hasta 2007 cuando se registraron 79.802 hogares, lo cual representa un aumento del 42% con respecto a la situación de 2004. Finalmente en 2008 y 2009, se vuelven a presentar reducciones del 8% y 63% respectivamente, no obstante, teniendo en cuenta los rezagos entre el hecho de desplazamiento y la declaración de los hechos, es probable que el registro del número de hogares expulsados en estos años cambie.

754.539 hogares (3.316.862 personas), han sido expulsados de 1.109 municipios y corregimientos departamentales.

Estadísticas Población Desplazada incluida en el RUPD - FUENTE: SIPOD - FECHA DE CORTE: JULIO 31 201º (Acción social, 2010)

Año	Expulsión		Llegada		Declaración		Valoración	
	Hogares	Personas	Hogares	Personas	Hogares	Personas	Hogares	Personas
1899	28.342	117.383	2.540	6.991	864	2.691	3.495	15.918
1997	43.952	191.360	35.988	157.281	3.186	16.017	2.938	13.921
1998	15.540	78.366	17.814	81.768	9.745	43.733	8.273	38.243
1999	22.181	100.783	19.187	83.726	9.592	39.449	7.820	29.300
2000	56.476	282.819	72.974	362.406	60.532	315.762	56.375	292.935
2001	80.727	397.676	86.187	425.783	75.372	382.663	74.139	377.152
2002	97.237	451.210	97.411	453.804	94.165	449.730	93.840	451.764
2003	56.912	255.623	57.126	257.185	49.804	231.077	52.028	240.017
2004	56.714	234.848	57.497	238.495	52.287	218.077	53.340	224.064
2005	61.666	269.009	61.958	270.089	57.313	251.498	57.084	250.193
2006	67.385	288.332	67.841	291.407	67.812	295.983	65.663	285.786
2007	80.226	331.257	81.133	335.420	86.154	369.395	84.681	365.194
2008	76.553	300.006	80.586	315.512	100.782	405.451	96.217	389.391
2009	44.066	154.040	48.402	168.647	94.180	341.122	96.664	354.823
2010	10.041	33.593	11.374	37.791	36.230	123.657	45.461	157.604
Total general	**798.018**	**3.486.305**	**798.018**	**3.486.305**	**798.018**	**3.486.305**	**798.018**	**3.486.305**

Para Garay (2010), en las estadísticas de la población víctima del desplazamiento forzado se presentan, adicionalmente al número de menores, la desatención en cuanto a salud se refiere por parte del Estado y la carencia de escolaridad. Igualmente, los niños objeto de desplazamiento forzado enfrentan situaciones como desnutrición, que si por sí misma es gravosa, lo es más si se tiene en cuenta el bajo porcentaje de menores que reciben atención estatal para solucionar este factor. Adicionalmente el Plan Obligatorio de Salud (POS) no contempla directrices que favorezcan a

los menores víctimas del desplazamiento, por cuanto no posee asistencia sobre algunas enfermedades que requieren atención especializada y controlada como "…*las enfermedades infecciosas agudas en niños*…" (Ídem). Así mismo, es necesario tener en cuenta que aparte de las situaciones de desnutrición, se presentan en los niños y adolescentes dificultades derivadas del cambio de entorno, generando en ellos un impacto psicosocial (p. 57) que, propio de su inmadurez, amerita una atención especializada que no se ha proyectado en el tratamiento de esta población, lo anterior, al margen de los postulados de la Ley 387 de 1997[15] y del Decreto 250 de 2005[16], sobre el impacto psicosocial y las metodologías diseñadas para tratarlo. Es pertinente resaltar que los acontecimientos violentos de los que han sido víctimas los niños constituyen el fundamento de un trabajo enfocado para ser superados, por ello:

> Es necesario contar con oportunidades durante el abordaje psicosocial para identificar, documentar e intervenir las afectaciones emocionales, en donde si bien es posible echar mano de un amplio repertorio de herramientas que involucren diferentes ejercicios lúdicos, representaciones simbólicas, manifestaciones artísticas y otras expresiones culturales, no se debe perder de vista que éstas pueden ser un valioso apoyo para favorecer formas de encuentro más cercanas con poblaciones duramente afectadas en su mundo emocional, pero que,

15. Ley 387 de 1997. "**Artículo 3º.** *De la responsabilidad del Estado.* Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia".
16. Decreto 250 de 2005. 3. Protección o Acompañamiento Humanitario, Mediante Acciones Civilistas y Humanitarias para Proporcionar Respaldo y Visibilización de las Poblaciones Afectadas o en Riesgo de Desplazamiento: La iniciativa se desarrollará a través del esfuerzo conjunto de diversos sectores de la sociedad civil, instituciones, agencias humanitarias, organismos defensores de los derechos humanos, las iglesias, los entes de control, y las autoridades territoriales. La protección y el acompañamiento incluyen estrategias tales como: Misiones Humanitarias, Misiones de observación y verificación, Protección a líderes y Acciones Solidarias.

> por sí solas no operan transformaciones de la magnitud que los hechos de violencia han generado en el mundo emocional de las personas más directamente afectadas. No se puede en consecuencia pensar erróneamente, en que si bien un niño, niña participa activa y entusiastamente de actividades como elaborar pinturas, cuentos, títeres, danza, arte dramático o algún tipo de trabajo manual y que durante tal ejercicio logra alguna expresión catártica respecto de los hechos dolorosos que ha enfrentado, ello por sí solo significa acompañamiento psicosocial y mucho menos que no es necesario preguntarse acerca de cuáles acciones específicamente orientadas a elaborar las consecuencias negativas de las experiencias violentas, son necesarias de emprender, en miras de realmente poder estar seguros de que se ha favorecido la elaboración y transformación de los impactos de las mismas (Fundación Dos Mundos, 2008, p. 4).

En relación con la exposición anterior, la Fundación Dos Mundos expone los siguientes momentos traumáticos (p.6):

- Hecho violento que obliga a asumir el desplazamiento.
- Pérdida de referentes afectivamente relevantes para el niño, como sus familiares, vecinos, amigos, y, así mismo, sus costumbres, enseres, su relación con la naturaleza, etc.
- Dependencia de todo orden que debe asumir la familia, frente a la ayuda humanitaria, por ejemplo.
- Choque cultural y social, al encontrarse con un espacio que muestra costumbres y claves de relación distintas a las de su lugar de origen.
- Cambios en las relaciones familiares, que se originan en la mayor dificultad adaptativa de los adultos al nuevo medio, quienes se resisten a aceptar cambios que el niño incorpora con más fluidez o viceversa.

Sobre el factor psicosocial también se ha pronunciado Gallón (Gallón, 2003):

> Estos efectos psicosociales de la violencia se expresan en un conjunto de secuelas emocionales, que en algunos casos son evidentes y fácilmente observables; tal es el caso de los trastornos en el sueño, la pérdida del apetito, la tristeza, el miedo, el llanto frecuente, etc.; que la mayoría de personas creen se superan con el paso del tiempo; no obstante este tipo de expresiones reflejan cambios que se dan en el mundo relacional del niño, tanto al interior de su familia, como de su entorno social y comunitario, lo que sobrelleva nuevas realidades en su contexto vital, en su lenguaje, en su mundo emocional y en sus posibilidades de construir futuro.

Conclusiones

Se colige de los elementos expuestos la necesidad de una función estatal comprometida de manera más amplia para brindar acompañamiento a los niños víctimas del desplazamiento forzado, en la recuperación de sus derechos vulnerados, pero fundamentalmente para impedir que factores violentos se tornen repetitivos impidiendo la posibilidad de recuperar su vida en el contexto en el cual se desarrollaban.

Las expresiones de la confrontación armada entre el Estado colombiano y los ejércitos irregulares generan múltiples factores entre los cuales se encuentran el despojo ilegal de la tierra a los campesinos y el desplazamiento forzado. Aunado a ello, las vulneraciones de los derechos de los menores de edad se erigen como un factor preponderante, el cual se ha delimitado como objetivo de estudio del presente documento.

Durante la década del 2000, algunas estadísticas permiten demostrar la compleja situación de las personas que tienen que abandonar su lugar de

vivienda en atención a la violencia desarrollada entre los combatientes. Pero si bien se manifiestan situaciones complejas en la desatención a la población infantil desplazada, es pertinente también reconocer el ejercicio que plantea la Fundación Rafael Pombo, que en algunas localidades se ha acercado a esta población y ha intentado, desde el lenguaje propio de los menores, reconocer el significado del desplazamiento en ella, a fin de plantear alternativas que posibiliten una resignificación cultural (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2003). En este orden de ideas, el trabajo de esta Fundación presenta los siguientes *factores protectores* (p. 77):

> *Relaciones Emocionales Estables – El Soporte Social – Espacios Educativos Flexibles – Competencias Cognitivas – El Juego como Elemento Vital.* (inclinado fuera del texto)

El resultado puede verse en comportamientos que viabilicen vínculos afectivos entre los menores y los adultos, reconocimiento como ciudadanos, capacidades creadoras, proyección de ideas como grupo y valores sociales.

Un factor relevante es el componente social de la familia desplazada, que atraviesa por diferentes dificultades que imposibilitan la estabilidad emocional de las personas mayores, pero fundamentalmente de los menores de edad. Uno de los referentes es el que se menciona en el Foro: Sobre La Población Desplazada en Bogotá, según el cual:

> Las escenas de maltrato de los niños por parte de sus madres no son escasas, así como las discusiones en términos ofensivos. Los menores se muestran muy tímidos, agresivos y desconfiados. No obstante, frente al buen trato de los encuestadores respondieron con manifestaciones de cariño y afecto y les pidieron que no los dejaran allí (Ídem, p. 79).

Particularmente, la llegada a un nuevo núcleo familiar es también fuente de reacciones. En efecto, según algunas entrevistas, en ocasiones la familia receptora se mantiene en una actitud de colaboración, pero en otras, los conflictos característicos de la convivencia hacen presencia dificultando de esta manera la armonía familiar de los parientes receptores y de aquellos que han tenido que llegar en búsqueda de socorro.

> La mayor parte de las familias que llegan a Bogotá cuentan con familiares o conocidos que les permiten vivir por algún tiempo con ellos. En algunos casos, los integrantes de las dos familias construyen relaciones funcionales y nuevos lazos afectivos. Esto lleva a que con el tiempo se sientan parte de una sola familia que dispone de una dinámica propia, como lo relata una madre de familia que recibió a la familia de su hermano: "nos la llevamos muy bien, nosotros nos sabemos comprender...cuando yo salgo, yo me voy tranquila porque por lo menos sé que está mi hermano, está ella (la compañera del hermano), que ellos andan pendientes de a qué horas llegan los niños, si tienen tareas, si por lo menos yo llego tarde, ella ya le va ayudando a hacer las tareas a las niñas" (f. 8 u.a. 20, 30). Sin embargo, el surgimiento de esta nueva composición familiar es complejo en la medida en que las relaciones entre los integrantes de las familias no siempre son fáciles, máxime cuando tienen condiciones de vida precarias. El testimonio de otra madre de familia ilustra esta situación: "aquí estaba mi hermana, cuando llegué me dijo <<claro mija (sic), pues ella no me daba cama pero yo me acostaba en el piso con mis cinco niños…más adelante mis sobrinos me echaban en cara la comida, la comida de mis hijos… ¡Es duro! Me decían que me fuera, que esto, que lo otro, me humillaban a mis hijos>> (f.6 u.a 15, 17). En estos casos la unión de las dos familias se presenta por un periodo corto, tras el cual los integrantes de la familia en situación de desplazamiento ven la necesidad de independizarse (González, 2009, p. 125).

Así mismo, es viable encontrar al interior de la comunidad desplazada actuaciones de colaboración que constituyen un ejercicio de los principios constitucionales y de los deberes que como ciudadanos estamos llamados a desarrollar:

> Esta actitud, la acción de dar a otros de forma desinteresada, se presentó en algunas madres y en sus hijos. Como se verá a continuación, la generosidad no sólo fomenta la unión familiar sino que también facilita los primeros lazos con la comunidad: "mis hijos si sinceramente son tan especiales!... Aquí me los trajeron a todos (otros niños del sector en condiciones más desfavorables que las de ellos) y eran todos chiquiticos, me dijeron: 'mamita esos niños están en ayunas, cómo van a hacer si son todos chiquiticos, ay mamita deles algo por favor, ¿si?' Y lloraban, 'es que no hay más' (dijo la madre), 'pues ahí hay sopa, pues así no comamos nosotros pero dele a los niños' (dice uno de sus hijos)...cuando hay agua de panela, se sienta como un viejito (el hijo) y se pone a darle (a una niña), o si no, pone el arroz así y lo machuca bien y le da" (f.6 u.a. 35, 37,44). Otra madre de familia señala: "a mí me parece muy lindo que uno como persona desplazada, tener ese amor de ayudar a otra persona de la misma situación en la que uno llegó" (Ídem, pp. 128-129).

Es fundamental reconocer que los niños por su calidad manifiesta de desprotección se encuentran en una situación de inasistencia por parte de las autoridades gubernamentales, lo que conlleva a una doble situación ellos: no solamente los aísla de un entorno cultural y social reconocido para llegar a uno completamente ajeno, sino que adicionalmente, la nueva situación de desplazamiento genera en los adultos integrantes del componente familiar un estado de falta de control que delimita actuaciones desventajosas para los niños como falta de recursos para sus

alimentos, la imposibilidad de proyectar un espacio para el esparcimiento, la viabilidad de trabajos informales para colaborar con el sustento de la familia y el riesgo inmensamente agravante de terminar en los límites de la prostitución infantil.

Bibliografía

Agencia Presidencial para la Acción Social. (2003). *Desplazamiento forzado en Colombia.* Bogotá: Acción Social.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2001). *Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo*. Bogotá: Kimpres.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2000). *La situación de los refugiados en el mundo. Cincuenta años de acción humanitaria.* Barcelona: Icaria Editorial.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2003). *La población desplazada en Bogotá: una responsabilidad de todos.* (M. F. Sánchez, Ed.) Bogotá: ACNUR, Bogota Cómo Vamos.

Atehortúa, C. I. (2009). Caracterización del desplazamiento forzado intraurbano. Medellín 2000-2004. *Opinión Jurídica, 8*(16), 99-114.

Bello, M.N. (2001). *Identidad, dignidad y desplazamiento forzado. Una lectura psicosocial.* En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Bermúdez, F. (2008). *Propuesta de paz: solución práctica al conflicto armado de Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios Políticos e Investigaciones Históricas.

Bustillo, J.M. (2001). *La organización de la población desplazada en Colombia y la reconstrucción del tejido social.* En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Castellanos, C. (2001). *Jugando de visitantes. Globalización y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Castillo, T. R. (2001). *Conflicto armado y desplazamiento forzoso en Bolívar: una mirada y una respuesta desde la Iglesia*. En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Coalición Contra la Vinculación de Niños, Niñas y Jóvenes al Conflicto Armado en Colombia. (febrero de 2007). *Informe Conflicto Armado en Colombia. Fronteras: La Infancia en el Límite.* Disponible en: http://www.coalico.org/publicaciones/informes.htm

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - Sisdes. (2001). *Desplazamiento en Colombia durante el primer trimestre del 2001*. Bogotá.

Conferencia Episcopal de Colombia. (1995). *Desplazados por Violencia en Colombia. Investigación sobre Derechos Humanos y Desplazamiento Interno en Colombia*. Serie Derechos Humanos. Bogotá: CEC.

Cubides, F; Domínguez, C. (1999). *Desplazados, migraciones internas y reestructuraciones territoriales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Deng, F. (2001). *Ponencia del Representante del Secretario General de Naciones Unidas para los desplazados internos.* En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Falla, U; Chávez, Y; Molano, G. (2010) Desplazamiento Forzado en Colombia. Análisis Documental e Informe de Investigación en la Unidad

de Atención Integral al Desplazado. *Tabula Rasa*. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Disponible en: http://www.ascofapsi.org.co/documentos/2010/v_catedra/sesion_2/informe_investigacion_UAID.pdf

Forero, E. (2003). *Un país que huye. Desplazamiento y violencia.* Bogotá: Kellogg Institute.

Fundación Dos Mundos. (2008). *Niñez y adolescencia en situación de desplazamiento forzado: hacia una política pública diferenciada.* Bogotá.

Gallón, A. (2003). *Infancia y desplazamiento forzado.* Medellín: Universidad Nacional de Colombia.

Garay, J. (2010). *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Aplicar políticas públicas idóneas y eficientes* (Vol. 4). Bogotá: Comisión nacional de seguimiento a la política pública sobre el desplazamiento forzado.

González, C. (2009). *Transformación y resiliencia en las familias desplazadas por las violencia hacia Bogotá. Intentando nuevas composiciones.* Bogotá.

Haugaard, L. (2001). *El Plan Colombia en los Estados Unidos.* En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Ibáñez, A.; Velásquez, A. (2008). *El impacto del desplazamiento forzoso en Colombia: condiciones socioeconómicas de la población desplazada, vinculación a los mercados laborales y políticas públicas*. Santiago de Chile: CEPAL.

Ihering, V. R. (2007). *La lucha por el Derecho.* Bogotá: Editorial Temis.

Institute for Economics and Peace. (2011). *Vision of Humanity*. Recuperado el 25 de mayo de 2011, de http://www.visionofhumanity.org/gpi-data/#/2011/scor/CO/detail

Lima, L (2001). *La intervención humanitaria y la acción humanitaria en el contexto de un conflicto armado interno*. En Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Lozano, F. (2001) *Validez y retos del conocimiento sobre el desplazamiento*. En Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Machado, A. (2001) *Reforma agraria, desarrollo rural y desplazados*. En Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Meertens, D. (2001). Cosiendo futuro: Cotidianidad y Proyectos de vida de mujeres desplazadas. En *Otras Palabras.* Bogotá: Universidad Nacional.

Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno (2006). *Implicaciones Psicosociales del Desplazamiento Forzado*. Bogotá. Disponible en: http://www.disaster-info.net/desplazados/informes/mencoldes/17/boletin17.pdf

Nordgren, R. (2001) *¿Responde realmente la cooperación internacional a lo que Colombia necesita?* En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Ojeda, G. y Murad, R. (2001). *Salud Sexual y reproductiva en zonas marginadas. Situación de las mujeres desplazadas*. Bogotá: Profamilia.

Osorio, F. (2001). *Territorios, identidades y acción colectiva*. En Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Palacio, M. (2007). *Manual Teórico y Práctico sobre Violencia Intrafamiliar*. Bogotá: Temis.

Pizarro, N. (2008). *El desplazamiento humano en Colombia: ¿disminuye o aumenta?* Barcelona: Universidad de Barceloma.

Proyecto Suyasun. (1997). Construyendo una esperanza: *trabajo social y sicológico con familias desplazadas*. Lima, Perú: Texto Editores.

Rojas, J. (2001). *Desplazados: lógicas de guerra - incertidumbres de paz*. En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Rueda, R. (2001). *Desarrollo urbano y desplazamiento forzado por la violencia sociopolítica en Colombia*. En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Quintana, G. (2009). *Configuración Demográfica Territorial Configuración Demográfica - Territorial del Sur de Bolívar en el Marco del Desplazamiento Forzado*. Bogotá: Grupo de Estudios Urbano Regionales del Magdalena Medio.

Saldías, C. (2004). *El Desplazamiento en Bogotá: Una Realidad Que Clama Atención*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá. Disponible en: http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/files/libros/Libro_desplazamiento_Bogota.pdf.

Sandoval, L. (2001). *Observaciones sobre sociedad, conflicto y proceso de paz en Colombia*. En Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Sarmiento, L. (2001). *Desarrollo societal, conflicto y territorio*. En Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Suárez, H. (2001) ¿Es el desplazamiento forzado un discurso minoritario? Reflexiones acerca del seminario: «Desplazamiento interno en Colombia, conflicto, paz y desarrollo» en Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Suárez, H. Dinámica del Desplazamiento Forzado en Colombia. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES. http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3822.pdf

Taborda, F. (2006). El desplazamiento: un estado de cosas inconstitucional sin superar.

Urdinola, P. (2010). *La población desplazada interna: el caso colombiano.* Amérique Latine. Histoire & Mémoire. Disponible en : http://alhim.revues.org/index525.html#tocto2n1

Valencia, A. (2001). *Algunos comentarios a las políticas y a la legislación nacional sobre el desplazamiento forzado en Colombia*. En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Varoli, F. (2001). *Sistemas de información sobre refugiados y desplazados internos*. En: Desplazamiento forzado interno en Colombia: conflicto, paz y desarrollo. Bogotá: Kimpres.

Zafra, G. (2010). *Los desplazados internos por la violencia: un problema fundamental en Colombia.* Bogotá: Organización de Estados Americanos.

Páginas web:

El Desplazamiento en Bogotá una realidad que clama atención. http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/?q=node/84

Situación Colombia – Desplazamiento Interno en Colombia
http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/

Desplazamiento Urbano y Migración en Colombia
http://www.institutodeestudiosurbanos.com/noticiasgeneral/46-notigral/328-desplazamiento-urbano-migracion-colombia.html

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento
http://www.codhes.org/

Las cooperativas de trabajo asociado, instrumentos para desregularizar las relaciones laborales

Libardo Antonio Juez Rubio

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Juez, R., Libardo, A. (2015) Las cooperativas de trabajo asociado, instrumentos para desregularizar las relaciones laborales. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 57- 86.

Resumen

El propósito de este documento es el de poder generar un espacio de reflexión Jurídico social con relación a las vinculaciones laborales que se han venido desarrollando por medio de las Cooperativas de Trabajo Asociado, teniendo como base, los fines de la ley 79 de 1988 (Economía solidaria) y que, con la aparición en la década de los noventa de la apertura económica, que tanta influencia tuvo en las relaciones laborales, permitió el paso de la tercerización laboral, entre otras figuras, como esa posibilidad que el empleador utilice, los servicios de terceras per-

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación de la Universidad La Gran Colombia.

** Abogado. Especialista en Derecho Laboral. Docente Universitario Universidad la Gran Colombia. Email: libardo.juez@ugc.edu.co

sonas para que desarrollen las actividades productivas de la empresa y así, aspirar a desprenderse de sus obligaciones laborales directas y para ello, habilidosamente se utilizó a las entidades como las C.T.A, para tales propósitos, pero dejando de lado las prohibiciones normativas, que han prohibido que las C.T.A, actúen como intermediarias.

Palabras Clave: Cooperativas de trabajo asociado, intermediación, relación de trabajo, asociación, subordinación, desregularización, contrato realidad, derechos laborales.

Work associated cooperatives, instruments for deregulation of labor relations

Abstract

The purpose of this paper is generate a social- Juridical reflection space with relationship to the labor linkings that one has come developing by means of the Cooperatives of Work Associate. Thus, It has like base, the objectives of the law 79 of 1988 (solidary Economy) and that, with the appearance in the decade of the ninety of the economic opening that so much influence had in the labor relationship. It has allowed the step for the labor tercerización, among other figures, as that possibility that the employer uses the services of third people so that they develop the productive activities of the company and this way, to aspire to come off of his direct labor obligations and for it, hability was used the entities like the C.T.A, for such purposes, but leaving aside the normative prohibitions that have prohibited that the C.T.A, act as middlemen.

Key Words: Cooperative of work associate, Intermediation, works Relationship, association, Subordination, reality contract, labor rights.

1. Antecedentes del cooperativismo asociado

Las cooperativas surgieron por la necesidad del hombre de ayudarse en forma solidaria y así mismo buscar otras formas de ayudas económicas y laborales. Por ende, las cooperativas nacen como organizaciones con el fin de aprovechar todas aquellas ideas de cooperación y de participación, y por ello se ha señalado:

> *"...la participación no sólo se puede considerar como un deber ciudadano, político, individual y colectivo, que posibilita la búsqueda de espacios de intercambios transaccionales potencializadores de crecimiento y de desarrollo*
>
> *La participación, es lo que en últimas nos permite existir como ser social, puesto que son posibilita establecer referentes colectivos e individuales, regulando las relaciones al interior de la sociedad y generando redes de apoyo perceptibles que impulsan, mantiene y generan formas de convivencias y niveles en cuanto a calidad de vistas se refiere.*
>
> *Por tanto la participación es algo inevitable a mi modo de ver, a diario participamos en diferentes situaciones y diferentes escenarios, desde la institución familiar hasta otras organizaciones como las empresas, los supermercados, los colegios, las universidades, etc., Ahora bien, la pregunta sería más bien ¿En qué tipo de organizaciones? Y ¿Qué tipo de participación? ¿Acaso la respuesta a estos interrogantes estará mediada por los contextos y el tipo de metas fijadas en dichos contextos?"*[1]

1. Torres Reyes Aura María, Artículo *"Una mirada hacia la participación y sus espacios dentro de la economía solidaria en Colombia"* en revista Acciones e Investigaciones sociales. No 18... Pág. 205. Aragón.2003.

La solidaridad (De solidario). 1. f. Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros. 2. f. Der. Modo de derecho u obligación in sólidum. Solidarizar. 1. tr. Hacer a alguien o algo solidario con otra persona o cosa. U. t. c. prnl. Solidario, ria. (De sólido). 1. adj. Adherido o asociado a la causa, empresa u opinión de alguien. 2. adj. Der. Se dice de las obligaciones contraídas in sólidum y de las personas que las contraen. SOLIDARIAMENTE. 1. adv. m. De modo solidario. 2. adv. m. Der. in sólidum[2].

En la actualidad, los seres humanos realizan sus actividades laborales bajo tres modalidades básicas:

a. De manera independiente, quedando en este caso, determinados por sus propias capacidades y auto-regulación, aunque el legislador ha querido ingerir en dichas actividades profiriendo una serie de normatividad al respecto.

b. En forma dependiente asalariada, bajo la continuada subordinación a un empleador que se limita a reconocerle una remuneración producto de negociaciones individuales o colectivas.

c. Bajo una tercera forma, la del trabajo asociado, en donde se considera que "ante la desesperanza global que estas realidades suscitan, es necesario hacer aportes a nivel individual y colectivo, para lograr una más equitativa distribución de los bienes y servicios, reconociendo los valores trascendentales en las relaciones humanas"[3], donde el trabajo y la gestión se realizan conjuntamente, sin las limi-

2. *Real Academia Española [en línea]: Diccionario en línea de la Real Academia Española. [Madrid]: RAE, 2004. http:// www. rae. es/ [Consulta: 09 de agosto 2008].*
3. Pérez Riestra, Estela M. *Cooperativismo en Puerto Rico: análisis de las cooperativas de trabajo asociado sector industrial*. España: Universidad Complutense de Madrid, 2008. pág. 4.

taciones propias del trabajo individual ni exclusivamente bajo las reglas del trabajo asalariado dependiente.[4].

El autor e investigador de cooperativismo Francisco Luís Jiménez Arcila, en su obra: El Cooperativismo ayer, hoy y mañana[5] nos reflexiona: "El Trabajo Produce el Capital. Él (capital) es hijo de aquel (trabajo), pero los papeles se invirtieron y el capital no reconoció el trabajo como hijo sino que lo esclavizó".

El sistema cooperativo es tan antiguo como la historia, el ser humano siempre ha necesitado de los demás para desarrollar sus formas de trabajo, observemos como, hubo manifestaciones pre-cooperativas en Babilonia, constituidas en organizaciones para arrendamiento y explotación en común de las tierras laborables; y entre los griegos y romanos, las asociaciones de seguros de los artesanos y a ciertos fondos voluntarios de ayuda mutua (especialmente para procurar sepultura).

Así, desde los tiempos de Sócrates en que se hablaba del individualismo sofístico,[6] "*Sócrates opone, no el concepto de un hombre universal, un hombre – razón que no posea ya ninguno de los caracteres precisos y diferenciados del individuo, sino el vínculo de solidaridad y de justicia entre los hombres, por el cual ninguno de ellos puede liberarse ni lograr algo bueno por sí solo, antes bien cada uno se halla necesariamente vinculado a los demás y puede progresar* únicamente *con su ayuda y ayudándoles a su vez. El universalismo socrático no es*

4. Declaración Mundial sobre Cooperativismo de Trabajo Asociado, Aprobada por la Asamblea General de la ACI en Cartagena, Colombia, el 23 de Septiembre de 2005. Esta declaración se adaptada a los distintos idiomas del mundo tomando en cuenta las varias. Ubicación Internet: http/www.portalcoooperativo/eventos/cta07/memorias/CICOPA.pdf.
5. JIMÉNEZ ARCILA, Francisco Luís. El Cooperativismo ayer, hoy y mañana. Medellín, Confecoop Antioquia. 2002, p. 73,75.
6. *"La palabra sofista no tiene ningún significado filosófico determinado y no indica una escuela. Originariamente significó solamente sabio y se empleaba para indicar a los Siete Sabios, a Pitágoras y a cuantos se distinguían en cualquier actividad teorética o práctica, eran sofistas lo que hacían profesión de sabiduría y la enseñaban mediante remuneración"*

la negación de los individuos: es el recogimiento de que el valor del individuo no se puede entender ni realizar sino en las relaciones entre individuos. Pero la relación entre individuos, cuando garantiza a cada cual la libertad de la búsqueda de sí mismo, es una relación fundada en la virtud y la justicia"[7]

En la antigua Grecia también existieron asociaciones de forma cooperativa. Para los años 700 a. C. y 300 a. C., se destacaron principalmente las sociedades religiosas. Muchos griegos de clase media y baja pertenecían a alguna asociación que prestaba ayuda en los momentos difíciles, y otras cubrían parte de los gastos cuando algunos miembros realizaban largos viajes. Estas sociedades lograron un significativo desarrollo al integrar objetivos económicos y jurídicos como parte de su idiosincrasia. Admitían toda clase de ciudadanos, esclavos, personas libres, extranjeras y mujeres, quienes podían participar libremente. Sus miembros se ocupaban de los asuntos administrativos y celebraban asambleas.

En el Oriente, especialmente en la antigua China se formaron asociaciones de ahorro y crédito. Durante la dinastía de Han (200 a. C.), a Pong Kong, un chino adinerado y de gran influencia, se le atribuye la primera sociedad de préstamos de forma cooperativa. Esas asociaciones tenían pocos miembros y no tenían gastos de administración. Los miembros pagaban sus cuotas y aportaciones a intervalos determinados y distribuían los beneficios en partes iguales. También establecieron mecanismos para el reembolso de los préstamos, la subasta de los préstamos, y un sistema de multas para evitar la morosidad en el compromiso de los aportes al fondo.

En Roma, desde el comienzo de su historia, surgieron organizaciones cooperativas artesanales llamadas "collegia"[8], que aparentaban ser de

7. SARPE. Historia del pensamiento. Filosofía antigua. Comienzos de la patriótica. Ed. Sarpe. Barcelona. 1982. Pág. 93.
8. *Todo lo anterior puede tener que ver con lo que eran en Roma los Collegia, sociedades de ayuda mutua que se agrupaban para ocuparse de las necesidades de sus miembros. Generalmente, se agrupaban como miembros de un oficio común y durante mucho tiempo tuvieron*

carácter religioso. En la época del Rey Numa Pompilio, los "collegia" estuvieron dedicados a diferentes actividades de tipo artesanal. Su objetivo principal era defender intereses comunes de los trabajadores. Las motivaciones principales de los artesanos romanos para industria enriquecieron a pequeños grupos de terratenientes y capitalistas dueños y organizadores del comercio y la industria. Sin embargo, la pobreza aguda se extendía a los trabajadores y a sus familias.

Las fábricas sustituyeron a los talleres familiares como centros de trabajo. Se generó una migración de las zonas rurales a las zonas urbanas en busca de trabajo industrial y mejor calidad de vida. Se formaron grandes ciudades y suburbios en los que los trabajadores vivían hacinados y en condiciones infrahumanas.

Las condiciones de trabajo eran muy fuertes, recibían salarios muy bajos y las jornadas se extendían por largos períodos de tiempo. Los trabajadores, sin protección alguna, estaban sometidos a las decisiones arbitrarias de sus patronos, a la reducción de los salarios, despido, multas y castigos. Como un mecanismo para mantener el desvalimiento y la subordinación, algunos empresarios ofrecían paga anticipada a los obreros, con el propósito de que éstos mantuvieran una deuda permanente con sus patronos. El nuevo sistema cambió el ritmo de vida acostumbrado por un ritmo de vida que lo controlaba el patrono.

Del análisis profundo de las organizaciones asociativas, como de las diversas investigaciones al respecto, se puede observar un profundo deseo

---

gran éxito, especialmente los llamados Collegia opificum, es decir, colegios artesanos. Trajano funda en Roma el colegio de los panaderos y Severo estabiliza las asociaciones de comerciantes y artesanos en Roma y en las provincias. En algunos de estos colegios se pagaba cuota para tener a cambio sepultura digna, y también solía ser tradicional el almuerzo a base de «buen vino», pan y cuatro sardinas para cada socio. Algunas de estas asociaciones contaban con la protección de ciudadanos ricos que pagaban los almuerzos sociales o dejaban posesiones para mantenimiento de la sociedad. http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pRef=1651_31_525421__Oviedo-Collegia. "los collegia. Agosto 17 de 2008.de su ca-

de organizar la sociedad en una forma más justa y fraternal, eliminando las diferencias de orden económico por medio de procedimientos de propiedad comunitaria y de trabajo colectivo.

El cooperativismo del siglo XVIII, como sustento del socialismo utópico, planteó una serie de teorías que vinieron evolucionando hasta llegar a nuestros días, teniendo como aspecto teleológico el beneficio del bien común, pero especialmente solidario, las cuales han repercutido grandemente en muchas economías tanto europeas como latinas y que han generado verdaderos modelos económicos como los caso de Rusia e Israel con los famosos kibutz[9] como es el caso de Israel, clásico ejemplo de las limitaciones impuestas por el medio físico al desarrollo del espacio agrario y de la capacidad de respuesta del hombre para reducir al máximo las mismas mediante la aplicación de los principios colectivistas y cooperativistas y de los avances tecnológicos en la agricultura. En el cooperativismo israelí, características muy particulares al tratarse de la colonización agrícola de un nuevo país, consisten en la adopción del modelo Kibuziano colectivista y del cooperativista de los mohasvim, para tratar de adecuarse a las necesidades económicas y sociales del país. Estas cooperativas se inician especialmente hacia finales del siglo XIX, entre 1870 y 1880. Los primeros pueblos cooperativos o mohasvim se crearon en 1921, por miembros de antiguos Kibutzim, bajo los nombres de Nahalal y Kfar.

Kibutz en hebreo significa grupo o colectivo. Designa por consiguiente, a un tipo de comunidad colectivas regidas por ideas socialistas democráticas. Debemos señalar que el cooperativismo y el colectivismo israelíes, son ejemplos de movimientos comunales con un alto reconocimiento en la historia, y fue la base de creación del Estado de Israel.Su ideología de sionismo socialista, los llevó a poner en primer plano la producción agrí-

9 Miguel Ángel Poblete Piedrabuena, Carlos Javier Pardo Abad. Artículo "Los modelos de colonización agrícola israelíes: el kibutz y moshav" Revista cuatrimestral de geografía, No 19-20. Pág. 202-207. Revista ERIA. Edit. Oviedo. 1989.

cola, bajo el precepto que el hombre debe producir su propio sustento, y que la propiedad es de toda la comunidad, es decir colectiva.

2. Breve escenario del cooperativismo en Colombia

Según el libro "El Estado y la Acción Política del Cooperativismo", en el año de 1916, durante la administración del Presidente José Vicente Concha, Benjamín Herrera, Ministro de Agricultura y Comercio, presentó a consideración del Congreso de la República el primer proyecto cooperativo del que se tenga noticia, respaldándolo con razones que aún tienen vigencia para el fomento de las cooperativas agrícolas en el país.

Hacia 1920, el Presbítero Adán Puerto, después de un viaje a Europa donde pudo apreciar directamente los adelantos del sistema, se dedicó a difundir el pensamiento cooperativo y a indicar la necesidad de unir la actividad sindical con la actividad de las cooperativas. Las tesis del sacerdote boyacense fueron expuestas de diversas maneras y en varias oportunidades: a partir de 1921, en el Boletín Diocesano de la ciudad de Tunja; en los años de 1922 y 1923, durante las jornadas de estudios de sociales y desde el semanario El Vigía que se editaba también en Tunja.

Colombia, ante la gran inestabilidad económica y política del momento, expide la primera ley cooperativa, materializada en la ley 134 de 1931, que introdujo la sociedad cooperativa, lo cual se dio durante el gobierno de Enrique Olaya Herrera, así se logra formalmente, el nacimiento del movimiento cooperativo en Colombia. La historia legislativa cooperativa colombiana se ha dividido en tres grandes etapas de conformidad con la vigencia de las diferentes normatividades que han regulado la materia, a saber:

a) Ley 134 de 1931,
b) Decreto-Ley 1598 de 1963 y
c) Ley 79 de 1988 y sus decretos reglamentarios.

Durante los años 1951 y 1960, entra la gran crisis de los partidos políticos, el Frente Nacional, el crecimiento del sindicalismo, quienes buscan mejores prebendas de orden laboral, el cooperativismo toma y se constituye en una fuerza económica. A la par que el cooperativismo se afianza en el país, se convierte en un papel predominante en América Latina. A su vez resalta cómo, en el sector nacional continúan las inquietudes sobre las reformas legislativas y el manejo financiero de las cooperativas a nivel interno. Así mismo, se hace relevante el hecho de la interrelación cooperativa con el sindicalismo, ya que el primero, como régimen socioeconómico, lucha por el justo precio y el segundo lo complementa con su lucha por el justo salario. De igual manera, se muestra el fomento a la educación cooperativa, por la cual debería tener interés el gobierno, las cooperativas y las empresas donde trabajen los cooperadores. Se resalta que el sistema sólo persigue la armonía entre los hombres, el bienestar de las clases laborales, el entendimiento entre patrones y dependientes y que la justicia y la paz sociales sean una realidad.

La investigadora en cooperativismo Deysi Arias Arias[10], en su investigación hace un recuento del avance cooperativo en Colombia y señala como entre los años 1961 y 1970, se aplican los principios cooperativos, los cuales se empiezan a desarrollar mientras el país se encontraba inmerso en el Frente Nacional, con toda la influencia de las revoluciones externas que incidían en los pensamientos e ideologías de los diversos sectores nacionales, pero ello llevó a que se promoviera el cooperativismo, el cual se tenía como *" … un postulado inflexible de moral social, de integridad personal y de auténtica democracia.* Así mismo, se detiene al análisis de la función que desempeña el Estado, con relación a los aspectos cooperativos y se promueve un desarrollo dinámico y un crecimiento saludable del cooperativismo.

10 *Arias Arias Deisy, El estado del arte de la economía solidaria en Bogotá. Ed. Universidad Cooperativa de Colombia. 2006. Pág. 49,50.*

Es importante resaltar como con la expedición del decreto 1598 de 1963, adquiere vida propia el tema sobre cooperativas de trabajo asociado, mediante el cual se introduce el concepto de especialización y particularmente a las cooperativas de ahorro y crédito.

Para los años (1971 y 1980), se señala el crecimiento económico en donde el país se empieza a preparar para la modernización del Estado y la arremetida del capitalismo, que influyen en la aplicación de impuestos, reformas judiciales y nacen instituciones, como el ICBF, ICFES y PROEXPO. Sin embargo con la expedición de la ley 79 de 1988, se fija el marco jurídico en relación con las cooperativas de trabajo asociado, el cual es regulado por el decreto 468 de 1990, por ello se dice que tal normatividad constituyó un gran avance en el desarrollo de las precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado.

La bonanza cafetera, generó riquezas para un sector dominante de la población del país. Estos factores permitieron el crecimiento del sector, con la creación de múltiples cooperativas en las diferentes regiones del país, las cuales buscaban ser fuentes de empleo y formas de producción alternas a las tradicionales.

No obstante, el cooperativismo era incipiente, pero ha logrado desarrollarse con propiedad pero con plena aplicación de sus principios y postulados, en especial entendiendo que se puede convertir en grandes soluciones de índole social, económica por las que se encuentran atravesando el pueblo. Igualmente, la autora resalta cómo el espíritu de cooperación y solidaridad es innato del ser humano, y cómo esto se refleja en el hecho de que las formas de economía individual pasaron a convertirse en organizaciones económicas asociativas, creadas por libre iniciativa.

Entre los años 1981 a 1990, el cooperativismo entra en crisis, caracterizándose por el fortalecimiento del narcotráfico, el debilitamiento de

los movimientos estudiantiles y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa. De este período se revisaron seis documentos, entre ellos un estudio sobre la crisis y las memorias del Seminario Internacional de Plantación del Desarrollo Cooperativo en Colombia y el Primer Congreso Cooperativo, los cuales señalan aspectos sobre la historia, el desarrollo y la crisis del cooperativismo.

Carlos Uribe Garzón, experto en materia de cooperativismo, señala como, después de la crisis financiera en Colombia en 1982, las cooperativas incorporaron estratégicamente la captación de depósitos, y liderados por UCONAL, comenzaron a obtener los recursos del público, coincidente con una serie de medidas del Gobierno Nacional, orientadas a fortalecer la estructura técnica y legal de las instituciones financieras.

En 1985, se expidió el decreto 1659, por el cual se dictan normas para el ejercicio de la actividad financiera por parte de las entidades cooperativas, modificado posteriormente por el decreto 1658 de 1986, que reconoció la existencia de organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, las cooperativas de ahorro y crédito y las cooperativas de seguros, actividad que se ejercería de manera especializada y su control concurrente por parte de las Superintendencia Bancaria y el entonces organismo especializado de vigilancia y control para el sector cooperativo, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP).

Con la expedición de la Ley 79 de 1998, se reconoce la condición de organismos financieros a las cooperativas de ahorro y crédito, así como a los organismos de integración que desarrollan tal actividad. Se destaca en esta Ley, que por primera vez, se permitió la organización de instituciones financieras, en sus diversas modalidades, bajo la naturaleza jurídica cooperativa.

De aquí surge la posibilidad y la razón por la cual nacieron los bancos cooperativos en Colombia.

En 1997, se inició la crisis del sector cooperativo colombiano, que obligó a la liquidación de dos bancos cooperativos, UCONAL y BANCOOP, y a la indirecta conversión de COOPDESARROLLO en sociedad anónima, luego de las fusiones forzosas de CUPOCREDITO y COOPSIBATE y de recibir los activos y pasivos de BANCOOP, COOPDESARROLLO se transforma en el Banco MEGABANCO S.A., COOPDESARROLLO continúa siendo el principal accionista del Banco, manteniendo el control del mismo. De esta forma, no quedó ningún banco de naturaleza cooperativa.

3. Perspectivas, innovación y desarrollo de las cooperativas de trabajo asociado en Colombia

Es difícil poder definir o concretar el desarrollo o evolución del cooperativismo asociado, por lo menos hasta el año 2000, año en el que se les obligó a presentar registro mercantil y reportar sus estados financieros ante la Superintendencia de Economía Solidaria. No obstante ésta, cuenta con algunas estadísticas.

Según Dávila L. G. Ricardo, el modelo cooperativo[11] es una innovación ya que plantea arreglo organizacional, una manera diferente de administrar el poder, el capital humano, donde se coloca a la persona en el centro, se le pregona y propicia una gestión democrática y participativa. La puesta de estos elementos al interior de la organización es lo que se conoce como innovación. La innovación genera ventajas competitivas para la cooperativa gracias a ello, pueden reducir los costos (sean éstos de cualquier tipo: administración, financieros, etc.) y generar más ingresos para el asociado empresa.

11. Dávila L. de G Ricardo " *Las cooperativas en Colombia: innovación organizacional y novedad académica. Colombia. Ed Cuadernos de Desarrollo Rural, 2006. p 106.*

La innovación consiste en conocer y asumir las nuevas necesidades asociadas, logrando adecuar la organización a estos requerimientos. Se da en cuanto a las formas y modos de organización y administración que desarrollan para atender las necesidades de la base social. En la situación se traduce en la existencia de la asamblea y del núcleo responsable del gobierno, la dirección, y la toma de decisiones. Es de la acción colectiva sobre la acción individual. Es la puesta en gerencia colegiada basada en el trabajo en equipo, con base en la cual servicios a los asociados; una gerencia que tiene claro el sentido económico y social, y de una gerencia eficaz con sentido social.

La innovación en la cooperativa es la combinación de la organización administrativa en el nivel de la empresa con la organización social que supone componente de solidaridad. Esta innovación permite entender el porqué y el cómo de la acción colectiva (Norma Guiarraca, 1994: 11).

De acuerdo con diversas investigaciones realizadas, sobre cooperativismo, se llega a la conclusión que la tendencia histórica evidencia que el aporte al sector ha sido sustancial, puesto que la reconstrucción histórica del cooperativismo y del sector solidario presenta coherencia y claridad en los diversos documentos, permitiendo de este modo una base teórica sólida acerca del origen, proceso y desarrollo de la economía solidaria en Colombia.

Con respecto a la tendencia doctrinal, aunque hay pocos escritos, es de gran importancia para el sector cooperativo ya que cita los principios y valores del sector cooperativo en general, los textos que se refieren a esta tendencia realizan un amplio abordaje teórico consolidando la doctrina solidaria, otorgándole fundamentos filosóficos propios del sector solidario.

La economía solidaria se nutre de distintas formas de pensamiento para construir sus principios y valores desde los cuales se rige, elementos filosóficos como el humanismo, el socialismo, el sindicalismo, el ámbito

teológico y social denotando la importancia del ser humano como principal actor de esta clase de economía.

Gracias a los cambios y al avance del sector solidario, en las cooperativas se manejan nuevos campos de acción en apoyo a la población más vulnerable, con una visión hacia el futuro próspero y productivo. Procurando la consecución de los objetivos cooperativos, tales como el bienestar y el factor económico que tanto importan a esta sociedad.

Estructuralmente, la economía solidaria se rige bajo principios y fines que normatizan su quehacer cultural, social, político y económico en el contexto global. El medio ambiente, a pesar de ser uno de los principios que promulga la economía solidaria y un pilar en el desarrollo económico (más específicamente en el desarrollo económico solidario), es un tema al cual no se le ha dado la importancia que merece teórica y conceptualmente, pues, aunque se han adelantado escritos en cuanto al tema, es evidente que no ha sido suficientemente trabajado, lo que impide el desarrollo integral del sector solidario, ya que el tema del medio ambiente y el desarrollo sostenible y sustentable compromete las labores presentes, que repercuten en el futuro del ser humano y de la sociedad inmersa en el macro contexto económico, político, social y cultural, lo que trae como consecuencia correr con el riesgo de gestionar labores empresariales solidarias.

No podemos dejar de lado que en nuestro país, con la vigencia de la Ley 50 de 1990, también llamado proceso de "flexibilización" laboral, que presuntamente está basada en una serie de reformas que implicaban transformación en las relaciones laborales, con el ánimo de generar empleo, reduciendo costos laborales a los empleadores y así, estos, pudieran generar puestos de trabajo y para ello se acabó con la retroactividad de las cesantías, el no reintegro después de 10 años laborados, la liquidación anualizada, contratos a término fijo inferior a un año, entre otras cosas, fueron reformas que solamente beneficiaron a los empleadores, porque,

en primer lugar no se generó empleo, al contrario se generó mayor incremento de desempleo, dado por la misma forma de contratación a término fijo, ya que lo único que obtuvo fue la desestabilización laboral, proceso que en la práctica no ha significado más que la sistemática desvinculación laboral directa y la eliminación de los derechos de contratación colectiva y organización sindical de los trabajadores.

Consecuencia de lo anterior, aparecen con mayor auge, en dicho escenario de tristeza laboral las CTA, generando un espacio de solución a las dificultades económicas de los desempleados, ofreciendo la posibilidad de una ayuda autogestionaria, basada en el principio de la solidaridad, según lo establece la legislación y no concurren al escenario del mercado como intermediarias de otro agente económico. O dicho de otra manera: no fueron creadas para suplirles o subcontratarles trabajo a otros agentes económicos, pero como la ley tiene sus grandes vacíos, y aunado a la inercia y omisión de vigilancia de las autoridades competentes para su control, como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, se fue observando que muchas C.T.A por no decir la mayoría, han devenido en intermediarias de otros agentes económicos, en simples suministradoras de mano de obra a terceros, deslaboralizando o desregularizando las relaciones laborales de los trabajadores.

Por lo tanto, las perspectivas de estas cooperativas se convirtieron en cooperativas de fachada, que no han cumplido la esencia de su creación o los objetivos teleológicos de la normatividad de la economía solidaria y al contrario se incrementaron de manera exorbitante en las dos últimas décadas, prácticamente sin control alguno, con el amparo de los mismos empresarios, que las utilizan como instrumento de rebaja de impuestos y costos laborales, lesionando de paso, los derechos de los trabajadores, situación además, plenamente dolosa y solo con algunas últimas expediciones de normas reglamentarias se pretende acabar con el abuso de las C.T.A sobre los derechos de los trabajadores, pero que en últimas, dichas normas quedan en la exégesis, pero no en la práctica.

Las CTA lo único que han generado, bajo esa forma soterrada, simulada y abusiva de la vinculación de los denominados presuntos "socios autogestionarios" especialmente con la vigencia de la ley 50 de 1990, es el camino y la vía libre al desmonte de los costos directos de la mano de obra, circunstancias que afectan el nivel de vida de los trabajadores. La ley respeta la antigüedad del trabajador, pero éste puede renunciar a ella y acogerse a la Ley 50. Fue así como muchos corteros renunciaron a las empresas a cambio de una suma de dinero pactada, y la promesa de continuar vinculados a la empresa a través de intermediarios de fuerza laboral, conocidos bajo el genérico de contratistas y para ello se han utilizado a las C.T.A.

Las prácticas del encubrimiento de las relaciones laborales se pueden hacer palpables tanto en las grandes empresas como en las medianas, pequeñas y microempresas de nuestro país, lo que se ha perfeccionado con el incremento desaforado de las Cooperativas de Trabajo Asociado, consiguiendo con ello, en un derecho laboral inequitativo, desconocedor de la realidad económica y de su propio espíritu primigenio, e incluso injusto tanto para empresarios como para trabajadores.

No obstante, no podemos dejar de lado que la inflexibilización de las normas laborales, también han incidido en todo lo relacionado, ya que, en el evento de los empleadores, ante las cargas laborales, aportes parafiscales, aportes a la Seguridad Social Integral, que acorde al desarrollo jurisprudencial se debe considerar como parte de los aportes parafiscales e impuestos y tributos cada vez más onerosos que implementa el Estado; implica que la situación del derecho laboral es injusto en la medida en que no existe razón que pueda justificar el que tanto una gran empresa como una microempresa deban pagar por concepto de prestaciones sociales a sus trabajadores las mismas cantidades de dinero proporcionalmente hablando, ya que por supuesto el impacto económico en la segunda es mayor, obligando a estas pequeñas unidades a sacrificar nuevas inver-

siones en maquinaria, equipos e incluso mejora de las instalaciones por tener que cumplir con normas demasiado rígidas y que imponen costos elevados para ellas.

Por su parte, se deriva de esta situación un marco de injusticia para el trabajador, debido a que en los últimos años, el sistema, el incremento del desempleo, los bajos salarios, la desprotección a la seguridad social integral, los obliga a verse forzados a desarrollar su labor bajo formas de contratación presuntamente no laborales, como las de la economía solidaria, debido a que, si el microempresario lo hiciera bajo las normas propias del contrato de trabajo asumiría costos que con seguridad resultan demasiado onerosos para su empresa.

4. Incidencia de las cooperativas de trabajo asociado dentro del sector solidario y la influencia en el empleo

No hay duda alguna que, el trabajo solidario en su aspecto teleológico es el núcleo de la economía solidaria que puede perfectamente dar oportunidades de fortalecer las cualidades en cada individuo para que, bajo el principio de orden Constitucional, denominado de la solidaridad, permite que exista ayuda mutua, máxime en un país como el nuestro, en donde la tasa de desempleo es cada día más alta, al contrario de lo que el gobierno pretende hacernos ver con estadísticas manipuladas y de acuerdo a sus propios intereses

La realidad social que ha venido atravesando nuestro país en los últimos tiempos y especialmente con el tema de la flexibilización laboral ha llevado a que se hable de nuevas formas de contratación que lo único que ha obtenido es la flagrante violación de los derechos de los trabajadores, bajo la simulada y bien disfrazada contratación mediante las cooperativas de trabajo asociado.

Por ende, no se pretende desconocer, de ninguna manera, la incidencia del verdadero trabajo autogestionario, de las C.T.A, en la generación de empleo sino colocar de presente la habilidosa maniobra que se está utilizando para deslaboralizar las relaciones laborales, mediante la utilización de un mecanismo que puede ser verdaderamente idóneo, como es el de la economía solidaria, amparados en una situación de orden legal.

En Colombia el sector cooperativo, referente a las Cooperativas de Trabajo Asociado, inmersas dentro de lo que se denomina Economía Solidaria, que se crea y consagra en la ley marco 79 de 1988 [12](Ley del Cooperativismo), que las define como entidades sin ánimo de lucro[13] sujetas a la reglamentación cooperativa, no a la legislación civil o comercial, como tampoco a la legislación laboral, que regula la relación entre el patrono y el trabajador.

Así que, la figura del patrono es extraña a la filosofía y al marco jurídico de las CTA, máxime que desde el punto de vista normativo, administrativamente son autónomas y cada cooperativa organiza sus actividades y establece las condiciones de trabajo de sus asociados como bien lo

12. Ley 79.1988. Articulo1o. El propósito de la presente ley es dotar al sector cooperativo de un marco propicio para su desarrollo como parte fundamental de la economía nacional, de acuerdo con los siguientes objetivos:
1o. Facilitar la aplicación y práctica de la doctrina y los principios del cooperativismo.
2o. Promover el desarrollo del derecho cooperativo como rama especial del ordenamiento jurídico general.
3o. Contribuir al fortalecimiento de la solidaridad y la economía social.
4o. contribuir al ejercicio y perfeccionamiento de la democracia, mediante una activa participación.
5o. Fortalecer el apoyo del Gobierno Nacional, departamental y municipal al sector cooperativo.
6o. Propiciar la participación del sector cooperativo en el diseño y ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y
7o. Propender al fortalecimiento y consolidación de la integración cooperativa en sus diferentes manifestaciones.
13. Ley 79-88 Artículo 4 Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes de los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

considere. Asimismo acuerda la distribución de los excedentes, o de las pérdidas si es del caso, porque todos los asociados asumen por igual los riesgos de cada labor que ejecuta la cooperativa.

La ley permite que estas personas se asocien y aúnen recursos y esfuerzos para sacar adelante una empresa productiva de bienes o servicios. De esta manera cada asociado no sólo genera su propio empleo sino que construye empresa. Precisamente por eso, por promover esos principios y valores solidarios, es que el legislador concede a las CTA ciertas favorabilidades y exenciones tributarias. Incluso desde el mismo Estado se promueven con el argumento de que son útiles en la generación de empleo y la creación de condiciones para la inversión extranjera en el proceso de globalización de la economía, lo cual es bastante discutible.

Precisamente, observemos lo que está sucediendo con el sector de la salud, en donde el Gobierno Nacional, con las facultades que le otorgo el Constituyente[14], se ha dedicado a la liquidación de entidades hospitalarias y está recurriendo a vincular a dichos trabajadores a Cooperativas de Trabajo Asociado, bajo el entendido que tal forma de vinculación es totalmente legal, dado que se encuentra amparada tal situación jurídica por la ley 79 del 88 y sus decretos reglamentarios, por ende, no se hace exigible generar una nueva planta de personal y que no se violenta derecho laboral alguno, ya que al afiliarse voluntariamente el ex trabajador a este tipo de cooperativa, existirá total respeto al derecho de avocación. Así, se está obligando a los trabajadores de la salud, a afiliarse a coope-

14 C.N. Art. 20 Transitorio." El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una comisión conformada por tres expertos en administración pública o derecho administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimiera, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias que ella establece"

rativas de trabajo asociado para seguir prestando servicios en las pocas instituciones que van sobreviviendo a la liquidación odiosa que viene ejerciendo el Gobierno Nacional, con total violación a lo manifestado por el constituyente en el inciso segundo del Art. 2 de la Carta Magna, en cuanto son las autoridades de la República quienes están instituidas para protegernos en nuestra vida, honra bienes, creencias y demás derechos y libertades, encontrándonos con una realidad totalmente opuesta a dicho mandato Constitucional.

De esta forma, y bajo tales premisas debidamente acomodadas, es el propio estado quien violenta derechos laborales, a través de la simulación de vinculaciones presuntamente autogestionarias y es aquí en donde se debe aplicar la figura jurídica del contrato realidad, del cual nos ocuparemos más adelante.

Así que las CTA, desde el punto de vista exegético, no concurren al escenario del mercado como intermediarias de otro agente económico, o dicho de otra manera: no fueron creadas para suplirles o subcontratarles trabajo a otros agentes económicos. Pero resulta que la ley tiene sus esguinces y lo que hoy se observa es que muchas CTA, por no decir la mayoría, han devenido en intermediarias de otros agentes económicos, en simples suministradoras de mano de obra para terceros. Se han convertido en cooperativas de fachada, que ni siquiera cumplen los elementales protocolos del cooperativismo y florecen al amparo de los mismos empresarios, que las utilizan como instrumento de rebaja de impuestos y costos laborales; desdibujando con ello la filosofía y el objeto para el cual fueron creadas, lesionando de paso los derechos de los trabajadores.

5. Marco jurídico y su desarrollo legal

Las cooperativas de trabajo Asociado creadas mediante ley 79 de 1988, se han venido decantando por la necesidad de ajustar sus actividades,

procedimientos, y para ello, una de las primeras regulaciones después del año 1990, fue la expedición del decreto 4588 de 2006[15], mediante el cual y con la supuesta presunción de protección y regulación de esta forma de economía solidaria, aclarando a su vez que dicha normatividad deroga el Decreto 468 de 1990, que regula la ley 79 de 1988, señala como objeto principal regular el trabajo asociado cooperativo, precisar su naturaleza y señalar las reglas básicas de su organización y funcionamiento. No obstante, al analizar la ley 79 de 1988 observaremos que allí lo único que se hace es reiterar una vez más, lo manifestado por el legislador en la ley en mención ya que, en su Art. 3 expresa: *Naturaleza de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.*

Por tanto, dicha normatividad no hizo nada diferente a reiterar los mandatos de la ley 79 de 1988. Posteriormente y ante las reiteradas y continuas quejas del abuso laboral, mediante la simulación de vinculaciones de presuntos contratos autogestionarios con terceras personas, se expide la Ley 1233 de 2008, mediante la cual su busca redirigir el tema de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, así como las condiciones para la contratación de estas con terceros, paralelo con lo cual, se contemplaron las prohibiciones para el evento en que dichas entidades actúen como empresas de intermediación laboral o envíen trabajadores en misión; como así mismo, todo aquello relacionado con las conductas objeto de sanción. Más la misma normatividad señaló que se deberían cancelar aportes

15 DIARIO OFICIAL 46.494, DECRETO 4588, 27/12/2006, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

parafiscales, como, ser responsables de las afiliaciones al sistema de Seguridad Social de sus asociados. Igual situación importante se señaló que, de demostrarse conductas de intermediación laboral por las C.T.A, estas, quedarán incursas en causales de disolución y liquidación.

En esta misma normatividad, se determinó la solidaridad entre las precooperativas, cooperativas y posterceros contratantes, en el sentido de responder en todo aquello que tenga relación con las obligaciones que resultaren a favor de los asociados, siendo la sanción la disolución y liquidación en concordancia con las causales de ley y por lo tanto se cancelará la personería jurídica.

No obstante que, se sancionó la ley anteriormente señalada, y ante la presión de las fuerzas sindicales y otras fuerzas sociales, como, la imposición económica de orden internacional, especialmente lo relacionado con el TLC, que buscaban el desmonte total de las Cooperativas de Trabajo Asociado, se expide la ley 1429 de 2010, denominada Ley de Formalización y Generación de Empleo. La cual en su Art 63 (*contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado*) señala:

> (…) El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave...

Como se observa, se estipuló una sanción de orden pecuniario, pero la misma ley condicionaba su aplicación a partir del a partir del primero (1o) de julio de 2013.

Pero no llevaba más de seis meses de vigencia la ley 1429 de 2010 y el Estado ante las exigencias económicas, sociales y de derechos humanos por parte de los Estados Unidos para la suscripción del T.L.C, y verse presionado con tales exigencias, entre ellas, nuevamente el tema de las Cooperativas de Trabajo Asociado, decide proferir el Decreto 2025 de 2011 del 08 de Junio, mediante el cual se reglamenta la ley 1233 de 2008 y el Art 63 de la ley 1429 de 2010.

Se vuelve nuevamente a reiterar el tema de la intermediación laboral, propia de las empresas temporales, que son las únicas que pueden enviar trabajadores en misión, aspectos que simulada y soterradamente venían haciendo las C.T.A, regula el tema de la denominada actividad misional permanente. Bajo tales preceptos la resolución señalada, establece las multas a imponer de la siguiente manera:

"Artículo 9°. Las multas establecidas en los artículos 4° y 5° del presente decreto serán impuestas, con base en los siguientes parámetros:

Número total de trabajadores asociados y no asociados	***Valor multa en smmlv***
De 1 a 25	*De 1.000 a 2.500 smmlv*
De 26 a 100	*De 2.501 hasta 3.000 smmlv*
De 101 a 400	*De 3.001 hasta 4.000 smmlv*
De 401 en adelante	*De 4.001 hasta 5.000 smmlv*

Las sanciones anteriormente establecidas se impondrán en la misma proporción a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y a los terceros contratantes."

Las anteriores multas empezaran a imponerse ya no en el año 2013, como lo establecía la ley 1429 de 2010, sino con la vigencia de la ley 1450 de

2011., sobre Plan de Desarrollo Económico 2010- 2014, tal como se prevé en el mismo decreto en análisis.

Podríamos señalar que, con la expedición del decreto 2025 de 2011, en primer lugar es una manera casi directa de acabar con las C.T.A, ya que los terceros beneficiarios que contrataban con dichas entidades, están pensando seriamente en dejar de contratar con ellas, este tipo de vinculación laboral, por temer a las responsabilidades solidarias y la imposición de las multas ya descritas; lo que implica que se volverá, entre otras cosas a los contratos de prestación de servicios, que igualmente se han utilizado para menoscabar los derechos laborales de los trabajadores, es decir pasamos de una forma simulada de aplicación de economía solidaria a una forma de vinculación contractual disfrazada de características comerciales o civiles, pero no se habrá solucionado el problema de la desregularización de las relaciones laborales, o, de igual forma, se emplearán contratos traídos del Código de Comercio, pero el escenario seguirá igual.

No obstante que, el presente artículo busca poner de presente, la conducta de intermediaria con que han actuado las C.T.A y por ello desregularizando las relaciones laborales, también es cierto, en mi concepto, que el Gobierno excedió sus facultades legales, ya que de acuerdo a pronunciamientos jurisprudenciales, este tipo de sanciones pecuniarias se tiene que dar a la luz de la ley, no de un Decreto reglamentario, además que, de alguna manera se atenta contra la economía solidaria, en cuanto tácitamente las C.T.A irán desapareciendo por completo, ya que, nadie querrá contratar con estas, y esa, tampoco era la filosofía, era una situación de control de regulación, pero no de exterminio o de atentado contra la economía solidaria. Además que el desempleo se incrementará, ya que independientemente que se criticará el modelo de aplicación de las C.T.A, en cuanto a su intermediación, también generaban empleo en una muy buena proporción de la población activa y en capacidad de emplearse.

Conclusiones

No obstante la exclusiva normatividad referente a la economía solidaria como de las cooperativas de trabajo asociado se ha podido detectar que efectivamente existe una flagrante violación a los derechos laborales de los trabajadores y que estas cooperativas se han venido aplicando, violentando las prohibiciones de ser intermediarias o de actuar como agrupadoras, para afiliar a trabajadores al sistema de Seguridad Social, bajo la fachada simulada del trabajo autogestionario, filosofía de la ley 79 de 1988, creando con esto, una desregularización de las relaciones laborales en beneficio de los empleadores, quienes ven y veían con muy buenos ojos, esta forma de vinculación laboral, ya que quedaban exonerados de responsabilidades de índole laboral y demás derechos, por lo menos, a la luz de la ley.

Mas sin embargo, puede configurarse vínculo laboral entre la entidad cooperativa y el asociado de la misma, cuando en primer lugar, la C.T.A, actúa como intermediaria e impone al usuario de los servicios de la entidad cooperativa, horarios, les imparte órdenes, los sanciona, les paga su remuneración o les descuenta sumas de dinero de la misma, así sea a través de terceros denominados usuarios, pues en la realidad de las formas, se dan plenamente los elementos del contrato laboral, especialmente el referente a la subordinación, ya que, como bien, lo ha señalado la jurisprudencia de orden laboral, no importa la denominación que se le dé a una relación contractual o las formalidades que aparentemente se quieran hacer ver ante terceros, si en la realidad de las formas, se dan los elementos del contrato de trabajo, se aplicará el contrato realidad.

Si existiera un verdadero socio en dichas cooperativas, no se podría dejar de lado que, si se tiene en cuenta que la afiliación a dicha cooperativa implica simultaneidad de aportante y gestor, entonces dicho socio tiene derecho a la participación y distribución equitativa de los excedentes que se obtengan por la cooperativa, y ello en la realidad es inexistente, y la

razón es simple, no existe distribución de dichos excedentes, simplemente porque es un socio simulado, porque en la realidad es un verdadero trabajador, con todos los elementos que implica un contrato de trabajo, al cual le hemos colocado el ropaje de *"socio autogestionario"*.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 09 de septiembre de 1.987, al considerar:

> Además, nada impide que conforme a las reglas de la concurrencia de contratos, si el socio, fuera a aportar su trabajo como tal, cumple al propio tiempo labores subordinadas, tenga en lo que toca con estas, contrato de trabajo (C.S.T art.25), igual que los servidores no asociados, ya que en todo caso la Cooperativa posee personería jurídica diferente a la de los cooperadores individualmente considerados...

En el mismo sentido, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencias T-286 de 2003 y T-413 de 2004, al considerar: "...La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa..."

Por otra parte, es conveniente demostrar que el asociado participa activamente en la toma de decisiones de la entidad, que participa en los excedentes que se generen en desarrollo de la actividad y que los ingresos del asociado están relacionados con el resultado del trabajo. Así mismo, no podremos considerar legal que la C.T.A, siga hablando de asociado autogestionario y de manera unilateral comunique al socio en cualquier momento sorprendiéndolo que su relación o vínculo con la cooperativa de trabajo asociado ha fenecido, porque supuestamente el usuario ya no necesita de los servicios del socio, porque con la Cooperativa se sigue en el vínculo comercial.

Las vinculaciones a las Cooperativas de Trabajo Asociado se hacen mediante un contrato previamente diseñado, denominado "contrato de asociación" que implica desde el punto de vista normativo de conformidad con la ley 79 del 88, y sus decretos reglamentarios, que no es aplicable a tal vinculación la normatividad laboral, porque se parte del principio que el trabajo es autogestionario en donde cada uno de los presuntos socios, integran la cooperativa con el fin de ayuda mutua, de solidaridad, para el bienestar de todos los componentes de dichas cooperativas, pero sin que, en la realidad dichos socios puedan participar de las decisiones que se tomen al interior de la organización, muchas veces, ni siquiera son capacitados en el ámbito cooperativo, porque simplemente se les afilia y son enviados de inmediato a las empresas con las cuales ya previamente se han pactado los contratos para la vinculación de los presuntos socios, que a partir de ese momento desarrollan actividades laborales en completa dependencia y subordinación, dándose así, la figura jurisprudencial del "contrato realidad".

La remuneración a dichos socios no son de orden prestacional, sino las denominadas "compensaciones, es decir que desaparece por completo el tema de las prestaciones sociales y por ende se cumple con el objetivo primordial que es desregularizar las relaciones laborales, con total desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores, que ante la angustia y necesidad de mantener un puesto de trabajo, aceptan las condiciones contractuales bajo las cuales, se les vincula por las Cooperativas de Trabajo Asociado.

¿Cómo entender que un socio que bajo el aspecto teleológico de la creación de las cooperativas debe estar en iguales condiciones que todos los demás socios, pueda ser "despedido" sin que se le dé explicación alguna, sino simplemente manifestándole que la empresa a donde se le había enviado, ya no requiere más de sus servicios, es decir, estamos asimilando tales hechos a los contratos por obra o labor determinada que utilizan las empresas temporales, pero con el agravante que ello, está prohibido para las Cooperativas de Trabajo Asociado.

No obstante es importante resaltar el papel que juega la jurisprudencia laboral frente al tema del contrato realidad, el cual será el arma con la cual los presuntos asociados podrán exigir sus derechos laborales, siempre y cuando demuestren la subordinación, sin importar el tipo de vinculación suscrito con la cooperativa de trabajo asociado.

No se sabe si el remedio es peor que la enfermedad, ya que, dado el objeto del decreto 2025 del 08 de Julio de 2011, que si bien, con éste, se busca evitar a toda costa, la intermediación laboral, por medio de las Cooperativas de Trabajo Asociado, nos enfrentaremos entre otras situaciones a las siguientes: en primer lugar, las empresas dado el tema sancionatorio, no contrataran con dichas cooperativas, lo cual implica que sus asociados serán despedidos de estas entidades, incrementándose el desempleo. En segundo lugar, las empresas buscarán y están buscando otras formas de contratación, como por ejemplo persistir en los contratos de prestación de servicios, que igualmente se han utilizado simuladamente para evadir pagos prestacionales, es decir, seguimos en el carrusel de formas de vinculación laboral, para evadir tales pagos, siendo uno de los más esenciales, el pago a la seguridad social integral, con obvio desmedro de los derechos constitucionales y legales de los trabajadores.

Bibliografía

Arias Arias Deisy, El estado del arte de la economía solidaria en Bogotá. Ed. Universidad Cooperativa de Colombia. 2006. Pág. 49,50.

Constitución Política de Colombia, Francisco Gómez Sierra. Ed. Leyer. Vigésima Segunda Edición. 2006

Dávila L. de G Ricardo "Las cooperativas en Colombia: innovación organizacional y novedad académica". Colombia. Ed Cuadernos de Desarrollo Rural, 2006. p 106.

Declaración Mundial sobre Cooperativismo de Trabajo Asociado, Aprobada por la Asamblea General de la ACI en Cartagena, Colombia, el 23 de septiembre de 2005. Esta declaración se adaptada a los distintos idiomas del mundo tomando. Disponible: http/www.portalcoooperativo/eventos/cta07/memorias/CICOPA.pdf. Consulta. Octubre 2008.

Ley 79 de 1988. (23 diciembre de 1988). Diario Oficial No 38648 de enero 10 de 1989

Jiménez Arcila, Francisco Luís. El Cooperativismo ayer, hoy y mañana. Medellín, Confecoop Antioquia. 2002, p. 73,75.

Pérez Riestra, Estela M. Cooperativismo en Puerto Rico: análisis de las cooperativas de trabajo asociado sector industrial. España: Universidad Complutense de Madrid, 2008. pág. 4.

Real Academia Española [en línea]: Diccionario en línea de la Real Academia Española. [Madrid]: RAE, 2004.Disponible: http:// www. rae. es/ [Consulta: 09 de agosto 2008].

Sarpe. Historia del pensamiento. Filosofía antigua. Comienzos de la patriótica. Ed. Sarpe. Barcelona. 1982. Pág. 93.

http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pRef=1651_31_525421__Oviedo-Collegia. "los collegia" Consulta. Agosto de 2008.

Miguel Ángel Poblete Piedrabuena, Carlos Javier Pardo Abad. Artículo "Los modelos de colonización agrícola israelíes: el kibutz y moshav" Revista cuatrimestral de geografía, No 19-20. Pág. 202-207. Revista ERIA. Edit. Oviedo.1989.

Torres Reyes Aura María, Artículo "Una mirada hacia la participación y sus espacios dentro de la economía solidaria en Colombia" en revista Acciones e Investigaciones sociales. No 18... Pág. 205. Aragón.2003.

Proceso de paz y definiciones jurídicas penales procesales hacia el postconflicto en Colombia*

*Over Humberto Serrano Suarez***

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Serrano, S., Over, H. (2015) Proceso de paz y definiciones jurídicas penales procesales hacia el postconflicto en Colombia. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 87-142.

Resumen

El presente artículo tiene como propósito plasmar notas preliminares para referir a un proyecto de investigación en que se medía con procesos de paz, justicia transicional como definición jurídica procesal en voces de la Corte Constitucional para enmarca en ello el desplazamiento forzado hacia el postconflicto. Siendo indispensable referir algunos aspectos vinculados al nuevo proceso penal, tales como, el Acto

* Trabajo clasificado como artículo de revisión. Desarrollado en el marco de la investigación de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

** Abogado. Especialista en Ciencias Humanas y en Derecho administrativo. Magister en estudios políticos y relaciones internacionales y Magister en Derecho. Docente Universitario. Correo. overserrano@gmail.com

Legislativo expedido bajo el número 03 de 2002, ley 906 de 2004, ley justicia y paz 975 de 2005.

Palabras Clave: Procesos de paz, justicia transicional, desplazamiento forzado, jurídico penales procesales.

Peace process definitions and legal penalties to the post-conflict process in Colombia

Abstract

This article is referring to a research project that was measured with peace processes, transitional justice and procedural legal definition in voices of the Constitutional Court for part of it to the post-conflict forced displacement purpose. Be indispensable refer some aspects related to the new criminal proceedings , such as, issued under Legislative Act number 03 of 2002 , Act 906 of 2004 , justice and peace law 975 of 2005.

Key words: Peace processes, transitional justice, forced displacement, criminal procedural law.

Introducción

En otras palabras, se dejan apuntes introductorios a lo que en su desarrollo llevará a definir con mayor exactitud PROCESO DE PAZ Y DEFINICIONES JURÍDICAS PENALES PROCESALES HACIA EL POSTCONFLICTO EN COLOMBIA, a partir de antecedentes de ley, jurisprudencia y doctrina de los diversos aspectos referentes al tema.

El objetivo general que se espera alcanzar refiere a determinar el alcance de los procesos de paz que permitan establecer definiciones jurídicas penales procesales pertinentes a una situación de postconflicto en Colombia.

Un preludio a señalar pasajes de paz dados en Colombia seguidos de una ambientación de lo entendido por justicia transicional como definición jurídica procesal enmarcada en el desplazamiento forzado entre los aspectos vinculados al nuevo proceso penal encontramos a grandes rasgos a Carlos Felipe Rúa Delgado en su artículo "*Prolegómenos para la aplicación de los criterios de priorización de delitos en los procesos de justicia y paz en Colombia*" indica que la "La ley de justicia y paz apareció en el año 2005 con el fin de servir como instrumento de justicia transicional, que sirviera para allanar el camino de la búsqueda de la paz. Sin embargo, la aplicación de una tesis maximalista, según la cual se debía investigar y juzgar todos los casos y a todos los responsables, implicó un colapso de la misma, por lo que la Fiscalía procedió a establecer criterios de priorización de casos a través de una norma de derecho blando, para cuya expedición carecía de competencia, en ese momento. Al final se propone un test de ductilidad normativa aplicable a las normas de derecho blando, en aras de denotar no solo la falta de competencia, sino también la invasión de funciones al legislador, por parte de la Fiscalía".

Tales visones tangenciales permiten reflexionar respecto de los procesos de paz, justicia transicional, desplazamiento forzado.

De otra parte, conforme al artículo 22 de la Constitución Política de Colombia en su artículo señala que la paz es un deber y un derecho de todos, lo que implica que la academia y la investigación en las universidades deben contribuir en las propuestas de solución a las situaciones que pueden implicar una inaplicabilidad de la justicia transicional hacia la búsqueda de la paz, en términos de justicia, verdad, reparación y no repetición, pero a su vez, lograr soluciones dentro de un plazo razonable y con las dinámicas procesales que contribuyan a la celeridad y economía procesal en la resolución de los conflictos jurídicos penales, por tanto, es importante definir qué postura asumir en la tensión que se puede presentar en una cuerda procesal penal siendo indispensable realizar una investigación que contribuya a la seguridad jurídica dada las posibili-

dades de una justicia transicional como eventualmente sucedería en la definición de una situación de desplazamiento armado.

Lo indicado permite fortalecer la doctrina y la teoría del delito pero a su vez la visión del derecho procesal en cuanto el requisito de definiciones jurídicas penales procesales inmanentes al derecho penal ordinario o igual como que se hace necesaria la investigación ante la tensión que se presente ante la situación. Fijando objetivos, entre otros, las dinámicas que surge entre el concepto de derecho procesal penal y la justicia transicional.

Metodología

Consultar aspectos puntuales a nivel de ley, doctrina u jurisprudencia que conlleve a un estado del arte que permita proyectar discursos vistos previamente como discontinuos o contradictorios en torno a ***"Proceso de paz y definiciones jurídicas penales procesales hacia el postconflicto en Colombia"*** que facilite la teoría y a la práctica de aplicar lo alcanzado respecto a la justicia transicional y solución del desplazamiento forzado en Colombia.

Marcos Referenciales

Tonalidades de diálogos de paz

Carlos Hernando Otálora Castañeda al referir al diálogo, negociación y condiciones de desarme, rememora que en agosto de 2002, el Presidente electo Álvaro Uribe Vélez dio a conocer su voluntad de iniciar un proceso de diálogo con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), organización armada que se constituyó formalmente como confederación de autodefensas en 1997, pero cuyas facciones venían operando desde la década de los 80 en varias regiones del país (González, Bolívar y Vásquez, 2003).

Subraya respecto de la campaña presidencial de Uribe, en el 2001, el tono crítico del proceso entre el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), en razón de sus invisibles resultados y laxitud en el Gobierno para exigir de las FARC un compromiso real de paz, que se expresara en acuerdos efectivos y desmovilización definitiva.

El fracaso del proceso del Caguán (Caquetá) en febrero de 2008, hizo que la propuesta del candidato Álvaro Uribe calara hondamente en el electorado, en el marco de la Política de Defensa y Seguridad Democrática (PDSD), que tuvo como principal objetivo la recuperación del monopolio de la violencia en manos del Estado y de los territorios controlados por grupos armados irregulares, especialmente paramilitares, y la promoción de la desmovilización individual (deserción) por la vía de las recompensas por información sobre el grupo armado ilegal y el ofrecimiento de programas de reintegración para el desmovilizado y sus familias.

Rememora Carlos Hernando Otálora Castañeda en cuanto al paramilitarismo verse como un fenómeno social de resistencia armada a las acciones militares de los grupos guerrilleros, principalmente de las FARC contra las poblaciones inermes. Agrega a su vez, del documento de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, parte de la Declaración por la Paz de Colombia, noviembre 29 de 2002 en que Castaño jefe de las AUC manifestaba: "la imperiosa necesidad de que el Gobierno nacional provea, a las poblaciones que han sido liberadas por las Autodefensas de la agresión e intimidación subversiva, de todas las seguridades en cuanto a la defensa de las comunidades, sus vidas, sus libertades y sus propiedades. Nadie comprendería ni perdonaría que en aras de abrir caminos a la construcción de la Paz, se abrieran grandes espacios por los cuales pudieran filtrarse los enemigos de la convivencia pacífica, guerrilleros y terroristas, que insisten en declararse hostiles a todo entendimiento democrático y civilizado."

Se da por sentado, que el proceso se formalizó con la declaratoria de cese unilateral de hostilidades en cabeza de las AUC, el Bloque Central Bolívar y la Alianza Oriente, asociado a una carta dirigida al Presidente Uribe, en la que expresaban la voluntad de paz, requiriendo condiciones de seguridad para las comunidades y quienes participarían directamente en el diálogo, valga decir, la suspensión de las acciones legales existentes en su contra para facilitar la gestión y movilidad de los miembros representantes, incluidas las solicitudes de extradición.

Otro punto a destacar del escrito monográfico de Carlos Hernando Otálora Castañeda refiere que, "los grupos paramilitares conformaron en 1997 las AUC con la pretensión de buscar su unificación política, aunque manteniendo su autonomía operativa y financiera, en aras de una negociación en la que aparecieran como una confederación paramilitar articulada a un propósito nacional contrainsurgente y con una agenda de paz concertada. Sin embargo, como veremos más adelante, ya dentro del proceso de diálogo pesaron más los intereses de las distintas facciones y las tensiones fueron evidentes, hasta el punto de generar fricciones y pugnas internas que llevaron a la desaparición de Carlos Castaño en 2004, presuntamente asesinado por orden de otros jefes paramilitares con la colaboración de su hermano Vicente (Serrano, 2007)".

Se suma a lo descrito anteriormente y su literalidad, "El Gobierno, en la lógica de los principios de la Política de Defensa y Seguridad Democrática, difundió la idea que la desmovilización de las AUC significaba el desmonte de la estrategia ilegal contrainsurgente y el fin del paramilitarismo en Colombia. El paso a seguir era la consolidación del monopolio de la violencia en manos del Estado y la recuperación de los territorios "liberados" por las AUC, para trazar luego una estrategia militar frontal contra los grupos guerrilleros, para derrotarlos militarmente o para forzarlos a entrar en un diálogo tendiente a su desmovilización dentro de las condiciones gubernamentales. Por su parte, los comandantes paramilitares estaban seguros que el proceso los conduciría, por lo menos,

a tres escenarios en consecuencia con sus intereses: a) al ser considerados como delincuentes políticos, las relaciones con el narcotráfico y las responsabilidades por la comisión de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra quedarían saldadas por la vía de un proceso de paz; b) en consecuencia serían suspendidas las solicitudes de extradición; y c) quienes tuvieran pretensiones políticas podrían ahora buscarlas desde la legalidad, incluso participando normalmente en procesos electorales o liderando iniciativas relacionadas con la reintegración de excombatientes, principalmente aquellas relativas a proyectos productivos en distintas regiones del país".

Además "La etapa de diálogo y negociación, que se concretó con el Acuerdo de Santafé de Ralito, pretendió, específicamente: a) definir un marco jurídico para la desmovilización de las estructuras armadas de las AUC; b) establecer los mecanismos logísticos y de seguridad para la concentración y desmovilización de la tropa en varias regiones del país; y c) concretar los mecanismos y programas para la reintegración de los desmovilizados", concluyéndose que no se dio, por lo menos formalmente, una agena de paz amplia.

Se resalta en la monografía de Carlos Hernando Otálora Castañeda una serie de procesos simultáneos en que hay que destacar en primer lugar, la desmovilización de las estructuras militares de las AUC (bloques y frentes). Ahora bien, se señala que "de los 31.671 desmovilizados de las AUC, 2.900 fueron postulados a la Ley 975 de 2005, previa ratificación de su voluntad de vincularse al proceso judicial. Los demás, 28.700, fueron procesados por la Ley 782 de 2002".

De otra parte "se propuso, discutió y aprobó el marco jurídico para la desmovilización y reintegración de los miembros de las AUC, que culminó con la sanción presidencial de la Ley 975 de 2005. Luego de un profundo y acalorado debate, en el que organizaciones sociales y no gubernamentales colombianas e internacionales, y organismos interna-

cionales de protección de los derechos humanos, criticaron fuertemente la propuesta gubernamental de "alternatividad penal" y abogaron por medidas legislativas más acordes con la nueva era de la justicia penal internacional, cristalizada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), la cual tiende, por fortuna, a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y aludieron a la imposibilidad de otorgar amnistías e indultos generalizados a responsables de graves violaciones de los derechos humanos, so pena de activar la competencia de la justicia penal internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

A si encontramos, "Las perspectivas académicas sobre las reparaciones en el contexto de la justicia transicional en Colombia: Un estado del arte de las investigaciones en ciencia política (2005-2011)" trabajo de investigación, realizado por Estefanía Martínez Sánchez y dirigido por: Enver Torregroza, en el Semestre II, 2015 en la Facultad de Ciencia Política y Gobierno Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Obra que se motiva en trabajos académicos, realizados entre 2005 y 2011, subrayando las reparaciones en el marco jurídico de la justicia transicional en Colombia, a saber; la Ley de Justicia y Paz 975 de 2005 y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras Ley 1448 de 2011, esfuerzo que en el sentir de Estefanía Martínez Sánchez puso en evidencia que solo hasta la promulgación de una ley con contenido de justicia transicional, el ejercicio investigativo frente a las reparaciones logró un desarrollo y una continuidad.

La obra en cita, facilita conocer respecto de Colombia, la experiencia vivida, desde los siglos XIX y XX varias etapas. Su proceso de independización y consolidación como República y fin de los conflictos y de construir una identidad nacional. Además, una serie de prácticas que manifestaban una intención de paz, indicando conforme a (Sarmiento 2010, pág. 114). "(…) siendo la más característica el uso recurrente de

los estados de excepción constitucional para garantizar el control de la gobernabilidad de la nación (…), a través de las cuales se buscaba la reconversión política de los enemigos internos del Estado"

Subraya en su trabajo que la promulgación de la ley de Justicia y Paz (Ley 975/2005) da lugar a incluir por primera vez los principios de la justicia transicional en su articulado, y más adelante la ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448/2011) habría de seguir dicha senda..

En tal orden de ideas, la obra en cita, una aproximación a los trabajos académicos elaborados en el periodo comprendido entre los años de 2005 a 2011 en Colombia, sobre las reparaciones en materia de justicia transicional, contribuye a una mirada profunda sobre los objetivos y alcances de las leyes colombianas: la ley de Justicia y Paz (Ley 975/2005 o JYP) y la ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448/2011 o LDV). Subrayando la autora del trabajo, los cuestionamientos, las críticas y los retos de estas últimas, que han sido observados durante ese periodo, vislumbrando la constante preocupación de los autores por hacer un énfasis en el deber de reparar a las víctimas, advirtiendo que no significa que la totalidad de ellos aborde el tema de la misma manera, menos que presenten las mismas preocupaciones o expectativas frente a ello.

Los trabajos analizados en su investigación revelan que los autores acentúan los esfuerzos de las leyes y de sus mecanismos que, algunas veces permitieron y, en otras ocasiones, han servido de traba para la ejecución de la reparación a las víctimas. Concluyendo que lo anterior, resulta de múltiples factores como lo señalan diversos autores que están presentes a lo largo de la exposición que sigue. (Martínez Sánchez, 2015)

Juan Diego Garzón Galiano, Adela del Pilar Parra González y Ana Selene Pineda Neisa en el documento "El postconflicto en Colombia: Coordenadas para la paz", trabajo de grado en Derecho dirigida por Julio Andrés Sampedro Arrubla establecen que la confrontación armada en Colombia,

no termina la fuentes de conflicto, para seguir un estudio y análisis dibujando una situación más atroz que la preliminar con un círculo vicioso donde las consecuencias de la guerra implica causas de nuevas problemáticas sociales. Suma la tesis ser importante hablar del postconflicto en Colombia. Pese verse utópico, él resulta real y presenta problemas que requieren ser examinados, entre ellos, en lo que debe consistir los acuerdos siendo fundamental el referente a justicia (Garzón, Parra, Pineda Neisa, 2003.).

El trabajo "*Los altibajos de un proceso de paz irreversible*" escrito por el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa denominado "*La crisis de la paz: análisis de tendencias y frustraciones"*, explica sobre el gobierno de Belisario Betancur Cuartas en 1982 y lo referente a la solución al problema de la violencia en Colombia, necesidad de erradicar "las causas subjetivas y objetivas de la insurgencia" centrando el tema en la estrategia de la paz de aquel gobierno radicada en tres puntos: " a) La amnistía amplia, para los delitos políticos y conexos, b) Las reformas políticas, económicas y sociales; c) Una "Comisión de Paz", para promover ante todo la negociación con los alzados en armas, "lo que permite establecer. Alejarse de paradigmas de política penal para una paz duradera, obstaculizando un eventual postconflicto armado en Colombia", subrayando modelos del desgaste de la política de diálogo de la administración del presidente Betancur, opacando la visibilidad de las metas de la reforma social y económicas que cesarían con "los factores objetivos" de la violencia postergadas para después de la elección presidencial de 1986 donde resultó ganador de la contienda Virgilio Barco Vargas de filiación liberal. (Vásquez, 2012.)

En el documento "*El constante conflicto social en Colombia y los altibajos de la paz*", publicado por Over Humberto Serrano Suárez subraya la política de paz en el gobierno de Ernesto Samper Pizano procurando mostrar ser consistente en la primera fase de desarrollo, es decir, entre el 7 de agosto de 1994 y el 4 de julio de 1995, en otras palabras, en el primer año de su gobierno. Describe, lo que Samper Pizano y el alto comisionado

establecen en diez decisiones que consideradas por seguidores del tema son altamente demostrativas de la intención política de hallar un proceso de Paz duradero, pero no se visualiza en dichos diálogos y paradigmas dinámicos del ejercicio político penal que permitiera alcanzar una paz duradera ante un eventual postconflicto armado en Colombia, es decir, la obra refiere los siguientes puntos:

"1: Manifestación expresa de querer entrar en un proceso de paz mediante la negociación.

2. Estar dispuesto a negociar en medio del conflicto modifica el lenguaje frente a la guerrilla para reconocer que sus integrantes son interlocutores políticos.

3. Reconocer a los comandantes Francisco Caraballo del EPL, así como a Francisco Galán y a Felipe Torres de la UC – ELN como interlocutores válidos para sostener conversaciones con el Gobierno, a pesar de estar detenidos.

4. Permitir que puedan comunicarse por un radio de alta frecuencia con los otros miembros de los comandos centrales, para estimular el proceso de paz.

5. Aceptar que el primer encuentro con las FARC – EP se realice en Colombia, en el municipio de Uribe, durante el tiempo propuesto por la insurgencia. Para inducir un acuerdo sobre el sitio específico ofrece despejar militarmente el Área Rural y el espacio aéreo, mediante la concentración de las tropas en la cabecera municipal.

6. Ofrecer todas las garantías necesarias de seguridad, desplazamiento y verificación para que los subversivos puedan asistir al primer encuentro.

7. Concretamente, desestima el pago de recompensas por la ayuda a la captura de dirigentes guerrilleros, por considerar que están en contravía de las garantías.

8. Acepta a la UC - ELN conversar sobre la posibilidad de acuerdos en la aplicación del derecho internacional humanitario para proteger a la población civil.

9. Al EPL hablar sobre DIH y las posibilidades de negociación con el conjunto de la Coordinadora Guerrillera.

10. Acepta la posibilidad de una mediación internacional en el proceso. De hecho, un delegado de Costa Rica desarrolla algunas acciones en tal sentido."

A su vez Over Humberto Serrano Suárez en su trabajo mira fin el gobierno de Andrés Pastrana Arango y el proceso de paz que se pretendió concretar en la zona de distensión del Caguán. Un proceso de paz con una negociación no exitosa pero, si altamente criticado aún hoy día, que invoca un tiempo que supo aprovechar la FARC para fortalecerse, a su vez, en que las partes cuando se hacía indispensable pasar del diálogo a la negociación se empantanaba. A su vez consigna las principales categorías que en Colombia contribuyen para argumentar las diferentes manifestaciones violentas que azotan al país, entre ellas las consideradas más relevantes: rivalidades internas de la clase dirigente, una pesada herencia cultural de violencia, la propensión de la clase dirigente a monopolizar diversos espacios convirtiéndose no sólo en fuente de inmovilidad social y política sino en fuente de inconformismo en los diversos estamentos del país, una violencia urbana asociada con lo económico y un debilitamiento en el sector agrario, narcotráfico, corrupción, la discriminación socia - racial y de género, conflictos entre colonos, campesinos e indígenas, el propio conflicto armado. Todo ello sin resolver lo que contribuye a más violencia, menos diálogo de paz, un postconflicto débil.

Pero a su vez, pensar un modelo de justicia transicional consensuado entre sociedad civil, Farc y gobierno en que la intervención de derecho penal del Estado Colombiano permita garantizar una paz duradera y dar solución a la violencia estructural mediante procesos de selección penal negativa que excluya personas o grupos de alcance penal frente a delitos diversos a los de lesa humanidad o la atenuación del rigor penal en caso de delitos de tal orden entre quienes firmen los acuerdos facilitando el postconflicto en Colombia. (Serrano, 2009.).

Respeto a los dos últimos gobiernos es decir Alvaro Uribe Vélez (2002 – 2010) y Juan Manuel Santos (2010 -2014-2018), se realiza un estudio y análisis en la obra de Freddy Castro Victoria "¿Guerra o Paz? Uribismo vs. Santismo", " en procura de demostrar que los gobiernos de la Seguridad Democrática consultaron los propósitos filosóficos del siglo XVII y que fueran inspirados propiamente por John Locke y Thomas Hobbes, en especial cuando se privilegió el valor de la seguridad en las monarquías de la época y fue concomitante con las políticas de seguridad a prevención desplegadas por George Busch en el 2001 a raíz del ataque a las Torres Gemelas de Nueva York por fanáticos musulmanes y que le permitió al gobierno de los Estados Unidos, implementar la política internacional de invasión ante el asomo de amenazas terroristas y en Colombia le abrió paso al gobernante para imponer el autoritarismo o hiperpresidencialismo, entendido como una expresión sobredimensionada del sistema presidencial". (Freddy Castro Victoria "¿Guerra o Paz? Uribismo vs. Santismo", editorial oveja negra, Colombia 2014.)

De otra parte, plantea Freddy Castro Victoria respecto del gobierno de la Unidad Nacional abrir un compás de espera, donde las FARC –EP si quieren hablar nuevamente de paz, deben primero que mostrar hechos reales de buena voluntad. ¿Cómo cuáles? La liberación incondicional de todos los secuestrados y la renuncia a la práctica del secuestro como armas de guerra, el abandono de las actividades terroristas y el reclutamiento de menores y desde luego el rechazo al

narcotráfico. Esperemos entonces la evolución de la paz tan esquiva en nuestro país donde el perdón de la justicia parece imponerse a la justicia transicional necesaria para solucionar todo conflicto armado. En este escenario quiere involucrarse la política populista de Uribe Vélez, cuando pregona paz con condenas, a conciencia de que este es un obstáculo para la justicia transicional". Estudio que resulta ajeno tratar sobre modelo de justicia transicional que excluya imposición de penas, resulten más benignas o permita fortalecer un derecho penal común, ordinario igualitario consensuado entre sociedad civil, Farc y gobierno. (Castro "¿Guerra o Paz? Uribismo vs. Santismo", editorial oveja negra, Colombia 2014.).

Luis Alberto Gómez Araújo en su texto "Reflexiones acerca de los procesos de paz en Colombia: El marco jurídico y otras consideraciones" procura un análisis del entorno jurídico en el marco del "Proceso de Paz Colombiano". En otras palabras: Razonar sobre el marco normativo, en lo sustancial, de competencia y de procedimiento, que ha regulado los diferentes procesos de paz en Colombia. Teniendo como referentes dos períodos: el comprendido entre 1982 y 1990, y especialmente el proceso de paz adelantado bajo el gobierno del presidente Belisario Betancur (1982-1986), y a partir de la Constitución de 1991. Deja como puntos de reflexión, que el conflicto colombiano no ha sido fallido hasta la fecha por falta de herramientas jurídicas, pero si ha faltado, en su visión, una real voluntad política de ambas partes, de tal manera que la guerrilla entienda que su lucha armada no tiene sentido en el siglo XXI como estrategia para llegar al poder, por "cuanto el pueblo indefenso está cansado de tanta violencia, y por parte de la sociedad colombiana, aceptar unos cambios sustanciales al concepto actual de nuestras instituciones, empezando por una reconceptualización de nuestra propia democracia, de las costumbres políticas y, por sobre todo, de un respeto absoluto hacia el concepto de «lo público»". (Gómez, "Reflexiones acerca de los procesos de paz en Colombia: El marco jurídico y otras consideraciones" revista de derecho, Universidad del Norte, 2002).

Respecto al "Marco Teórico" es indispensable tener unos términos de referencia que se anclen al problema planteado como es la Justicia Transicional lo que permitirá ir dando respuesta al interrogante que se plantea como problema, pero ante todo reiterar la hipótesis, desvirtuarla o ajustarla de acuerdo a lo que se logre establecer en el curso del desarrollo teórico.

En tal aproximación encontramos que (Uprimny y Saffon, 2007) indican, que en el curso de los siglos, "las transiciones de la guerra a la paz o del autoritarismo a la democracia fueron moldeadas casi por completo por la política". Resultando imprescindible en procura de finiquitar la violencia establecer las soluciones jurídicas menester para lograr una transición. Por tanto, consideran, que "el derecho no era visto como un límite real a la política de la transición, sino más bien como un instrumento para cumplir sus metas". (Uprimny y Saffon, 2007), situación que en las últimas décadas del siglo XX y lo corrido del XXI ha tendido a desaparecer. Atribuyen ello, al auge de la conciencia humanitaria y la reciente evolución de los estándares internacionales y nacionales de derechos humanos que han tributado para proteger los derechos de las víctimas de atrocidades cometidas en el régimen anterior a la transición. Esto explica conforme a los autores de "Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia" que el empleo del lenguaje de la justicia transicional se torne ineludible en contextos transicionales.

De hecho, en su decir, el propio término, la justicia transicional, procura conferir a las transiciones de justicia, determinados estándares jurídicos – para ellos, aquéllos que se refieren a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Pero aun, subsiste el interrogante ¿si los estándares jurídicos de la justicia transicional funcionan realmente como límites normativos efectivos a las opciones políticas que están disponibles para llevar a cabo una transición? Ante lo cual afirman Uprimny y Saffon: "Esto es así porque el uso de un discurso determinado –como el de la justicia transicional– no implica necesariamente una transforma-

ción en la práctica; dicho uso puede consistir simplemente en un giro retórico con efectos simbólicos o legitimadores. Por eso, es importante analizar cuidadosamente si el lenguaje de la justicia transicional puede servir intereses distintos, y en particular, si puede ser utilizado no sólo para promover efectos transformadores, sino también para perpetuar el statu quo". (Uprimny y Saffon, 2007). Fuera de ello, en su ver, resulta básico definir ¿Si el reciente uso recurrente de la justicia transicional implica el imperio de la ley por sobre la política al menos en ciertos asuntos, o si la política continúa aun moldeando por completo las fórmulas jurídicas en contextos de transición?

Tal situación lleva que en su artículo "Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia" se procure "una breve caracterización del caso colombiano, que hace un énfasis especial en las complejidades derivadas del uso del lenguaje y los mecanismos de la justicia transicional en contextos en los cuales una transición total o completa no está teniendo lugar" (Uprimny y Saffon,2007), analizar "el rol de la justicia transicional –y en particular del reconocimiento de los derechos de las víctimas– en transiciones negociadas, a través de dos variables: (i) los diferentes posibles usos –manipuladores o democráticos– del discurso de la justicia transicional, en función de los diferentes intereses que puede servir, y (ii) la relación que existe entre los valores de justicia y paz". (Uprimny y Saffon, 2007). Finalmente, esbozan "algunas consideraciones finales sobre la importancia de llevar a cabo un uso cauteloso del discurso de la justicia transicional en el contexto colombiano, que pueden ser extensibles al uso de otras situaciones". (Uprimny y Saffon, 2007).

En procura a una respuesta al caso que nos atañe como problema de investigación ¿Qué modelo de intervención de derecho penal debe seguir el Estado Colombiano para garantizar una paz duradera, seguido a los acuerdos, que permita dar solución a la violencia estructural ante un eventual postconflicto en Colombia?, resulta pertinente recabar en el dicho de los articulistas Uprimny y Saffon que, "el discurso de la jus-

ticia transicional no sólo ha sido usado de manera manipuladora en Colombia. También es posible identificar usos democráticos de dicho discurso que, a pesar de ser promovidos por una minoría, tienen efectos muy importantes. Esta minoría está compuesta esencialmente por organizaciones de derechos humanos, movimientos de víctimas, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El uso democrático del discurso de la justicia transicional emprendido por estos actores ha consistido en tomarse en serio los derechos de las víctimas y la garantía de no repetición, con el fin de combatir la impunidad. De esa manera, se ha tratado de una lucha por la eficacia real del contenido jurídico de la justicia transicional, y en contra de sus efectos meramente legitimadores". (Uprimny y Saffon, 2007).

De otra parte, para Uprimny y Saffon, la visión tradicional de la relación entre justicia y paz identifica una tensión inevitable entre ambos valores. Según esta visión, la paz y la justicia son objetivos que halan en diferentes –y con frecuencia contradictorias– direcciones y, por esa razón, los mecanismos empleados para lograr una u otra tienden a ser opuestos, al menos en el corto plazo. Así, mientras que la impunidad es una herramienta importante para lograr la paz porque ofrece una atractiva razón para que los victimarios de atrocidades encuentren una solución negociada al conflicto, la imposición de justicia retributiva y la protección de los derechos de las víctimas son centrales para lograr la justicia. En ese sentido, la impunidad es vista como un obstáculo para realizar el valor de la justicia y, a la inversa, la protección de los derechos de las víctimas puede ser vista como un obstáculo para realizar el valor de la paz. En consecuencia, al menos en el corto plazo, la adopción de cualquier fórmula de justicia transicional implica necesariamente un sacrificio parcial o bien de la paz o bien de la justicia. Esta conclusión es vista como la ineludible tragedia de la justicia transicional.

De otra parte se tiene el artículo que aborda la tensión entre la persecución penal de las graves violaciones de los derechos humanos y las

amnistías en el ámbito de la justicia transicional, escrito por Javier Dorado Porras, titulado, "Justicia transicional, persecución penal y amnistías" donde se menciona: "En los últimos años ha habido una importante actividad de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad y la defensa de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos que parecen haber cambiado la percepción sobre las amnistías y favorecer en todo caso la persecución penal". Por supuesto, los argumentos para justificar dicha persecución penal son convincentes, pero la intención de este artículo es explorar algunos argumentos que, no obstante, aportarían buenas razones para justificar cierto tipo de amnistías que podrían considerarse conformes con la legalidad internacional bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y limitaciones". (Dorado Porras, 2012).

Entre tanto Claudia López Diaz, nos acerca a través de su escrito "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional", para decirnos que "La justicia transicional constituye una nueva noción de Justicia reconocida en el ámbito internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz por encima de los derechos a la justicia y a la reparación, en aquellas sociedades que han superado o aún están conflicto y que han sido afectadas por masivas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y en la que se procesa y acusa a los victimarios ofreciéndoles algunos beneficios para lograr el esclarecimiento de la verdad, la consolidación de la paz y la vigencia del Estado de derecho.

La comunidad internacional ha reconocido esta nueva forma de justicia, pero no ha cedido en su exigencia, de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y que los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción. (Corte Constitucional, 18 de mayo de 2006)

En la justicia transicional entran en tensión los derechos a la paz y a la justicia con los derechos de las víctimas. Compete al legislador identificar las dimensiones de esa tensión y establecer criterios o fórmulas para superarla, a través de mecanismos claros de selección y priorización dentro de la investigación penal de tales violaciones.

El alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, pueden investigarse y juzgarse dentro de la justicia ordinaria o dentro de lo que se ha denominado justicia excepcional o justicia transicional". (López Díaz, 2012).

En "Aproximación a la justicia transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia" de la autora Jenny Juliet Lopera Morales, se lee en cuanto la Justicia Transicional se concreta enlas labores que un Estado debe acometer cuando llega al postconflicto. En palabras nuestras, lo que debe suceder en dicha situación en unos acuerdos dados entre la Farc y el Gobierno Colombiano, que como lo dice Lopera Morales, en su obra dicha "situación carga consigo el legado de graves violaciones a los derechos humanos, o lo que ella misma ha señalado: el paso del autoritarismo hacia la paz, a través de etapas de transición política que requieren el restablecimiento de la democracia". (Lopera Morales, 2011).

Además, agrega "Frente a la aplicabilidad de la Justicia Transicional en Colombia, debe tenerse en cuenta que aunque éste sea un Estado social y democrático de derecho, no ha superado los factores generadores de violencia que permitan considerar la existencia de un postconflicto y la legitimación de un Estado de Derecho, por lo que surgen varios interrogantes" (Lopera Morales 2011). Situación que lleva a pensar en la investigación respecto al modelo de intervención a definirse en un eventual postconflicto en Colombia.

1. La Corte Constitucional y la justicia transicional y datos de paz

Conforme a la Sentencia C-771/11 JUSTICIA TRANSICIONAL:

"No es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de derechos humanos"

Sobre el concepto de justicia transicional en el derecho comparado

Distinción de tipo gramatical.

Mientras que el término justicia alude a un sustantivo, lo transicional constituye un adjetivo o circunstancia especial que particulariza el concepto primeramente referido.

La justicia transicional sería entonces un sistema o tipo de justicia de características específicas, que debe aplicarse de manera excepcional, sólo bajo determinados escenarios.

Así, justicia es definida como "Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece…; Derecho, razón, equidad…"

Mientras que por transición se entiende la "acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto".

Unidos estos dos conceptos, se entiende que justicia transicional es "una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos", que busca transformaciones radicales hacia un orden político y social, con el objetivo principal de "reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia".

El elemento justicia en los procesos de transición, tal como lo ha explicado Kai Ambos, debe ser comprendida ampliamente: "idea de responsabilidad y equidad en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones".

La justicia implica, entre otros aspectos, la consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo, dando aplicación tanto a mecanismos judiciales formales como, y en la misma proporción, a mecanismos tradicionales y novedosos de resolución de conflictos.

Kai Ambos señala que la justicia de transición "supone mucho más que la justicia penal retributiva" y abarca "a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de una justicia creativa)".

La justicia de transicióndebe ser entendida como una justicia de excepción que aspira a superar la situación de conflicto o posconflicto, pasando "de un peor a un mejor estado".

Justicia transicional pueden encontrar antecedentes desde la época de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, esta noción comienza a consolidarse a mediados del Siglo XX durante el período de la Segunda Posguerra, cuando en criterio de algunos autores se asigna esta denominación a los experimentos de justicia "extraordinaria e internacional" a través de los cuales se procuró el juzgamiento de los graves hechos sucedidos durante el conflicto, entre ellos el Tribunal de Nuremberg.

Según señala Ruti G.Teitel: "La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional.

La segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia

finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad.

La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia."

El concepto de justicia transicional empezó a ser utilizado con mayor frecuencia y precisión durante las dos últimas décadas del siglo pasado, desde cuando su aplicación ha estado enmarcada dentro de "un proceso vigoroso de discusión académica, institucionalización y producción de políticas públicas que centran su atención en cuál debería ser la forma como deben enfrentarse las atrocidades ocurridas en el pasado y dar paso a un régimen más democrático".

La Organización de las Naciones Unidas a través de su Consejo de Seguridad ha sostenido: Que la "justicia" alude a un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos, y la prevención y el castigo de las infracciones, que implica tener en cuenta los derechos del acusado, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Desarrolla así "un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales a pesar de que su administración normalmente implica la existencia de mecanismos judiciales de carácter oficial, los métodos tradicionales de solución de controversias son igualmente pertinentes.

La comunidad internacional ha venido colaborando durante más de medio siglo para estructurar en forma colectiva los requisitos sustantivos y procesales de la administración de justicia".

Frente a la noción de "justicia de transición" La Organización de las Naciones Unidas a través de su Consejo de Seguridad señala que abarca

"toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación".

Mecanismos que pueden ser judiciales o extrajudiciales, tener distintos niveles de participación internacional y comprender "el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos".

El término justicia transicional tuvo sus primeras manifestaciones frente a temas y transformaciones puramente políticas.

Para expertos este concepto es impreciso, "ya que se refiere más comúnmente a la 'justicia durante la transición' que a alguna forma de justicia diferenciada o alterada". Cuando se habla de justicia transicional "el concepto de transición generalmente se refiere a una transformación política significativa y a una ruptura con el pasado", que ayuda a fortalecer el proceso de equidad.

El concepto de justicia transicional es de tal amplitud que bajo esa genérica denominación pueden encuadrarse experiencias y procesos muy disímiles, tanto como lo son los países y circunstancias históricas en que ellos han tenido lugar.

Independientemente de sus particularidades, todos ellos coinciden en la búsqueda del ya indicado propósito de hacer efectivos, al mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social.

Se consideran procesos de justicia transicional las experiencias vividas en varios de los países del sur de Europa: Grecia, Portugal y España, donde en la segunda mitad del siglo XX se adoptaron diversas políticas para sancionar a las élites autoritarias del pasado reciente, en Grecia y Portugal respecto de golpes militares y dictaduras que tuvieron lugar en las décadas de los años 60 y 70 y en España frente a hechos relacionados con la Guerra Civil y la posterior dictadura de Franco, lo cual sólo fue posible con posterioridad a la muerte de éste en 1975.

En América Latina se destacan los procesos cumplidos durante las dos últimas décadas del siglo XX como parte del tránsito de dictaduras militares a gobiernos democráticos y de cara a la necesidad de investigar y sancionar las desapariciones y otros abusos cometidos por los gobernantes de facto, cuidando al mismo tiempo que el rigor de tales procesos no diera al traste con las entonces incipientes experiencias democráticas, en vista del gran poder que para entonces seguían detentando los autores y beneficiarios de tales abusos.

Experiencias de este tipo, aunque con distintas variantes, hubo durante esa época en Bolivia (1982-83), Argentina (1984), Uruguay (1985), Chile (1990), Paraguay (1992), El Salvador (1992), Guatemala (1994), Haití (1994) y Perú (2001 a 2005). En algunos casos las investigaciones alcanzaron a tener efectos directamente sancionatorios sobre los responsables, mientras que en otros procuraron al menos satisfacer el anhelo y la necesidad colectiva de conocer la verdad, con el ánimo de lograr además garantías de no repetición.

La responsabilidad de conducir los procesos estuvo en algunos casos a cargo de comisiones parlamentarias, mientras que en otros hubo activa participación de "organizaciones no gubernamentales" (ONG). Varias de estas experiencias estuvieron basadas en el trabajo de comisiones de la verdad, sobre cuya naturaleza y alcances se comentará más adelante.

Durante la misma época, también algunos países de África y Asia han emprendido esfuerzos para castigar a antiguos perpetradores de violaciones a los derechos humanos y/o buscar la verdad acerca de los regímenes represivos anteriores. En África, los poderes ejecutivo o legislativo de Ruanda, Sierra Leona, Zimbabwe, Uganda, Chad, Etiopía, Burundi, Zambia, Nigeria y Sudáfrica, crearon comisiones de investigación, con resultados desiguales.

La justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad, bien sea que ésta se encuentre en conflicto o post conflicto, en la consecución de la paz, sufriendo y enfrentando grandes dilemas originados en la compleja lucha por el equilibrio entre la paz y la justicia. Ello se hace, principalmente, con el propósito de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, para lo cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un legado de abusos de derechos humanos en un contexto democrático y aplicando medidas, de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes.

La justicia transicional "no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos esas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas".

Lo precedente permite tomar la dirección que conduce a analizar el concepto de justicia en el marco transicional y con ella la efectividad de los fines primordiales de los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, en aquellas sociedades que han vivido o viven en situación de conflicto.

Todas las situaciones presentadas en busca de la paz y la justicia deben entonces considerarse equitativamente sobre las condiciones de posibili-

dad de un proceso transicional, "pues ignorarlas equivale a desconocer el inmenso peso que tienen las particularidades del contexto político en el éxito o fracaso de un proceso de ese tipo".

Frente al concepto de justicia transicional y sus aplicaciones, se tiene los enfoques de otros autores, como los profesores Martha Minow, David A. Crocker y Rama Mani, de reconocida experiencia en la materia.

En opinión de Martha Minow "los mecanismos básicos de la justicia transicional constituyen un camino intermedio para hacer frente a los horrores del pasado, un camino que evita caer tanto en la venganza como en el perdón de los victimarios". En su concepto, la venganza es "un sentimiento comprensible pero inadecuado para enfrentar las atrocidades pasadas; que puede generar respuestas desproporcionadas, irrazonables e injustas, que pueden inclusive fomentar la escalada de violencia, y que aun en el evento de ser proporcionadas pueden resultar grotescas por emplear los mecanismos contra los cuales se pretende reaccionar". Sobre el perdón afirma que "se trata de un acto admirable, pero que no se le puede exigir a las víctimas, el cual debe aparecer como una opción mas no como una obligación".

También Martha Minow sostiene que el objeto fundamental de la justicia transicional sería "hallar una respuesta a las atrocidades que se ubique en un punto intermedio entre la venganza y el perdón", la cual es ofrecida por "la justicia penal, las reparaciones y el esclarecimiento de la verdad que, dada su importancia, no deben ser asumidas como una carga propia de los individuos sino como parte del esfuerzo colectivo tendiente a superar el pasado".

Minow propone entonces como herramientas políticas idóneas para lidiar adecuadamente con un pasado de atrocidades, la justicia, la verdad y la reparación, resaltando que se busca responder a una preocupación que no sólo es de las víctimas sino de la sociedad entera; esas herramientas se

asumen como un imperativo en razón a la contribución que ellas pueden representar frente a la garantía de no repetición de las atrocidades.

David A.Crocker señala que es necesario identificar con precisión las metas de la justicia transicional, las capacidades y limitaciones políticas e institucionales para cumplirlas y, con base en ellas, escoger las herramientas que se aplicarán, articularlas entre sí y definir su orden de prioridad y los tiempos de aplicación.

Señala que los horrores del pasado deben ser enfrentados con mecanismos concretos, cuyo objetivo primordial sea la satisfacción de los "derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación, dignificación) y la garantía de no repetición de las atrocidades (Estado de derecho, reforma institucional, reconciliación democrática, deliberación pública)".

Rama Mani señala que la justicia transicional "parte de la premisa de que se han violado los derechos humanos y que por ende es necesario hacer justicia, a pesar de las a veces contradictorias exigencias políticas de restaurar el orden después de la violencia o la represión. El derecho de los derechos humanos se fundamenta en el concepto de equilibrio entre derechos y obligaciones: cada derecho comporta la obligación de los signatarios de cumplir esa obligación y de reparar a las víctimas en caso de que no se respete". A partir de esta reflexión sostiene que "el derecho de las víctimas a la reparación debería constituir el pilar central de la justicia transicional".

Plantea la noción de justicia reparadora como el concepto más adecuado para atender la necesidad de resarcir a las víctimas de crímenes atroces en contextos de justicia transicional, dado que en su criterio, la justicia transicional tiende a dar poca importancia a las necesidades de reparación de las víctimas, y a generar divisiones entre los actores sociales, por lo cual plantea que es necesaria una nueva conceptualización de las reparaciones que supere ambos problemas.

Del anterior recuento puede apreciarse la amplitud de diferentes matices y conceptos existentes en torno a la aplicabilidad y utilidad de la justicia transicional en tiempos de conflicto y/o post conflicto, sobre el rol que corresponde a cada uno de los actores que participarían en la implementación de este tipo de mecanismos y sobre las alternativas disponibles frente a las dificultades especiales típicas de los modelos de justicia transicional.

Existen instituciones usuales en la justicia transicional, la mayoría de las cuales suelen adoptarse oficialmente por los Estados mediante la aprobación de leyes o la expedición de normas jurídicas de otro tipo, incluso en algunos casos, reformas constitucionales. Dentro de tales herramientas deben destacarse todas aquellas normas de carácter penal, tanto sustanciales como procesales, que implican un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas.

Incluso figuras tradicionales como "el indulto y la amnistía", normalmente reservadas para los denominados "delitos políticos", a través de las cuales se extinguen, respectivamente, las penas que se hubieren decretado e incluso la acción penal, aunque muy anteriores a la aparición de este concepto, podrían actualmente mirarse como posibles medidas de justicia transicional, al menos en los casos en que tales beneficios se ofrecen buscando propiciar un mejor entendimiento entre grupos y facciones previamente enfrentados, en cuanto, tanto como en los otros mecanismos comentados, se acepta a cambio mayor lenidad en la sanción de hechos constitutivos de delito.

Son también instrumentos de justicia transicional las estrategias a través de las cuales se busca privilegiar la "búsqueda de la verdad", especialmente en su dimensión colectiva, en algunos casos a cambio de la aceptación de menores niveles de justicia y reparación para las víctimas.

Entre esas figuras pueden mencionarse:

i) Las comisiones de la verdad, que tienen como fin primordial investigar e informar a la sociedad sobre determinados hechos, normalmente constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, paralelamente o en subsidio de las investigaciones judiciales;

ii) Los programas de reparación, usualmente patrocinados por el Estado, que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado;

iii) La justicia de género, que promueve iniciativas contra la impunidad de la violencia sexual y de género, y que propendan por la igualdad de condiciones para el acceso de las mujeres a programas de reparación por transgresiones a los derechos humanos, y

iv) Los actos de conmemoración, entre ellos la realización de ceremonias y la erección de monumentos públicos, a través de los cuales se busca preservar la memoria de las víctimas y aumentar la conciencia moral sobre las violaciones cometidas contra la sociedad, como dique de no repetición, entre otras.

Las denominadas comisiones de la verdad pueden conformarse tanto por disposición legal, como por decisión de ciertos actores sociales y políticos, oficiales o no, respecto de las cuales existen valiosas experiencias en años recientes, tanto en países de América Latina como en otras regiones del mundo.

Estas comisiones se caracterizan por ser entes temporales "de constatación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas

mas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones (…).

Pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al constatar los hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También pueden servir de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre como aceptar el pasado".

Sobre este tema es del caso destacar, tal como se hiciera en el "Informe Final de la Comisión de la Verdad sobre los Hechos del Palacio de Justicia de Colombia", el concepto que al respecto diera en uno de sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual:

"… el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. En efecto, la Corte ha otorgado especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de

Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción."

De esta manera, reafirmando que la plena realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral es responsabilidad primordial del Estado.

La importancia de las "Comisiones de la Verdad" radica en que permiten plantear un enfoque armónico necesario para construir la verdad y enfrentar varios de los múltiples problemas surgidos al interior de las sociedades post conflicto. Se establece así una verdad que tiene en consideración las sucesivas fases de los crímenes y situaciones sufridas, pudiendo también examinar casos individuales, desde diversos conceptos de verdad, ya sea global, moral, objetiva o histórica, sirviendo así de insumo para el cumplimiento sucedáneo de materializaciones que atañen a las instancias estatales, entre ellas la implementación de medidas puntuales de satisfacción y la garantía de no repetición de los hechos.

La experiencia latinoamericana proporciona varios ejemplos del uso de las comisiones de la verdad como mecanismo para hacer efectivo ese derecho y promover la superación de graves y prolongados hechos de violencia, destacándose entre ellos las iniciativas surgidas en la década de los años 80 del siglo pasado respecto de las masivas desapariciones ocurridas durante las dictaduras militares en países como Bolivia y Argentina, y el citado caso de Colombia respecto de los hechos del Palacio de Justicia, sucedidos en noviembre de 1985.

Cabe mencionar además que en algunos casos el derecho a la verdad ha sido exigido en el curso de un procedimiento penal ordinario, mediante "instrumentos encaminados a obtener información del Estado, como la acción de hábeas data, o bien a través de los llamados juicios de la

verdad, esto es, procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin aplicación de sanciones penales".

En torno a la justicia de transición se han planteado diversas reflexiones sobre cómo enfrentar "la tensión entre justicia y paz y, en particular, cómo resolver la contraposición entre un derecho a la justicia concebido cada vez más de manera absoluta y la necesidad de prescindir de la persecución penal (amnistías, etcétera) o de garantizar reducciones considerables de pena (derecho penal premial) en ciertos casos han rodeado todas las experiencias de transición latinoamericanas y en los últimos tiempos han adquirido un particular fervor".

Por tanto, la adecuada proporción entre justicia y la obtención y preservación de la paz en el marco de una transición, muy difícil de balancear, al extremo de que se llegue a expresar "tanta justicia como la paz lo permita", lo que denota la trascendental importancia de la finalidad básica de la transición y, aún más, continuando el apoyo en el enfoque recién citado, como condición indispensable para la convivencia social y la subsistencia de un Estado de derecho, pues "solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz".

La justicia transicional, el derecho comparado y la comunidad internacional la han entendido como una institución jurídica a través de la cual se pretende hilvanar e integrar ingentes esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales comunes, contexto en el cual se anuncia inscrita la Ley 1424 de 2010.

2. El fundamento constitucional de la justicia transicional

Tal como se resaltó en el punto anterior, si bien bajo circunstancias históricas específicas las instituciones de justicia transicional pueden resultar benéficas para una determinada sociedad, tales mecanismos son normalmente aceptados en el derecho internacional y constitucional comparado como una situación excepcional, por lo mismo transitoria, frente a lo que, en perspectiva eminentemente comparativa, pudiera denominarse el derecho penal ordinario, vigente y aplicable a la generalidad de las conductas punibles y directamente derivado de los principios y pautas constitucionales que regulan la materia.

La implantación de ese tipo de medidas en un determinado Estado debe resultar aceptable dentro de su marco constitucional, pues lo contrario implicaría una disminución de los estándares de justicia y de protección de los derechos de las víctimas, que la sociedad tiene derecho a asegurar, como consecuencia y realización de los preceptos, valores y principios presentes en el texto superior, y de las reglas contenidas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad.

Frente a la existencia de normas que el mismo legislador denominó disposiciones de justicia transicional, cabe entonces preguntar de qué manera y bajo qué circunstancias la Constitución Política y las demás reglas y normas que conforman el bloque de constitucionalidad, admiten la posibilidad de que el legislador adopte una preceptiva de tal contenido.

No hay en la Carta Política colombiana ni en los tratados tradicionales de preservación de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, una referencia directa a la justicia transicional. Empero, sí existen, principalmente a nivel de los valores y principios constitucionales y de su reflejo en los derechos y deberes de los ciudadanos, pautas y

elementos que al ser ponderados con otros criterios relevantes, permiten apreciar la conformidad entre tal noción y los textos constitucionales.

La Corte encuentra en la normativa superior al menos tres distintas referencias, con apoyo en las cuales puede admitirse la vigencia de medidas de justicia transicional. La más notoria e importante de ellas es "*la frecuente mención de la paz*" como uno de los objetivos principales del Estado colombiano, para cuyo logro se adopta en 1991 la nueva Carta Política, y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como para el futuro, tan anhelada necesidad.

Sobre este tema existen además abundantes y reiteradas referencias a la paz como propósito central del Derecho Internacional, especialmente en los respectivos preámbulos de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, entre ellos la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Entre los otros aspectos relevantes que sirven como fundamento constitucional de la justicia transicional, no por indirecto menos válido, puede mencionarse además la presencia en el Texto Superior de instituciones como la amnistía y el indulto para delitos políticos, que pese a su larga tradición podrían hoy ser en buena parte ubicados como herramientas de justicia transicional, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible, o al menos faciliten, el logro de la concordia y la paz política y social.

Es muy significativo lo que al respecto quedó estatuido, como expresa voluntad y determinación de la Asamblea Nacional Constituyente, en el precitado (nota 44 de pie de página) artículo transitorio 30 de la Constitución (no está en negrilla en el texto original):

> "Autorizase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima."

También debe tenerse en cuenta la expresa mención que la Constitución hace del concepto de "política criminal del estado", a partir de la cual se clarifica que, siempre que se observen adecuados criterios de proporcionalidad y razonabilidad y no se contravenga ninguna prohibición ni limitación del Texto Superior, la mayor parte del contenido específico de las normas penales, tanto sustanciales como procesales, no dependerá directamente de aquellos preceptos, sino de lo que en cada momento consideren adecuado y pertinente las distintos órganos constituidos que tienen a su cargo el diseño, seguimiento y eventual ajuste de tales políticas

La implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una alternativa válida dentro del marco constitucional colombiano, siempre que queden a salvo los derechos de las víctimas así lo juzguen las autoridades a quienes la norma superior asignó la responsabilidad de formular esas políticas, por considerar que concurren las especiales circunstancias que, según se explicó, justifican y hacen conveniente la adopción de este tipo de medidas.

En torno a la trascendencia y alcance de la paz como valor constitucional, como derecho y deber ciudadano y como criterio que justifica la existencia de instituciones de justicia transicional, este tribunal vertió extensas reflexiones dentro de la ya citada sentencia C-370 de 2006, mediante la

cual decidió sobre la exequibilidad de distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005, usualmente conocida como Ley de Justicia y Paz, que como ya se indicó, puede ser considerada como una norma de justicia transicional.

Estas consideraciones precedieron el análisis que la Corte adelantó en ese caso respecto del alcance de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en el derecho internacional y en la jurisprudencia constitucional e interamericana dentro de un contexto de justicia transicional, razón por la cual resulta clara y directa su pertinencia frente al presente caso. Por ello, es ilustrativo transcribir in extenso y reiterar los siguientes apartes de esa reflexión (está en negrilla en el texto original):

El derecho a la Paz.

La Paz puede ser considerada como uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional. Así se evidencia en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en varias de las disposiciones de la misma Carta, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el Preámbulo y en la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos. También en el contexto americano, tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, firmados en 1966, la Paz aparece como el fin al que se orienta el reconocimiento de los derechos allí mencionados.

Por su parte, la Constitución Política en su Preámbulo enuncia también que el pueblo de Colombia 'en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer...la paz...' decreta sanciona y promulga la Constitución. De esta manera, la paz en el orden interno constitucional ocupa también la posición de valor fundamental, como bien lo ha resaltado la Corte Constitucional de esta manera:

'En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en 'asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo'. Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que 'la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento'. Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (artículo 86 CP.). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que 'por graves motivos de conveniencia pública' se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta...'

Ahora bien, la Paz aceptada como propósito colectivo nacional e internacional puede considerarse como ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos (núcleo mínimo), como efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos (desarrollo máximo) o como la atenuación de los rigores de la guerra y la 'humanización' de las situaciones de conflicto (Derecho Internacional Humanitario como manifestación del derecho a la Paz en tiempos de guerra). Estas diversas maneras de comprender la paz han derivado en distintos análisis jurídicos en torno del concepto, tanto en el derecho internacional como en el constitucional.

En efecto, desde un primer punto de vista la paz en el derecho internacional ha sido entendida como un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; en este sentido es importante señalar la relevancia doctrinal del anteproyecto del

Pacto Internacional que consagra los Derechos Humanos de Tercera Generación, elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce a todos los seres humanos tomados colectivamente el derecho a la paz, tanto en el plano nacional como internacional. En este mismo sentido, también la Constitución Política en su artículo 22 confiere a la paz este mismo carácter, al decir que es 'un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.' Ciertamente, esta Corporación, explicando este alcance de la paz como derecho colectivo, que emana de esta disposición superior, ha vertido las siguientes consideraciones:

'El artículo 22 de la C.N., contiene el derecho a la paz y el deber de su obligatorio cumplimiento, derecho éste que por su propia naturaleza pertenece a los derechos de la tercera generación, y requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le pueden exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria. Esta interpretación encuentra fundamento adicional en lo preceptuado en el Art. 88 de la C. N. que consagra las "acciones populares" como mecanismo especializado para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública... 'y otros de similar naturaleza que definen en ella'. Así lo entendió el legislador al expedir el Decreto 2591 cuando señaló la improcedencia de la Acción de Tutela para proteger derechos colectivos como la paz y los demás contemplados en el artículo 88 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, la paz también se perfila cada vez más, tanto en el derecho internacional como en la jurisprudencia constitucional, como un derecho subjetivo fundamental de cada uno de los seres humanos individualmente considerados, a los cuales a su vez les corresponde el correlativo deber jurídico de buscar la paz social.

En el mismo sentido, resulta interesante doctrinalmente el antes mencionado anteproyecto de pacto internacional que consagran los Derechos

Humanos de Tercera Generación, elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce así mismo a todos los seres humanos como individuos, el derecho a la paz.

De igual manera, la Corte se ha referido a este aspecto subjetivo de la paz, señalando que '(e)l mínimo a la paz constituye así un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona'. Y como deber jurídico de cada ciudadano, debe recordarse que el artículo 95 Superior, al enumerar los deberes de la persona y del ciudadano, incluye en su numeral sexto el de 'propender al logro y mantenimiento de la paz'. Sobre esta norma la Corte ha indicado que la paz no es algo que concierna privativamente a los organismos y funcionarios del Estado, sino que atañe a todos los colombianos, como lo declara el artículo 22 de la Constitución, a cuyo tenor es un derecho de todos y un deber de obligatorio cumplimiento.

De esta manera, tanto en el derecho internacional como en la Constitución Política, la paz tiene un carácter multifacético, pues es a la vez un fin que persiguen tanto la comunidad internacional como la nacional, un derecho colectivo dentro de la tercera generación de derechos, y bajo ciertos aspectos un derecho subjetivo fundamental al que corresponde un deber personal. A esta realidad se ha referido esta corporación de la siguiente manera:

"Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho

que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales."

La Paz constituye:

(i) Uno de los propósitos fundamentales del derecho internacional;

(ii) Un fin fundamental de Estado colombiano;

(iii) Un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos;

(iv) Un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y

(v) Un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento."

3. La validez constitucional de los esquemas de justicia transicional, a partir de la paz como valor constitucional y como derecho y deber de los ciudadanos

La justicia de transición hacia la paz en una democracia con instituciones judiciales estables y sólidas.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional ha evolucionado hacia un aumento considerable de los compromisos de los estados en el respeto y promoción de los derechos humanos, como garantía de la paz. Numerosos pactos y convenios internacionales de carácter universal o regional vinculan desde entonces a las naciones en este compromiso común. Además, se han fortalecido los mecanismos judiciales para hacer efectivas las obligaciones internacionales de los estados en esta materia, se ha evolucionado hacia el reconocimiento y especial protección de la dignidad y los derechos humanos aun en tiempos de guerra mediante la consolidación del derecho internacional humanitario, y se ha aceptado universalmente la responsabilidad penal individual de los autores de graves violaciones a los derechos humanos y la obligación de sancionarla.

Dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en donde se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado 'justicia transicional' o 'justicia de transición', pero no

ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.

La anterior declaración pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático.

Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el derecho internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación."

Criterios que actualmente conducen a ratificar la compatibilidad existente entre la Carta Política vigente y la existencia de instituciones de justicia transicional, a través de las cuales se acepten algunas restricciones y concesiones frente a los estándares de justicia, como también eventualmente de verdad y reparación, extendiendo posibilidades vigentes en todo tiempo, en lo que, simplemente por oposición, puede considerarse como normalidad.

Uno de tales temas se refiere a varios de los hechos que antecedieron y desencadenaron el proceso constituyente de 1990 y 1991, particularmente la grave situación política y social imperante durante la década inmediatamente anterior, la cual incluía la gran capacidad perturbadora de grupos alzados en armas y organizaciones criminales, y la incapacidad de las leyes entonces vigentes, de la Rama Judicial y de los demás organismos del Estado para afrontar eficazmente tales condiciones, de todo lo cual derivó de manera evidente que uno de los principales objetivos del establecimiento de una nueva Constitución, compartido más allá de sus particulares matices por todos los actores y sectores sociales que tomaron parte en dicho proceso, era el logro y afianzamiento de la paz, propósitos y esperanza que quedaron reflejados en las reiteradas alusiones a la paz, como valor y como derecho y deber comunitario, contenidas en el texto superior, que ya hubo ocasión de analizar extensamente.

La Carta de 1991 ha traído cambios de gran significación en la vida política y social de la nación, destacándose entre ellos el paso de una democracia puramente representativa a una participativa y pluralista, así como algunos importantes avances en la deseada consecución de la paz. Por lo demás, estos procesos han estado signados por la frecuente y frustrante expedición, aplicación y replanteamiento de diversas normas, tanto a nivel legal como administrativo, que si bien no han sido expresamente rotuladas como instrumentos de justicia transicional, han estado visiblemente enmarcadas dentro de este propósito.

Este proceso ha sido especialmente activo durante la última década, tiempo en el cual se expidió un conjunto de normas jurídicas y se produjeron importantes pronunciamientos de las autoridades judiciales y administrativas, que no en vano han sido profusamente relatados y comentados por los actores e intervinientes dentro de este proceso, tal como quedó reflejado en los antecedentes de esta providencia.

Subsisten graves conflictos y problemas sociales, políticos y éticos, que impiden completar el propósito de alcanzar la paz y que esta sea dura-

dera a partir de los criterios presentes en la Constitución, que avalan y justifican la insistencia en experimentos de justicia transicional.

Precisa en todo caso la Corte que esta preliminar conclusión en manera alguna implica la conformidad constitucional de cualquier norma que bajo ese propósito apruebe el legislador o, dentro de sus respectivas competencias, los demás poderes y autoridades del Estado, sino apenas la eficacia conceptual del planteamiento y la posibilidad de expedir normas que establezcan instituciones de justicia transicional. Como es natural, la validez de tales preceptos ante la Constitución, deberá analizarse específicamente a la luz de los elementos y criterios aplicables, tal como esta corporación lo hará en el punto 6 de las presentes consideraciones.

Nota introductoria al desplazamiento forzado

El desplazamiento forzado en Colombia reúne características de ser un crimen internacional o de lesa humanidad y un delito contenido en el Código Penal. Pero a su vez se le ve como "parte de la protección penal de derechos humanos y de la preservación, en escenarios especialmente conflictivos, de las reglas del derecho internacional humanitario". (Aponte Cardona, 2009)

De ahí, que su objeto de estudio por autores lo concretan al orden penal, otros, lo abordan como una fuente de trabajo académico en el contexto de los derechos humanos, otros en la perspectiva del derecho internacional humanitario, es por eso que se tenga la percepción de ser un "fenómeno extremadamente complejo frente al cual el papel del derecho penal es ciertamente restringido y ello hace necesario, en consecuencia, seguir desarrollando la política social en desplazamiento forzado".(Aponte Cardona, 2009) situación que en más de las veces recomienda ser "leído en el contexto de las políticas públicas, pero con énfasis en la política penal de persecución del desplazamiento como crimen internacional, en sus dos versiones, como delito situado más en la lógica de los delitos de

lesa humanidad, como el delito concebido como infracción al derecho internacional humanitario" (Aponte Cardona, 2009).

Resulta relevante tener presente en el desarrollo de la normatividad el Artículo 1º de la ley 387 de 1997 "Es desplazada toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público".

La norma internacional conocida como el Estatuto de Roma de 1998, al establecer y referir en su artículo 7 la categoría de crímenes de lesa humanidad como aquellos actos que se realizan "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque…" que ligado a la noción de subsidiariedad o complementariedad del Estatuto respecto del ordenamiento interno, que permite conocer a la Corte Penal Internacional, casos de desplazamiento, fruto de acciones masivas, generalizadas o sistemáticas).(Aponte Cardona,2009)

Ahora bien, se tiene la Ley 589 de 2000, donde se tipificó el delito de desplazamiento forzado dentro del marco de los delitos de ejecución permanente. Además se tiene la jurisdicción penal en la Ley de Justicia y Paz (975 de 2005) y su incidencia conforme a la ratificación hecha del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) por el Estado colombiano el 5 de agosto de 2002 y su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2002 en el entendido que la Corte Penal Internacional tiene competencia para conocer casos de crímenes de lesa humanidad entre los que se encasilla el delito de desplazamiento forzado.

Realizar una rápida cronología de normas relacionadas en forma directa o indirecta con el desplazamiento forzado que tiene sus particularidades, permite un trabajo de investigación respecto al escalamiento del desplazamiento forzado, su visión desde el derecho penal y como fenomenología de los derechos humanos para preguntarnos respecto a la política pública y política penal seguida por el Estado Colombiano y sus efectos en cuanto el incremento de la población desplazada en el país, Ello en el marco de las políticas públicas en razón de la Ley de Justicia y Paz, ley 387 de 1997 de desplazados, la Ley de Victimas 1448 de 2022 DV, además el juzgamiento en el derecho penal interno e internacional visto desde la justicia transicional y los procesos de paz en Colombia.

Entre los trabajos consultados y que informan respecto a los crímenes de lesa humanidad encontramos la ponencia presentada por Hernando Barreto Ardila titulada " Globalización del DIH Penalización de infracciones y violaciones graves al DIH en el derecho interno colombiano", en el XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal organizado por el Instituto Colombino de Derecho Procesal en la ciudad de Paipa (Boyacá) del 16 al 18 de septiembre de 1999, En ella se hacen precisiones conceptuales tales como definir los crímenes internacionales conforme al derecho internacional público, "como aquellos cuya gravedad compromete la paz y la seguridad mundiales, así como la estabilidad ética y política del ordenamiento internacional, y con cuya comisión se vulnera a la humanidad en su conjunto y no a la persona individualmente considerada" (Londoño, 1998). Para indicar renglones seguidos, el significado decrímenes de lesa humanidad: "Son las conductas de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación sexual, prostitución forzada, esterilización forzada; persecución por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos u otros motivos definidos; desaparición forzada, apartheid u otros actos inhumanos que cusen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física" (Artículo 7º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). A su vez indica sobre las categorías de delitos en el derecho internacional

señalando que en el derecho penal internacional contemporáneo se encuentra: " Las violaciones graves a los derechos humanos, integradas por los delitos contra la humanidad y el derecho internacional, ocurridas en situaciones distintas a un conflicto armado, u ocurridas con ocasión de un conflicto armado interno" (Barreto, 1999) y " Las infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuya ocurrencia tiene lugar en el marco de conflictos armados internacionales" (Barreto, 1999). Acompaña a la literatura anterior referentes en cuanto a los tribunales internacionales, penalización interna del DIH en el derecho comparado, fundamentos para la penalización interna del DIH en Colombia.

Alejandro Aponte Cardona publica "El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación" un trabajo monográfico para el Observatorio Internacional DDR Ley de justicia y paz y CITpax, indicando textualmente en su introducción "El siguiente es un texto especializado sobre el fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia, en tanto él constituye un crimen internacional y un delito contenido en el Código Penal. Hace parte de la protección penal de derechos humanos y de la preservación, en escenarios especialmente conflictivos, de las reglas del derecho internacional humanitario. Por esta razón, debe leerse en el contexto general de la persecución penal nacional de crímenes internacionales. En ello, el papel de la Fiscalía General de la Nación ha sido muy importante. En especial, en un inicio, la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y, actualmente, la Unidad de Justicia y Paz. De igual manera, en el sistema judicial, especialmente en el ámbito de los jueces especializados, se vienen produciendo las primeras decisiones importantes en relación con este delito tan complejo". (Aponte, 2009).

En la WWW.dps.gov.co se encuentra un documento de Acción Social denominado "desplazamiento Forzado en Colombia" donde indica tener por objetivo documento ilustrar la situación del desplazamiento forzado y los avances en la política de prevención y atención de la población

desplazada en Colombia, valiéndose de cuatro secciones:" La primera, describe la evolución del desplazamiento con base en la información oficial de Gobierno; la segunda, expone los avances de la Política de Prevención y Atención Integral a la Población Desplazada; la tercera, muestra la situación actual de la oferta institucional para esta población, y la última, presenta los retos a futuro que enfrenta el Estado Colombiano para superar el fenómeno del desplazamiento y reparar integralmente a las víctimas de este delito".(Acción Social, 2010).

Siguiendo estudios e investigaciones referidos al tema de investigación encontramos el libro compilado por Angelica Rettberg B "Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional", donde son claros en estudiar Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, bajo el título "Justicia transicional y justicia restaurativa: Tensiones y Complementariedades" los enfoques restauradores como mecanismo de contención a las iniquidades y disfunciones del sistema penal de hoy en Colombia caracterizado por ser punitivo y retributivo, su visión constitucional con fundamento en el Acto Legislativo No. 2 de 2003 que señala que la "ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa" (Uprimny, 2005), en otras palabras, persiguen con su escrito, dar respuesta a la pregunta "¿ conviene o no utilizar el esquema de la justicia restaurativa como paradigma dominante para enfocar los problemas planteados por la justicia transicional en Colombia?" (Uprimny, 2005), hacen la observación de la defensa del argumento que "los procesos transicionales en curso deben fundarse en la justicia restaurativa" para finiquitar diciendo " que los procesos de justicia transicional, en especial aquéllos que hayan de tener lugar en Colombia, deben de contener dosis inevitable de castigo para los responsables de graves violaciones de derechos humanos y, por ende, sólo deben contemplar la posibilidad de perdones cuando éstos sean proporcionados y "responsabilizantes" " (Uprimny, 2015). En uno de sus apartes se afirma "Es cierto que hoy es todavía difícil llegar a conclusiones empíricamente claras sobre los potenciales efectos preventivos

del castigo de los crímenes de lesa humanidad, por una razón bastante simple: hasta muy recientemente, la regla práctica en Colombia y en el resto del mundo era que esos crímenes no eran sancionados. Así lo demuestran las amnistías generales aplicadas en nuestro país y en otros países latinoamericanos hace pocas décadas, y así lo demuestra también el hecho de que los Tribunales de Nuremberg, Ruanda y Yugoslavia hayan sido eventos esporádicos, que de ninguna manera crearon una práctica internacional en favor de la punición de las violaciones masivas de derechos humanos".(Uprimny, 2005).

En la revisión bibliográfica previa a la definición del tema se consultó la Revista Estudios Socio Jurídicos, volumen 7, número especial, de la Universidad del Rosario publicada en el año 2005, La Facultad de Jurisprudencia da curso a su colección temática en que se recoge lo referido a la "memoria colectiva, la reparación, la justicia y la democracia, en el marco de una transición política de un gobierno represivo o de una situación de violencia en contra de la población civil" titulando el número en cuestión, "Justicia transicional: memoria colectiva, reparación, justicia y democracia": Entre las lecturas que hacen parte de la publicación se encuentra el ensayo "Justicia transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado", aquí el autor Camilo de Gamboa Tapias, al referir a las sanciones criminales observa que uno de los temas particulares que preocupa a los países que hacen tránsito a un régimen democrático es el de apremiar desde lo criminal a quienes realzaron graves violaciones de derechos humanos, dígase, crímenes de guerra y de lesa humanidad dándose "una tensión real entre las demandas de la justicia y la necesidad de lograr la reconstrucción y reconciliación nacional" (…) y quienes consideran que una verdadera transición no se puede dar si no existe sanciones criminales contra los ofensores de graves violaciones al derecho internacional" (Gamboa, 2005).

Entre los trabajos de carácter monográfico como requisito para optar el título de abogada Adriana Londoño Martínez presenta en la Facultad

de Derecho de la Universidad de Antioquia el titulado " La reparación por vía administrativa para la población víctima de desplazamiento forzado en Colombia", centrándose el estudio en analizar la aplicación y desarrollo del decreto 1290 de 2008 que persigue permitir el acceso a la reparación por vía administrativa y realizar una crítica que conlleve a establecer los beneficios alcanzados con ello por la población víctima de desplazamiento forzado, Además la precariedad de implementación del marco normativo que le regula conllevando violación del derecho a la igualdad respecto de la reparación administrativa de las víctimas y el acceso a una justicia restaurativa en razón del conflicto. (Londoño, 2010). A reglón seguido se ha de mencionar que en el cuerpo del trabajo al referirse al marco normativo se considera que la reparación por vía administrativa debe verse a partir de otras normas que implicaron la expedición del decreto 1290 de 2008 remitiendo al Código Penal colombiano que incorpora el desplazamiento forzado "como un crimen y lo cataloga como "un tipo penal", en este sentido, al hablar de Víctimas del Desplazamiento Forzado en Colombia" se considera en razón de un delito conllevando el derecho a ser reparadas. (Londoño, 2010).

Kai Ambos escribe un artículo que identifica como "Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal" para inmiscuirse en "la discusión en torno a la necesidad de una convención especializada para la investigación, juzgamiento y castigo de los crímenes de lesa humanidad (crimes against humanity)" (Ambos, 2011).su referente es el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal International en procura de someterlo "a un riguroso análisis crítico y comparar sus rendimientos frente a la definición del delito propuesta en el Proyecto de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad, elaborado por un grupo internacional de expertos" (Ambos, 2011), en el que participa, además, trata, "la capacidad efectiva que tiene o debería tener la CPI para prevenir y perseguir los crímenes de lesa humanidad. Este problema afecta a uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal (internacional): su posible efecto de disuasión". (Ambos, 2011).

El doctor Juan Pablo Jaimes Villamizar en su tesis "Desplazamiento Forzado y Derechos Humanos" realizada bajo la dirección del docente José Luis Serrano Moreno aporta un estudio con una densa bibliografía sobre el tema con la pretensión de abordarlo con la perspectiva jurídica encaminada al "desplazador como autor de un delito –que al desplazado– como víctima de un delito – o al Estado como unidad política que sufre el embate del desplazamiento forzado como un problema de legitimidad" (Jaimes 2014), no obstante advierte, que gran número de estudios se circunscriben en los problemas sociales de toda índole que soportan las víctimas del desplazamiento forzado, además, los efectos desestabilizadores del desplazamiento forzado sobre el Estado. El trabajo lo estructura en dos partes. En la primera aborda el concepto, la historia y la etiología del desplazamiento forzado, en la segunda procura el análisis institucional del fenómeno centrado en el desplazador, Estado y desplazado pero con énfasis en el desplazador.

Conclusiones

Desarrollar una investigación en procura de definir con exactitud ***"procesos de paz y definiciones jurídicas penales procesales hacia el postconflicto en Colombia"***, a partir de antecedentes de ley, jurisprudencia y doctrina de los diversos aspectos referentes al tema, constituye una tarea prioritaria al mejoramiento de la justicia hacia una mirada del postconflicto en Colombia.

Siendo prioritarias en el postconflicto las víctimas que deja el conflicto se considera de prelación es preponderante dejar un testimonio de memoria y no repetición al reseñar procesos de paz ocurridos en Colombia seguidos de una ambientación de lo entendido por justicia transicional como definición jurídica procesal enmarcada en el desplazamiento forzado entre los aspectos vinculados al nuevo proceso penal. Tales visones tangenciales permiten reflexionar respecto de los procesos de paz, justicia transicional, desplazamiento forzado.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 22 señala que la paz es un deber y un derecho de todos, que es visto como un referente teórico, implica que la academia y la investigación en las universidades deben contribuir con propuestas de solución a las situaciones que resulten de aplicabilidad de la justicia transicional hacia la búsqueda de la paz en términos reales de justicia, verdad, reparación y no repetición, alcanzando soluciones dentro de un plazo razonable y con la dinámica procesal que contribuya a la celeridad y economía en la resolución de los conflictos jurídicos penales.

Resulta importante definir la postura que se debe asumir en la tensión que se presente en una cuerda procesal penal siendo indispensable realizar una investigación que contribuya a la seguridad jurídica dada las posibilidades de una justicia transicional dentro de una situación de desplazamiento armado donde a las víctimas hay que definirles su situación conforme al conflicto y lo perseguido en el postconflicto en temas de paz y justicia.

Una investigación en términos de ***"procesos de paz y definiciones jurídicas penales procesales hacia el postconflicto en Colombia"*** fortalece la doctrina y la teoría del delito pero a su vez la visión del derecho procesal en cuanto el requisito de definiciones jurídicas penales procesales inmanentes al derecho penal ordinario que se requiere en la investigación ante la tensión que se presente el debate judicial. Fijando objetivos, entre otros, las dinámicas que surgen entre el concepto de derecho procesal penal y la justicia transicional.

Bibliografía

Aponte-Cardona Alejandro (2016) "Persecución penal nacional del homicidio en persona protegida: alcances y límites del derecho penal en contextos de justicia transicional*http://revistas.javeriana.edu.co/index.

php/internationallaw/article/viewFile/13819/11113, bajado 23 de marzo de 2016.

Carlos Felipe Rúa Delgado "Prolegómenos para la aplicación de los criterios de priorización de delitos en los procesos de justicia y paz en Colombia" (2014) Revista Latinoamericana de Derechos Humanos 25 193 Volumen 25 (2), ISSN: 1659-4304.

Carlos Hernando Otálora Castañeda (2010) "El proceso entre el gobierno nacional y las autodefensas unidas de Colombia: ¿proceso de paz o de sometimiento a la justicia?" Trabajo de grado para optar al título de magister en Estudios Políticos Director: Eduardo Pizarro Leongómez, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI Maestría en estudios políticos Bogotá, D.C. (2010), consultada en http://www.bdigital.unal.edu.co/2968/1/carloshernandootaloracasta%C3%B1eda.2010.pdf, abril 15 de 2015.

Castro Freddy Victoria (2014) "¿Guerra o Paz? Uribismo vs. Santismo", editorial oveja negra, Colombia.

David García Vanegas y Over Humberto Serrano Suárez (2010) "Análisis al sistema acusatorio con base en las última reforma al código de procedimiento penal colombiano" Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

Garzón Juan Diego Galiano, Adela del Pilar Parra González y Ana Selene Pineda Neisa (2003) "El postconflicto en Colombia: Coordenadas para la paz, trabajo de grado en Derecho dirigida por Julio Andrés Sampedro Arrubla, Pontificia Universidad Javeriana.

Gómez Araujo Luis Alberto (2016) "Reflexiones acerca de los procesos de paz en Colombia El marco jurídico y otras consideraciones http://rcien-

tificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2978/2055, bajado 28 de marzo de 2016.

Julio González Zapata (2005) "Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005" Estudios Políticos No. 27. Medellín, julio-diciembre 2005 Estudios Políticos No. 27. Medellín, julio-diciembre 2005 45-63 consultado en http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/viewFile/1349/1395, junio 1 de 2015.

Jeimy Faizully Peña Rojas, Hugo Torres Rojas (2010) "justicia transicional ¿existe impunidad en la aplicación de la ley1424/2010 para los desmovilizados de las auc?" año 2012. Consultada en http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12932/1/JUSTICIA%20TRANSICIONAL%20CORRECCIONES%20DR.%20SEBASTIAN%20GARCIA%20%20FINAL.pdf, mayo 15 de 2015.

López Díaz Claudia (2012) "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional" Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 42, No. 117 / p. 515-579 Medellín - Colombia. Julio-diciembre de 2012, ISSN 0120-3886.

Lopera Morales Jenny Juliet (2011) "Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia" Revista electrónica Facultad de Derecho Universidad de Antioquía, número 7, año 2, mayo – agosto 2011.

Martínez Estefanía Sánchez, (2016) las perspectivas académicas sobre las reparaciones en el contexto de la justicia transicional en Colombia: un estado del arte de las investigaciones en ciencia política (2005-2011), http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11630/1032439107-2015.pdf?sequence=4&isAllowed=y, bajado 28 de marzo de 2016.

Samara Duarte Díaz, (2012) "La justicia transicional en el derecho penal y su aplicación en Colombia" Universidad Militar Nueva Granada, 2012, consultado http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7136/1/DuarteDiazSamara2012.pdf, 18 abril de 20 Dorado Porras Javier (2016) "Justicia transicional, persecución penal y amnistías transitional justice, criminal prosecution and amnesties"

http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19909/DyL-2013-28-dorado.pdf?sequence=1, bajado 28 de marzo de 2016.

Silva García Germán (2012) "¿La décima es la vencida? El nuevo proceso de paz con las FARC". Revista Nueva Época número 30, noviembre de 2012.

Serrano Suárez Over Humberto (2009) "El constante conflicto social en Colombia y los altibajos de la paz" artículo publicado en el libro una década construyendo investigación socio jurídica facultad de derecho 1998- 2008 UCMC, editorial Ibáñez, 2009.

Sentencia C-370/06. Ley de justicia y paz. Demandante: Gustavo Gallón Giraldo y otros. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006).

Sentencia C-579/13 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial).Magistrado Sustanciador: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Sentencia C-771/11 Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil once (2011)

Vásquez Alfredo Carrizosa (2012) "La crisis dela paz: análisis de tendencias y frustraciones" Revista Nueva Época número 30, noviembre de 2012.

Uprimny Rodrigo y María Paula Saffon (2016) Usos y Abusos de la Justicia

Transicional en Colombia* http://www.revistas.uchile.cl/files/journals/75/articles/13511/submission/copyedit/13511-34844-1-CE.pdf, bajado 28 de marzo de 2016.

Ejercicio del derecho de accesión en las zonas de playa y bajamar. Caso Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A

Andrea Carolina Ariza Sánchez

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Ariza, S., Andrea, C. (2015) Ejercicio del Derecho de accesión en las zonas de playa y bajamar. Caso compañía hotelera Cartagena de Indias S.A. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 143-162.

Resumen

Analizar el ejercicio del derecho de accesión por parte de la compañía hotelera Cartagena de Indias S.A, sobre zonas de playa y bajamar; y

---

* Trabajo clasificado como artículo de resultado de investigación. Desarrollado en el marco de la investigación del progama de Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás.

** Estudiante del programa Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino Bogotá. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Bogotá; Especialista en Derecho Probatorio; en Derecho Comercial y Marítimo Universidad Sergio Arboleda Santa Marta. Nombre del proyecto de investigación: Responsabilidad del Estado por Daño ambiental Generado por actividades marítimas conforme al inciso 1 del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Nombre del Grupo de Investigación: Estudios en Derecho Público Francisco de Vitoria, línea Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomas de Aquino, Bogotá.

estudiar la categoría de derechos que se encuentran vulnerados al ejercer el derecho de accesión sobre esta tipología de bienes públicos inajenables, inalienables e imprescriptibles, resulta un tema relevante para la academia; toda vez que permite conocer las distintas posiciones judiciales (acción popular), doctrinales e institucionales al respecto, con el fin de evitar que ocurran sucesos similares que afecten el patrimonio Estatal.

Palabras claves: Palabras claves: Derecho de accesión, zonas de playa y bajamar, derechos colectivos, bienes públicos, acción popular.

Exercise of the right of accession in areas of beach and tide. Case Cartagena Hotel Company S.A.

Abstract

To Analyze the exercise the right to accession beach zones and water mark by the hotel company S.A Cartagena de Indias. Also review those rights that are being violated by using the right to accession upon public goods that are inalienable and imprescriptible. This is a very important topic for the academy, since it offers different judicial, doctrinal and institutional point of views in order to prevent similar events to happen in the future that may affect the state heritage.

Key Words: Right of accession, beach zones and water mark, collective rights, state assets, class action.

Introducción

Con el fin de comprender el campo de estudio de este artículo es necesario, establecer los elementos metodológicos trazados para su desarrollo. El problema jurídico que se plantea es el siguiente; ¿Qué tipo de derechos

se encuentran vulnerados con el ejercicio del derecho de accesión sobre zonas de playa y bajamar, por parte de la compañía hotelera Cartagena de Indias S.A.?

Para desatar este problema de investigación, se selecciona como fuente principal de este estudio, el fallo del 6 de marzo de 2013 emitido por el Consejo de Estado al resolver una acción popular (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01). Del cual se extraen los elementos de los derechos que se consideran vulnerados; las medidas compensatorias ordenados en la sentencia citada y paralelo a ello; se realizó un análisis de la normatividad relacionada con la delimitación, protección, uso, concesión y finalidad de los bienes del Estado.

Se estableció como objetivo general, el análisis de la tipología de derechos que se encuentran vulnerados al ejercer el derecho de accesión sobre zonas de playa y bajamar por parte de la compañía demandada - Cartagena de Indias S.A -. Con el fin de lograr el cumplimiento de este objetivo general, se desarrollan como objetivos específicos: 1. Identificar los presupuestos legales, judiciales y doctrinales que sustentan la improcedencia del derecho de accesión sobre zonas de playa y bajamar, como derecho ejercido por la compañía demandada. 2. Analizar las medidas compensatorias ordenadas en la sentencia que se estudia en la presente disertación.

1. Análisis de procedibilidad del ejercicio del derecho de accesión como forma de adquirir el dominio en zonas de playa y bajamar

Ante el planteamiento problemático ¿Es procedente ejercer el derecho de accesión como forma de adquirir el dominio en zonas de playa y bajamar?, se debe descender en la definición de algunos conceptos que son fundamentales para comprender los temas de análisis. Primer concepto, "*Playa*": consagrado en el numeral 2, artículo 167 del Decreto

2324 de 1984. "*Playa Marítima*: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal".

Segundo concepto, *"bajamar"*, que se encuentra regulado en los numerales 3 y 4 de la precitada norma, en el cual es necesario distinguir entre "3. *Bajamar:* [como] La máxima depresión de las aguas o altura mínima" [y] 4. *Terrenos de Bajamar:* los que se encuentran cubiertos por la máxima marca y quedan descubiertos cuando ésta baja".

Como parte de esta explicación, entra en consideración, que en concepto señalado por el Consejo de Estado Rad 11001-03-06-000-2010-00071-00, el 29 de abril de 2014: "Las playas y los terrenos de bajamar son zonas geográficas cuya ubicación y extensión dependen de distintas variables geomorfológicas, topográficas, bióticas y otras de naturaleza física, que cambian de un lugar a otro, y que incluso en el mismo sitio pueden modificarse según la época, ya sea por causas naturales o por factores de origen humano (antrópico)" (p.9).

Tercer concepto: "*la accesión"* regulada en el artículo 713 del Código Civil, según el cual: "La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles". Adicionalmente según Matamoros 2008 "consiste en la adquisición por el dueño de una cosa, considerada principal, de la propiedad de otra, que se estima accesoria, unida a la principal de modo inseparable, natural o artificialmente" (p.79). En suma la consecuencia de ejercer de la accesión es obtener la titularidad o el dominio de la propiedad de una cosa por lo que se junta o produce la cosa principal.

Conforme al concepto de Florez (2012), "la accesión es el modo de adquirir el derecho real de dominio; por medio del cual un bien sobre

el que existe dominio previo, se junta o une a otro bien, sobre el que no existe dominio previo por la misma persona, en razón de un hecho ocurrido con la intervención del hombre o sin ella" (p.108).

Cuarto concepto, "aluvión", para la doctrina, Velásquez (2010) son "Clases de accesión continua. a) De inmueble a inmueble (aluvión, avulsión, mutación de cause o álveo, formación de islas. (p.308). No obstante frente ello en el Código Civil está el concepto de aluvión, artículo 719: "Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas", de la lectura de la definición de aluvión queda excluido la playa marítima y las zonas de bajamar, toda vez que el aluvión solo se puede presentar en la ribera de un río.

Sobre este artículo, refiere Ochoa (2011), "que no se hace alusión sino a las riberas de los ríos o lagos y nada se dice del mar. En el Código de Bello sí se habló de mar. La supresión tiene una explicación histórica. El Estado de Cundinamarca tomó el Código Civil chileno, y como en ese Estado no había mar, les pareció lógica la supresión. Cuando en 1887 se reconstituyó la República, se tomó como Código Civil el del Estado de Cundinamarca" (p.87).

Hasta ahora, podemos concluir que en nuestra legislación se consagran los conceptos claves como playa, terrenos de baja mar, accesión, aluvión que permite identificar la relación entre éstos y la procedibilidad o no de acceder a la propiedad de los bienes estudiados.

Ahora bien, de forma paralela se revisan los artículos 674 y 679 del Código Civil que rezan: Artículo 674**.** Bienes públicos y de uso público**.** Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso

no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.

Si bien es cierto, el artículo precedente no señala las playas como bienes de la unión o bienes públicos, dicha conclusión se puede extraer de la lectura complementaria con el artículo 679 del Código Civil que reza: "Prohibición de construir en bienes de uso público y fiscales. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión." Como se aprecia, de la anterior lectura se deduce que las playas son catalogadas como bienes de uso público.

En ese orden de ideas, el artículo 719 del Código Civil modificado por el artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974, reza: **"**Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: a.- El álveo o cauce natural de las corrientes; b.- El lecho de los depósitos naturales de agua; c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres; d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares; f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterránea". De la norma citada, considera Ochoa (2011), "la norma transcrita es clara: las playas son de uso público. Una franja de hasta 30 metros desde la ribera es de uso público y no es propiedad particular. Según esto el aluvión podría admitirse hasta la vigencia de este decreto" (p.88).

Se pudiere sostener entonces que legitimación en el ejercicio del derecho de accesión, deviene de la precitada norma cuando establece: "*Salvo derechos adquiridos por particulares*", la cual es genérica y pudiere dar lugar a entender que la demandada bajo el principio de la confianza legítima adquirió el derecho de dominio sobre las zonas de playa y bajamar sobre las que versa el litigio.

No obstante, un análisis sobre el derecho de dominio eminente del Estado, pudiese originar una condición diferente, por ejemplo el doctrinante Velásquez (2010) señala "El Estado tiene sobre las aguas públicas un derecho de dominio eminente, es decir, que su propiedad pertenece a toda la comunidad", análisis que permitiría afirmar que no hay legitimación para ejercer el derecho de accesión bajo los presupuestos analizados.

Del análisis de las anteriores normas se deriva, que las playas marítimas y las zonas de bajamar son catalogadas como bienes inalienables e imprescriptibles del Estado, es decir que no les serían aplicables la figura jurídica de la accesión[1].

En este mismo sentido se encuentran las sentencias de la Corte Constitucional T-566 de 1992, T-605 de 1992, T-95 de 1994, T-294 de 2004, T-1186 de 2004, Consejo de Estado 2001 expediente No 3100 y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 11 de agosto 2005.

Por otra parte, la defensa de la demandada estuvo fundamentada en dos artículos, el 723 del Código Civil: "Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas, dentro de los diez años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños", y el artículo 724 del Código Civil[2], es decir, en su interpretación la recuperación de terreno sólido **27.707,17 M²** que antes eran ocupados por el mar, son terrenos privados por dicha

1. Decreto 2324 de 1984, artículo 166).- BIENES DE USO PUBLICO: "Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente Decreto. En consecuencia tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo"
2. Si un río varía de curso, podrán los propietarios riberanos, con permiso de autoridad competente hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce, y la parte de este que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del artículo 720. Concurriendo los riberanos de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales, y cada una de estas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del mismo artículo".

figura jurídica de la accesión, además de tener títulos de dominio como escrituras públicas.

Del examen normativo anterior, concluyó el Consejo de Estado: "…que los requisitos, para la operatividad de estas modalidades de accesión: 1.Que se trate de la **ribera de un río o lago**. 2. Que el retiro de las aguas corresponda a un fenómeno natural. 3. Que el retiro de las aguas sea definitivo…" (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 60). Es decir que las figuras jurídicas citadas no se aplican en las zonas marítimas, así:

> …que las playas y los terrenos de bajamar, en tanto baldíos reservados (inadjudicables) y bienes de uso público (inenajenables e imprescriptibles) de la Nación, **carecen de vocación para acceder a propiedad privada** en los términos previstos por el Código Civil; entre otras cosas, porque aunque se trataran de bienes baldíos adjudicables, su disposición correspondería únicamente al Estado con sujeción a normas especiales de aplicación preferente y restrictiva, que excluyen de tajo las normas contenidas en el Código Civil cuya aplicación rige entre particulares, pero no entre éstos y el Estado.." (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 62).

Por consiguiente, y conforme a lo señalado por el Consejo de Estado, el acrecentamiento de las playas y las zonas de bajamar, bajo los fenómenos de la naturaleza, jamás tendrán vocación de ser de propiedad de particulares, toda vez que este tipo de zonas marítimas son bienes del Estado, imprescriptibles, inenajenables, convirtiendo su uso y dominio el carácter de derechos colectivos.

Al mismo tiempo, en otra sentencia (Consejo de Estado 1993 Exp 7198), sobre esta situación señaló:

> "En nuestra nación existe la práctica de disecar los terrenos cubiertos de agua para hacerlos acceder o acrecer a la propiedad ribereña. En Cartagena, por ejemplo, encontramos un caso de realismo mágico, en donde un particular dice ser dueño de 2 kilómetros de playa adquiridos por la accesión producida por el retiro del mar de la misma, ampliándose así su propiedad, amparado en una singular interpretación del poético artículo 720 del Código Civil. Otro caso es el del barrio Manga en la misma ciudad, en donde particulares y hasta el municipio mismo, secan partes del mar o ciénagas, elevan a escritura pública, registran el nuevo inmueble y así, amplían su propiedad o jurisdicción; de esa manera el municipio pretende convertir un bien de uso público en baldío".

En concordancia, y en palabras del Consejo de Estado, parte de ese realismo mágico, en el que los ciudadanos pretenden adueñarse y luego tratan de legalizar derechos, sobre bienes que como ya se afirmó, son inenajenables e imprescriptibles, además de ser bienes protegidos por su ubicación en zonas marítimas.

Por otra parte, y sobre el análisis de los títulos de dominio que adujo la Compañía Hotelera el Consejo de Estado indicó: "… ni de la escritura pública 062 de 1973, ni de las escrituras públicas precedentes a ésta, allegadas al expediente, es posible derivar derecho de propiedad alguno sobre las áreas "recuperadas" por la Compañía Hotelera, pues cabe recordar que para que opere el fenómeno previsto en el artículo 723 del C.C., es necesario que las áreas recuperadas pertenezcan al dueño de la heredad inundada, y esto de ninguna manera se puede predicar de bienes de uso público" (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 68).

Corolario de lo expuesto, se encuentra demostrado en el ejercicio del derecho de accesión por parte de la Compañía Hotelera Cartagena de

Indias, sobre 27.707,17 m² de terrenos de bajamar de propiedad del Estado y por ende de todos. Este ejercicio resulta improcedente pues se trata de territorios correspondientes a playas y zonas de bajamar, que son bienes del Estado, por lo que se deriva su inalienabilidad, inajenabilidad, imprescriptibilidad, o adquisición del dominio por la figura jurídica de la accesión. Así mismo la Corte Constitucional ha señalado que además de la caracterización que recae sobre los bienes del Estado debe ser excluido el ejercicio del derecho de dominio sobre los mismos (Sentencia T 376-2012).

2. Tipología de derechos vulnerados al ejercer el derecho de accesión sobre zonas de playa y bajamar

Una vez argumentado que no procede el derecho de accesión como forma de adquirir el dominio consagrado en el artículo 713 del Código Civil, sobre las zonas de playa y bajamar, se desciende a estudiar qué clases de derechos fueron vulnerados por parte de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, al haber ejercido el derecho de accesión para una cabida superficiaria total de 35.075 m² (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 68) sobre zonas de playa y bajamar.

De este modo, el Consejo de Estado determinó que es "…Es flagrante la violación a los bienes jurídicos comprometidos con los derechos o intereses colectivos a la defensa de los bienes de uso público y al patrimonio público en el caso concreto…" (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 70). Con ocasión a ejercer actos de privatización de bienes del Estado, lo que afecta los derechos colectivos en la defensa de los bienes de uso público y al patrimonio público.

De lo anterior se deriva, que la tipología de derechos vulnerados, es la perteneciente a derechos de carácter colectivos, consagrados en la Ley 472

de 1998, fruto de la regulación del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia; este tipo de intereses le pertenecen a todos los miembros de la colectividad, y se concretan a través de su participación activa ante la administración de justicia (Sentencia C-215 de 1999).

Siendo de este modo plausible afirmar que la administración de justicia, a través de los operadores de justicia (jueces, magistrados), son quienes tienen en el momento de conocer acciones populares o de grupo según corresponda, la carga argumentativa para sustanciar y valorar la vulneración de los derechos colectivos; pero existe el control a través de las acciones ya descritas para frenar las amenazas o violaciones de los derechos colectivos afectados con las actuaciones de los particulares.

Consecuencialmente se expone, que la acción popular, es un mecanismo judicial de consagración constitucional, que ampara los derechos e intereses colectivos, cuándo éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio a un daño contingente, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas; dotando de esta manera a la comunidad afectada de una herramienta legal, expedita y sencilla para la protección de los derechos colectivos. (Consejo de Estado. Rad 13001-23-31-000-2011-00118-01. AP).

En lo que respecta, a los alcances del fallo en Acción Popular, están consagrados en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que reza:

> …La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés

> colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular... (Art 34 Ley 472 de 1998).

De lo que se deriva, el poder resarcitorio de este tipo de acciones, con facultades de emitir órdenes de cesar de forma inmediata la vulneración o el daño a los derechos colectivos, constituyendo esta acción una herramienta judicial adecuada para suspender, reparar y/o restituir las cosas a su estado anterior, conforme a las características específicas de cada caso.

Conviene señalar que el Consejo de Estado con el fin de determinar si se presentó o no la vulneración de derechos colectivos, utilizó los siguientes parámetros tomados de la sentencia (Consejo de Estado, Rad 549-2007. AP): Primero, la existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien se alega, usurpó los derechos o intereses colectivos; (2) una forma clara de afectación y; (3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión. Sobre el primer punto se concluyó:

> Lo mismo sucede con el mar y con los territorios de playa, estos son de todos; y la titularidad que detenta la Nación sobre los mismos, no significa su uso exclusivo, ni la posibilidad de ésta, de transferirlos a particulares o entidades públicas distintas. Tan solo debe desplegar actos para manejarlos, para cuidarlos y preservarlos, y excepcionalísimamente permitir su uso exclusivo, como por ejemplo, para el desarrollo de una regata deportiva. Se observa de esta manera la garantía constitucional de la inajenabilidad e inalienabilidad de este tipo de bienes, situación que según se dijo, estaba protegida, desde antes, por

> nuestro ordenamiento jurídico, para el caso de los mares y las playas. Al permitirse y en efecto concretarse, la recuperación de unos bienes de uso público (mar y playas) para el dominio privado de una compañía comercial, se atentó de manera indiscutible contra unos bienes jurídicos de titularidad colectiva, consistentes en la posibilidad de usar y disfrutar estos bienes, y contar con una gestión estatal, en este caso de la Nación, consecuente con su función de manejo y preservación de los mismos. (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 70).

En efecto, los anteriores derechos se encuentran consagrados en la Ley 472 de 1998 artículo 4 literal d) defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público.

Sobre este último derecho, señala Carrillo (2006) "El Patrimonio Público interesa al orden interno y al orden internacional, el Patrimonio Estatal, en principio toca con el derecho interno tanto en el orden privado como en el administrativo, en atención al principio según el cual el estado de derecho se caracteriza por su sujeción al ordenamiento jurídico, como corresponde a todo sujeto de naturaleza pública o privada" (p.23).

También se determinó que la Sala de conocimiento no tenía competencia para estudiar la afectación al daño sobre el derecho colectivo de gozar de un ambiente sano, toda vez que la Compañía Hotelera utilizó medios artificiales para convertir espacio de mar en tierra firme, con fines de explotación. Las razones del Alto Tribunal, desde mi punto de vista, no son claras, y si debió pronunciarse de fondo sobre la vulneración de este derecho colectivo, sin embargo no ahondaré sobre este aspecto en este artículo.

Sobre el segundo aspecto referente a *una forma clara de afectación,* la sentencia indica:

> …pareciera constatarse en la conversión del mar (bien de uso público) en playa y/o terrenos sólidos (bienes de uso público) a través de medios no naturales (instalación de espolones, entre otros), y lo que es peor, en la conversión de estos bienes como de dominio privado de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, amparados en un supuesto derecho de accesión frente a bienes de uso público. (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 71)

En este caso, se observa una vulneración efectiva y real, ya que se demostró la afectación de derechos colectivos como lo son la defensa de los bienes de uso público y la defensa al patrimonio público; sin embargo esta vulneración no es solo atribuible a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias, sino también a las autoridades públicas que lo permitieron, tales como: Armada Nacional a través de la DIMAR, la Superintendencia de Notariado y Registro –Oficina de Instrumentos públicos de Cartagena de Indias-, o el municipio de Cartagena (hoy Distrito). En este orden de ideas, la responsabilidad no solo puede medirse a través de una acción judicial para la protección de derechos colectivos, pues se observa una omisión o extralimitación en las funciones públicas de dichas autoridades, lo anterior conforme al artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

3. Medidas compensatorias ordenadas en el fallo de acción popular

Hasta este punto, se demostró la vulneración de los derechos colectivos ya referidos; ahora bien, se debe analizar, ¿cuál fue la *reacción jurídica necesaria frente a la lesión?*, relata el alto Tribunal, que debió ser la restitución de los predios del Estado; sin embargo, sobre los terrenos sólidos recuperados por el retiro del mar, existen edificaciones las cuales fueron construidas por la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A,

desde hace 30 años, bajo una mal concebida confianza (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 74-75), en la que participaron el Municipio de Cartagena hoy Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, Armada Nacional a través de la DIMAR, la Superintendencia de Notariado y Registro –Oficina de Instrumentos públicos de Cartagena de Indias.

En suma, la corporación judicial, consideró que si se ordenase su demolición no se obtendría una efectiva defensa de los derechos colectivos; y sería más oneroso y lesivo la destrucción de las edificaciones existentes, frente a la finalidad perseguida, como lo es el restablecimiento del espacio público. También hace la aclaración que esta es una teoría excepcional frente al uso arbitrario e ilegítimo del derecho de accesión.

En este sentido, el Consejo de Estado como medida compensatoria ordenó que la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, en un período no superior a tres años la construcción de un parque, con una extensión de 26.961,51m^2 administrado por el Distrito de Cartagena y los costos de mantenimiento durante los primeros 30 años estará a cargo del referida Compañía Hotelera, parque destinado al uso y recreación de toda la comunidad, en un terreno en zona diferente a la colindante o adyacente a las playas, o a áreas de protección natural; en la misma extensión de la porción que le fue arrebatada al mar (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01. P 76).

De igual forma, se ordenó a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, la realización de actividades de recuperación integral de playas ocupadas por ella y el mantenimiento de los espolones para evitar la erosión en dichas áreas.

Ahora bien, estas medidas ordenadas por el Consejo de Estado, desde mi análisis personal no se ajustan, ni están acordes con la afectación de los derechos colectivos aquí estudiados, toda vez, que luego de que

transcurran los primeros 30 años, el mantenimiento del parque estaría a cargo de la administración distrital, lo que generará un gasto en el erario público del Estado, con ocasión a una ocupación realizada por un particular, la cual seguirá de forma ilimitada en el tiempo.

Si bien es cierto, las anteriores consideraciones fueron fundamentadas en la sentencia de Acción Popular, se observa que la medida compensatoria ordenada por el Consejo de Estado, en la que si bien reconoció que los terrenos en medida de 26.961,51m^2 son del Estado, no pueden ordenar la demolición de las construcciones que realizó la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, razón por la cual ordena como compensación, retribuir al Estado un parque de uso comunitario sobre un terreno de 26.961,51m^2, es decir, le deja la propiedad a un particular sobre bienes del Estado.

Adicional a la anterior medida compensatoria, la sentencia ordenó que los costos de la administración del parque serán cubiertos por la Compañía en mención por un lapso de 30 años, entonces me pregunto ¿Luego de que transcurran los 30 años, le corresponderá al Estado a través del Distrito Turístico e Histórico de Cartagena sufragar los costos de la administración y mantenimiento de dicho parque comunitario? La respuesta es sí, atendiendo a la lectura de la sentencia analizada en este artículo.

De esta manera, se ve claramente que la compañía hotelera ha ejercido por más de 30 años el uso sobre ese predio, además que en el futuro le seguirá perteneciendo, es decir, ejercerá en el tiempo de forma indefinida e ilimitada el uso, disfrute y propiedad de unos bienes del Estado, y que por su naturaleza jamás debió perder su titularidad; imponiéndole una erogación adicional al Estado con los gastos de mantenimiento del parque de la comunidad que deberá construir.

Conclusiones

1. El derecho de accesión como desarrollo de fenómenos naturales para adquirir la titularidad del dominio sobre predios, no es procedente cuando se trata de zonas de playa y terrenos de bajamar, toda vez que éstos son bienes de uso público, imprescriptibles, inenajenables, estos bienes carecen de vocación para acceder a ser propiedad privada; por ende su uso le corresponde a la comunidad, salvo disposición en contrario de la administración de autoridades locales y solo en casos excepcionales. Lo anterior conforme a la legislación vigente y a los pronunciamientos de las altas cortes.

2. Las acciones populares, como mecanismo judicial y constitucional de protección de derechos colectivos, le otorga poderes al operador judicial que conoce el caso, con facultades de emitir órdenes de cesar de forma inmediata la vulneración o el daño a los derechos colectivos, constituyendo esta acción una herramienta judicial adecuada para suspender, reparar y/o restituir las cosas a su estado anterior, conforme a las características específicas de cada caso.

3. La compañía Hotelera Cartagena de Indias, a través del ejercicio del derecho de accesión, adquirió la titularidad de 26.961,51m^2 correspondientes a zonas de playa y bajamar, vulnerándose de esta forma los derechos a la defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público. Como medida de compensatoria el Consejo de Estado, ordenó a la Compañía Hotelera la construcción de un parque con la misma área citada, para uso de la comunidad, cuyos costos de mantenimiento durante los primero 30 años estarán a cargos de los constructores (Consejo de Estado Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01).

4. Las medidas ordenadas por el Consejo de Estado, no se ajustarían ni estarían acordes frente a la afectación de los derechos colectivos aquí estudiados, toda vez, que luego de que transcurran los

primeros 30 años, el mantenimiento del parque estará a cargo de la administración distrital, lo que generará un gasto en el erario público del Estado, con ocasión a una ocupación ilegítima realizada por un particular, la cual seguirá de forma ilimitada en el tiempo. Así, la afectación de los derechos colectivos continúa en el tiempo, toda vez que la propiedad de las zonas de playa de bajamar sigue en titularidad de la Compañía Hotelera.

Bibliografía

Carrillo, J.M. (2006). *"Del patrimonio público una aproximación al concepto y a su contenido".* Prolegómenos Derechos y Valores. Volumen IX No 17 Enero-Junio 2006. ISSN 0121-182X. Pág. 23-34.

Flórez, J.D. (2012). *"Derecho Civil Bienes"*. Editorial Temis. Bogotá Colombia

Matamoros, R. (2008). *El libre albedrío en la propiedad inmobiliaria. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLI* 69-102. ISSN: 1133-3677. Recuperado el 21 de enero de 2016, de la URL https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2567872.pdf

Ochoa, R.H. (2011). "Bienes". Séptima Edición. Editorial Temis. Bogotá Colombia.

Oliveros, A. (2012). *"La causalidad en el Derecho de los Daños".* Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Saavedra, R. (2008). *"La responsabilidad extracontractual de la administración pública".* Cuarta reimpresión, Bogotá, Editorial Ibañez.

Velásquez, G. (2010). *"Bienes".* Duodécima edición, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia.

Legales:

Constitución Política de la República de Colombia 1886.
Constitución Política de Colombia 1991.
Código Civil.
Decreto Ley 2811 de 1974.
Decreto 2324 de 1984.
Ley 472 de 1998.

Jurisprudenciales:

- Consejo de Estado. Sentencia 6 de diciembre de 1993., Sección Tercera,M.P: Juan de Dios Montes Hernández. Expediente: 7198.
- Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, sección primera, Sentencia 23 de marzo de 2001, expediente 3100, Consejero Ponente Manuel Urueta Ayola.
- Consejo de Estado. Sentencia 21 de febrero de 2007, Sección tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente Ap-549.
- Consejo de Estado. Sentencia 6 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Rad 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP). Actor Norberto Gari García contra el Ministerio de Defensa Nacional y otros.
- Consejo de Estado Rad 11001-03-06-000-2010-00071-00, el 29 de abril de 2014. Sala de consulta y servicio Civil. Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra
- Consejo de Estado. Sentencia 13 de noviembre de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González. Rad 13001-23-31-000-2011-00118-01 (AP). Actor: Wilman Herrera Mendoza.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 11 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla.

- Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia T-605 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia T-95 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.
- Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1186 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia T-294 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2012.

Ordenamiento jurídico, sociedad y derecho eclesiástico del Estado

Santiago Catalá Rubio

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Catalá, R., Santiago. (2015) Ordenamiento jurídico, sociedad y Derecho Eclasiástico del Estado. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 163-202.

Resumen

En el presente trabajo se analizan los ordenamientos jurídicos estatales desde una perspectiva amplia, es decir, como sistemas integrados en las respectivas realidades sociales, políticas, económicas y culturales. El Derecho debe ser concebido, asimismo, como una herramienta en manos del poder político y como un instrumento de transformación de la realidad social. En ese contexto, la aparición del Derecho Eclesiástico del Estado, en cuanto que rama del saber jurídico, no sólo viene a completar

---

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación como Profesor Titular de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla La Mancha.

** Abogado. Doctorado en Derecho, Profesor titular de Derecho Eclesiatico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Castilla La Mancha. seroluna27@gmail.com.

una visión de conjunto del sistema normativo sino que, además, ofrece un campo de conocimiento imprescindible para dar respuestas eficaces a numerosos problemas que se plantean en nuestro tiempo.

Palabras Clave: Derecho; Derecho Eclesiástico del Estado; Iglesias; libertad religiosa, religión; ordenamiento jurídico, Estado; sociedad.

Legal system, society and state ecclesiastical law

Abstract

In this paper state legal systems are analyzed from a broad perspective, ie as integrated systems in the respective social, political, economic and cultural realities. The law also must be conceived as a tool in the hands of political power and as an instrument of transformation of social reality. In this context, the appearance of State Ecclesiastical Law, as that branch of legal knowledge, not only completes an overview of the regulatory system but also offers a field of essential knowledge to provide effective answers to many problems that arise in our time.

Key Words: Law; State Ecclesiastical Law; Church; religious freedom, religion; law, State; society.

Introducción

El Derecho es llamado -también- "ciencia jurídica"; curiosamente, sin embargo, el apelativo "ciencia" evoca unos referentes que, en numerosas ocasiones, distan mucho de lo que son las ciencias tradicionales. De exactitud el Derecho anda siempre escaso y, por lo demás, el método no es científico del todo en el sentido clásico del término.

Dicho lo anterior, si a nuestra amada disciplina le puede valer lo de "científica" será exclusivamente por razón de que tiene un objeto propio de estudio, ofrece sus particulares fuentes de conocimiento, obedece a unas concretas reglas de funcionamiento, tiene un lenguaje específico y genuino, se articula en diversas materias, goza de un sistema de principios que lo inspiran y -además- dispone de diferentes métodos de conocimiento, investigación y estudio.

Partiendo, pues, del reconocimiento del Derecho como ciencia jurídica, como ciencia social -aun a sabiendas de las particularidades de esta área de conocimiento- cabría dar dos pasos al frente para afirmar que, como sucede con la Medicina, es posible hablar de un Derecho "preventivo" y, como acontece en otras disciplinas, se podría decir que es factible hacer "ingeniería jurídica".

Derecho preventivo sería, el manejo de los conocimientos que ofrece el estudio de los ordenamientos jurídicos para lograr evitar, en la medida de lo posible, situaciones de conflictividad (reclamaciones, juicios, ejercicio de acciones penales…) bien para la persona -física o jurídica- a la que se le asesora, bien al Estado o a cualquiera de sus administraciones públicas, bien a otro tipo de entidades (internacionales, eclesiásticas, etc.). El Derecho –incluso- puede ser utilizado para evitar cambios en la forma de estado o de gobierno, el estallido de revoluciones sociales…, o, por el contrario, para provocar aquéllos.

De igual modo, cabría hacer ingeniería jurídica para avanzar en el desarrollo de nuevos modelos o "patentes" que puedan dar respuestas eficaces a las nuevas situaciones que la realidad económica o social plantea. Así las cosas, en el mundo de la contratación, el *leasing*, el *renting* o el *factoring* se han convertido en modalidades contractuales que vienen a responder a nuevas formas de acceso a determinados bienes y servicios. Este tipo de contratos, muchas veces usurpados y copiados de la antigüedad por juristas anglosajones, se van extendiendo por los diferentes

ordenamientos hasta convertirse, incluso, en populares. La sorprendente "hipoteca inversa" es otro ejemplo de cómo el ingenio humano da fértiles frutos generando nuevas fórmulas contractuales que ofrecen respuestas eficaces a diferentes problemas de la vida moderna.

En la actualidad estamos asistiendo a un fenómeno en cierto modo preocupante: el Islamismo radical. Lo que no debería generar ningún recelo (la expansión de un credo religioso: el Islam) se convierte en grave preocupación al constatar que con él van aparejadas ideas fundamentalistas que promueven la lucha armada y la acción terrorista, confrontando unas civilizaciones con otras. Además, el crecimiento exponencial de la actividad industrial, del transporte, el turismo, etc., han hecho que determinados países productores de petróleo hayan llenado sus arcas de divisas. En particular, las naciones integrantes de la Península Arábiga han sido, entre todas, algunas de las más beneficiadas. En este nuevo escenario se está comenzando a extender entre las entidades de crédito más vanguardistas nuevas fórmulas contractuales que hacen posible la llamada banca *halal* o banca sin intereses.

Por estas dos circunstancias Occidente se enfrenta ante nuevos retos que en pocos años modificarán seriamente el mapa humano y, con él, la geoestrategia, las reglas del capitalismo imperante, el liberalismo económico, etc.; ello obliga a revisar una parte importante de nuestros ordenamientos, desde los aspectos que regulan las operaciones crediticias a aquellos otros que tienen que ver con la inmigración, el derecho de asilo, el estatuto de los refugiados, la tenencia de armas o el control de las comunicaciones.

Volviendo al ejemplo de la banca *halal*, que el banco, que es una empresa de capital que vive de los beneficios que aportan las inversiones, pueda funcionar si referencia alguna al interés, es algo que choca frontalmente con nuestra mentalidad. ¿Cómo es posible que el cliente se sienta atraído por el deseo de depositar grandes sumas de dinero en una entidad

bancaria que no le va a reportar intereses porque la religión del cliente lo prohíbe o porque la naturaleza del banco lo impide? ¿Y cómo es posible que un banco vaya a dar dinero a préstamo a quien no puede exigir interés alguno, por las mismas razones religiosas que afectan al cliente o a la propia entidad de crédito?

Sin embargo, la realidad es otra: existe la banca *halal* y existen los productos *halal* en la banca tradicional (occidental) y, efectivamente, siendo una banca sin intereses, curiosamente está creciendo de forma exponencial.

No es ésta sede en la que abordar una materia que dejo en el tintero, sin disimulo alguno, del "interés" que despierta en mi hacerlo en un futuro próximo, porque el ejemplo traído a colación lo que pretende evidenciar es que hay "campo" más que de sobra para trabajar en lo que he querido denominar "ingeniería jurídica".

La "ingeniería", aplicada a la docencia y al estudio de las ciencias sociales, hecho en perspectiva formativa, es decir, concibiendo los estudios de todas las etapas formativas como un todo, desde las primeras edades de desarrollo del hombre hasta la especialización universitaria, es tarea primordial en la que España ha fracaso estrepitosamente. Mucho me temo que Iberoamérica no ande a la zaga.

El Derecho es, sin duda alguna, la mejor herramienta para la transformación de la sociedad, pero si dicha herramienta es frágil, parcial…. se devalúa, se mercantiliza o politiza, entonces el resultado no puede ser otro que el de una sociedad mal cimentada, lo cual termina desembocando en un modelo sustentado en el desgobierno, la injusticia y la corrupción.

Cuando los operadores, de cualquier rama del saber, de cualquier sector social, hablan de pobreza, de desigualdad, de allanamiento de derechos humanos, de maltrato, etc., sean éstos médicos, sociólogos, economistas,

políticos, etc., con frecuencia se olvidan del Derecho, de los juristas, en suma, de nosotros.

El Derecho tiene una vocación evidentemente arquitectónica: es, en realidad, el único instrumento capaz de convertirse en el fundamento de un modelo social. No cabe hablar de Estado si no hay detrás de él un texto legal que lo defina, caracterice y modele. Así pues -concluimos- no hay hoy en día nación en el mundo que no encuentre su soporte en una Carta Magna. Ello no es garantía de estabilidad porque, por sí sola, una Constitución no crea un Estado, pero actualmente es impensable la existencia de una nación que no se asiente en los cimientos que su Ley de leyes establezca.

Ciertamente es posible hablar de "Estados de no Derecho" pero no es porque no cuenten con una norma que los estructure sino porque dicha norma no se aplica, bien por desgobierno, bien por luchas internas, por inestabilidad política y social, por ausencia de garantías, etc. Dicho lo anterior, los juristas debemos preguntarnos qué papel desempeñamos en la sociedad y la respuesta no puede ser otra que la de un papel capital, mejor dicho, un papel que debería ser capital.

Pero esta preponderancia del Derecho en la articulación de un modelo de sociedad justo, moderno, democrático, avanzado y próspero depende de varios factores. Uno de ellos es previo: el político. Las democracias occidentales han avanzado peligrosamente hacia la preeminencia del factor político, creando un sistema de partidos que utilizan a su antojo los medios que les proporcionan las leyes que ellos mismos elaboran y aprueban. Gracias a las leyes ellos elaboran las leyes, las reforman, las utilizan para mantenerse en el poder, para crear estructuras que les permitan beneficiar a las grandes empresas, a las entidades financieras y -también, por supuesto- a los propios partidos. No es por casualidad que uno de los ámbitos jurídicos más resistente al cambio sea el Derecho electoral.

Cabría decir, en este sentido, que la política es la primera enemiga potencial del Derecho en cuanto que aquélla se erige en el poder que

reforma éste, que urge su aplicación -o la demora-, que desarrolla tal o cual institución, precepto o iniciativa e detrimento de otras. Si el Derecho tiene vocación de servicio y, en tal sentido, procura controlar el poder, limitarlo, constreñirlo a sus justas competencias, reglarlo, someterlo al imperio de la ley… en garantía de los derechos de los ciudadanos, de los consumidores, de las empresas, de los trabajadores, etc., un Derecho manipulado o a merced del poder político puede acabar convirtiéndose en una peligrosa herramienta que actúa en contra de los intereses generales, llegando incluso a provocar situaciones de crisis institucional o a generar un colapso en el sistema político, económico o social.

Si bien lo miramos, la situación de Venezuela no es otra cosa que el fruto del fracaso de la ley, no es su política la mala -que lo es- sino que, en realidad, lo que se ha producido ha sido algo más profundo y vital: la muerte de la norma, su ineficacia, su instrumentalización, su ideologización, su falta de uso.

Si Colombia -o si cualquier país- quisiera fomentar el turismo y, de este modo, generar empleo, utilizar sus recursos y mejorar la economía, indudablemente lo primero que habría que hacer es revisar la normativa que regula la materia. No son las políticas de fomento de la empresa, de ayuda a la inversión, etc., lo que fomenta el turismo (que también), lo más importante es crear un marco normativo que permita el uso de los recursos que se tienen, que facilite la creación de nuevas empresas, que anime la inversión en el sector, que cree un escenario de seguridad y bienestar que anime al viajero y, por supuesto, que apueste por el fortalecimiento y crecimiento de la clases medias.

Si lo que quisiera es atraer inversiones extranjeras cabría decir lo mismo, o si lo que se pretende fomentar es el movimiento cooperativo o cualquier otra medida que se considere adecuada para lograr un mayor y mejor desarrollo económico y social. El Derecho, de este modo, se con-

vierte en un *prius*, esto es, en una premisa o *conditio sine qua non* sin la cual será imposible facilitar el desarrollo de tal o cual materia.

Viajemos a España y analicemos lo que se ha denominado "el milagro español". El aislamiento que sufrió el régimen de Franco terminó cuando comenzó la Transición Política y se redactó una Constitución de corte europeo. La nueva Carta Magna, aprobada en 1978, clausuró las trasnochadas Leyes Fundamentales del Reino votadas por las Cortes franquistas.

La nueva Ley de Leyes obligó a revisar todo el ordenamiento y se promulgaron tal cantidad de normas que se produjo un verdadero frenesí legislativo, algo que recordó la célebre expresión de Carl Schmitt "legislación motorizada" o, en términos más actuales, de "legislación incontinente"[1].

Sin embargo ello no fue suficiente. Otro factor que coadyuvó en la revolución económica y social fue la integración en la Comunidad Europea. El ingreso de España en este selecto club supuso una gran cantidad de ventajas, además de importantes inversiones en infraestructuras, ayudas a sectores necesitados, etc. Pero lo más importante no fueron esas inversiones sino, en realidad, algo mucho más profundo: la armonización de ciertas leyes españolas a las comunitarias. La ausencia de aranceles por la desaparición de fronteras, la libre circulación de mercancías, de bienes, de servicios, de personas y de capitales ha supuesto una revolución mayor que cualquiera de las revoluciones sociales o industriales vividas en Europa.

Las grandes empresas pudieron prosperar sin más límite que el derivado de sus propias fuerzas, las pequeñas tuvieron ocasión de expandirse, las exportaciones comenzaron a crecer a un ritmo vertiginoso, el turismo interior (europeo) alcanzó cifras colosales; posteriormente, el uso de una

1. En expresión de ORTEGA.

moneda única y del Banco Central Europeo sirvieron para avanzar, en un proceso imparable de preeminencia internacional, para articular mecanismos anticíclicos eficaces que combatan situaciones de crisis regional o nacional; las propias políticas de austeridad que ahora se están aplicando tienen como fin último la contención y racionalización del gasto público y los límites del endeudamiento, básicos para no zozobrar en un futuro a medio plazo, para no depender de potencias extranjeras, en suma, para garantizar el propio futuro y la necesaria autonomía de la región.

Este milagro, el español, ha sido realidad gracias a aquella "revolución normativa". Una revolución que nace en la Constitución de 1978 y que permite el ingreso de mi país en otras organizaciones internacionales, una Constitución que, con todos sus defectos, posibilita la autogestión de las diferentes regiones, que descentraliza el poder político y atomiza las respuestas que los órganos descentralizados han de dar ante los problemas emergentes (y ante los problemas de siempre).

Se han cometido muchos excesos, numerosos abusos, pero el desarrollo en infraestructuras ha sido, sencillamente, espectacular. Ha mejorado la renta *per cápita* de los españoles, así como de los extranjeros que viven en España, se han multiplicado las oportunidades de negocio y ha mejorado el nivel de vida, los servicios sociales y muchos servicios públicos -como la atención médica y sanitaria- se encuentra a unos niveles inimaginables, experimentando un desarrollo económico y social como jamás antes se había vivido.

Se han modernizado las explotaciones agrarias, se ha informatizado la sociedad civil, se han internacionalizado las empresas, abierto al mundo las Universidades, interrelacionado los agentes económicos, los investigadores, los proyectos y programas de desarrollo…., las empresas españolas se han expandido por el mundo y en España han querido invertir numerosas multinacionales. Pues bien, en la génesis de todo ello encontramos, sin duda alguna, el Derecho.

Desde Europa uno tiene la sensación, por ejemplo, de que las numerosas organizaciones panamericanas no han terminado de despegar, que los EEUU ejercen una hegemonía tal que los países iberoamericanos no pueden desprenderse de su papel de socio pobre, que la democracia no es lo suficientemente madura como para posibilitar un adecuado desarrollo, sin pasos hacia atrás, al margen de quién forme gobierno.

Partiendo de estas premisas, parece claro que no hay en la sociedad muchas tareas más urgentes que las de fomentar un conjunto normativo, equilibrado y justo, que responda a las realidades y necesidades de la nación para la cual se aplique. La gestación de ese Derecho exige de buenos políticos y de magníficos juristas y, para ello, es necesario un tejido de buenas Facultades bien dotadas de grandes profesores.

El papel, por tanto, que debe desempeñar todo operador jurídico -sea juez, abogado, funcionario, asesor, etc.-, es clave al convertirse, en este sentido, en una especie de "constructor" de una nueva realidad basada en valores y principios compartidos, en suma, en un operario que trabaja en pro del bien común.

Con frecuencia nos enfrentamos ante el Derecho como un sistema normativo impuesto, elaborado por otros, es decir, como una realidad externa al operador jurídico que lo único que tiene que hacer es estudiarlo, aceptarlo, aplicarlo, defenderlo. Estas funciones en realidad son funciones pasivas porque parten de la existencia de un modelo prefabricado en cada momento y lugar -aunque mutable- que necesariamente ha de ser aplicado, pues vincula a todos.

Así las cosas, la conveniencia de intervenir en él como agentes activos capaces de generar Derecho es una competencia sobre la que no tenemos conciencia. Parece que, como única opción, podríamos convencer a un tribunal concreto de que la ley debe interpretarse del modo que a nuestro cliente interesa, o aplicarse de forma analógica tal o cual norma

en la materia objeto de litigio, o invocar una doctrina jurisprudencial extranjera que, a falta de precedente patrio, pueda servirnos como criterio válido, pero nunca nos creemos capaces de dar a luz nuevos preceptos, nuevas fórmulas contractuales, nuevas instituciones que sirvan para dar respuesta eficaz a un determinado problema. De esta forma, hasta los mejores juristas se sienten encorsetados por las normas jurídicas y por las resoluciones judiciales preexistentes. ¿Dónde queda la libertad de pactos? ¿Dónde la capacidad de generar nuevas fórmulas que resuelvan problemas no previstos por el legislador? ¿Dónde el poder de la potestad jurisdiccional para adaptar el Derecho vigente a las circunstancias, siempre vivas y cambiantes, en que las partes en un proceso se han visto envueltas?

1. La necesidad de repensar el derecho

España ha demostrado a Venezuela que el turismo vale más que el petróleo; Alemania ha hecho lo propio con Argentina, acreditando que la investigación genera más bienestar y progreso que los recursos naturales; Canadá, con respecto a Rusia, evidencia que la democracia es más útil que ser gran potencia mundial político-militar; Suiza, por su parte, demuestra a diario -con respecto de Brasil, por ejemplo-, que la organización es más importante que la extensión del territorio; EEUU hace lo propio respecto de China, pese a tener ésta mucha más población…

El Derecho es la clave del éxito -y del fracaso- en cada modelo de sociedad, de ahí el enorme interés que tendrían los estudios históricos que analizaran la aparición, grandeza y decadencia de los imperios, Estados y civilizaciones en clave jurídica, no sólo en clave económica, política o social, como se ha hecho hasta la fecha.

Hay una teoría que cada día se hace más patente y que parte de la siguiente ecuación: "a mayor democracia mayor progreso", lo que *a sensu*

contrario significa que a menor democracia más subdesarrollo. Cuando hablo de democracia en este caso me estoy refiriendo, como es lógico, a Estado de Derecho, a Estado de bienestar, a Estado social y democrático. Detrás de todo ello se encuentra necesariamente un articulado sistema normativo que hace que las instituciones funcionen razonablemente bien, que se garantiza la libertad y la igualdad de oportunidades, que rige, aunque con todos sus defectos, el principio de legalidad, el de jerarquía normativa, el de presunción de inocencia….

Un Estado es una inmensa maquinaria de relojería que sólo puede funcionar bien, es decir, dar la hora, si todas las piezas están en su sitio, bien ensambladas; en estas situaciones, cuando algo falla, el sistema tiende de forma automática a su arreglo. En esa maquinaria juegan muchos factores y entre ellos la política, las administraciones públicas, los Gobiernos… pero antes que nada y para que éstos a su vez funcionen correctamente, el ordenamiento jurídico ha de desempeñar un papel preeminente, organizador. Esa preeminencia, que comienza con tomarse los derechos en serio -y el Derecho también en serio, puesto que no se conciben los unos sin el otro-, es algo que debe advertirse y convertirse en el basamento fundamental sobre el que se edifica todo el orden jurídico-político-económico-social. No entenderlo así resulta, a mi modesto juicio, un acto de insensatez.

Si no rige el principio de legalidad -al que antes me referí-, por el cual toda administración pública está sometida al imperio de la ley en cuanto a su existencia, competencia, capacidad, procedimientos, principios de actuación…,qué podemos esperar del funcionamiento de las instituciones?

Dicho lo anterior, el lector comprenderá la importancia que tiene en todo país la formación jurídica que las universidades ofrecen a quienes optan por estudiar tal disciplina, la necesidad de enfocar el estudio del Derecho desde esa visión gran angular, crítica, real, aplicable al caso concreto, para ofrecer una respuesta más y mejor adaptada a las peculiaridades

del caso, no exenta de imaginación ni de audacia, abierta radicalmente hacia el futuro.

Llegados a este punto, me permito ofrecer algunos elementos que sirvan al lector a adentrarse en los contenidos materiales de que trata el DEE pues, como pretendo demostrar, su ausencia en los planes de estudio genera unos déficits formativos imposibles de compensar de otra manera.

Sirva lo anterior para evidenciar que, lejos de poder vivir cómodamente instalados en las viejas estructuras jurídicas de nuestros ordenamientos, el jurista ha de enfrentarse permanentemente al reto de adaptarse a las nuevas realidades. La globalización es, en este sentido, un acelerador de esa necesidad. Ya no vale lo cotidiano ni lo milenario, no porque no valga -dado que siempre mantendrá su vigencia- sino porque ese nuevo mundo que cada poco tiempo encontramos ante nuestros ojos exige la inteligencia y valentía necesarias como para embarcarse ante nuevos desafíos.

Seguir con los esquemas de siempre, dividiendo el Derecho en parcelas (constitucional, civil, penal, administrativo, laboral, tributario…) y éstos a su vez en parte general y parte especial, con los ámbitos de conocimiento sobradamente conocidos, cada vez se presenta como tarea tan imprescindible como insuficiente. ¿Cómo se ordenará el aprovechamiento de los yacimientos mineros del espacio? ¿Quién podrá garantizar el secreto de las comunicaciones? ¿Es posible establecer criterios claros de responsabilidad en todo lo relacionado a internet, las redes sociales y cualquier otra invención relacionada con la informática? ¿Alguien puede impedir que un ser humano abrace tal o cual creencia, a veces completamente ignota para nosotros, reivindicando un espacio de libertad y de autonomía en el deseo de no tener que ser obligado a hacer algo contrario a su conciencia?

Nuestros ordenamientos jurídicos necesitan de buenos juristas capaces de generar nuevas fórmulas útiles para resolver los problemas que las

actuales circunstancias traen consigo. No podemos ignorar que en los Estados Unidos de América mueren al año por arma de fuego más que todas las víctimas de terrorismo en el mundo. Curiosamente lo último es motivo de enorme preocupación y, curiosamente también, parece que Norteamérica languidece impotente ante los desafíos que esa tremenda realidad constata. Pues bien, es el Derecho el único instrumento eficaz para combatir esa situación: la venta de armas, su uso, las limitaciones y controles que deben establecerse… no son otra cosa que materia propia de la norma jurídica, temas que precisan de una adecuada regulación.

Cuando se redactan estas cuartillas, el Reino Unido se plantea la salida de la Unión Europea, algunos analistas han señalado que eso supondría su vuelta a la Edad Media. La norma, el hecho jurídico, como vehículo histórico, como circunstancia relevante, como agente transformador que obliga o conduce a tomar una deriva u otra. Los movimientos de capital, los migratorios, las pirámides poblacionales, el modelo de sociedad y el económico, la integridad territorial…, hasta el mantenimiento de las viejas colonias será sometido a revisión y cambio en función de lo que resulte de este "hecho jurídico".

Dicho lo anterior, olvidarse de una parcela del Derecho, aunque *prima facie* pueda pensarse que regula un fenómeno menor, constituye un error táctico imperdonable, de ahí que a continuación trate de esta nueva disciplina.

2. Derecho eclesiástico del Estado y factor social

Llegados a este punto y al hilo del último ejemplo utilizado, quiero presentar en América una nueva rama del saber normativo que, en el fondo y como todo el Derecho, nació en Italia, y que, por haber cumplido pocos decenios como tal, podríamos decir que es en exceso joven, de ahí que no se estudie en casi ninguna Universidad. Italia y España son, en realidad,

los dos países que más cobertura han dado a tan singular materia: el Derecho Eclesiástico del Estado.

Derecho "Eclesiástico" es un término equívoco que a nadie gusta porque históricamente ha evocado claramente al Derecho de la Iglesia católica (al ser empleada esta expresión tradicionalmente como fórmula alternativa a la de Derecho canónico). El Derecho "eclesiástico" es, terminológicamente, el Derecho "de la Iglesia", que igualmente es llamado "canónico" por contenerse en "cánones", que es el término que cabría identificar con lo que nosotros llamamos "artículos" o, mejor, "disposiciones", "reglas", "normas".

Esta invitación a la confusión intenta ser corregida con el apelativo "del Estado" para traer de nuevo las aguas al molino del origen de la norma, que no es otro que el estatal. Así las cosas, el Derecho Eclesiástico del Estado -en adelante DEE- se convierte en la rama del ordenamiento jurídico que regula el factor religioso. Cabría ponerle otros nombres, de hecho, con frecuencia se han utilizado expresiones tales como "Derecho de la libertad de conciencia", "Derecho y Religión", etc., pero ninguna de estas expresiones ha cuajado y dudo mucho que aquélla vaya a ser sustituida por otra cualquiera.

"Inventar" una nueva rama del ordenamiento jurídico no es nada fácil, sucede lo contrario que crear especializaciones. No genera ninguna complicación hablar del Derecho de la responsabilidad civil, del Derecho del menor, de Extranjería o, en fin, de mil materias que no se corresponden con las tradicionales asignaturas o materias que vertebran la ciencia jurídica, pero que constituyen áreas específicas que permiten -y aconsejan- la especialización. En efecto, las nuevas circunstancias socioeconómicas apuntan a la creación de ramificaciones en torno al Derecho del comercio internacional, D. cooperativo, D. bancario, D. sindical, D. de la negociación colectiva, etc. y es muy probable que en pos de estos derroteros se avance y se progrese a nivel universitario en la constante búsqueda de materiales que permitan mayor grado de adaptación de los egresados al mercado laboral, mayor capacidad

de generar empresas dedicadas a la prestación de nuevos servicios o, en fin, mayor internacionalización de los futuros operadores jurídicos.

Curiosamente, en las últimas décadas, cuando apenas estaban consolidándose las primeras cátedras del DEE en España, unas absurdas -por ignorantes- corrientes laicistas han ido barriendo el DEE de muchas Universidades españolas aprovechando las descerebradas reformas de sus planes de estudio. La situación en España ha llegado a ser tan grotesca que dos nuevos graduados en Derecho pueden tener perfiles completamente diferentes atendiendo a las Facultades en donde han aprendido.

El caso español es digno de mención. Se trata de un Estado tradicionalmente católico en el cual durante siglos el Derecho canónico ha formado parte de los planes de estudio de Derecho. El ordenamiento jurídico de la Iglesia es verdadero Derecho y, en este sentido, ofrece al estudioso el conocimiento de un conjunto de reglas que comparte nociones, conceptos, vocablos, instituciones…, aunque la mayor parte de las veces mostrando sustanciales diferencias, dado que los principios que lo inspiran nada tienen que ver con los sistemas jurídicos provenientes del nuevo modelo de Estado. Lo mismo que le ha pasado a España puede sucederle a Colombia o a cualquier país iberoamericano sólo que, normalmente, los modelos confesionales se clausuraron hace ya tiempo y -en este último caso- el Derecho canónico no ha formado parte de las enseñanzas regladas universitarias.

En este punto he de advertir que lo que sucedió en España es que el Derecho canónico terminó siendo sustituido por el DEE, siendo que, en realidad, no hay entre ellos una relación que permita dicho proceso de sustitución, al contrario, lo que hay es una relación más o menos estrecha que no se presta a desprenderse de una para imponer la otra sino que, precisamente, la primera conduce a la segunda o, a la inversa, la segunda invita a la primera, complementándose.

España es, como se sabe, un país de contrastes donde ha abundado el clericalismo y el anticlericalismo a un mismo tiempo. Sucede algo parecido con Italia. Desde la concepción anticlerical, el estudio del D. canónico (en adelante DC) representa una perversión del modelo público de enseñanza, una imposición ilegítima del Estado en el proceso formativo de los nuevos juristas, algo anacrónico, completamente injustificado. Es por esto por lo que el Plan de estudios de 1953, en el cual el DC, como en épocas anteriores, era asignatura de obligado seguimiento (lo cual fue confirmado por el Tribunal Constitucional cuando una estudiante solicitó que se le expidiera el título de Licenciada en Derecho sin necesidad de superar los estudios de esta disciplina, alegando motivos de conciencia[2]), terminó sucumbiendo en el frenesí reformador iniciado tras la muerte de Franco. Pues bien, el DEE vino en el último momento a ser utilizado como materia idónea para sustituir al DC en dichos planes.

La integración en el Espacio Europeo de Educación Superior, con todos los elementos que con justicia habría que calificar de positivos, ha dado lugar a una "anarquización" de los estudios reglados y, por ello, quienes vieron en el DEE cierto sabor a DC -o porque desprecian todo referente al hecho religioso- han "condenado" al D. Eclesiástico a los "infiernos" del olvido. Así las cosas, España ha experimentado en muy pocos años profundas transformaciones que -también- han afectado a los propios procesos formativos de las nuevas generaciones de juristas.

Cuando Pedro Lombardía (1985) [3] presentó el DEE en España soñó -tras el enorme éxito alcanzado en su país- extenderlo en América, al menos en esa parte de América con la que compartimos idioma, tradición, vínculos

2. Auto del TC n. 359/1985, de 29 de mayo.
3. Fue el promotor de una revista especializada, el ANUARIO DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO, cuyo primer número apareció en 1985. Precisamente en ese mismo año se publicó en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza un interesante artículo suyo titulado "La enseñanza del Derecho Eclesiástico" (pp. 147 a 159).

históricos, cultura. Su repentina muerte truncó ese proyecto expansionista que, de haber podido prosperar, hubiera dado lugar a magníficas cátedras. No fue así y, por ello, a América le falta en su tradición jurídica los especialistas en DEE que otras naciones aún conservan. La situación de mi amado continente es aún peor porque jamás tuvieron el estudio del DC entre sus prioridades y, si se me permite la licencia, a mayor abundamiento, el desprecio del latín y del griego en las enseñanzas medias han terminado ofreciendo un perfil bajo en la formación humanística que, como todo el mundo debería saber, además de proporcionar los primeros e imprescindibles estadios de la formación científica, resulta a la postre ser la más trascendental.

Indudablemente, esta disciplina sólo tiene una relación indirecta con la economía y el desarrollo integral de los pueblos, sin embargo, a su interés científico debemos añadir el hecho de que viene a cerrar un círculo material que, de otro modo, dejaría un sector del ordenamiento jurídico ciertamente olvidado.

El factor religioso, no nos engañemos, es fundamental para el adecuado desarrollo de la personalidad humana, pero también para el normal funcionamiento de las Confesiones religiosas, para el reconocimiento de un estatuto jurídico mínimo de las minorías, en suma, para la convivencia.

En otros lugares he advertido que el agente más determinante del declive que vivió España a lo largo de los siglos XVIII a XX tiene su origen, en realidad, en los siglos XVI y XVII, sólo que en éstos las riquezas provenientes de América enmascararon la triste realidad.

Los dos factores determinantes de esa degradación social fue, sobre todo, el Decreto de expulsión de los judíos, hecho por los Reyes Católicos unos meses antes del descubrimiento del nuevo mundo[4] y la

4. Concretamente el 31 de marzo de 1492.

Inquisición[5]. Dos medidas legislativas que sirvieron, por un lado, para desangrar España de un elemento humano de indudable calidad e interés científico, técnico, empresarial e intelectual: los judíos. Por otro, la Inquisición, al perseguir con afán a los falsos conversos, a los judaizantes y al pensamiento ilustrado, atípico, cuestionable desde el dogmatismo del pensamiento único (católico), lo que hizo fue espantar -si no matar- a quienes entendían el conocimiento humano como algo libre, individual, abierto.

España, ultra católica en aquellos siglos, exterminó una parte importante de sus elites intelectuales y, con ellas, una parte importante del espíritu crítico, del alma científica que siglos atrás habían producido resultados asombrosos.

Estas dos leyes, que fueron las responsables de varios siglos de oscuridad curiosamente hay que incardinarlas por completo en el ámbito del Derecho Eclesiástico del Estado. El grave problema que generaron estas dos disposiciones normativas con fuerza de ley no fue sólo el de su contenido y efectos, sino, sobre todo, la duración de aquéllas pues hasta fechas recientes no fueron derogadas[6]. Sucedió todo lo contrario en el resto del continente, especialmente en la Europa protestante, porque muchísimo antes comenzó a readmitir a los judíos en la sociedad[7] y a evitar las persecuciones religiosas que se hacían por el Estado en defensa del credo católico.

5. Institución también establecida en España por los Reyes Católicos, en este caso en 1478.
6. En el caso de la Inquisición porque no fue abolida hasta que las Cortes de Cádiz lo aprobaron por mayoría absoluta en 1812, aunque fue posteriormente, durante el reinado de Isabel II, en 1834, cuando su derogación fue definitiva. En lo tocante el decreto de expulsión de los judíos, éste no fue formalmente derogado hasta mediados del siglo XX, durante el mandato de Franco, concretamente el 21 de diciembre de 1969. En esa fecha muchos de los lectores de este artículo ya habían nacido.
7. Curiosamente, en casi toda Europa los judíos habían sido expulsados antes que en España. Por este motivo en mi país su número creció más todavía. La presión internacional sobre la Reina Isabel acabó doblegándola con la citada medida.

Concluimos, pues, que los dos agentes más determinantes de la decadencia experimentada en España en los últimos tres siglos han sido dos normas jurídicas y, precisamente, pertenecientes al ámbito de conocimiento del DEE.

Para quienes desde sus propios prejuicios sigan sin entender la importancia que la materia ofrece, baste advertirles que la Iglesia católica es, al menos en España, la mayor empresa privada que existe, dando empleo a más de un millón de personas, por tanto, la primera gran empleadora del país después del sector público.

Pero no sólo esto; por su organización, por sus dos mil años de antigüedad, por el número de fieles y por la universalidad de los servicios que presta en todos los sectores y países, cabe decir que -en cierto sentido- se trata de la gran multinacional que hay en el mundo. Cuando hablamos de catolicismo siempre pensamos en religión y así debe ser; sin embargo, hay que pensar también en acción social, en acción misional, en prestigio internacional, en patrimonio histórico-artístico, en atención a los desfavorecidos, en un fabuloso agente creador de empleo estable y economía sostenible.

Hoy en día, además, las diferentes Iglesias protestantes, los llamados Nuevos Movimientos Religiosos, el Judaísmo y otras Confesiones generan mucha más actividad de la que nos podamos imaginar: cadenas de televisión y radio, editoriales, periódicos, Universidades, colegios, residencias para mayores, centros de rehabilitación, comedores sociales…; esta actividad económica está orientada en numerosas ocasiones a prestar un servicio a la sociedad, de modo que lo peor que puede hacer el Estado es desconocer esta realidad, no regularla, dejarla a su albur.

A lo dicho hay que añadir las llamadas "empresas de tendencia". Excluyendo del concepto las que pertenecen a Confesiones religiosas e Iglesias, por empresas de tendencia hay que incluir todas aquellas provistas de

un ideario (no siempre religioso), lo que las convierte en factores económicos y en centros de contratación de diferente naturaleza.

El crecimiento de este tipo de entidades es exponencial, tal vez por un misterioso motivo que no terminemos de entender sino es por la fe que tienen en sí mismas, por el apoyo que reciben de sus fieles…, lo cierto es que los entes confesionales tienden a no desaparecer, al contrario, crecen y se multiplican, incrementando su peso en la sociedad, tanto desde el punto de vista del PIB como en lo referente, por ejemplo, al mercado laboral.

3. El derecho eclesiástico del Estado como disciplina jurídica

Pero al margen, como digo, de la trascendencia económica, de los servicios que prestan, del empleo que dan y de la riqueza que crean, lo que al jurista interesa desde el punto de vista conceptual es el ámbito de conocimiento y los temas que aborda. Enumero a continuación algunos de ellos:

1. El derecho de libertad religiosa y de conciencia así como la regulación jurídica de todas sus manifestaciones.

2. Dado que se trata de un derecho extraordinariamente transversal, el tratamiento jurídico que merece el ejercicio de otros derechos y libertades cuando entra en juego el factor religioso (derechos de asociación y fundación, libertad de empresa, derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho a la vida, protección de la juventud y de la infancia, derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, libertad de expresión, etc.).

3. Régimen jurídico de las objeciones de conciencia en los diferentes ámbitos en los que ésta se plantea: respecto de las obligaciones fiscales,

en materia sanitaria, en relación con el servicio militar, con respecto al aborto, la objeción de conciencia farmacéutica, en materia administrativa, en las relaciones laborales, respecto a la Seguridad Social, etc.

4. Asistencia religiosa en los centros públicos (cuarteles, penitenciarías, hospitales, escuelas…).

5. Enseñanza de la religión y derechos de los padres en lo concerniente a la educación de sus hijos.

6. Régimen jurídico y estatuto de las minorías religiosas.

7. Relaciones Iglesia-Estado.

8. Relaciones entre el Estado y las demás Confesiones religiosas.

9. Personalidad jurídica (civil) y capacidad de obrar de los entes confesionales.

10. Estatuto jurídico de los grupos religiosos.

11. Estatuto jurídico-laboral de los ministros de culto y asimilados, Seguridad Social de los mismos, etc.

Esta breve relación de materias basta por sí sola para evidenciar la necesidad de afrontar su estudio con criterios sistemáticos, métodos científicos y perspectiva constitucional, todo ello sin olvidarse del interés que merece en esta materia toda referencia proveniente del Derecho comparado.

A lo dicho hay que sumar que, por tener autonomía científica, esta rama del saber jurídico dispone de lo que a toda rama se le puede exigir, a saber:

1. Un sistema de principios inspiradores propios. El DEE lo tiene.
2. Un sistema de fuentes (también).
3. Un ámbito propio de conocimiento. Como acabamos de demostrar, igualmente dispone de tal requisito.

Es mi obligación, sin embargo, remitir al lector a autores mucho más autorizados de quien ahora les escribe por cuanto todos ellos, con más clarividencia que la mía, han ido en estos años advirtiendo cuestiones de enorme interés relacionadas con la materia que propongo.

Entre ellos quiero mencionar algunos opúsculos de catedráticos de la talla de Iván C. Ibán[8], Pedro Lombardía[9], Agustín Motilla[10], Luis Prieto[11] o, entre los italianos ilustres, Silvio Ferrari[12], Andrea Piola[13] o Giovanni Battista Varnier[14].

Muchos de los estudios preliminares se refirieron a las cuestiones técnicas que habrían de separar esta nueva disciplina del Derecho canónico, interrelacionarla con el resto de materias jurídicas del ordenamiento del Estado, diseñar su metodología, su enseñanza universitaria, su razón de

8. "Valoración de una "recepción" (la ciencia eclesiasticística italiana en las revistas canónicas españolas", en *Il Diritto Ecclesiastico,* aprile-giugno (1987), pp. 580-667; "*Diritto ecclesiastico e Diritto canonico*", en AAVV, *Dottrine generali del Diritto e Diritto ecclesiastico*, ed. Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1988, pp. 239-281.
9. "La enseñanza del Derecho eclesiástico", en AAVV, *La enseñanza del Derecho, ed. CSIC y la Universidad de Zaragoza*, 1985, pp. 147-159.
10. "Notas sobre problemas fundamentales de Derecho Eclesiástico contemporáneo (En torno a la concepción y metodología de la ciencia del Derecho Eclesiástico)", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V (1989), pp. 191-225.
11. "El Derecho Eclesiástico de la década constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, n. 66 (oct.-dic. 1989), pp. 93-126.
12. "*Il fattore metodológico nella costruzione del sistema del Diritto ecclesiastico"*, en AAVV, *Dottrine generali del Diritto e Diritto Ecclesiastico,* ed. Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1988, pp. 209-235.
13. "*Breve discorso sul* método per lo *studio del Diritto ecclesiastico"*, en *Iustitia,* aprile-settembre (1969), ann XXII, pp. 212-218.
14. "*Storia e dogmatica nella scienza del Diritto ecclesiastico in un recente incontro di studio*", en *Il Diritto Ecclesiastico,* gennaio-giugno 1992, pp. 123-132.

ser y todas aquellas otras cuestiones capitales referidas a su objeto, origen, historia, fuentes, principios inspiradores, etc.[15]

Posteriormente, el grado de penetración en todos los temas referidos a las materias de la que se ocupa ha ido *in crescendo* hasta tropezar en la actualidad con temas genéricos pero a los que no se ha dado respuesta satisfactoria al día de hoy, como el propio modelo de Estado (me refiero a la laicidad y su conjugación con el principio de cooperación, por ejemplo), o a otros mucho más específicos y no por ellos menos trascendentales como por ejemplo, la posible "fundamentalización" de derechos no fundamentales por motivo de su conexión con el hecho religioso.

Abordaré esta última cuestión de forma extraordinariamente sintética pues me queda la satisfacción de haber propuesto esta teoría que viene a demostrar la enorme importancia del quehacer jurídico y las enormes posibilidades de investigación que ofrece el Derecho[16]. Para ello me referiré a la Constitución española si bien no ignoro que puede hacerse extensivo mi razonamiento a cualquier otro país y, por tanto, a cualquier otro modelo constitucional.

El artículo 32 de la Carta magna de España reconoce el derecho a contraer matrimonio. Este derecho, que las Confesiones religiosas considera "natural" por ser inherente a la naturaleza humana, no tiene, sin embargo, la condición de "fundamental" por estar fuera del epígrafe que recoge los derechos a los que el legislador constituyente otorga tal carácter, ello pese a que numerosas declaraciones internacionales considera el

15. En el trabajo de Beatriz GONZÁLEZ MORENO, "Delimitación del objeto del Derecho Eclesiástico", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXI (2005), pp-129-156, el lector encontrará, además de un interesante análisis, numerosas referencias a estudios previos, con especial atención a la doctrina científica italiana y española.
16. ""Fundamentalización" de derechos no fundamentales y factor religioso", en *Estudios en Homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, (coord. por Javiner MARTÍNEZ-TORRÓN y otros), vol. I, Religión y Derecho, ed. Iustel, Madrid, 2013, pp. 449-476.

derecho a casarse como un derecho "humano"[17]. Así las cosas, el nivel de protección que el ordenamiento jurídico español dispensa al matrimonio no puede ser sino de segundo grado por carecer de la naturaleza jurídica de "derecho fundamental", de lo que se deriva, por ejemplo, que no será objeto de protección a través del recurso de amparo ni necesita una ley orgánica para su desarrollo.

Todo ello sería verdad si no fuera porque casarse puede ser fruto, simplemente, de una decisión personal o, además, cabe también que sea una manifestación más del haz de derechos que proporciona la libertad de credo. Dicho con otras palabras: el *ius connubii* puede ser un derecho derivado de la libertad religiosa que incluye, por ejemplo, casarse con arreglo a las normas y formas propias de la Confesión que se profese[18]. Partiendo de esta premisa el matrimonio podría estar amparado por esos mecanismos de especial protección que el ordenamiento estatal dispensa a los derechos fundamentales y a las libertades públicas.

Cabe que el lector se pregunte si cuando el matrimonio elegido por los contrayentes es el civil, no estaremos en un supuesto diferente o, por el contrario, al tratarse de una opción laica, se está ejerciendo igualmente el derecho de libertad de credo (salvo que con sentido negativo) y, por tanto, nos estaríamos moviendo igualmente en el ámbito del DEE.

De igual modo, lo dicho vale para derechos como el de creación de fundaciones, libertades como la de asociación, dirección de empresa, etcétera, etcétera.

Aquella transversalidad de la que hablé más arriba se revela como un fenómeno potencialmente universalizador de numerosos derechos, fa-

17. Así la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 16); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23) o el Convenio de Roma (art. 12), por poner, tan sólo, tres ejemplos.
18. Art. 2.1 b) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa española (L.O. 7/1980, de 5.VII).

cultades y libertades que pueden quedar amparadas bajo el paraguas de nuestro derecho fundamental[19]. Pero no sólo derechos de carácter individual, también principios y valores reconocidos por el ordenamiento como la protección de la juventud y de la infancia, la protección de la familia, el pluralismo o la protección de las minorías étnicas y religiosas… pueden verse afectados por las connotaciones, las norma o la jurisprudencia que tienden a aplicar un especial ámbito de protección a la libertad de creencias, máxime teniendo en cuenta -como sucede en España- que estamos ante una Administración prestacional y, por ello, de esta concepción de los poderes públicos se deriva un inmenso catálogo de bienes y servicios que el Estado ofrece en materia de fe, tanto a los ciudadanos patrios como a los comunitarios y extracomunitarios, tengan residencia legal o ilegal.

La libertad religiosa, en realidad, las libertades que derivan del derecho a la libertad de credo, es la facultad más transversal que existe, la que más capacidad de expansión tiene, la que más está dando lugar a objeciones de conciencia, la que está resultando ser más transnacional, la más permeable en los controles fronterizos.

Desgraciadamente, las sociedades contemporáneas están esforzándose en producir científicos a costa de "fabricar" generaciones de jóvenes incultos. La incultura es un mal que progresa exponencialmente y alcanza las más altas cotas de poder, las más altas instituciones. Hace pocos meses, con ocasión de un estudio que realicé para una obra colectiva sobre los límites a la libertad de circulación de trabajadores de entidades confesionales por razones de orden público en el espacio europeo según la jurisprudencia de los tribunales europeos[20], pude constatar la falta de

19. A ello hay que añadir la aplicación del Derecho Internacional público y, además, las consecuencias que puedan derivarse de la aplicación de los distintos sistemas de Derecho Internacional privado.
20. El título del trabajo es "Limitaciones a la libre circulación de trabajadores de organizaciones religiosas por motivos de orden público" y será publicado en la obra

formación jurídica de los magistrados que componen las más altas magistraturas europeas provistas de competencias jurisdiccionales.

Cuando abordan cuestiones vinculadas con el factor religioso, bien se trate de problemas suscitados por Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas, bien las planteen ciudadanos que declaran profesar una determinada fe y que reclaman la protección de sus derechos frente a un Estado que consideran infractor, las más de las veces han sido despachados con una negativa rotunda al reconocimiento de su libertad, fortaleciendo los poderes del Estado invasor.

La casi sistemática denegación de los derechos derivados de la conciencia individual, constantemente vulnerados por los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa es la mejor prueba de la necesidad de avanzar en el conocimiento de este ámbito jurídico.

Aunque nadie lo quiera ver, los atentados de origen yihadista que están sacudiendo Francia tienen relación directa con la defectuosa regulación del factor religioso, las constantes intromisiones del Estado en el ámbito confesional y, lo que resulta más paradójico, el desconocimiento de los derechos y libertades que les corresponden a las minorías religiosas, y, entre ellas, a las musulmanas[21]. Las viñetas ofensivas al Profeta del Islam, que tuvieron su origen en Dinamarca, fueron posteriormente reproducidas en la prensa francesa junto con otras nuevas. La protección que el Estado y los tribunales de justicia brindaron a los autores y a las cabeceras editoriales fue total en pro de la libertad de expresión, sin atender a la protección que merecen los sentimientos religiosos. Cuando diferentes asociaciones musulmanas acudieron a los juzgados defendiendo sus derechos, en nin-

colectiva coordinada por el Profesor Agustín MOTILLA, titulada *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, previsiblemente en la editorial Comares, de Granada.

21. Las viñetas ofensivas al Profeta del Islam, que tuvieron su origen en Dinamarca, fueron posteriormente reproducidas en la prensa francesa.

gún caso obtuvieron una respuesta satisfactoria[22]. A esto hay que añadir la persecución que *de iure* y *de facto* se está realizando sobre tal minoría al prohibir el uso del *hiyab* en los espacios públicos y otras medidas de corte laicista que intentan imponer la "razón de Estado"[23] sobre los derechos de los individuos y de los grupos religiosos[24].

En suma, el DEE es fundamental en los estudios de Derecho por la simple razón de que aborda el credo en cuanto que factor social y, por ende, obliga al Estado a dar respuestas jurídicas eficaces a las cuestiones que las religiones -en tanto que realidades sociales- plantean.

4. La integración del derecho eclesiástico en los planes de estudio

Si nadie puede cuestionar la necesidad de abordar determinadas partes del Derecho, tanto público como privado, en el estudio de la carrera, cabría preguntarse respecto del DEE si el análisis de éste es prescindible. Más arriba procuré demostrar cómo se presta aquél a ser un espacio en el que plantearse las más arriesgadas aventuras jurídicas, pero sé de sobra que ello no hace necesario el estudio de una asignatura como tal; para llegar a tal extremo habría que ubicarla a la altura de otras disciplinas.

Quiero comenzar diciendo que el Derecho descansa o gravita en un eje compuesto por dos necesidades: realizar la idea de justicia, por un lado,

22. En el caso francés, el Tribunal de la Gran Instancia de París desestimó una demanda contra la revista "Charlie Hebdo" del delito de injurias cometido por las viñetas aparecidas el 8 de febrero de 2006 (S. 22.III.2007 de la Sala 17). Dicha sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de París el 12 de marzo de 2008.
23. En expresión de ORTEGA Y GASSET.
24. En Dinamarca también se planteó un juicio que no obtuvo el amparo de las organizaciones islámicas demandantes con ocasión de la publicación de dichas viñetas el 30 de septiembre de 2005 en el diario "Jyllands-Posten" (Sentencia del Juzgado de Aarhus, de 26 de octubre de 2006).

y proporcionar seguridad jurídica, de otro[25]. Pues bien, aunque el estudio sistematizado de una disciplina no garantiza ninguna de las dos cosas -en realidad tampoco lo garantiza la existencia de ninguna rama del ordenamiento-, es obvio que coopera con ello.

Para avanzar en esta idea hay que partir del ámbito material del que se ocupa el DEE. Dicho ámbito está constituido -a mi juicio- por tres grandes capítulos[26], a saber, de un lado, el derecho de libertad religiosa y de conciencia, fundamental donde los haya. De otro, las relaciones del Estado en cuestión con la Iglesia católica y con las demás Confesiones (incluyendo el estatuto jurídico de éstas, de sus ministros de culto, de sus templos y edificios, de sus bienes, etc.). Y una tercera parte que dejo para el final a sabiendas que, en realidad, constituye un *prius*: el propio modelo de Estado. Comenzaré por este último obviando los dos restantes por impedírmelo el espacio en el que forzosamente he de desenvolverme.

En cualquier rincón del mundo, en cualquier época que queramos analizar, tan pronto ha surgido la idea de Estado, éste ha tenido que posicionarse frente al fenómeno religioso. Este posicionamiento ha obligado a las autoridades públicas, esto es, a los agentes modeladores de esa germinal realidad nacional derivada de una Constitución[27], a

25. Estas dos grandes funciones parten de esa "vocación arquitectónica" a la que me referí más arriba y que pretende estructurar, organizar y ordenar todas las instituciones del Estado y todos sus organismos, pero también las entidades privadas, confesionales o no, provistas de una tendencia o desprovistas de ella.
26. En realidad a estas tres grandes secciones hay que añadir una cuarta que es previa de toda disciplina jurídica: la parte general. Como es lógico, en los itinerarios del estudio de esta asignatura se estudian con carácter previo a la parte especial los temas referentes a concepto, naturaleza, evolución histórica, fuentes, principios informadores…
27. Aunque, en realidad, esto es extensible a cualquier época, incluso clásica. Roma tuvo que responder a las cuestiones que el hecho religioso le planteaba, Egipto hizo otro tanto de lo mismo, no digamos Israel o los países árabes a partir del nacimiento del Islam. Allí donde hay Estado, es decir, estructura político-jurídica, siempre hubo una respuesta en torno a lo religioso.

adoptar decisiones en torno a las relaciones del ente público referidas a la fe. Una de las cuestiones más fundamentales en esa necesidad de dar respuesta es, precisamente, si el Estado se declara confesional o laico porque de ello van a derivar un sinfín de consecuencias, tanto a nivel institucional (Iglesias y Confesiones) como a nivel personal o individual (libertad religiosa y de conciencia).

El Estado es confesional y, por consiguiente, profesa un credo que hace propio, se manifiesta aconfesional o, en último término, no hace pronunciamiento alguno sobre esta materia. Esta auto declaración tiene consecuencias enormes. En la España franquista, por ejemplo, que representa el penúltimo segmento de su Historia de mi país, la Confesionalidad estatal[28] supuso, entre otras cosas, la integración de la legislación canónica como legislación del propio Estado, la asunción del magisterio eclesiástico como referente inexcusable de la acción legislativa y de gobierno y, además de muchas instituciones hoy sorprendentes, como el privilegio de presentación de obispos, el privilegio del fuero o el recurso de contrafuero, aspectos destacables como numerosos preceptos insertados en el Código penal que criminalizaban conductas como la blasfemia[29] o el adulterio[30], bien en un intento -logrado- de asimilación de la moral católica con la estatal bien en defensa -directa- del culto oficial, como demostraba el resto de la legislación penal[31] y de cualquier otro orden.

Pero, si importantes eran las consecuencias a nivel estatal, no lo eran menos las proyectadas sobre las libertades individuales. Por un lado, como se ha visto, éstas estaban limitadas por numerosas normas penales que de forma directa o indirecta protegían un credo concreto y una moral

28. Recogida en el artículo 6 del Fuero de los Españoles (aprobado el 17 de julio de 1945).
29. Art. 239 del Código penal de 1971 (Ley 44/71, de 15 de noviembre), texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.
30. Arts. 499-452 del citado Código penal.
31. Arts. 205 a 212 del mismo Código penal.

concreta; por otro, al regular el ejercicio de los derechos inherentes a la libertad religiosa, o ésta quedaba sin regulación o, cuando el Estado optó por promulgar una Ley, lo hizo en términos cicateros y en cierto modo condicionados[32].

Que no hubiera posibilidad de divorciarse, o de casarse de otra forma que no fuera abrazando el matrimonio canónico, o reservar el matrimonio civil a quienes no profesaran -o abandonaran formalmente- la religión católica, no son sino unos ejemplos más de las enormes consecuencias que tenía la concepción estatal de la religión y su decidida decisión de protegerla, tal vez como defensa del propio Estado.

Frente al modelo español del período franquista, la Francia contemporánea a ella optó por un modelo laico de corte laicista. No hay financiación de ningún credo, apenas existen relaciones institucionales, no se reconocen efectos civiles a ninguna unión matrimonial confesional, llegando al punto de criminalizar la conducta de los ministros de culto religiosos que celebren nupcias entre personas que previamente no se hayan casado en sede civil. Dicho con otras palabras: se impone la fórmula estatal de matrimonio.

Ese espíritu laico que, en realidad, es laicista[33], se aplica en los espacios públicos y llega al extremo de prohibir el uso del *hiyab*, por ejemplo, en las escuelas y en otros centros estatales. Respecto de los privados, por ejemplo, no se establece cortapisa alguna a la libertad de expresión cuando de lo que se trata es de ofender o ridiculizar los sentimientos religiosos. A nadie se le oculta que esta forma de proceder, esta opción del

32. Véase la Ley de Libertad religiosa 44/1967, de 28 de junio (BOE n. 156, de 1 de julio de 1967).
33. Curiosamente, no existe en francés un término equivalente a "laicismo", sólo existe la expresión "laico" o "laicidad"

Estado y de sus instituciones puede convertirse -como se ha visto- en una provocación a la violencia por parte de facciones yihadistas[34].

Como vemos, del modelo estatal se derivan numerosas consecuencias, tanto teóricas como prácticas, y los hechos demuestran que la ausencia del cultivo del DEE, la ignorancia de los ordenamientos confesionales, la ruptura de toda relación con las diferentes Iglesias y Confesiones religiosas, la falta de vehículos de colaboración entre instituciones públicas y otras vinculadas al credo, terminan coartando ciertos derechos fundamentales, enrareciendo el espacio público, provocando situaciones contrarias a la paz y la seguridad. En suma, no siempre la laicidad es garantía de libertad, ni de igualdad, ni de progreso, ni de paz social, a veces -incluso- pude producir el efecto contrario.

El modelo español actual, aconfesional y laico, sin embargo, en absoluto es neutral o, si lo es, sólo lo sería en un estadio germinal. Si hay algo que caracteriza el modelo español contemporáneo, algo, por cierto, que comparte con el modelo colombiano, es el de la cooperación. Clausurada la confesionalidad de otras épocas, el Estado decide abrirse a otras fórmulas de cooperación y, superado el período identitario con la Iglesia católica, ahora invita a ese "convite" a otras Confesiones con cierta representación social.

Se abre, pues, un nuevo período en el que lo religioso es tenido en cuenta en tanto que factor social. Del mismo modo que la sociedad practica

34. El Código penal español actual, sin embargo, merece un juicio mucho más positivo al tipificar el delito de ofensa a los sentimientos religiosos en su artículo 525. Lo hace en los siguientes términos: "1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican. 2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna".

deporte, va al cine o al teatro, los poderes públicos, lejos de desentenderse de algo que, en puridad, podría decirse que pertenece a lo más íntimo de cada uno, colabora y protege -ayudando- a la realización de esas actividades en su intento exclusivo de posibilitar el mayor marco de libertad de acción, y ello tanto a nivel individual como colectivo. Por eso se construyen instalaciones deportivas, se ayuda a los clubes y a las federaciones, se organizan campeonatos y se instituyen programas de fomento de la competición y de quienes quieren dedicarse a ello. El hecho religioso no es menos importante que el hecho deportivo o el hecho cultural, al contrario, probablemente coadyuve más que estos otros en la consecución del bienestar social, la erradicación de la pobreza, la compensación de situaciones de extrema injusticia y marginación, etc., de ahí que no nos deba extrañar que muchos sean los Estados que mantienen relaciones de cooperación con las entidades confesionales.

El art. 16.3 de la Constitución española, al disponer que "los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española", está partiendo de esta gran verdad jurídica: lo religioso debe ser tenido en cuenta por el Derecho en tanto que no es otra cosa -para él- que un factor social, y el ordenamiento jurídico no puede dar la espalda a una realidad que, por ser tal, precisa regulación. Sigue diciendo el precepto que, en atención a esas creencias, "mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás Confesiones", es decir, el Estado español -como el colombiano- es cooperador, y deriva de ello un entramado de normas que van desde los Acuerdos bilaterales -o multilaterales- que puedan firmar, a una legislación de desarrollo de los mismos, o a una legislación unilateral que tenga en cuenta ese principio de actuación…

Aquí tropezamos con uno de los aspectos más interesantes del DEE: la necesidad de incardinar los ordenamientos jurídicos confesionales dentro del Derecho estatal. Para quienes poseen una mentalidad "divorcista" -por laica- del Estado con respecto a las religiones, nada de éstas

puede afectar a aquél, ni a su orden moral ni a sus principios, mucho menos su ordenamiento jurídico (confesional). Sin embargo, la realidad es bien distinta. El orden constitucional se ve forzado a decidir si otorga efectos civiles el matrimonio canónico, al judío, al musulmán, al anglicano, al protestante…, qué requisitos se exige para ello, dónde, quién, cómo y cuándo se inscribe, los requisitos de capacidad, la presencia de testigos…, son algunas de las numerosas materias que es preciso regular para hacer bueno ese principio inherente siempre al Derecho: ofrecer seguridad jurídica.

Pues bien, dicho lo anterior, el lector comprenderá que si el Estado otorga efectos civiles al matrimonio religioso, sea éste cual fuere, a partir de ese momento está aceptando la existencia y vigencia de las normas confesionales en su territorio, está aceptando que un señor, considerado ministro de culto por tal o cual Iglesia o Confesión, actúe con potestad ministerial a los efectos de la celebración del vínculo nupcial. Lo mismo cabría decir si el Estado otorga efectos civiles a las sentencias de nulidad matrimonial…, al final por esta vía se están introduciendo en el ordenamiento jurídico estatal normas de origen confesional.

Si un credo declara sagrado un edificio, un cáliz o un crucifijo es muy probable que ello tenga consecuencias jurídicas en el estatuto de los bienes, muebles o inmuebles, que el Estado en cuestión otorga en cada caso; lo mismo cabría decir si, como en España, se inhabilita para recibir herencias a los confesores que han atendido en los últimos días a los enfermos[35] o, en última instancia, si se declara un día festivo que inhabilite, por ejemplo, a desplazarse o trabajar en tal o cual Comunidad religiosa. Al Estado no le quedará más remedio que decidir si acepta el domingo como día inhábil a efectos legales y de descanso, o si es el sábado, como sucede con judíos, adventistas, etc., y lo mismo debe decidir en cuanto al

35. Art. 752 del Código civil.

día de Navidad, al Viernes Santo o la festividad del patrón -si es que lo tiene- del país de referencia.

Ninguna realidad nacional puede desentenderse -por tanto- de dar respuesta a las numerosas e importantes cuestiones que le plantea el fenómeno religioso y, dependiendo de su posicionamiento frente a éste, se derivarán numerosas consecuencias, unas del ámbito personal -o referidas al individuo-, otras del ámbito comunitario. Así pues, deberá decidir si permite la entrada en prisión de un ministro de culto mormón que quiere hacer proselitismo entre la población reclusa o sólo cuando requiere su presencia un interno[36]; deberá optar por introducir en los planes de estudios de las primeras etapas formativas la asignatura de religión o no hacerlo, o dejarlo al requerimiento de los padres… y, en su caso, evaluarla, incluirla en el *curriculum* a efectos de calificaciones, etc.

Por la misma razón, habrá de responder a la pregunta de si una parroquia tiene o no personalidad jurídica y capacidad de obrar y darle forma a la norma que regule la materia, cómo ofrecer cobertura en la Seguridad Social a sacerdotes, religiosos, imames, pastores, rabinos y otros ministros de culto -o figuras asimiladas- cuando se dediquen de forma estable al ministerio litúrgico y, en fin, decenas y decenas de cuestiones y materias que precisan de un estudio sistematizado, crítico, formal que coadyuve -como debe hacer todo Derecho- al logro de esos dos principios programáticos, ya citados, que le son innatos: lograr un sistema justo y proporcionar seguridad jurídica.

Es obvio que quedan en el tintero numerosas cuestiones que, por razones obvias de espacio, debo omitir; baste recordar que las objeciones de conciencia están experimentando un crecimiento exponencial y

36. Y, en tal caso, regular el modo, la forma y las condiciones y circunstancias en que la prestación del servicio religioso se realiza.

nada, ni nadie, podrá impedir que se sigan produciendo, como que se multipliquen situaciones de conflicto contra las normas y obligaciones derivadas del Derecho público, pero también del Derecho privado. Sólo los conflictos en materia laboral y de Seguridad Social constituyen un amplísimo apartado que va *in crescendo* como acontece, igualmente, con los Iglesias y demás entes que conforman unidades económicas, empresas creadoras de empleo…, cuyo carácter confesional introduce elementos que el ordenamiento no puede desconocer. A las llamadas "empresas de tendencia", cada vez más numerosas, hay que sumar aquellas otras que, bien por ser carácter laico -público o privado-, bien por tener una línea ideológica, pueden generar determinadas particularidades en los procesos de selección de personal, o limitaciones a determinadas libertades del trabajador, en relación al vestido, al uso de símbolos religiosos, a la libertad de expresión, a los días y horas de descanso o a la intimidad personal. Todo ello tiene su transcendencia en casos de despido o, también, en la negociación colectiva cuando, por ejemplo, hay trabajadores musulmanes que quieren prever una solución eficaz en tiempos de Ramadán.

El DEE se erige, como vemos, en una asignatura que, amén de su impronta formativa, viene a cubrir un vacío existente en numerosísimos planes de estudios de Derecho. Unas adecuadas respuestas a los problemas que derivan del factor religioso son la mejor forma de lograr un substrato jurídico proclive a la consecución de la libertad del individuo, a la consecución de la paz social. Dar la espalda al estudio de las materias tratadas por esta disciplina no es otra cosa que dar la espalda a la realidad, a una parte importante de la realidad a la que, forzosamente, el Derecho debe dar una respuesta.

Termino recordando a los tibios una realidad que debería hacernos meditar: si en Roma crearon el Derecho y la dogmática jurídica italiana es -a mi parecer, al menos- la más elaborada y sólida del mundo, ignorar una

rama del ordenamiento que ellos crearon[37] y sobre la que han trabajado y trabajan con especial soltura, tal vez constituya un ejercicio de especial insensatez.

Conclusiones

1. El Derecho es, sin duda alguna, el mejor y más eficaz instrumento de transformación de la realidad social.

2. Por tanto, cualquier acercamiento a la ciencia jurídica exige una visión omnicomprensiva de esa realidad social que se nos da como presupuesto fáctico, y -también- de ese sistema normativo que se elabora -o que ya ha sido elaborado-, como intento de regulación de aquélla.

3. Al margen de las necesarias especializaciones a las que se está viendo abocado el estudio del Derecho en los últimos años, el Derecho Eclesiástico del Estado constituye una disciplina absolutamente imprescindible para el estudio del fenómeno religioso en cuanto que realidad social.

4. Dicho estudio abarca tres grandes materias: la que nos habla del modelo de Estado y, derivado de éste, las que vienen a regular la libertad religiosa y de conciencia en cuanto que derecho individual y el estatuto jurídico de las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas en cuanto que sujetos colectivos.

5. Pero, dado que la libertad religiosa no es un derecho simple, sino que se manifiesta a través de innumerables derechos y facultades:

37. Aunque el debate teórico se realiza primeramente en Alemania, al fragor de las ideas protestantes, pienso que el DEE es, tal como lo conocemos, primordialmente, obra de la dogmática jurídica italiana.

desde la celebración del matrimonio a la sepultura digna con arreglo a las propias convicciones, y desde el derecho a crear entes dotados de personalidad jurídica al de crear instituciones de todo tipo para la consecución de sus fines, cada Estado se ve impelido a dar respuestas eficaces a cada uno de los problemas que derivan de este derecho.

6. Además, por ser transversal, afecta y condiciona otras muchas libertades individuales y derechos personales, como la libertad de enseñanza o el derecho a la educación, la libertad de asociación o el derecho a crear fundaciones, pudiendo -incluso- hacer o convertir en fundamentales a efectos de desarrollo y protección derechos que no lo son, o no son tenidos inicialmente como tales, como sucede con el derecho a contraer matrimonio religioso (según queda regulado en la Constitución española).

7. Todo ello, unido a la conexión que tiene esta materia con todas las ramas del Derecho, desde el constitucional al financiero y tributario, desde el administrativo al penal, desde el civil al internacional, etc., hace imprescindible el estudio sistematizado de esta nueva rama del saber jurídico que, sobre todo, a partir de la independencia de los Estados modernos respecto a los credos religiosos, deja en manos de aquéllos la regulación jurídica de todo lo referido a la materia. Ello, unido a la importancia estratégica, económica y social del fenómeno religioso, pero también a las consecuencias que la materia genera en materia de paz y seguridad, aconseja, sin duda alguna, introducir en los planes de estudio una asignatura que vendrá a cubrir una importante laguna en la formación jurídica, académica y profesional de las nuevas generaciones de juristas.

Lejos de ser algo relativo al plano teórico o formal -y al margen de los interesantísimos problemas jurídicos que la materia ofrece-, su enorme dimensión práctica -como ha quedado demostrado- refuerza aquella necesidad.

Bibliografía

CATALÁ, Santiago, "Fundamentalización" de derechos no fundamentales y factor religioso", en *Estudios en Homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls,* (coord. por Javier MARTÍNEZ-TORRÓN y otros), vol. I, Religión y Derecho, ed. Iustel, Madrid, 2013, pp. 449-476.

CATALÁ, Santiago, "Limitaciones a la libre circulación de trabajadores de organizaciones religiosas por motivos de orden público", en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Coord, Agustín MOTILLA, ed. Comares, Granada, en prensa.

FERRARI, Silvio, *"Il fattore metodológico nella costruzione del sistema del Diritto ecclesiastico"*, en AAVV, *Dottrine generali del Diritto e Diritto Ecclesiastico,* ed. Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1988, pp. 209-235.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, "Delimitación del objeto del Derecho Eclesiástico", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXI (2005), pp-129-156.

IBÁN, Iván C., "La ciencia eclesiasticística italiana en las revistas canónicas españolas", en *Il Diritto Ecclesiastico,* aprile-giugno (1987), pp. 580-667.

IBÁN, Iván C., "*Diritto ecclesiastico e Diritto canonico*", en AAVV, *Dottrine generali del Diritto e Diritto ecclesiastico*, ed. Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1988, pp. 239-281.

LOMBARDÍA, Pedro, "La enseñanza del Derecho eclesiástico", en AAVV, *La enseñanza del Derecho,* ed. CSIC y la Universidad de Zaragoza, 1985, pp. 147-159.

MOTILLA, Agustín, "Notas sobre problemas fundamentales de Derecho Eclesiástico contemporáneo (En torno a la concepción y metodología de la ciencia del Derecho Eclesiástico)", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. V (1989), pp. 191-225.

PIOLA, Andrea, "*Breve discorso sul* método per lo *studio del Diritto ecclesiastico"*, en *Iustitia,* aprile-settembre (1969), anno XXII, pp. 212-218.

PRIETO, Luis, "El Derecho Eclesiástico de la década constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, n. 66, oct.-dic. (1989), pp. 93-126.

VARNIER, Giovanni B., "*Storia e dogmatica nella scienza del Diritto ecclesiastico in un recente incontro di studio*", en *Il Diritto Ecclesiastico*, gennaio-giugno (1992), pp. 123-132.

El internacionalismo obrero como imaginación social. Algunos elementos históricos a partir de la primera internacional*

*Juan Pablo Bohórquez Montoya***

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Bohorquez, M., Juan, P. (2015) El internacionalismo obrero como imaginación social. Algunos elementos históricos a partir de la Primera Internacional. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 203-245.

Resumen

Los obreros y trabajadores a través del internacionalismo –fundamentalmente desde la Primera Internacional (1864-1872[6])–, de sus luchas,

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación de la Universidad Santo Tomás. Algunos elementos preliminares de este trabajo fue presentada a un grupo de estudiantes de comunicación social de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, 30 de septiembre de 2008.

** Doctorado en Ciencia Política. Université Laval, Quebec (Quebec), Canadá. ODB. Áreas de especialización: sociología política, filosofía política y estudios internacionales (transnacionalismo y movimientos sociales), sector agrario/rural. Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos. Instituto de Altos Estudios Para el Desarrollo, Ministerio de Relaciones Exteriores, Universidad Externado de Colombia - Instituto de Estudios Políticos de París, Bogotá, 1999. Tesis, mención meritoria: Los derechos económicos, sociales y culturales en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Psicología. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996.Economía. Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 1992. Docente universitario. E mail: jpablobm@gmail.com

prácticas e ideas han forjado parte de la imaginación social que hoy se manifiesta en los movimientos sociales transnacionales. Los trabajadores han dado una respuesta, con mayor o menor éxito, a los elementos constituyentes de la economía capitalista mundial, a las formas de integración del capital y la extrema mercantilización del trabajo. Ellos ha enfrentado directamente en sus luchas y resistencias las condiciones que les impone el capital; han transformando, a veces, los elementos de integración en herramientas de combate; se han sustraído a determinadas formaciones sociales, haciendo uso de cierta movilidad territorial; han utilizado formas organizativas y de lucha, que a su vez, han escapado y permeado las distintas formaciones sociales nacionales. Los obreros, en un sentido amplio, han estado presentes en la economía capitalista mundial, donde han sido objeto de la acción de otras fuerzas sociales y han contribuido a la construcción de un horizonte social diferente, de una nueva imaginación social.

Palabras clave: Internacionalismo, cosmopolitismo, imaginación social.

The labor internationalism and social imagination. Some historical remarks from the first international

Abstract

The workers through internationalism –mainly from the First International (1864-1872) [6]–, their struggles, practices and ideas have shaped the social imagination, which is manifested in transnational social movements nowadays. Workers have fought, with varying success, to the constituents of the world capitalist economy, the forms of integration of capital and extreme commodification of labor. They faced directly into their struggles and resistances, the conditions imposed by capital. Workers have transformed, sometimes, some elements of integration in

tools of combat; have withdrawn from certain social formations, making use of territorial mobility; have used forms of organization and struggle, which in turn, have escaped and permeated the different national social formations. The workers, in a broad sense, have been present in the world capitalist economy, where they have been subject to the action of other social forces, and have contributed to the construction of a different social horizon, a new social imagination.

Key words: Internationalism, cosmopolitanism, social imagination.

Introducción

A 152 años de la fundación de la Primera Internacional (28 de septiembre de 1864) se evidencia la presencia de los obreros en la economía mundial –en donde han entrado en contacto con otros sujetos y otros espacios sociales–, a través de la movilidad territorial[1], el internacionalismo laboral–fundamental para la comprensión de la formación de los trabajadores en clase social (Hanagan 2004)– y, en un sentido fuertemente político, el "internacionalismo proletario" o "internacionalismo clásico de izquierda".

El internacionalismo clásico de izquierda ha abordado la acción y el destino político de los trabajadores en el plano internacional, sin dejar de lado a los grupos sociales que se encuentran definidos y se expresan en términos nacionales, sean o no trabajadores. La comprensión del sentido político de éste pasa entonces por el estudio de las relaciones que establece con la nación, pues es necesario tener en cuenta que él fue planteado

1. Se toma la expresión "movilidad territorial" de P. Anderson (2002), quien la utiliza para referirse fundamentalmente a la base social de la Primera Internacional (1864–18760), compuesta en gran parte por artesanos preindustriales. La movilidad territorial permitía a estos, al mismo tiempo, que disponía de una alta suficiencia cultural y un sentido de la alta política, *"la posibilidad de experimentar directamente lo que era vivir en el extranjero y un sentido de solidaridad entre los pueblos"* (Anderson 2002, 10).

en el contexto de la formación y consolidación de los Estados–nacionales modernos en Europa occidental (Kořalka 1966, 215). Así, el internacionalismo de izquierda surge, afirma Eric J. Hobsbawm (1988, 7), en un mundo que estaba formado por naciones y el cual era, simultáneamente, un sistema mundial.

Este sistema se caracterizaba por desenvolverse entre economías nacionales, que cooperaban o entraban en conflicto entre ellas; por generar delimitaciones territoriales, lingüísticas, religiosas más rígidas; e igualmente, por formalizar los modos de regulación de las relaciones entre sus componentes. De este modo, se implementaron redes comerciales y diplomáticos (de carácter más institucional), se instauraron formas e instrumentos de identificación –tarjetas de identidad, permisos de residencia, certificados médicos y pasaportes– que hacían más estricto el control social, político y la movilidad territorial de la población (Bayly 2004, Fahrmeir 2001, Noiriel 1991). En el sistema mundial, el capitalismo se había impuesto como modo de producción hegemónico, aunque era puesto en cuestión por las luchas de los trabajadores.

Al tenor de las anteriores precisiones, se puede asumir, inicialmente, la definición de internacionalismo propuesta por Perry Anderson (2002, 10) *"toda perspectiva o práctica que tiende a trascender la nación, hacia una comunidad más amplia, de la cual las naciones siguen constituyendo las unidades principales"*.[2] Ésta brinda un marco preliminar para la comprensión del internacionalismo clásico de izquierda –o internacionalismo–, de los problemas y de desafíos que debió encarar desde su surgimiento, de sus luchas, de las prácticas e ideas que han forjado parte de la imaginación social que hoy se manifiesta de algunas formas en los movimientos sociales transnacionales.

2. En sus observaciones sobre el Internacionalismo Jiři Kořalka (1966) señala que éste es un grado más elevado que las naciones, aunque expresa las relaciones y tendencias de ellas.

Este trabajo se despliega en cuatro grandes apartados. En un primer momento, se rastrean los orígenes de la idea y práctica del internacionalismo, así como los temas y problemas abordados desde sus orígenes. En un segundo momento, se pregunta por la posibilidad de armonizar la construcción de una comunidad relativamente limitada y cerrada–nación– con ideas y prácticas que buscan superar dichos límites. Un tercer momento, se interpela sobre si el internacionalismo es un tipo de cosmopolitismo que permitiría trascender los prejuicios nacionales y el cosmopolitismo una forma –con sus transformaciones en el tiempo– de someter a los pueblos. Finalmente, se reflexiona sobre la capacidad que, posiblemente, tendría el internacionalismo de configurar la realidad y lo real hoy en día, es decir de producir lo impensable para el orden instituido.

1. Internacionalismo clásico de izquierda: la primera internacional

Las ideas del internacionalismo clásico de izquierda fueron materializadas inicialmente por la Internacional –o Primera Internacional 1864–1872 [76] –. Esta fue creada en Londres el 28 de septiembre de 1864 por líderes de sindicatos industriales ingleses (más o menos liberales radicales), militantes de sindicatos franceses de izquierda y revolucionarios europeos (la mayor parte exiliados) con puntos de vista opuestos (Hobsbawm 1975, 110). A pesar del entusiasmo inicial que despertó la Internacional entre los trabajadores, ella no era la primera organización de su tipo en Inglaterra, pues el movimiento obrero ya había ensayado varias formas de organización con el objetivo de crear lazos entre los trabajadores de distintos países europeos.

Entre las organizaciones que antecedieron a la fundación de la Primera Internacional se destacan, entre 1845 y 1864, la "Society of Fraternal Democrats"–1845– [Sociedad de Demócratas Fraternales], la "Communist League"–1847– [Liga Comunista] (heredera de la "League of the

Just",1836 [Liga de los Justos]) y el "International Committee"–1850– [Comité Internacional] (Lattek 1988, Mehring 1983, Novack 1974). Aunque, el carácter de estas organizaciones, salvo la Liga Comunista, era más cosmopolita que internacionalista (Collins 1968, 23).

La Primera Internacional fue inicialmente una organización más cercana a asuntos sindicales que políticos o revolucionarios, pero a través del tiempo se convirtió en una organización política de orden socialista (Cole 1957), a cuya cabeza estaría Karl Marx (1984a) quién en el discurso inaugural de la Asociación Internacional de Trabajadores[3] planteó los fundamentos de la construcción del internacionalismo, bajo la directriz que éste permitiría superar los prejuicios nacionales y contraponerse a las políticas criminales desarrolladas por los capitalistas en el mundo. Marx tiene la convicción de que la lucha de los obreros a nivel internacional haría su acción y programas más eficientes.

Aunque el alcance y la real importancia de la Primera Internacional han sido considerados muy limitados (cfr. Braunthal 1966, Cole 1957, Joll 1976, Mehring 1983), su influencia puede apreciarse en algunas huelgas, luchas de resistencias de los trabajadores y en el posicionamiento y surgimiento del movimiento obrero como una fuerza internacional.

La Internacional con sus distintas acciones ayudó a contrarrestar el "uso", por parte de los capitalistas, de los trabajadores inmigrantes, en casos de huelgas y movimientos de "brazos caídos" con el objeto de derrotar al movimiento obrero. El apoyo de la Internacional fue fundamental para el triunfo de la huelga de los obreros cigarreros de Amberes de 1871, pues ayudó a prevenir el flujo de trabajadores ingleses, holandeses y alemanes hacia aquella ciudad mientras duró la huelga (Engels 1986a).

3. En adelante denominada "International Working Men's Association", aunque el artículo segundo de las Provisional Rules of the Association, 12 de noviembre de 1864 [Reglas provisionales de la Asociación] dice que "The Working Men's International Association' [el nombre de la Sociedad será: 'The Working Men's International Association'] (Marx 1984c, 15).

De la misma manera, la Primera Internacional retomó la lucha de la cual había surgido, el que fuese durante algunos meses su órgano de difusión, el periódico el Bee–Hive. Éste nació indirectamente de la lucha llevada a cabo en Londres en 1859 por the Building Trades Conference para reducir la jornada laboral a nueve horas diarias (Coltham 1960). Reivindicación apoyada por la Internacional en los países de Europa occidental, pues la consideraba una medida necesaria para garantizar el bienestar físico y el desarrollo intelectual de los obreros, dado que ésta permitiría generar espacios para la acción social y política de todos los trabajadores.

Esta reivindicación se concretó parcialmente en la lucha de Building Trades de Ginebra en marzo de 1868, la cual logró la reducción de la jornada laboral de doce a diez horas (Knudsen 1988). De este modo, se había conseguido, según Marx (Marx 1984b), que la Internacional generase un real vínculo entre las luchas –solidaridad internacional– por la emancipación de los obreros de diferentes países.

El programa de la Internacional no era, como puedo apreciarse en este corto recuento, una imposición a la clase obrera y al movimiento obrero de las ideas de algunos pensadores y activistas obreros, sino que correspondía con las condiciones históricas del momento. Esto no se contrapone con el hecho que una parte de la dirigencia y de las bases sociales de la Primera Internacional fuesen artesanos radicales –emigrantes– con fuerte sentido de la política, arraigo social y cultural (Anderson 2002), aunque poco vinculados al trabajo del proletariado industrial.

Las actividades de la Internacional se adecuaban entonces a las condiciones materiales del momento. Las transformaciones de estas condiciones limitarían el alcance de sus acciones e influirían en su posterior disolución. La crisis económica que estalló a mediados de los años setenta restringió la capacidad de acción de los sindicatos y del movimiento obrero en general, que había sido ofensiva en los años sesenta (Cole 1957). A lo que se aunó, anota Marcel van der Linden (2003), el proceso

de formación de los Estados (Estados–nacionales) y el crecimiento de la infraestructura nacional.

Lo anterior obligó a los movimientos y organizaciones de trabajadores a, si querían ser eficaces, circunscribir sus acciones y políticas al espacio nacional. Aquellas organizaciones locales o internacionales que hubiesen negado a ceñirse e integrarse al marco nacional estaban destinadas a perder toda posibilidad de ejercer alguna influencia real dentro del movimiento obrero y terminar sin ninguna oportunidad de contribuir a la transformación de las condiciones de vida y laborales de los trabajadores.[4]

La decadencia y disolución de la Internacional no fueron el resultado de las decisiones de sus líderes ni de sus luchas intestinas, especialmente entre Bakunin y Marx[5], sino que tenían relación directa con las transformaciones materiales de las distintas formaciones sociales. Sin desconocer que las diferencias ideológicas de sus miembros también influyeron en su disolución, empero, fueron más importantes los límites generados por la estructura organizativa de la Internacional y la composición de su base social.

Entre 1866–1868, cuando la Internacional alcanzó su máximo crecimiento, su base social estaba compuesta mayoritariamente por artesanos prein-

4. Linden anota que la para la época de la Internacional *"toda la solidaridad transfronteriza […] se dio en el nivel sub–nacional. Ya que aún no existían sindicatos nacionales, los contactos internacionales fueron siempre entre organizaciones locales. De hecho, fue un 'internacionalismo sub–nacional'"* (Linden 2008, 270).
5. Esta tesis es apoyada entre otros autores por Braunthal (1966), Hobsbawm (1975) y Joll (1976). Un recuento sucinto de las principales discusiones entre Bakunin y Marx puede verse en G. D. H. Cole (1957) y en Arthur Lehning (1968). Entre los temas que enfrentaron a los seguidores de Marx con los anarquistas está el anti–nacionalismo exacerbado de los segundos, quienes buscaban la desaparición completa de las fronteras nacionales (Cole 1957). Por otra parte, en el interior de la Internacional la corriente mayoritaria era la de los seguidores de Pierre–Joseph Proudhon, aunque, se encontraban partidarios de las ideas de Louis Auguste Blanqui y Guissepe Mazzini, entre otros, (McClellan 2005).

dustriales, contaba con pocos afiliados que proviniesen de las filas de los trabajadores no cualificados y con otros pocos, más o menos cualificados, que ejercían distintos oficios en la industria pesada (Collins 1968).

A pesar de que la Internacional estuvo presente y circunscrita a Europa y América (del Norte), había logrado hacer evidente la fuerza que podrían adquirir las luchas de los trabajadores en el ámbito mundial, bajo la condición de que éstos se hiciesen presentes como fuerza política articulada y coherente, independientemente de su nacionalidad. Así, Engels (1989, 220) pudo afirmar que la Internacional, poco tiempo después de la disolución oficial, *"ha [bía] realizado su trabajo; ella ha[bía] logrado completamente su gran propósito–la unión del proletariado del mundo entero en la lucha contra sus opresores"*[6]. Aunque, asevera Julios Braunthal (1966), su verdadero éxito y fortaleza radicaron en hacer que la idea de la solidaridad de la clase trabajadora estuviese viva para un gran número de personas que luchaban por la reforma y transformación radical del capitalismo.

El internacionalismo, configurado por la Primera Internacional, reestructura en su limitada acción y de forma parcial, el espacio social internacional, pues redefinió el sentido de la movilidad internacional obrera e introdujo un nuevo sujeto social en este espacio dominado generalmente por los Estados –con su panoplia de instituciones y servidores– (Lacher 2006). En otras palabras, produjo nuevas relaciones, símbolos, posibilidades de acción y lucha, formas de pensar y actuar en un espacio antes vedado a los trabajadores. No obstante, las condiciones históricas del momento obligaron a reconsiderar sus relaciones con la nación y las tensiones de ella con las propuestas cosmopolitas.

6. La frase original está entre comillas en el texto de Engels.

2. Nación e internacionalismo

Férreas controversias en torno a la nación y al cosmopolitismo sintetizaron las posiciones al interior de la Primera Internacional.[7] En estas dos cuestiones se compendian las contradicciones y tensiones que en parte han atravesado al movimiento de los trabajadores en su devenir histórico y las cuales siguen teniendo repercusiones hoy en día en los movimientos sociales.

Numerosas ideas que sustentan el programa de la Primera Internacional fueron formuladas por Marx y Engels, bajo el supuesto que era posible llevar a cabo una lucha conjunta contra el capital. Sin embargo, las luchas que podrían llevar a la emancipación, como restitución de la posibilidad de desarrollo de la propia actividad humana, fueron situadas inicialmente en el espacio nacional. Es en éste donde los trabajadores se convertirán en clase actuante, es decir, en agentes de la negación de las condiciones presentes, bajo la idea que *"cada lucha de clase es una lucha política"* (Marx and Engels 1976b, 493). Es pues en los límites nacionales donde se puede romper con el planteamiento que postula la separación entre la esfera política y la social.

Las luchas ya no son simplemente concebidas como reivindicaciones de orden económico y social, sino que llevan tácitamente o explícitamente un cuestionamiento del orden político, de las formas de hacer política, de quiénes son los llamados a hacer política y del quehacer de ella en el capitalismo (Châtelet, Pisier-Kouchner, and Vincent 1975); del mismo modo, se colocan en entredicho los límites previamente establecidos de la política. Se rompe entonces con la concepción según la cual es un grupo especial de agentes sociales los que hacen o deben llevar a cabo las actividades políticas y con la noción que coloca las actividades relacio-

7. Al respecto este trabajo se circunscribirá en su mayor parte a los planteamientos de Marx y Engels.

nadas directamente con los asuntos estatales como las únicas contenidas en la rúbrica de la política. Por consiguiente, las luchas y las acciones cotidianas de los trabajadores para transformar sus condiciones de vida serían entonces pensadas como políticas, ya que ellas colocarían en cuestión el orden político y económico que sustentan la dominación dentro del capitalismo.

Marx y Engels, igualmente, buscaron que las luchas de las clases trabajadoras superaran los particularismos nacionales y trascendiesen las rígidas barreras instituidas por las formaciones sociales nacionales. Cuando esto se lograra se constituirían las bases para la acción revolucionario internacional de los trabajadores. De este modo, se pueden vislumbrar los motivos de Marx y Engels de promover el internacionalismo, en el mismo momento en el cual el movimiento socialista circunscribía su acción política al ámbito establecido por los Estados nacionales (Gabaccia 1994).

El pensamiento internacionalista clásico de izquierda surgió entonces cuando en América y Europa se habían constituido las comunidades nacionales. La noción emergió de los movimientos independistas en América, con dos vertientes principales, la hispanoamericana fragmentaria y la anglosajona expansionista.[8] Ellas tienen sus fuentes en herencias culturales y lenguas diferentes, pero con un contexto común: el desarrollo del capitalismo y con éste último la revolución de los medios de comunicación, la difusión de las ideas provenientes de la revolución francesa y del liberalismo (Anderson 1991). No obstante, esto mismo originó un proceso que conllevaría a la estrecha unión entre el Estado y la nación.

8. Jiři Kořalka (1966) afirma que es necesario tener en cuenta al estudiar el nacionalismo la inexistencia de una equivalencia entre las distintas lenguas sobre este concepto y sus concomitantes nación, nacionalidad, entre otros. Para el caso estadounidense, por ejemplo, el término "nacional" se refiere a la totalidad del país y su sentido político es menos claro que en el caso francés.

Este proceso fue calcado de los modelos de nacionalismo que habían surgido anteriormente (Anderson 1991). La unión entre el Estado y la nación fue dirigida por el Estado mediante la homogenización lingüística de las poblaciones comprendidas dentro de sus territorios, que supuso la imposición de ciertas lenguas vernáculas, y dio coherencia político administrativa a estos mismos territorios.

La unidad del Estado y la nación, supuso un largo proceso histórico, produjo un nacionalismo dinástico, de dominación o imperialista que ha tenido distintos nombres, inglés, ruso, belga, español, entre otros muchos (Anderson 1991, Kořalka 1966, Nairn 1997), a estos se opondrán los diferentes movimientos de liberación nacional. La nación o nacionalismo,[9] según la expresión de B. Anderson, es entonces un movimiento que articula procesos locales con procesos internacionales donde distintos grupos humanos entran en relación para diferenciarse y actuar.

La unidad del Estado y la nación surgió del proceso que conjuga las fuerzas sociales en un territorio dado con las fuerzas sociales internacionales, la correlación entre ambas fuerzas sociales configuraría el espacio nacional e internacional. Este proceso hizo surgir dos tipos de nacionalismo, que es necesario distinguir, como lo sustenta Kořalka (1966), el nacionalismo de la nación dominante –generalmente con un Estado– y el nacionalismo del pueblo subyugado.

De este modo, se hace inteligible la razón por la cual el internacionalismo abordó la construcción nacional, bajo el supuesto que la nación y los nacionalismos eran, aparentemente, obstáculos para que su programa[10]

9. Ernest Gellner (1989) estima que la nación es una creación del nacionalismo, la cual exige la coincidencia entre los límites étnicos y territoriales. En esta medida, ella es una forma de patriotismo.
10. El programa del internacionalismo, como se trata en este trabajo, se refiere al punto de vista de Marx sobre la emancipación de los trabajadores en todo el mundo. Programa que se fue transformando a medida que el movimiento obrero y las circunstancias internacionales lo exigieron. Para Marx el papel que debería cumplir la Internacional y su Concejo General no

tuviese efecto real sobre los trabajadores. En el mismo sentido, se percibía que en las formaciones sociales nacionales se suscitaban divisiones internas y externas entre los obreros –impuestas o no por sus respectivas burguesías– y cuyo correlato estaba en los elementos que separaban a los trabajadores de los distintos países. Divisiones entre trabajadores cualificados y no cualificados; entre los pertenecientes a un mismo oficio pero con diferentes tareas; entre los que ejercían trabajos manuales y trabajos más mecanizados, y división entre los obreros según su origen, local, nacional e internacional. De este modo la lucha contra la opresión no solo abarca un aspecto económico, también incluye, para Marx, la opresión nacional, religiosa, de género, étnica, entre otras (Barker 2013, 53).

Muchas de estas divisiones eran promovidas por la burguesía con el objetivo de asegurar su dominio sobre la clase obrera. Marx (1988) ilustra lo anterior en carta dirigida el 9 de abril de 1870 a Sigfrid Meyer y August Vogt, fundadores de la sección de la Internacional en Estados Unidos. En ella se alude al antagonismo entre trabajadores ingleses e irlandeses –aunque éste solía presentarse con muchos de los obreros inmigrantes– donde los segundos se sentían pertenecientes a una "nación dominante", lo cual ayudaba a mantener el sometimiento de todos los trabajadores en Inglaterra y a perpetuar el yugo inglés en Irlanda.

Gran Bretaña había sufrido grandes transformaciones que propiciaron el surgimiento de un "nuevo imperialismo". De acuerdo con Bernard Porter (2004, pássim) se engendraron una nación y una sociedad "imperialista". Los trabajadores ingleses serían imperialistas en la medida que lo toleraban y por esta misma razón no realizaron movimientos de protesta significativos contra el imperialismo. Sin embargo, el compromiso de los trabajadores con esta opresión fue más aparente que real, pues su

era de liderar al movimiento obrero, sino permitir el intercambio de ideas entre los miembros de las distintas secciones, coadyuvar en la tarea de unión y guía de los trabajadores lo que posibilitaría, en última instancia, elaborar un programa teórico común (Stépanova and Bach 1968, Collins 1968).

"experiencia total de vida" era absolutamente diferente a aquella de las clases imperialistas, pues tenían distintos trabajos, educación, lecturas, pensamientos, sentimientos, formas de socialización y organización.

La emancipación del trabajo es, según Marx, un problema social que comprende a los distintos países donde se ha desarrollado el capitalismo, y no puede ser circunscrita solamente al nivel local, regional y/o nacional, dado que la formación misma de la clase obrera no es un proceso aislado y delimitado por las fronteras nacionales, sino que se nutre de los procesos de otros países y en gran medida de los procesos migratorios de los trabajadores (Linden 2003) en la economía mundial. El internacionalismo proletario sería, no un simple instrumento de la acción política de los obreros contra el capital, la expresión del nacimiento de una nueva sociedad, donde el trabajo sería el soberano (Marx 1986).

El proceso de emancipación por sus propias características comprende dos aspectos. De una parte, los trabajadores deben asumir un rol fundamental dentro de la sociedad en la que estaban inscritos, no solamente económico –como ya lo venían adquiriendo– sino político, sustentado en su posición estructural en la producción. Por otra parte, se encontrarían compelidos a trascender los elementos particulares y las unidades sociales que les daban sentido e identidad como clase para poder llevar a término su lucha contra el capital.

2.1 La clase nacional

Marx y Engels explicitan en el Manifiesto del Partido Comunista (Marx and Engels 1976b) que el espacio privilegiado para el desarrollo de la lucha de la clase obrera, en un primer momento, es la nación. Allí se llevaría a cabo la lucha contra la burguesía y en el transcurso de este enfrentamiento la clase obrera deberá imponerse como clase nacional para lograr la emancipación de la toda la sociedad.

Una clase social es nacional en el momento mismo en la cual es capaz de destruir los elementos que entrabasen el desarrollo de las fuerzas sociales. Es decir, cuando como clase pudiese representar y concretizar los intereses de todo el conjunto social y no solo los suyos propios. Éste fue el proceso seguido por la burguesía en su movimiento contra los estamentos feudales, pues se convirtió en clase nacional al entablar una lucha contra las formas de dominación que no permitían el desarrollo de las fuerzas productivas y, por consiguiente, entraban el surgimiento del capitalismo.

En la concepción del marxismo, el perfeccionamiento y el aprovechamiento más eficiente de los medios de producción, así como una política óptima –determinada por los requerimientos objetivos del progreso– son los elementos que deben concordar con los intereses objetivos de una clase para que ésta a su vez coincida con la nación (Bloom 1967, 59-60), La clase obrera llegaría a este punto en el momento que su peso relativo fuese mayor y su rol esencial para la sociedad, como se evidenció en el paso de la producción artesanal a la manufactura y a la gran industria.[11]

Así, de acuerdo con Marx y Engels (1976b), en el momento que la clase nacional, deja de encarnar los intereses de todo el conjunto social se precisa su cambio. La burguesía al consolidarse, dejó de plasmar el bienestar común, y comenzó a perseguir sus intereses particulares, materializados fundamentalmente en la valorización del capital. De esta forma, la burguesía se presentará en adelante como elemento disolvente y/o neutralizante de la nación.

11. No es pertinente discutir aquí si hoy en día la clase obrera es esencial o no en la sociedad capitalista, como lo debaten las teorías de la sociedad posindustrial. No obstante, una respuesta parcial puede encontrarse en las investigaciones, entre otras, de Bervely J. Silver (2003) y Pietro Basso (2003); la primera corrobora como la lucha obrera sigue siendo vigente pues viene presentándose en distintos sectores de la economía y está lejos de desaparecer en el mundo "globalizado". Mientras que el segundo demuestra como la clase obrera no ha disminuido y además confirma que la cantidad de horas trabajadas por un obrero durante su vida y la intensidad del trabajo realizado durante estas horas, en vez de disminuir, han aumentado en el mundo desde el siglo XIX.

Aunque, en otros casos, simplemente la nación se expresa en lo que J. T. Delos (1948, 22, 28) denomina "nacionalismo de civilización" o "nacionalismo liberal"; éste se encuentra fundamentado en ideas abstractas tales como los derechos humanos, la libertad, la igualdad, la soberanía, entre otras. Esto lleva a la neutralización de la nación, pues se le impide ser un principio transformador del orden social y político (Bohórquez Montoya 2006, 533-537) y, por consiguiente, se la reduce a un elemento de conservación del poder existente en la sociedad. Así, se convierte a la nación en parte del poder constituido, pues se ha introducido la identidad, o para retomar las palabras de Delos (1948, 36-37), "la confusión", entre nación y Estado.[12]

Empero, la clase obrera no aspira a encarnar a la nación, sino a su liberación y a la igualdad social, que de hecho borra todas las fronteras establecidas por la burguesía. Los trabajadores solamente pueden pretender convertirse en clase nacional "transitoria", pues ellos son producto de la relación capital–trabajo; mientras subsista el primero ellos seguirán siendo fuente de trabajo productivo y por consiguiente el capital contará con su fuente de valorización.

2.2 Los límites nacionales

Desde la perspectiva internacionalista, se reconoce a la nación como algo que establece los límites y las fronteras fundamentales de una comunidad; otras veces, se la percibe, como portadora de elementos particulares, muchas veces transitorios; finalmente, como obstáculo o, como ya se ha afirmado, forma de dominación y subyugación. Desde el punto de vista de la nación, el internacionalismo es percibido como la búsqueda de

12. Confusión que ha sido aumentada por, argumenta Anthony Richmond (1994, 34), el error, de orden ideológico de los científicos sociales que han combinado Estado y nación que generó a la denominación Estado nacional; error que ha sido bastante beneficioso para los grupos sociales dominantes de la era industrial e imperialista. El argumento de Richmond requiere ser matizado, pues está unión también ha servido como acicate para los procesos de descolonización y liberación nacional durante el siglo XX.

intereses foráneos y en algunas ocasiones como la negación de las particularidades nacionales en aras del cosmopolitismo.

La construcción de la nación (nacionalismo) permitió establecer quiénes pertenecían a la comunidad política, cuáles eran las fronteras que separan a sus miembros de otros tipos de comunidad y sobre cuáles elementos sus miembros establecían su identidad (Anderson 1991) En este sentido, la homogenización territorial y cultural emanada de los Estados dinásticos implicó la lealtad de los sujetos al Estado y a la cultura "nacional", lo cual dio origen a los fenómenos (y conceptos) modernos de exilio y emigrantes (Hoerder 2002, 304).

La corriente migratoria del siglo XIX hizo que millones de trabajadores se convirtieran en miembros de nuevos países, naciones y del mercado laboral mundial. En esta medida, se dieron las condiciones para la eclosión de una "conciencia nacional" y de "una ideología internacional" en el movimiento obrero (Hobsbawm 1988, 14-15), pues los trabajadores aprehendían y creaban los elementos, en el exterior, que los hacía sentir miembros de una comunidad en la cual ya no estaban presentes; simultáneamente, se apropiaban de los elementos que los volvían parte de un grupo social más amplio –la clase obrera– que transcendía los límites de su comunidad originaria, fuese esta local o nacional.

La emancipación del trabajo es un problema social, afirma Engels (1986b, 278), que posee particularidades nacionales. No obstante, la contradicción capital–trabajo es la misma, por los menos en los países occidentales. En consecuencia, los rasgos distintivos de una formación social determinada deberían siempre estar presentes en la construcción del programa del partido proletario e incluso en la misma Internacional. Sin embargo, de acuerdo con Gregory Claeys (1988, 257), la valoración hecha por Marx y Engels sobre la importancia de estos elementos nacionales era muy tangencial, pues consideraban que los rasgos nacionales serían solamente expresiones parciales de la experiencia humana y fuentes de desarmonía.

Estas expresiones harían lenta e ineficiente, en los siglos XIX y XX, la acción del movimiento obrero, a lo cual se sumó su tipo de organización. Especialmente, en el período que precedió a la fundación de la Primera Internacional, las organizaciones obreras estaban compuestas por fraternidades, sociedades de resistencia, socorros mutuos, de créditos (en caso de desempleo) y sindicatos –que en muchos países eran ilegales– (Cole 1957, 88, Duclos 1964, 144). Ellas estaban generalmente orientadas a ejercer la solidaridad entre sus miembros; en caso de enfrentamientos con el capital lo hacían solamente dentro de los límites locales, regionales o nacionales. Aunque eran correlativamente incapaces de proteger los intereses de sus miembros cuando su enemigo sobrepasaba las fronteras nacionales (Hobsbawm 1988, 8), fuese por sus métodos de lucha, por el tipo de reivindicaciones o ubicación. Esto se hacía evidente, cuando el capital introducía en su respectiva formación social nacional elementos foráneos para combatir las luchas obreras, lo que provocaba generalmente la exacerbación de sentimiento chovinistas y xenófobos.

Las organizaciones obreras se vieron también limitadas en los casos en donde debían enfrentar situaciones conflictivas en las regiones en las cuales trabajadores de distintas nacionalidades convivían. Allí surgían cuestiones que revelaban la falta de preparación de las organizaciones obreras para afrontarlas, pues generalmente su intervención terminaba con una división mayor entre los trabajadores según su origen nacional; aquello contribuyó a la derrota del movimiento obrero en su lucha contra el capital y en contra de la participación en las guerras inter–capitalistas –muchas de ellas imperialista–, como lo demostró la disolución de la Segunda Internacional (1889–1914).

2.3 La neutralización de la nación

Las ideas de Marx y Engels sobre los vínculos entre internacionalismo y nacionalismo serían el anverso del "nacionalismo de civilización". Ambas concepciones consideran a la nación, de acuerdo con la expresión

de B. Anderson (1991), "objetos culturales modulares" que podrían ser utilizados para dominar o liberar. En cierta forma, estas dos concepciones se aproximarían lo suficiente e identificarse sobre la necesidad de domeñar a la nación y sobre el sentido de la "civilización", empero si se retoma la argumentación precedente se puede extraer una conclusión diferente.

En el momento que una clase social se convierte en clase nacional, ella deviene de cierta forma, en el sentido de Carl Schmitt (1993, 211-213), *poder constituyente*. Una clase nacional está pues en la capacidad de determinar y configurar la existencia del orden social, ya que proporciona a la unidad política y económica una forma y género particulares. En consecuencia, una clase nacional que ha cumplido su papel histórico, es el caso de la burguesía para Marx y Engels, intenta, de una parte, mantenerse, ya no como clase nacional, sino como clase hegemónica y dominante por medio de la preservación de los rasgos nacionales que puedan sustentar su hegemonía y agrupar a las otras clases en su gestión del orden político y social. Por otra parte, tiende igualmente al gestionar las transformaciones que dinamizan a la formación social –neutralizando las fuerzas que pudiesen devenir en poder constituyente– sin llegar a una situación de excepción que consiguiese dar origen a la transformación radical del orden social. Esto se sustentaría en su capacidad de colocarlas en movimiento a través del trabajo socialmente determinado. Es pues, en última instancia, en el "trabajo" donde recaería la fuerza constituyente (Negri 1997, 283-306) de la clase obrera.

Así, la capacidad de desencadenar las potencialidades contenidas en una sociedad determinada a través de trabajo es lo que hace posible que los trabajadores sean los sujetos constituyentes. La clase obrera es la que puede expandir las potencialidades que se encontrarían, en un momento dado, contenidas en la nación por intermedio de un doble movimiento: al encontrar los puntos en común con otras formaciones sociales donde la nación juegue un papel determinante y al revelar las contribuciones

que la nación genera al acervo social humano. Por consiguiente, según Noel Salomón (1986, 192), Marx y Engels reconocen los aportes culturales de las naciones al patrimonio común de todas las naciones, pues hay una especie de internacionalismo "cultural" y otro de orden político que se expresa en el "internacionalismo obrero".

Las dos concepciones expuestas, el nacionalismo de civilización y el internacionalismo formulado por Marx y Engels, en apariencia, compartirían la idea de la neutralización de la nación. Sin embargo, sus fundamentos y fines son totalmente diferentes. En consecuencia, las similitudes entre ambas concepciones se desvanecen en este punto.

Se puede entonces compartir la afirmación que el internacionalismo es *"una gama compleja de reacciones al nacionalismo: en parte defensa, disfraz, o un estado de adaptación. Él es un constituyente del mismo universo nacionalista"* (Nairn 1993, 159). Pero es igualmente una respuesta a la economía mundial, inicialmente pensado para el caso de las colonias[13] (cfr. Mayer 1969, 205) y las condiciones laborales y de vida de los obreros en el ámbito mundial. Él tendrá muchas veces como motivos impulsores la oposición a los nacionalismos de dominación y el apoyo a las causas de los pueblos dominados, pero cuyo leitmotiv es la lucha contra el capital. El impacto del internacionalismo clásico de izquierda sobre el colonialismo y la economía internacional exige aun mayor investigación. No es posible, suscribir sin reservas aseveraciones como las de Donna R. Gabaccia (1994, 63), para quien el internacionalismo de los trabajadores *"pareció más una respuesta más retórica al nacionalismo moderno que una respuesta pragmática a la economía internacional"*.

13. De acuerdo con Fritjof Tichelman (1988) la posición, en general, del movimiento socialista se limitó a reconocer el principio de autodeterminación de los pueblos en Europa y América (Norteamérica). Muchas veces la actitud contra el colonialismo fue marginal dado que se tenía temor de perder algunas ventajas políticas y materiales. Está postura está en oposición parcial a lo señalado por Porter (2004) para el caso Inglés, como fue expuesto en Nación e internacionalismo.

3. Cosmopolitismo

Cosmopolitismo era la expresión usada para delimitar los valores que tendría un "ciudadano del mundo", pues él podría encontrar su patria en cualquier otro país; a veces, en un sentido peyorativo, cosmopolita era el hombre que no se sentía de ninguna parte, que era un aventurero (Ruyssen 1958, 336). En América Latina, en algunos períodos, su significado se acercó al postulado que proclamaba *"la igualdad de todos los hombres– la reivindicación anticolonialista y antirracista de la Colonia"* (Salomon 1986, 172). No obstante, el cosmopolitismo era generalmente reconocido como algo ajeno a la nación y opuesto al patriotismo.

En el momento que se proclamaba el cosmopolitismo de una nación, éste adquiría un sentido diferente, derivado del deseo o de una realidad expansionista de la nación en cuestión. La cual supuestamente y por excelencia albergaría en su seno los elementos civilizadores para toda la humanidad. El cosmopolitismo oscilaba entre una concepción basada los sentimientos y valores de sujetos particulares y aquella que expresa un proceso o anhelo colectivo. En ambos casos, tendía a producir reacciones adversas, pues entraba en conflicto con las unidades sociales que establecían el sentido primordial de algunos de los agentes sociales.

La contigüidad del internacionalismo clásico de izquierda con las ideas cosmopolitas fue fuente de tensión entre el primero y la nación. Proximidad que tiene su fundamento en la apreciación, compartida con el liberalismo, sobre la racionalidad de la expansión y de los cambios económicos introducidos por el capitalismo. Proceso generado y soportado por el capital mismo, pues éste generaba una mayor interdependencia, la cual había sido producida por una mayor división internacional del trabajo y por el sistema de mercado –que presupone la satisfacción de las necesidades por medio del comercio exterior, de este modo se da paso a la uniformidad en la producción y en el consumo a escala mundial (Bayly 2004, 235, Claeys 1988, 258) –.

La racionalidad de los procesos introducidos e impulsados por el capital anunciará sus límites, según Marx, en la incapacidad de garantizar la satisfacción de las necesidades de la mayoría de la población, en conformidad con la estructura de la propiedad privada de los medios de producción y la distribución del producto del proceso de producción.

La valoración sobre la racionalidad de los procesos instaurados por el capital llevó también a equiparar, algunas veces, al internacionalismo de izquierda con un liberalismo económico; liberalismo que para lograr sus objetivo borraba todas las fronteras y tradiciones. Lo anterior es denominado por Tom Nairn (1993, 156-157, 1997, 26) "internacionalidad" (internationality), en tanto que incluye, además del mercado mundial, la producción industrial y sus relaciones sociales de producción, con su consiguiente estructura de clases que definen al proletariado y a la burguesía.

Sin embargo, Marx y Engels (1976a, 159) expresan claramente su rechazo al cosmopolitismo, impulsado por el capital, del libre comercio y del mercado mundial. El objetivo de este "cosmopolitismo burgués" es pues producir las condiciones para el desarrollo del capital, al eliminar las barreras a su expansión, como lo venía haciendo a escala nacional. Marx (1976) añade, en un texto sobre el libre comercio, que la fraternidad entre las naciones y, a menudo, su abrogación, propuesta por la burguesía con el cosmopolitismo es la simple reproducción de lo que sucede cuando una clase se enriquece a expensas de otra, en magnitud y cualidad distintas, del mismo modo que una nación crece a costas de otra.

El cosmopolitismo burgués se manifiesta, según Engels, en las palabras pronunciadas por Blanc (1811–1882) *"Francia contiene el futuro de la humanidad […], sin dejar de ser nunca nacionales, nosotros somos necesariamente cosmopolitas"* (Blanc citado por Engels 1976c, 398-399). Engels, en el mismo texto, apoya la opinión de *La Réforme* –que había publicado un informe acerca del "Banquete de Dijon", el 24 y 25 de noviembre de

1847–, para este periódico solamente un francés será–en los términos de Blanc– cosmopolita, si el mundo es gobernado bajo la influencia francesa en sus costumbres, ideas y política (Ibíd, 399).

El proletariado es el único que puede destruir el cosmopolitismo burgués y los prejuicios nacionales, logrando la fraternidad de las naciones (Engels 1976b, 6) pues detenta dos condiciones que le permiten hacerlo. De una parte, puede desarrollar las potencialidades contenidas en la nación –como se analizó anteriormente–. Por otra parte, tiene, independientemente de la formación nacional a la que pertenezca, un mismo enemigo, un mismo propósito objetivo y lucha, según las palabras de Marx y Engels (1975, 37), la destrucción de las condiciones inhumanas de toda la sociedad burguesa. Por consiguiente, Engels (1976b, 6) puede afirmar:

La gran masa de los proletarios está, por su naturaleza, libre de prejuicios nacionales y su disposición completa y movimiento son esencialmente humanitarios, anti–nacionalistas. Solamente los proletarios pueden destruir la nacionalidad, solo el despertar proletario puede lograr la fraternización entre las diferentes naciones.

Las ambigüedades presentes en las ideas internacionalistas clásicas de izquierda acerca de sus vínculos con el cosmopolitismo no quedan aún aclaradas. Aunque Hobsbawm (1988, 7) argumenten que internacionalismo no es ni cosmopolita ni anti–nacionalista, lo cual sería confirmado por las frecuentes declaraciones y el reconocimiento que hará el internacionalismo del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

Engels (1976a, 288) reitera, en carta dirigida a Friedrich–Adolf Sorge (1828–1906), fechada entre el 12 y 17 de septiembre de 1874, que la Primera Internacional había surgido en el mismo momento en el cual los *"intereses cosmopolitas comunes del proletariado podían venir a un primer plano"*. Intereses, en pro de los cuales se rechazará, muchas veces, toda justificación de cualquier cuestión nacional, sin llegar a negar la perte-

nencia de los obreros una determinada nacionalidad (Kořalka 1966, 215). Esto se constata, como indica Charles C. Herod (1976, 37), en los escritos de Marx y Engels de los años 1848 y 1849 en la *Neue Rheinische Zeitung*, en donde, de un lado, se consideraba que las grandes unidades económico–políticas multinacionales creaban las condiciones para el desarrollo del capitalismo y, por consiguiente, para el surgimiento de una conciencia proletaria, lo cual no sería posible por medio de la unidades más pequeñas. Por otro lado, muchas de estas pequeñas naciones eran consideradas, por ambos pensadores, como instrumentos de ciertas naciones dominantes contra el movimiento revolucionario, como era el caso del movimiento nacional eslavo, a excepción de Polonia, que se presuponía eran instrumentos de la Rusia zarista (Kořalka 1968, 225). Empero, si no se daba un movimiento nacional fuerte, el mismo proletariado podría convertirse en el factor de unidad nacional y generar el espacio para que la burguesía y la misma clase obrera pudiesen determinar su poder y posiciones (Herod 1976, 9) y así zanjar la contradicción capital–trabajo.

Estas posiciones tendrán una incidencia en el movimiento obrero, sobre todo cuando en su interior surgieron tendencias a–nacionalistas (alimentadas por las posiciones de Marx y Engels) que generaron una serie de tensiones. En primer lugar, en las regiones donde no se había concluido el proceso de consolidación nacional –Europa oriental–, donde existían pueblos en condiciones de desigualdad y sin un estatus de nación (Kořalka 1966, 215). En segundo lugar, en las regiones en donde existía un nacionalismo de dominación que negaba derechos a otros pueblos y en el cual el movimiento obrero se encontraba dividido. Esto último llevó a Marx (1985, 121) a argumentar que *"Inglaterra está viendo hoy una repetición de lo que sucedió, en una escala monstruosa, en la antigua Roma. Cualquier pueblo que oprime otro pueblo forja sus propias cadenas"*.

De la misma manera, en América Latina el internacionalismo, en las primeras décadas del siglo XX, fue rechazado cuando se lo percibió como negación de la nación. Lo cual fue impulsado especialmente por los

nacionalismos de tendencia feudal y burgués, y, algunas veces, por el mismo movimiento obrero, especialmente cuando el internacionalismo surgía exclusivamente de las propuestas de los emigrantes europeos (Salomon 1986, 179-180) y no de los pensadores latinoamericanos o de elementos del propio movimiento obrero local.

Las tensiones entre los movimientos nacionales –de liberación o de los pueblos subyugados– y el internacionalismo se reconciliarían en las luchas reformistas que propician la formulación de una política de protección para los trabajadores y la reducción de la jornada laboral a ocho horas (Thijn 1988, 616), al igual que en el apoyo dado a las causas de liberación de los pueblos oprimidos. Todas estas luchas tuvieron siempre para el internacionalismo como trasfondo la emancipación de la clase obrera.

Las semejanzas aparentes del internacionalismo clásico de izquierda con el cosmopolitismo tienen su origen en las mismas apreciaciones sobre el capitalismo y sobre las naciones que fueron formuladas por Marx y Engels. Ellas se despliegan en la relación dialéctica entre el reconocimiento de la nación como el lugar privilegiado de la resolución de la contradicción trabajo–capital y la negación de valor de la nación para el advenimiento del movimiento revolucionario. Marx y Engels rechazaron el cosmopolitismo burgués del libre comercio y todo cosmopolitismo que *"busca el paso desde el individuo a la humanidad sin detenerse en el lugar intermedio de las unidades sociales"* (Bloom 1967, 207). Por consiguiente, no se puede suscribir la tesis de la identidad entre cosmopolitismo e internacionalismo.

El internacionalismo está desprovisto del propósito cosmopolita, este último pretende colocar a los trabajadores en la posición *"de ser ciudadano[s] del mundo sin importar cualesquiera otra afiliación que pudiesen tener"* (Fine 2006, 242). Él rechazará todo cosmopolitismo, sea que éste se fundamente en derechos, formas de gobierno, sociedades civiles o comunidades

que se presentan –en la era de la gobernanza global– como formas adecuadas de disponer de las relaciones sociales y la misma investigación social (Fine 2006). Entonces, no se plantea, como lo afirman los nuevos cosmopolitas –de acuerdo con el argumento de Ulrich Beck (2006, 51-67), acerca del nacionalismo metodológico– que los Estados nacionales fuesen unidades cerradas, autónomas o que contuviesen en sí mismos todos los elementos de la dinámica de una sociedad determinada o que este sea, como afirma Michael Foessel (2013, 0:6:58), *"el horizonte de la historia"*. Enfatiza el papel de las unidades sociales propias de cada formación social como fundamentales, pues ellas son determinantes en las dinámicas globales.[14]

El internacionalismo de clásico de izquierda no es entonces como lo propone P. Anderson (2002) una forma de trascender las naciones, al mismo tiempo que las conserva como unidades principales; tampoco es, como asevera Hobsbawm (1988, 7) (1988, p. 7), *"la superación de los límites de la nación"*, lo cual, como se ha argumentado, es parcialmente correcto. Él intenta establecer las condiciones básicas del proceso de emancipación de las clases trabajadoras en el capitalismo. Estas condiciones se encuentran en relación directa con la formación y consolidación de las clases sociales que se produce al interior de una serie de formaciones sociales. En la etapa histórica del surgimiento del internacionalismo, estas formaciones sociales estaban construyendo las naciones y el Estado, para llegar, generalmente, a la constitución de los Estados nacionales. El internacionalismo quizás, en parte, es *"la creencia en un medio alternativo de desarrollo civilizado, ni imperial ni nacional"* (Nairn 1993, 161), Es pues una forma de

14 Ecos de esta posición, aparentemente, se encuentran en el actualmente denominado "cosmopolitismo territorializado", el cual conjugaría la experiencias que se tienen en la vida cotidiana, en los lugares locales, de las interconexiones globales y la ética cosmopolita que surge del reconocimiento de esta realidad (Johansen 2014, 3). No obstante, este tipo de cosmopolitismo enfatiza los puntos de coincidencia (o articulación) entre las élites y las clases subalternas en aras de una ciudadanía moderna (ciudadanía global) (Ibíd, 154) que sería parte de un estadio común.

disposición de las unidades sociales en eras de la emancipación del ser humano en el capitalismo, donde los agentes reales del proceso laboral son los portadores del poder constituyente. La valoración por parte del internacionalismo de ciertas unidades sociales, como es la nación, está enmarcada en un período histórico donde ellas son fundamentales. Lo anterior no implica necesariamente que estás unidades sean las únicas, tampoco que ellas tengan el mismo peso relativo.

Así, el internacionalismo surgió en un mundo donde las fronteras contaban y en el cual los niveles local y regional eran una alternativa de lucha y otras veces eran la negación del Estado nacional (Hanagan 2004, 465, Devreese 1988, 301, Linden 2003, 12). Esto se verifica en el accionar de los exiliados Italianos en Suiza (regnicoli), basado en una autonomía local y en contacto con otros revolucionarios en Italia (Gabaccia 1994, 72, 2000, 120). Lo anterior se asemeja a la organización y articulación, por medio de secciones nacionales y locales, de la misma Primera Internacional.

Es entonces patente la compleja la situación en la cual surgió, y se desenvolvió durante los primeros años el internacionalismo, ya que se puede constatar la existencia de otras formas de internacionalismos dentro del movimiento obrero y substancialmente entre los trabajadores emigrantes. Verbigracia, una forma multiétnica dentro de una unidad nacional, en el lugar de trabajo (transnacional) y otra transnacional (étnico) como el de los ya mencionados regnicoli (Gabaccia 1994, 72, 2000, 106-128); otro tipo transnacional diferente, cuyos postulados y prácticas conectaban el patriotismo con la libertad y con el amor por el hogar, más sin llegar a una adhesión a los principios ni a la estructura estatal del país de origen o de asentamiento (Gabaccia and Ottanelli 2001, 3).

Las relaciones entre estos exponentes de internacionalismo han sido poco exploradas. En el mismo orden de ideas puede deducirse, indica Herod (1976, 38), al seguir las categorías de nacionalismo étnico y territorial

planteadas por Anthony D. Smith (1971, 216-217),[15] se encuentra relación entre el internacionalismo "transnacional" de la Primera Internacional y su rechazo de las reivindicaciones de las unidades nacionales, consideradas irrelevantes para el movimiento revolucionario y, por consiguiente, de su internacionalismo "étnico", pero también con un rechazo profundo de las ideas cosmopolitas.

4. El internacionalismo como mito

En un estudio sobre Paris David Harvey (Harvey 2003, 1) menciona varios mitos: la modernidad –ruptura y recomienzo sin ligaduras con el pasado–, el crédito y la circulación del capital. A los anteriores se podría adjuntar el de la sociedad civil, el espacio público, la técnica y, aparentemente, sería pertinente también colocar el internacionalismo clásico de izquierda. Mitos, dado que ellos no pueden surgir sin raíces en un pasado que están negando. Muchas veces, las bases materiales del mito languidecen o se han transformado, pero éste, en última instancia, sigue teniendo efectos. Lo cual es inteligible, si se sigue el postulado de Breuer y Freud (1955, 7), mutatis mutandis, cuando afirman:

> Nosotros invertimos el principio 'cessante causa, cessat effectus' [cuando la causa cesa el efecto cesa] y concluimos de estas observaciones que el proceso determinante continúa operando en una forma u otra durante años –no indirectamente, por medio de una cadena de eslabones intermedios, sino como una causa directa– como un dolor físico, que es recordado por el

15 Smith considera que el nacionalismo "étnico" se da en una entidad culturalmente homogénea ya preexistente, su objetivo es la supervivencia de esta entidad, política y culturalmente, a través de la superposición de un Estado a la nación. El nacionalismo "territorial" se conforma al buscar la construcción de una nación en oposición a las unidades políticas y administrativas impuestas desde el extranjero. Estas distinciones en el nacionalismo, sobre todo el étnico, son rechazadas por Nairn (1997), pues considera que ellas son producto del período histórico imperialista y de una ideología de "naturalidad".

> despertamiento de la conciencia, y aún provoca un secreción lacrimal mucho después del evento.

La fortaleza del mito reside, extrañamente, en seguir configurando las relaciones materiales –a pesar de las múltiples críticas a las que haya sido sometido– a través de su anclaje, observa Harvey, en la vida cotidiana. Aunque, más allá, los mitos tratan de llenar el vacío que lo consuetudinario deja y el cual es en cierta medida es el motor del pensamiento.

Entre el proletariado como sujeto universal liberador –para retomar la expresión de Alejandro Colás (2002, 55) – y las prácticas cotidianas del proletariado hay una distancia, la que no es obliterada por las ideas, ni las prácticas internacionalistas de izquierda, cuyos efectos siguen presentes y son reconstituidas muchas veces por otros agentes sociales. Del mismo modo, este vacío no puede ser tampoco suprimido por las antiguas unidades mediadoras, ya que se han transformado, o han dejado de ser fundamentales para la expresión de los sujetos o simplemente han adquirido otras connotaciones.

El internacionalismo, en términos de Slavoj Žižek (2006, 564), es parte de la posición subjetiva de la clase obrera que se expresa en una práctica social concreta. Él se reconstituye de otro modo y con otro sentido, cuando los procesos económicos capitalistas mundiales se transforman y con ellos la movilidad territorial, fundamentalmente las migraciones –aproximadamente desde 1970–. De este modo, contribuye al origen del "nuevo internacionalismo".

Quizás el internacionalismo esté preso en un mito que no llega a dar cuenta de otros procesos que evoca, para utilizar la expresión de Gabaccia (1994), el "internacionalismo transnacional". Las bases materiales que posibilitaron la constitución de los trabajadores en sujetos universales de emancipación, se han transformado; otros elementos y otros sujetos "globales imaginados" han entrado en escena, pero, simultáneamente,

también se están constituyendo sujetos menos imaginados que están disputando un lugar en la economía mundial, preparados para estar presentes y no ser representados o fabulados en ella.

El vacío entre la realidad y el mito, no se pretende llenar aquí, mucho menos se busca articular nuevos o viejos mitos con la realidad. No obstante, es necesario comprender el papel que el internacionalismo clásico de izquierda jugó en la constitución de los sujetos políticos, de acuerdo con las unidades sociales fundamentales de la formación social donde se ha presentado (Estado, nación, entre otros), y los efectos que estos sujetos siguen teniendo. Conocer y comprender las interrelaciones entre la movilidad, las luchas y el trabajo, son pues elementos fundamentales para, parafraseando a E. P. Thompson (1980, 12), entender la contribución de los trabajadores en la construcción de la política. Por consiguiente, es preciso, como lo demuestran, entre otros autores, Silver (2003) y Basso (2003), retener que los obreros no han desaparecido, que estos son muchos más hoy que antes y, sobre todo, que tienen aún papel cardinal en las resistencias y luchas contra el capitalismo globalizado.

Acorde con lo expuesto, el capitalismo estudiado y expresado teóricamente por Marx se ha, ciertamente, transformado. Sin embargo, las contradicciones fundamentales del capital siguen siendo las mismas y por consiguiente las categorías originadas a partir de ellas continúan dando cuenta, en gran parte, de la lógica del capital.

El internacionalismo clásico de izquierda tuvo una gran limitación en su práctica pues no tenía en cuenta las exclusiones producidas por la misma clase obrera en su construcción como sujeto político. Clase obrera que ha sido pensada y analizada, por lo general, como si estuviese compuesta de hombres, blancos y cualificados (Gabaccia 1999, 196, Hobsbawm 1960, 115-116, Rose 1997, 147). A pesar de las falencias, limitaciones y de las mismas causas del fracaso del Internacionalismo proletario, éste es fundamental para comprender, recurriendo a las palabras de August Nimtz

(2002), "los agentes transnacionales prototípicos" que han desafiado y aquellos otros que afrontan y resisten actualmente con sus movimientos, prácticas y luchas, la hegemonía capitalista en la economía mundial. En este sentido se puede comprender la afirmación Harvey (2003, 238-239), para quien la Internacional infundió un enorme pánico dentro de la burguesía, pues planteaba una comunidad de clase que traspasa los límites provinciales, de los centros industriales y estatales, igualando en cierto modo el poder de la burguesía.

Así, el internacionalismo buscaba rebasar el punto en el cual la clase obrera se convierte en clase nacional, para arribar a una comunidad de intereses que tuviese en cuenta, a la par, otros elementos fundamentales de las comunidades que la componían. Esta construcción dependía de las condiciones históricas, de la importancia relativa de la clase obrera, de las bases materiales, de los procesos de subsunción real y ampliada de la sociedad en el capital. Además, como se argumentó en otra parte de este texto, no bastaban las condiciones materiales, era preciso tener en cuenta las luchas, tácticas y estrategias de las otras clases en pugna.

Las limitaciones del internacionalismo se encuentran en la sobrevaloración del desarrollo de la clase obrera y la subestimación de las estrategias del capital para movilizar elementos de dominación, como en un momento dado lo fueron la nación y el nacionalismo. La instalación nominal de la clase obrera como "sujeto global" que realizó el internacionalismo se vio limitada por el desconocimiento de ciertos procesos y prácticas cotidianas de los obreros, pues consideraba a la clase obrera como un ente puro; cuando situó al proletariado como agente global liberador, la práctica misma del internacionalismo se regía más por "los agentes reales del proceso laboral"; también se encontró limitada por el cierre de los procesos de movilidad territorial y por la restricción de las clase trabajadoras al espacio nacional, en sentido opuesto a las prácticas del capital en la economía mundial. Precisamente, se llega en las primeras décadas del siglo XX al cierre de un ciclo que comprende el fin, de lo que llama Dirk

Hoerder (2002, 334), "emigración proletaria de masas" y del internacionalismo clásico de izquierda representado por la Primera Internacional.

Conclusiones

El internacionalismo clásico de izquierda encarna inicialmente lo denominado por C. Wright Mills la imaginación sociológica, en la medida que ésta *"permite a su poseedor comprender el escenario histórico más amplio en cuanto a su significado para la vida interior y para la trayectoria exterior de diversidad de individuos"* (Mills 1997, 25). Así el surgimiento de la Internacional y sus luchas desentrañan el juego de la movilidad laboral –y la redefine– usado por el capital en contra de las reivindicaciones de los trabajadores confinados en los Estados nacionales.

Lo expuesto revela el proceso como se introdujo un nuevo sujeto social en el espacio internacional dominado por los Estados; de esta forma entraron en juego nuevas relaciones, símbolos, posibilidades de acción y lucha, formas de pensar y actuar en un espacio antes vedado a los trabajadores. Lo cual ha traído desde sus inicios tensiones y contradicciones con, en algunos casos irresolubles, la nación y las propuestas cosmopolitas.

El internacionalismo no ha sido monolítico. Han existido algunas formas que han ensayado otras vías de relación, especialmente, con la nación, entre otros, uno multiétnico dentro de una unidad nacional, en el lugar de trabajo (transnacional) y otro transnacional (étnico); un internacionalismo transnacional, cuyos postulados y prácticas conectaban el patriotismo con la libertad y con el amor por el hogar, más sin llegar a una adhesión a los principios ni a la estructura estatal del país de origen o de asentamiento.

Entre la "decadencia del cosmopolitismo", la consolidación de las naciones y la posterior "nacionalización del proletariado" surge el inter-

nacionalismo. Hoy parece estar sucediendo lo inverso, resurgimiento del cosmopolitismo, cuestionamiento de la nación y los internacionalismos, "globalización" de ciertos procesos económicos y agentes sociales.

El internacionalismo –este es su gran aporte al proceso de emancipación social– sobrepasa la comprensión y actuación en el escenario histórico, dentro de los límites que este plantea. Es decir, éste–como actualmente muchos movimientos sociales transnacionales– llega al *"extremo de lo impensable para el otro"*[16], a romper el reino, los límites y las lógicas impuestas para la acción política. Así se instalaba en el espacio social internacional e instaura un sentido distinto de la política y de quienes son los sujetos de ella y sus espacios sociales. Es decir imaginación social en movimiento, en la medida que va más allá de la estructura social dada. De este modo, la pregunta y la reflexión sobre los movimientos sociales transnacionales en el actual periodo ha de desplazarse de los eslóganes que llaman a "pensar localmente y actuar globalmente" o "pensar globalmente y actuar locamente", para cuestionarse sobre las formas de articulación de los distintos espacios sociales y las transformaciones a construir en ellos y más allá.

Bibliografía

Anderson, Benedict. 1991. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. 2a. ed. London: Verso.

Anderson, Perry. 2002. "Internationalism: A Breviary." *New Left Review* (14):5-25.

16. Se toma esta expresión de Jacques Lacan (1983, 280), de su análisis del juego ¿Par o impar?, a propósito del comentario en su seminario sobre la Carta Robada de Edgar Alan Poe.

Barker, Colin. 2013. "Class Struggle and Social Movements." En *Marxism and Social Movements*, editado por Colin Barker, Laurence Cox, John Krinsky y Alf Gunvald Nilsen, 41-61. Leiden; Boston: Brill.

Basso, Pietro. 2003. *Modern Times, Ancient Hours: Working Lives in the Twenty-First Century*. Traducido por Giacomo Donis. London - New York: Verso. Edición original, 1998.

Bayly, Christopher Alan. 2004. *The Birth of the Modern World, 1780-1914: Global Connections and Comparisons*. Malden, MA: Blackwell Publishing.

Beck, Ulrich. 2006. *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?* Traducido por Aurélie Duthoo, *Alto Aubier*. Paris : Éditions Flammarion. Edición original, 2004.

Bloom, Salomon F. 1967. *The World of Nations: A Study of the National Implications in the Work of Karl Marx*. New York: AMS Press.

Bohórquez Montoya, Juan Pablo. 2006. "El poder constituyente fundamento de la democracia: Carl Schmitt." *Papel Político* no. 11 (2):525-55.

Braunthal, Julius. 1966. *History of the International (1864-1914)*. Traducido por Henry Collins y Kenneth Mitchell. 3 vols. Vol. 1. London: Thomas Nelson and Sons. Edición original, 1961.

Breuer, Josef y Sigmund Freud. 1955. "Studies on Hysteria (1893-1895)." En *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, 1-335. London: The Hogarth Press and the Institute of Psycho-Analysis.

Châtelet, François, Evelyne Pisier-Kouchner, y Jean-Marie Vincent. 1975. *Les marxistes et la politique*, *Thémis. Science politique*. Paris : Presses universitaires de France.

Claeys, Gregory. 1988. "Reciprocal Dependence, Virtue and Progress: Some Sources of Early Socialist Cosmopolitanism and Internationalism in Britain, 1750 - 1850." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, editado por Frits Van Holthoon y Marcel van der Linden, 235-258. Leiden E. J. Brill.

Colás, Alejandro. 2002. *International Civil Society: Social Movements in World Politics*. Cambridge: Polity.

Cole, G. D. H. 1957. *A History of Socialist Thought. Socialist Thought: Marxism and Anarchism, 1850-1890*. VII vols. Vol. II. London: Macmillan.

Collins, Henry. 1968. The International and the British Labour Movement: Origin of the International in England. Ponencia presentada en La Première Internationale, l'institution, l'implantation, le rayonnement, 16-18 Novembre 1964, at Paris.

Coltham, Stephen. 1960. "The Bee-Hive Newspaper: Its Origin and Early Struggles." En *Essays in Labour History: In Memory of G.D.H. Cole, 25 September 1889-14 January 1959*, editado por Asa Briggs y John Saville, 174-204. London: Macmillan & Co Ltd.

Delos, Joseph Thomas. 1948. *Le problème de civilisation, la nation* II vols. Vol. II Le nationalisme et l'ordre de droit. Montréal : Éditions de l'Arbre.

Devreese, Daisy E. 1988. "An Inquiry into the Causes and Nature of Organization: Some Observations on the International Working Men's Association 1864-1872/76." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, editado por Frits van Holthoon y Marcel van der Linden, 283-303. Leiden: E. J. Brill.

Duclos, Jacques. 1964. *La Première Internationale*. Paris : Éditions sociales.

Engels, Frederick. 1976a. "Engels à F. A. Sorge, Hoboken." En *Karl Marx, Friedrich Engels, correspondance*, 288-9. Moscou : Éditions du Progrès.

Engels, Frederick. 1976b. "The Festival of Nations in London." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 5-14. New York: International Publishers. Edición original, 1846.

Engels, Frederick. 1976c. "Reform Movement in France.-Banquet of Dijon." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 397-401. New York: International Publishers. Edición original, 1847.

Engels, Frederick. 1986a. "On the Cigar-Workers' Strike in Antwerp." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 294. New York: International Publishers. Edición original, abril 12 de 1871.

Engels, Frederick. 1986b. "To the Spanish Federal Council of the International Working Men's Association." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 277-80. New York: International Publishers. Edición original, 1935 [1871].

Engels, Frederick. 1989. "The Workingmen of Europe in 1877." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 207-29. New York: International Publishers. Ediciéon original, 1878.

Fahrmeir, Andreas. 2001. "Governments and Forgers: Passport in Nineteenth-Century Europe." En *Documenting Individual Identity: the Development of State Practices in the Modern World*, editado por Jane Caplan y John Torpey, 218-34. Princeton: Princeton University Press.

Fine, Robert. 2006. "Cosmopolitanism: a Social Science Research Agenda." En *Handbook of Contemporary European Social Theory*, editado por Gerard Delanty, 242-53. Abingdon; New York: Routledge.

Foessel, Michael. 2013. De la mondialisation au cosmopolitisme, la conséquence est-elle bonne ? En *Pierre Rosanvallon. Chaire d'Histoire moderne et contemporaine du politique*. Paris : Collège de France.

Gabaccia, Donna R. 1994. "Worker Internationalism and Italian Labor Migration, 1870-1914." *International Labor and Working-Class History* no. 45:63-79.

Gabaccia, Donna R. 1999. "The "Yellow Peril" and the "Chinese of Europe": Global Perspectives on Race and Labor, 1815-1930." En *Migration, Migration History, History: Old Paradigms and New Perspectives*, editado por Jan Lucassen y Leo Lucassen, 177-196. Berne: Peter Lang.

Gabaccia, Donna R. 2000. *Italy's Many Diasporas*, *Global Diasporas*. Seattle: University of Washington Press.

Gabaccia, Donna R, and Fraser M Ottanelli. 2001. "Introduction." En *Italian Workers of the World: Labor Migration and the Formation of Multiethnic States*, editado por Donna R. Gabaccia y Fraser M. Ottanelli, 1-17. Urbana; Chicago: University of Illinois Press.

Gellner, Ernest. 1989. *Nations et nationalisme*. Traducido por Bénédicte Pineau, *Bibliothèque historique Payot*. Paris : Payot. Edición original, 1983.

Hanagan, Michael P. 2004. "An Agenda for Transnational Labor History." *International Review of Social History* no. 49 (3):455-474.

Harvey, David. 2003. *Paris, Capital of Modernity*. New York: Routledge.

Herod, Charles C. 1976. *The Nation in the History of Marxian Thought. The Concept of Nations with History and Nations without History*. The Hague: Martinus Nijhoff.

Hobsbawm, Eric J. 1960. "Custom, Wages, and Work-Load in Nineteenth-Century Industry." En *Essays in Labour History: In Memory of G.D.H. Cole, 25 September 1889-14 January 1959*, editado por Asa Briggs y John Saville, 113-39. London: Macmillan & Co Ltd.

Hobsbawm, Eric J. 1975. *The Age of Capital 1848-1875*, *History of Civilisation*. New York: Charles Scribner's Sons.

Hobsbawm, Eric J. 1988. "Working-Class Internationalism." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, editado por Frits van Holthoon y Marcel van der Linden, 3-16. Leiden: E. J. Brill.

Hoerder, Dirk. 2002. *Cultures in Contact: World Migration in the Second Millennium*, *Comparative and International Working-Class History*. Durham; London: Duke University Press.

Johansen, Emily. 2014. *Cosmopolitanism and Place: Spatial Forms in Contemporary Anglophone Literature*, *Geocriticism and Spatial Literary Studies*. New York: Palgrave Macmillan.

Joll, James. 1976. *The Second International, 1889-1914*. London: Weidenfeld and Nicholson.

Knudsen, Knud. 1988. "The Strike History of the First International." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, editado por Frits Van Holthoon y Marcel Van der Linden, 304-322. Leiden: E. J. Brill.

Kořalka, Jiři. 1966. "Some Remarks on the Concepts of Nationalism and Internationalism." *Historica* no. XIII:209-16.

Kořalka, Jiři. 1968. The First International in the Austrian and Czech Lands. Ponencia presentada en La Première Internationale, l'institution, l'implantation, le rayonnement, 16-18 Novembre 1964, at Paris.

Lacan, Jacques. 1983. *El seminario de Jacques Lacan. Libro 2. El yo en la teoría de Freud y en la técnica psicoanalítica, 1954-1955*. Traducido por Irene Agoff. Editado por Jacques-Alain Miller. Buenos Aires: Paidós. Edición original, 1978.

Lacher, Hannes. 2006. *Beyond Globalization: Capitalism, Territoriality and the International relations of Modernity*, *Studies in Global Political Economy*. London; New York: Routledge.

Lattek, Christine. 1988. "The Beginnings of Socialist Internationalism in the 1840's: The "Democratic Friends of All Nations" in London." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, editado por Frits Van Holthoon y Marcel Van der Linden, 259-282. Leiden: E. J. Brill.

Lehning, Arthur. 1968. La lutte des tendances au sein de la Première International : Marx et Bakounine. Ponencia presentada en La Première Internationale, l'institution, l'implantation, le rayonnement, 16-18 Novembre 1964, at Paris.

Linden, Marcel van der. 2003. *Transnational Labor History: Explorations*, *Studies in Labour History*. Hants: Ashgate.

Linden, Marcel van der. 2008. *Workers of the World: Essays Toward a Global Labor History*, *Studies in Global Social History*. Leiden; Boston: Brill.

Marx, Karl. 1976. "Speech on the Question of Free Trade." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 450-465. New York: International Publishers. Edición original, 1848.

Marx, Karl. 1984a. "Inaugural Address of the Working Men's International Association." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 5-13. New York: International Publishers. Edición original, noviembre 5 de 1864.

Marx, Karl. 1984b. "Instructions for the Delegates of the Provisional General Council. The Different Questions." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 185-194. New York: International Publishers. Edición original, octubre - noviembre de 1866.

Marx, Karl. 1984c. "Provisional Rules of the Association." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 14-6. New York: International Publishers. Edición original, noviembre 12 de 1864.

Marx, Karl. 1985. "Confidential Communication." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 112-24. New York: International Publishers. Edición original, 1902.

Marx, Karl. 1986. "First Address of the General Council of the International Working Men's Association On the Franco-Prussian War." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 3-8. New York: International Publishers. Edición original, julio de 1870.

Marx, Karl. 1988. "Marx to Sigfrid Meyer and August Vogt (in New York)." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 471-6. New York: International Publishers. Edición original, Moscow, 1935 [1870].

Marx, Karl, and Frederick Engels. 1975. "The Holy Family, or Critique of Critical Criticism. Against Bruno Bauer and Company." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 5-211. New York: International Publishers. Edición original, 1845.

Marx, Karl, and Frederick Engels. 1976a. "The German Ideology. Critique of Modern German Philosophy According to Its Representatives Feuerbach, B. Bauer and Stirner, and of German Socialism According to Its Various Prophets." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 19-581. New York: International Publishers. Edición original, 1845.

Marx, Karl, and Frederick Engels. 1976b. "Manifesto of the Communist Party." En *Karl Marx - Frederick Engels Collected Works*, 477-519. New York: International Publishers. Edición original, 1848.

Mayer, Gustav. 1969. *Friedrich Engels. A Biography*. Traducido por Gilbert Highet y Helen Highet. New York: Howard Fertig.

McClellan, Woodford 2005. *Revolutionary Exiles. The Russians in the First International and the Paris Commune*. 2a. ed. London: Frank Cass; Taylor & Francis.

Mehring, Franz. 1983. *Karl Marx : histoire de sa vie*. Traducido por Jean Mortier. Paris : Éditions sociales.

Mills, C. Wright. 1997. *La imaginación sociológica*. Traducido por Florentino M. Torner. 2a. ed, *Sección de obras de sociología*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. Edición original, 1959.

Nairn, Tom. 1993. "Internationalism and the Second Coming." *Daedalus* no. 122 (3):155-70.

Nairn, Tom. 1997. *Faces of Nationalism: Janus Revisited*. London; New York: Verso.

Negri, Antonio. 1997. *Le pouvoir constituant : essai sur les alternatives de la modernité*. Traducido por Étienne Balibar y François Matheron. Editado por Étienne Balibar y Dominique Lecourt, *Pratiques théoriques*. Paris : Presses universitaires de France. Edición original, 1992.

Nimtz, August. 2002. "Marx and Engels: the Prototypical Transnational Actors." En *Restructuring World Politics: Transnational Social Movements, Networks, and Norms*, editado por Sanjeev Khagram, James V. Riker y Kathryn Sikkink, 245-68. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Noiriel, Gérard. 1991. *La tyrannie du national : le droit d'asile en Europe (1793-1993), Histoire, les temps qui courrent*. Paris : Calmann-Lévy.

Novack, George. 1974. "The First and Second Internationals." En *The First Three Internationals: Their History and Lessons*, editado por George Novack, 9-78. New York: Pathfinder Press.

Porter, Bernard. 2004. *The Absent-Minded Imperialists: Empire, Society, and Culture in Britain*. Oxford; New York: Oxford University Press.

Richmond, Anthony H. 1994. *Global Apartheid: Refugees, Racism, and the New World Order*. Toronto: Oxford University Press.

Rose, Sonya O. 1997. "Class Formation and the Quintessential Worker." En *Reworking Class*, editado por John R. Hall, 133-166. Ithaca: Cornell University Press.

Ruyssen, Théodore. 1958. *Les sources doctrinales de l´internationalisme. De la Paix de Westphalie à la Révolution Française*. III vols. Vol. II. Paris : Presses universitaires de France.

Salomon, Noel. 1986. "Cosmopolitismo e internacionalismo (Desde 1880 hasta 1940)." En *América Latina en sus ideas*, editado por Leopoldo Zea, 172-200. México - Paris: Unesco - Siglo XXI Editores.

Schmitt, Carl. 1993. *Théorie de la constitution*. Traducido por Lilyane Deroche, *Léviathan*. Paris : Presses universitaires de France. Edición original, 1928.

Silver, Berbely J. 2003. *Forces of Labor: Workers' Movements and Globalization since 1870*. Editado por Margaret Levi, *Cambridge Studies in Comparative Politics*. New York: Cambridge University Press.

Smith, Anthony D. 1971. *Theories of Nationalism*. London: Duckworth.

Stépanova, Eugénie, y Irène Bach. 1968. Le Conseil général et son rôle dans l'Association Internationale des Travailleurs. Ponencia presentada en La Première Internationale, l'institution, l'implantation, le rayonnement, 16-18 Novembre 1964, at Paris.

Thijn, Theo van. 1988. "Nationalism and the Socialist Workers' Movement." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, eidtado por Frits van Holthoon y Marcel van der Linden, 611-623. Leiden: E. J. Brill.

Thompson, E. P. 1980. *The Making of the English Working Class*. London: Penguin Books.

Tichelman, Fritjof. 1988. "Socialist 'Internationalism' and the Colonial World. Practical Colonial Policies of Social Democracy in Western Europe Before 1940 with Particular Reference to the Dutch SDAP." En *Internationalism in the Labour Movement 1830 - 1940*, editado por Frits Van Holthoon y Marcel Van der Linden, 87-109. Leiden: E. J. Brill.

Žižek, Slavoj. 2006. «Against the Populist Temptation.» *Critical Inquiry* no. 32 (3, Spring):551-574.

El reto de enseñar y evaluar por competencias en la educación superior colombiana*

*Jorge Andrés Sosa Chinome***
*Nesly Edilma Rey Cruz****

…El éxito educativo depende estrechamente de la aptitud para manejar el lenguaje de ideas propio de la educación… **(Pierre Bourdieu).**

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Sosa, Ch., Jorge, A.; Rey, C., Nesly, E. (2015) El reto de enseñar y evaluar por competencias en la educación superior colombiana. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 247-273.

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación en educación en ciencias sociales y ciencias jurídicas.

** Docente investigador con una trayectoria de más de 10 años en Educación Superior. A nivel profesional es Magister en Educación e Investigación; Licenciado en Filosofía y Licenciado en Teología; Bachiller en Sagrada Teología.

*** Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, actualmente Directora de Investigación de Facultad de Derecho, docente universitaria de la Corporación Universitaria de Colombia IDEAS y la Universidad Central, estudiante de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, experiencia laboral como correctora de estilo de trabajos de investigación, con experiencia en el sector público.

Resumen

La formación y evaluación en y por competencias, tiene como principal función la búsqueda de calidad en las universidades, de manera que se asegure la pertinencia y coherencia del ejercicio docente, la investigación y las actividades de proyección social, las cuales pueden ser consideradas como las funciones más importantes de la Educación Superior. La formación basada en competencias no reemplaza los indicadores de logro, ni mucho menos los modelos pedagógicos en los proyectos Educativos institucionales. Las competencias (generales y específicas) deben responder a necesidades contextuales (cultura y sociedad en movimiento) para poder preparar al estudiante en competencias laborales (hacer), actitudinales (ser), comportamentales (estar) y cognoscitivas (pensar) para configurar así verdaderamente el perfil del egresado, del sujeto que se enfrenta a un mundo bastante exigente en materia de profesionales cualificados.

Palabras Clave: Educación Superior, competencias, formación, evaluación, Proyecto Tuning, conocimientos.

The challenge of teaching and assessing competency in higher education Colombian

Abstract

The Training and evaluation for competency have as function principal the search for quality in universities, so the relevance and coherence of teaching, research and social outreach activities is ensured, which can be considered as the most important functions of Higher Education. The training based in Competency does not replace achievement indicators or replace Pedagogical Models in educational projects Institutional. The competences (general and specific) should meet contextual needs (culture

and society movement) that prepares students in job skills, Attitudinal, behavioral and cognitive. To truly in set up the graduate profile, the subject faces a very demanding world in terms of qualified professionals.

Key Words: Higher education, skills, training, evaluation, Tuning Project knowledge.

Introducción

En el siglo XXI uno de los retos educativos que más relevancia ha tomado a nivel mundial es el de enseñar y evaluar por competencias. Este nuevo modelo se ha convertido en un paradigma difícil de comprender y aplicar en el sector educativo colombiano. Enseñar por competencias y evaluar por competencias fue un propósito que surgió en Europa y que luego se extendió a Latinoamérica llamándose Proyecto Tuning. *"Tuning es un proyecto independiente, impulsado y coordinado por Universidades de distintos países, tanto Latinoamericanos como Europeos. Participan más de 230 académicos y responsables de Educación Superior de Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y Europa (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Países Bajos, Portugal y Rumania). Conformados en 16 redes de áreas temáticas y una red de Responsables de Política Universitaria"*[1]. El proyecto Tuning en América dio inicio a un proceso de convergencia que tenía como objetivo facilitar el intercambio de profesionales y adaptar el contenido de los estudios universitarios a las demandas sociales, mejorando su calidad y competitividad.

Para transfigurar la educación y facilitar su enseñanza es necesario partir del análisis de las situaciones y su acción y de ahí derivar los conocimien-

1. Cf. Tomado en http://tuning.unideusto.org/tuningal/ el día 18/07/2016.

tos. Para aplicarlas el docente o instructor debe trabajar particularmente por problemas y proyectos, es decir, plantear tareas complejas, retos, que estimulen a los estudiantes a movilizar sus conocimientos y habilidades con una pedagogía dinámica, cooperativa, inclusiva. Ahora bien, las competencias son los conocimientos, destrezas, y experiencias que desarrolla una persona para comprender, transformar y emplear en el mundo en el que se desenvuelve tanto en el ámbito personal, social y laboral. En el sector educativo existen dos modelos: las competencias generales y las competencias específicas; éstas tienen que ver con el mundo de la vida, con esa capacidad de conjugar el ser, el hacer y el estar para proyectarse como sujeto histórico-social que transforma su realidad y su sociedad.

Entre tanto, el presente artículo señala una evolución histórico-conceptual del término "competencia" recurriendo a los filósofos griegos, particularmente Aristóteles. Posteriormente, se presenta la fundamentación de enseñar y evaluar por competencias; seguidamente, se expone cómo se entiende la evaluación en Colombia, sus nociones, utilidades y aplicaciones. Finalmente se presenta una conceptualización del Proyecto Tuning en Europa y Latinoamérica y unas respectivas conclusiones.

1. Definición y evolución del concepto competencia

El primero en hacer referencia al concepto de competencia fue Aristóteles en el siglo VI a.C. *Éste filósofo griego* afirma que *competere* es el principio del movimiento, del cambio que se encuentra en otro ser o en el ser mismo. Igualmente, para el naturalista postsocrático, - *potens (poderoso) – potentiae (poder, fuerza, habilidad, capacidad)* - significa la posibilidad de cambio, de transformación, de conversión de una cosa o estado a algo mejor. En efecto, el estagirita estableció en el libro IX de la "Metafísica" la diferencia entre potencia y acto:

> *"de alguna manera, la potencia representa una cierta forma de no-ser; no se trata de un no-ser absoluto, sino relativo, pero que es tan real como cualquier otra reflexión que podamos hacer de la sustancia (componente o principio de un ente). Cada sustancia encierra, por lo tanto, un conjunto de capacidades o potencialidades, una cierta forma de no-ser relativo, que le es tan propia como su composición hilemórfica*[2]*. Junto al ser en acto, hemos de admitir el reconocimiento del ser en potencia. Cuando la potencia representa una cierta forma de no-ser relativo se entiende mejor con la noción de privación, a la que recurre Aristóteles para aclarar el significado de potencia"* (Aristóteles, Metafísica, libro IX, 1b17)

Cuando una sustancia tiene una determinada capacidad, o potencialidad, representa simplemente que está privada de esa forma de ser, es decir, que la privación se da en un sujeto, y no de un modo absoluto. "El ser no sólo se toma en el sentido de sustancia, de cualidad, de cuantidad, sino que hay también el ser en potencia y el ser en acto, el ser relativamente a la acción" (Aristóteles, Metafísica, libro IX, 1b18). Por supuesto que las potencias de una sustancia vienen determinadas por la naturaleza de la misma: una semilla podrá convertirse en arbusto y, por lo tanto, es potencialmente un arbusto; pero no podrá convertirse en un animal, o en una cosa o persona.

Entre tanto, el término potencia aparece consolidado por Aristóteles en el estudio de la Física (φύσισ), -la naturaleza- (Metafísica, libro IX, 1ª, *35,*). Para los filósofos griegos, llamados también fisiólogos[3] la naturaleza

2. Ac. Doctrina aristotélica seguida por la mayoría de los escolásticos según la cual los cuerpos se hallan constituidos por materia y forma; la materia es lo informe, la sustancia amorfa, mientras que la forma es la determinación de la materia. *Tomado en http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/espanol/hilemorfismo*
3. Cf. El estudio de la fisiología humana se remonta al menos al 420 a. C. en tiempos de Hipócrates de Cos, el padre de la medicina. El pensamiento crítico de Aristóteles y su énfasis en la relación entre estructura y función marcó el inicio de la fisiología en la antigua Grecia, mientras que Claudio Galeno (c. 126-199 d.C.), conocido como Galeno, fue el primero en utilizar los experimentos para probar la función del cuerpo. Galeno fue

es el lugar donde se produce el movimiento, que implica el espacio, el tiempo y la materia; algunos presocráticos y filósofos de la naturaleza *añaden el vacío. Aristóteles* entre tanto, define el movimiento, lo dinámico (το δυνατόν) como la realización (acto) de una capacidad o posibilidad de ser (potencia) en tanto que se está actualizando, se está regenerando. Si estoy sentado (acto) y tengo la posibilidad (potencia) de estar de pie, el movimiento consistirá en el paso de la posibilidad (potencia de estar de pie) al hecho de estar de pie (acto) mientras dura el proceso, hecho que implica desplazamiento, acción o movimiento. El traslado acaba cuando ya estoy de pie (acto). El concepto de potencia, con significados distintos del aristotélico ha sido utilizado a lo largo de la historia de la filosofía por numerosos autores como Leibniz[4], Schelling[5] o Xavier Zubiri[6]. Sobre este último autor dice José Ferrater Mora que: "Xavier Zubiri ha desarrollado

---

el fundador de la fisiología experimental. Los antiguos libros indios de *Ayurveda*, el *Sushruta Samhita* y el *Charaka Samhita*, también son importantes en las descripciones de la anatomía y la fisiología humanas, vegetales y animales. *Tomado en https://es.wikipedia.org/wiki/Fisiolog%C3%ADa*

4. ***Gottfried Wilhelm Leibniz*:** (1646 – 1716) Filósofo y matemático alemán. Su padre, profesor de filosofía moral en la Universidad de Leipzig, falleció cuando Leibniz contaba seis años. Capaz de escribir poemas en latín a los ocho años, a los doce empezó a interesarse por la lógica aristotélica a través del estudio de la filosofía escolástica. Representante por excelencia del racionalismo, Leibniz situó el criterio de verdad del conocimiento en su necesidad intrínseca y no en su adecuación con la realidad; el modelo de esa necesidad lo proporcionan las verdades analíticas de las matemáticas. Junto a estas verdades de razón, existen las verdades de hecho, que son contingentes y no manifiestan por sí mismas su verdad. *Tomado en http://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/leibniz.htm*
5. ***Friedrich von Schelling:*** (1775 – 1854) Filósofo alemán. Uno de los máximos exponentes del idealismo y de la tendencia romántica en la filosofía alemana, su gran precocidad se hace evidente en el hecho de que a los ocho años dominaba las lenguas clásicas, y que antes de los veinte había desarrollado ya un sistema filosófico propio. *Tomado en https://es.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Schelling*
6. ***Xavier Zubiri:*** (1898 – 1983) Filósofo y teólogo español. Estudió en Lovaina, Madrid y Friburgo. Fue discípulo de Ortega y Gasset y, más tarde, de Heidegger. Desempeñó la cátedra de Historia de la Filosofía en la Universidad de Madrid desde 1926 hasta 1935, y luego vivió, hasta 1939, en Roma y en París. En 1942 enseñó en la Universidad de Barcelona, pero abandonó la cátedra dos años más tarde, para residir en Madrid, donde, hasta pocos años antes de su fallecimiento, expuso su pensamiento en cursos privados, interrumpidos esporádicamente por sus estancias en el extranjero, como cuando, en 1973, impartió un curso de Teología en la Universidad Gregoriana de Roma. *Tomado en http://www.biografiasyvidas.com/biografia/z/zubiri.htm*

una "teoría de las potencias" partiendo del problema de la realidad de lo pasado en la historia humana. Frente a la tesis de que la realidad pasada, en tanto que pasada, no es real, y frente a la tesis de que es real, y, por lo tanto, no ha pasado; Zubiri señala que una intelección adecuada del problema exige referirse no sólo a la realidad sino también a la posibilidad" (Ferrater, 1994, pág. 86).

Sin embargo, a comienzos del siglo XX, tales conceptos pasarían a la lingüística con la denominación de competencia y actuación. Fue entonces el lingüista y filósofo Noam Chomsky[7], en el libro *"Estructuras Sintácticas"*, quien retomó el uso del concepto de competencia para referirse a la gramática generativa[8] como "una teoría de la competencia". De allí se empiezan a usar los conceptos de competencia lingüística[9] y competencia comunicativa[10]. En 1973, David McClelland[11], profesor de la Universidad de Harvard,

7. ***Noam Abraham Chomsky:*** lingüista y filósofo estadounidense nacido en Filadelfia, EE UU, en 1928. Es autor de una aportación fundamental a la lingüística moderna, con la formulación teórica y el desarrollo del concepto de gramática transformacional, o generativa, cuya principal novedad radica en la distinción de dos niveles diferentes en el análisis de las oraciones: por un lado, la «estructura profunda», conjunto de reglas de gran generalidad a partir de las cuales se «genera», mediante una serie de reglas de transformación, la «estructura superficial» de la frase. *Tomado en http://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/chomsky.htm*
8. Ac. Modelo gramatical cuyo objetivo es formular las reglas y principios por medio de los cuales un hablante es capaz de producir y comprender todas las oraciones posibles y aceptables de su lengua; se desarrolló en la segunda mitad del siglo xx. *Tomado en http://generativismo.blogspot.com.co/*
9. Ac. En lingüística, las teorías que se agrupan dentro de la gramática formal denominan competencia lingüística al conjunto de conocimientos que permiten al hablante de una lengua el comprender y producir una cantidad, potencialmente infinita, de oraciones gramaticalmente correctas, con una cantidad. *Tomado en https://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_ling%C3%BC%C3%ADstica*
10. Ac. En los enfoques propios del funcionalismo lingüístico se denomina competencia comunicativa a la capacidad de hacer bien el proceso de comunicación, usando los conectores adecuados para entender, elaborar e interpretar los diversos eventos comunicativos, teniendo en cuenta no sólo su significado. *Tomado en https://es.wikipedia.org/wiki/Funcionalismo_ling%C3%BC%C3%ADstico*
11. ***David McClelland:*** psicólogo Estadounidense que publicó en 1973 un artículo llamado "Testing for Competence Rather Than for "Intelligence" *-Test Competencia en lugar de Inteligencia-*. En este artículo, es importante destacar que el autor sugirió a través del informe que las características (competencia) de una persona pueden ser modificadas por medio de entrenamientos y/o experiencias, concluyendo que los test

publicó un estudio en *"The American Psychologist"* denominado -*Testing for Competences Rather Than for Intelligence*- en el que el autor cuestiona la validez de las medidas clásicas de "aptitud" e "inteligencia" para pronosticar rendimiento laboral. Este artículo marca el inicio de la era de las competencias como eje de la gestión del capital humano en las organizaciones, y su impacto pasa luego a la formación técnica y universitaria. Esto en resumidas cuentas constituye el inicio del modelo de las competencias.

Ahora bien, ¿qué son entonces las competencias en el siglo XXI? Las competencias son una combinación de conocimientos, habilidades, capacidades, actitudes, aptitudes y valores que determinan el proceder del sujeto frente al objeto, es decir, la forma como se desempeña en una realidad (la determinación, el juicio de valor, la aplicabilidad o utilidad) que siempre está determinada por una serie de factores como el contexto, la cultura, la política, la religión, y la misma sociedad en general -(Saber ser, saber hacer y saber estar)-. Por consiguiente, hay que tener presente que la cantidad y calidad de las competencias es distinta en cada estudiante, debido a que interfiere en ello el lugar (topos), la región, la cultura (*cultus-cultivo*), etc. Algunos pedagogos modernos (Bustamante et al, 2002, p.44) hablan del "saber hacer en contexto", por consiguiente, hablan de competencias de tipo cognoscitivo, comportamental, manual, problémico entre otras para referirse al ámbito educativo. Igualmente, afirman estos académicos que a la hora

deben de estar dirigidos a evaluar los cambios que las personas han aprendido en un tiempo determinado. Por lo tanto, el define que la mayoría de las competencias deberían de intentar ser medida como "Agrupación de resultados de la vida" ("Clusters of *life outcomes*"). Al mismo tiempo, como las evaluaciones laborales son muy específicas, entonces se tendría que realizar cientos de evaluaciones para los puestos de trabajos. Él propone, que sería de mayor beneficio las evaluaciones por competencias que podrían ser: liderazgo, habilidades interpersonales. Además introdujo el término de desarrollo por competencia, debido a que es prácticamente imposible conseguir una persona que cumpla con todas las competencias necesarias para el cargo, por lo tanto, se debe intentar desarrollarle las competencias para su mejor desempeño laboral. *Tomado en http://capitalhumanounimetoriente.blogspot.com.co/2015/06/formacion-por-competencia.html*

de presentar el conocimiento, así como a la hora de evaluarlo hay que tener en cuenta una multiplicad de factores como el tipo de evaluación, las competencias a valorar (oral, escrita, crítica, argumentativa, etc.) y sobre todo la asimilación y apropiación del conocimiento, tanto del que enseña como del que aprende y viceversa.

Otro aspecto imprescindible que se debe tener presente en el mundo de las competencias son las posibilidades, habilidades y alcances de cada estudiante (cada proceso es diferente, cada uno lleva su propio ritmo). La educación debe ayudar a resolver problemas, no a crear más. Los profesionales de hoy se forman, se educan para transformar su vida, su sociedad, su cosmos, pero también para enfrentarse al mundo laboral, a la competición de las pocas ofertas de empleo. Para lograr estos cometidos, es perentorio enseñar a los estudiantes a "aprehender" de manera independiente, de manera autónoma y auto-reflexiva, pues el único responsable de su propia formación es el mismo estudiante. Pero, ¿quién es el responsable de enseñarles cómo "aprehender" a manejar su autonomía, a tener responsabilidad, a redescubrir que tienen un ramillete de posibilidades, aptitudes y capacidades que deben poner en práctica, que se debe pasar de la potencia al acto como dice el mismo Aristóteles? "La familia, la escuela, la universidad deben ofrecer a ellos las herramientas y elementos necesarios para descubrir su posibilidad o autonomía, para superar la heteronomía o dependencia frente a su propio proceso de aprendizaje" (Freire, 2004, pág. 115).

2. Fundamentos de la evaluación por competencias

Antes de empezar con los fundamentos y nociones de la evaluación por competencias es necesario definir qué entendemos por evalua-

ción[12]: Ahora bien, la evaluación por competencias es un instrumento pedagógico que garantiza una mirada holística de los agentes implicados en el proceso educativo y en la que se posibilitan eventos, situaciones y momentos reales para demostrar habilidades y destrezas con los conocimientos adquiridos; *más allá* de la exactitud de un concepto, método o procedimiento: "la evaluación es parte del proceso de enseñanza- aprendizaje, no es un apéndice, un complemento o un adorno" (Santos, 1993, pág. 165). De esta forma, la evaluación por competencias en la Educación Superior, se ha convertido en un mecanismo esencial que facilita a docentes, estudiantes e investigadores elementos (instrumentos) teóricos y prácticos sobre las diferentes formas de evaluar (valorar, dar un juicio objetivo) el comportamiento, la actitud, la atención o percepción, el interés y por supuesto el manejo o aprehensión de los conocimientos); "la introducción de las competencias en las instituciones de Educación Superior responde esencialmente a la necesidad de alinear el mundo educativo con el mundo laboral. El mercado profesional, requiere agentes de cambio, de transformación social que exige que las universidades modifiquen sus proyectos educativos, de modo que fragüen profesionales competentes (competitivos) autónomos, creativos, emprendedores y sobre todo críticos y argumentativos"

12. ***Evaluación:*** Como evaluación denominamos la acción y efecto de valorar. La palabra, como tal, deriva de evaluar, que a su vez proviene del francés "évaluer", que significa 'determinar el valor de algo'. En el ámbito de la pedagogía, la evaluación es un proceso sistemático de registro y valoración de los resultados obtenidos en el proceso de aprendizaje de los educandos. Como tal, la evaluación se realiza tomando en consideración los objetivos educativos planteados en el programa escolar. Las evaluaciones, por otro lado, pueden realizarse de distintas maneras: mediante pruebas (escritas u orales), trabajos o monografías, así como también considerando la participación en clase de los alumnos, entre otras. Algunos autores, sin embargo, consideran subjetivo e insuficiente el método de evaluación a través de exámenes y pruebas, pues no siempre reflejan realmente las capacidades y conocimientos del estudiante. De allí que en muchos lugares se utilice un sistema de evaluación continua, donde el proceso de aprendizaje es acompañado constantemente, lo que permite al estudiante observar su progreso y controlar su aprendizaje. Las evaluaciones, asimismo, pueden también realizarse para los profesores y docentes, o aplicarse a las escuelas, colegios y universidades, así como a los programas educativos y currículo escolar. *Tomado en http://www.significados.com/evaluacion/*

(Jiménez, 2009, págs. 18-25) . Estas necesidades, permitirán que los docentes resignifiquen su acción educativa, es decir, el acto de educar debe ser manera autocrítica, argumentando el sentido y razón de sus prácticas pedagógicas, fortaleciendo la toma de decisiones relacionadas con cada uno de los componentes del proceso formativo, es decir, promoviendo en sus estudiantes la autorregulación de los aprendizajes para la vida, obteniendo conocimientos significativos que permanezcan para toda la vida; "para evitar el mero adoctrinamiento en la educación, es preferible que el docente mantenga una relativa actitud neutral con sus estudiantes" (Savater, 1997, págs. 48-50). Entre tanto, "la revisión y transformación de las prácticas evaluativas, constituye el eje en torno al cual se busca aplicar los saberes en contexto, tanto disciplinares como actitudinales y en cada uno de los momentos que se evidencian en el proceso de enseñanza-aprendizaje" (Savater, 1997, págs. 48-50).

En efecto, la evaluación por competencias debe dar cuenta de lo cognitivo, lo procedimental y lo actitudinal de los estudiantes. Este proceso facilitará la toma de decisiones con base en los resultados de las evaluaciones, para construir planes de mejoramiento (generales y específicos) haciendo ajustes a la práctica pedagógica en los componentes didáctico, evaluativo y curricular. Para lograr este cometido, es de vital importancia que los agentes involucrados en el proceso educativo se den a la tarea de explorar, interrogar, dialogar y actuar en torno a cómo se están adquiriendo y evaluando los conocimientos; no es más sabio o inteligente aquel que aprende de memoria unas ideas, unas formulas o unos códigos, que aquel que es capaz de juzgar su realidad de manera crítica y objetivamente, de aquel que tiene o desarrolla otro tipo de competencias o habilidades. De otra parte, la evaluación por competencias puede generar en el proceso educativo una resignificaci*ón* de los saberes, de modo que este modelo permita que el docente y el estudiante alcancen el máximo grado de *"autarkeia"*, que podría traducirse como autosuficiencia (capacidad para resolver una problemática de manera autónoma y con criterio), sin pretender generar una confusión con la perfecta libertad o

autonomía que termina siendo una utopía. En este sentido, la *"autarkeia"* a diferencia de la anarquía (sin gobierno) "es lo que por sí misma hace la vida digna de ser vivida y libre de toda necesidad" (Aristóteles, en *Ética Nicomaquea I, 5 109*-7b).

De esta forma, la educación por competencias se ha convertido en un fenómeno mundial que pretende presentarse como una pedagogía de "última generación" capaz de salvar al sistema capitalista y materialista de su crisis y a las nuevas generaciones del desempleo. En el siglo XXI, se ha transformado en un concepto mágico al que se apegan los ministerios de educación de cada país en particular, para justificar las reformas educativas ordenadas por el Banco Mundial, por la Unesco y por otros organismos Internacionales. Estas reformas incluyen no sólo el currículo académico, sino también las relaciones laborales con los docentes. Países como Inglaterra, precursores en la aplicación del enfoque de competencias, lo vieron como una herramienta útil para mejorar las condiciones de ***eficiencia, pertinencia y calidad*** de la formación educativa. Del mismo modo, se tienen antecedentes en los Estados Unidos, donde la preocupación por las nuevas demandas a los trabajadores originó una serie de situaciones que obligaron a la revisión de las políticas y prácticas realizadas en países que basaban sus estrategias competitivas en la productividad de su gente, es decir en el rendimiento (utilidad) y no en el desempeño, en la persona con toda su integralidad. No obstante, las aplicaciones del enfoque de competencia laboral en América Latina han estado vinculadas con el diseño de políticas activas de empleo que insisten en mejorar la transparencia en el mercado del trabajo, y facilitan un mayor y mejor acceso a un entrenamiento con características de pertinencia, seguridad y efectividad. También, y de modo aún más cercano, el enfoque de competencia laboral se ha venido abriendo paso en el ámbito de la educación; "El surgimiento de la gestión por competencias laborales en la empresa, en parte obedece a la necesidad de acortar la distancia entre esfuerzo de formación y el resultado efectivo de los egresados" (Mertens, 2000, pág. 63).

3. ¿Qué es la evaluación en Colombia? Nociones y utilidades

La evaluación, como instrumento regulador de la prestación del servicio educativo en nuestro país permite valorar el avance y los resultados del proceso a partir de evidencias que garantizan una educación pertinente, significativa para el estudiante y relevante para la sociedad. La evaluación debe ayudar a mejorar la calidad educativa en aras de tener procesos de formación integrales e integradores, donde se humanice al sujeto y se le potencie para que tenga conciencia de responsabilidad social. "Los establecimientos educativos pueden adelantar procesos de mejoramiento a partir de los diferentes tipos de evaluación existentes; los resultados de la acción educativa en los estudiantes se evalúan a través de evaluaciones de aula internas, y evaluaciones de aula externas" (MEN, 2016). Entre tanto, ante la implementación de los exámenes de estado en Colombia para evaluar la calidad educativa, el tema de las competencias toma una relevancia bien interesante. Efectivamente, se podría pensar que una evaluación por competencias precisamente se deriva de un modelo de formación por competencias, pero ese no ha sido el caso de nuestro país, lo que ha obligado a académicos y pedagogos a replantear la educación de sus estudiantes bajo un modelo de formación por competencias donde se involucra el currículo, el aprendizaje, la investigación, la docencia misma y sobre todo la proyección social. Un estudiante que se hace profesional y desconoce su realidad social, es como el médico que se niega a atender a sus pacientes.

Durante el 2008, año de la evaluación según el MEN, se abrieron distintos escenarios para discutir, opinar, compartir experiencias y hacer propuestas sobre la evaluación en el aula. Gracias a esto, el país tiene una nueva regulación y orientaciones sobre el proceso. "Por otra parte, en el país se aplican periódicamente pruebas censales a los estudiantes de los grados quinto, noveno y 11, al finalizar cada uno de los ciclos de la básica y el nivel de media, con las pruebas SABER y de Estado. Los resultados de estas evaluaciones se entregan a los establecimientos para su uso en

procesos de mejoramiento. Como complemento de lo anterior, el establecimiento educativo, puede evaluar sus procesos y sus recursos y analizar sus resultados, a partir de la evaluación institucional anual, utilizando como herramienta principal la Guía No. 4 - Manual de Autoevaluación del Ministerio de Educación Nacional" (MEN, 2016).

Por otra parte, en Colombia existen 3 tipos de evaluación desde hace varias décadas (Fingermann, 2010): ***evaluación inicial o diagnóstica*:** esta evaluación se desarrolla al comenzar un ciclo de formación ya sea escolar, media o superior. En este sentido, cumple una condición moderadora donde las particularidades de los estudiantes son tenidas en cuenta para la proyección de dicho curso o ciclo escolar. En este sentido, cumple una función profética ya que nos brinda información acerca de los conocimientos y destrezas previas del sujeto. Debe tenerse en cuenta siempre en términos de su beneficio y en función de la población especifica. De otra parte, ***la evaluación formativa*** se realiza de manera progresiva a lo largo de todo el proceso de enseñanza-aprendizaje para que verdaderamente cumpla una función ordenadora del proceso lo que facilite llevar ajustes, y adaptaciones de manera gradual, (examen escrito, lista de verificación, examen oral). Una estrategia de evaluación formativa requiere de un marco que determine los siguientes elementos: resultados del aprendizaje que se va a valorar; métodos y técnicas para obtener información; principios de discusión de esta información, pasos a seguir en la acomodación del proceso educativo. Ahora bien, ***la evaluación sumativa*** es efectuada al final del proceso educativo y toma en cuenta la información lograda mediante los anteriores tipos de evaluación, establece un balance de los conocimientos alcanzados y nos permite manifestar un juicio de acreditación educativa. Así mismo, posibilita la comparación de grupos y la colección de niveles secuenciados por lo que exige un sistema amplio de conductas representativas y significativas del aprendizaje.

Existen también tipos de evaluación según el sujeto: ***"autoevaluación, coevaluación y heteroevaluación;*** *técnicas de evaluación:* "***técnica***

documental, de campo o discursiva". Ahora bien, uno de los instrumentos evaluativos que más ha gustado dentro de los procesos educativos en el siglo XXI son las ***rúbricas de evaluación*** (instrumento que tiene criterios y categorías ligados con los objetivos de aprendizaje puesto que sirve para medir la calidad del proyecto, se emplea para evaluar (calificar) al docente pero también al estudiante. Las ventajas de este instrumento es que el estudiante conocerá como será la forma de evaluar del docente y viceversa, qué se espera al aprender y si realmente se cumplen los objetivos, es decir, si realmente se abordan todos los conocimientos" (Martinez, 2000).

De otra parte, el tema de la evaluación es uno de los grandes problemas que enfrentan los sistemas educativos vigentes, puesto que se ha convertido en un mecanismo de control, incluso de intimidación en algunas instituciones (conductismo) y no de regulación (acompañamiento, motivación, resignificación) de los procesos de enseñanza-aprendizaje, donde se requiere de manera imperativa evaluar no solo la calidad, sino también las cualidades, competencias y capacidades del que enseña y del que aprende. En este sentido, la evaluación debe convertirse en un proceso dinámico, continuo y sistemático, enfocado hacia los procesos conductuales (actitudinales) y los desempeños a nivel de rendimiento, calidad y capacidad mediante el cual se verifica el cumplimiento de los objetivos propuestos. Este instrumento, adquiere sentido en tanto que comprueba la eficacia, y posibilita la eficiencia del actuar docente, mejorando la recepción del estudiante en su proceso de aprehensión del conocimiento. No evaluar por controlar, sino evaluar para mejorar los procesos educativos; no evaluar para verificar el aprendizaje memorístico, sino para constatar el aprendizaje significativo, el aprendizaje a lo lardo de la vida (paradigma ALV).

Ahora bien, hay que reconocer que estamos en un mundo de grandes cambios: revolución de la tecnología y las comunicación, revolución industrial, revolución ideológica, religiosa, cultural, etc.; indiscutible-

mente una época de grandes transformaciones, incluso en lo educativo (cambio de paradigma, reestructuración curricular, nuevos modelos y métodos de enseñanza-aprendizaje, nuevas pedagogías, nuevas didácticas, enseñanza con Tics, etc.) ¿En medio de estas revoluciones qué significa ser competente? ¿Será hacer las cosas de la mejor manera, será ser el primero en todo, el más inquieto intelectualmente, el más aventajado (no económicamente) sino el que más domina un arte, o un tema, o una profesión (tener experticia[13] en algo)? Actualmente, los estudiantes aprenden de manera diferente, analizan de manera diferente y hasta solucionan problemas de manera distinta; podríamos decir que su desempeño depende hoy en día de la tecnología, de los avances en materia científica, técnica, industrial y económica. La pregunta entonces tendríamos que hacerla a los docentes ¿están enseñando para esas nuevas necesidades, para esos nuevos aprendizajes, para esas nuevas competencias? El docente no puede quedarse en el siglo XX con la pedagogía y didáctica tradicional; esencialmente hay que incursionar en el mundo de la innovación, de la virtualidad, de la ciencia y de la técnica para estar a la vanguardia de las necesidades educativas del hoy y del mañana. La educación no puede ser un proceso estático (fosilizado) ni mucho menos debe estar ajena al mundo globalizado, a los grandes cambios que está enfrentando nuestra sociedad. El reto entonces, está en permitirse resignificar las prácticas

13 ***Experticia 1*:** es el resultado de la experiencia más el conocimiento. Su aplicación propende por obtener el mejor resultado posible en el ejercicio de cualquier disciplina, profesión, arte, deporte, oficio etc. Ni la experiencia ni el conocimiento por si solos son suficientes para aspirar a obtener un resultado ideal, por lo cual se requiere para tal efecto de la conjunción de los dos, es decir de la experticia. ***Experticia 2*:** la experticia (pericia, habilidad, destreza) es la actividad desarrollada por personas especialmente calificadas por su experiencia o por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, en relación con hechos relevantes al proceso, cuyas causas o consecuencias deben ser determinados; aportando así al juez, sus experiencias, tecnicismos y juicios de valor que le permitirán a éste determinar y apreciar la existencia, verdad o falsedad de los hechos debatidos en juicio y que han sido objeto de la prueba pericial, siendo esta su finalidad principal, es decir, brindar al juzgador la *pericia* del conocimiento especial. *Tomado de Diccionario abierto español en http://www.significadode.org/experticia.htm*

pedagógicas, didácticas y metodológicas de enseñanza y aprendizaje, ya sea en la escuela o en la universidad. Según la RAE (Real Academia Española) "resignificar implica dar una nueva consideración y sentido a un acontecimiento o a una conducta". Esto quiere decir que la resignificación supone otorgar un valor o un sentido diferente a algo o a alguien (reinterpretación).

Finalmente, la evaluación por competencias en Colombia… "valora la interacción de disposiciones (cualidades, actitudes, motivaciones, intereses, rasgos de personalidad, etc.), conocimientos y habilidades, interiorizados en cada persona"…, que le permiten abordar y solucionar situaciones concretas; …"una competencia no es hermética; por el contrario, ésta se construye, asimila y desarrolla con el aprendizaje y la práctica, conduciendo al sujeto para que logre niveles de desempeño cada vez más altos…" (MEN, 2008, p. 13). En este sentido, el principal referente conceptual del proceso de evaluación de competencias lo proporciona el (Decreto Ley 1278 de 2002 por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente, MEN). Esta norma en su artículo 35 define una competencia como: "una característica subyacente en una persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo", y señala también que la evaluación de competencias "debe permitir la valoración de por lo menos los siguientes aspectos: *Competencias de logro y acción; competencias de ayuda y servicio; competencias de influencia; competencias de liderazgo y dirección; competencias cognitivas y, competencias de eficacia personal*" (Decreto Ley 1278 de 2002, art. 36).

4. Formación basada en competencias desde el proyecto Tuning

Los documentos sobre la temática de competencias en el tema de la educación son numerosos y se descubren desde mediados de la década de los

noventa en frases tales como: "-formación por competencias, -planes de estudio basados en competencias, -propuestas educativas por competencias, etc., exteriorizándose como una iniciativa para mejorar los procesos de formación académica tanto en el nivel de educación *básica como en la formación de* técnicos y tecnólogos y más aún en la formación de profesionales con estudios de educación superior" (Díaz, 2006). En este sentido, la teoría conductista[14] y otras apuestas pedagógicas ofrecen criterios que sirven para calificar el desempeño y el desarrollo de las competencias; el conductismo entre tanto argumenta que el desempeño y desarrollo se puede observar y demostrar a lo largo de un proceso formativo donde se percibe cómo se han logrado dichas competencias. Por consiguiente, desde parámetros constructivistas, la educación basada en competencias desarrolla la necesidad de lograr en los estudiantes la transferencia de los conocimientos no sólo a contextos contiguos, sino a la vida misma, a lo que viven los estudiantes aquí y ahora, y también a lo que tal vez necesiten para poder potenciar su vida a futuro, etc. Así, se plantean nociones que tienen significado integral para la vida. De esta forma, "la educación basada en competencias es un modelo para el desarrollo del currículo que representa, una tendencia educativa importante a nivel internacional, principalmente para la Comunidad Europea y Anglosajona, para América Latina y el Caribe" (DÍAZ, 2003, págs. 63-123).

Ahora bien, uno de los proyectos más significativos en la educación superior en Europa y que se ha ido difundiendo en este continente hacia América Latina y México, es el proyecto denominado *Tuning –"Educa-*

14. Cf. El conductismo (behaviorism) es una corriente de la psicología inaugurada por John B. Watson (1878-1958) que defiende el empleo de procedimientos estrictamente experimentales para estudiar el comportamiento observable (la conducta) y niega toda posibilidad de utilizar los métodos subjetivos como la introspección. Su fundamento teórico está basado en que a un estímulo le sigue una respuesta, siendo ésta el resultado de la interacción entre el organismo que recibe el estímulo y el medio ambiente. La observación externa es la única posible para la constitución de una psicología científica. *Tomado en http://uoctic-grupo6.wikispaces.com/Conductismo*

tional Structures in Europe"-, "Estructuras educativas de Europa"[15]. Los participantes de la elaboración de este proyecto eligieron el vocablo inglés *"to tune - tuning"*, que significa "afinar" en términos musicales, para transmitir la idea de que las universidades pretendan llegar de manera conjunta a puntos de referencia comunes, basados en consensos o acuerdos, el respeto a las pluralidades, la transparencia, y la confidencia mutua. En el proyecto el vocablo se mantiene en gerundio (tuning-sintonizando) para dejar claro que es algo que está en proceso, en movimiento y que siempre lo estará puesto que la educación necesita estar en diálogo con las necesidades sociales, es decir, se parte de la proposición de que un área social y económica europea tiene que ir en paralelo a un área de educación (Tuning, 2001-2002).

En consecuencia, el proyecto Tuning surge en un momento de deliberación sobre la educación superior frente ante los precipitados contrastes de la sociedad. Retomando las consideraciones anteriores, se origina el *proyecto Alfa Tuning América Latina*, como un proyecto independiente, impulsado y coordinado por Universidades de distintos países, tanto latinoamericanos como europeos. Este proyecto, mantiene el mismo sentido que en Europa, en cuanto al propósito de "afinar" las estructuras educativas de América Latina, y planteándose como objetivo identificar e intercambiar información, mejorando la colaboración entre las instituciones de educación superior para el desarrollo de la calidad, efectividad y transparencia.

Tuning Europa, pretende contribuir en el desarrollo e implementación de competencias laborales, epistémicas y comportamentales de forma

15. Ac. Es importante aclarar que el proyecto Tuning no se centra en los sistemas educativos –éstos son responsabilidad de los gobiernos-, sino en las estructuras y contenidos de los estudios, que sí incumbe a las instituciones de educación superior. *Tomado del articulo Educación basada en competencias y el proyecto Tuning en Europa y Latinoamérica. Su impacto en México. Liberio Victorino Ramírez y Ma. Guadalupe Medina Márquez. Tomado en http://www.um.edu.ar/*

articulada con América Latina para impulsar a escala mundial un importante nivel de convergencia de la educación superior en 12 áreas temáticas a saber: *Administración de empresas, Arquitectura, Derecho, Educación, Historia, Geología, Enfermería, Física, Ingeniería Civil, Química, Matemáticas y Medicina*, mediante definiciones comunes de enseñanza-aprendizaje y dónde se evalúen no solo lo cuantitativo, sino también se valore lo cualitativo (lo ético, lo estético, el ser, el hacer y el estar). Así también, esta articulación entre Europa y Latinoamérica busca desarrollar perfiles profesionales en términos de competencias genéricas y específicas de cada área de estudio, de modo que se facilite la transparencia en las estructuras educativas y se impulse la innovación, la creatividad, las inteligencias múltiples. Crear redes significa intercambiar no solo la cultura, sino también la información sobre el desarrollo del currículo en otros países, generando puentes de cotejo entre las universidades y otras instituciones para establecer convergencias y semejanzas y así poder contar con un diagnóstico general sobre la educación superior en los países de América Latina y de Europa.

En este sentido, el proyecto Alfa Tuning Latinoamérica, retoma los conceptos básicos y metodológicos del proyecto *"Tuning Educational Structures in Europe"*[16], y para lograr los propósitos y objetivos antes mencionados programa también el desarrollo de cuatro líneas de acción:

1) Competencias genéricas y específicas.
2) Enfoques de enseñanza, aprendizaje y evaluación.

16. *Cf. Tuning Educational Structures in Europe:* este proyecto comenzó en el año 2000 para unir los objetivos políticos del proceso de Bolonia y en una etapa posterior de la Estrategia de Lisboa para el sector de la educación superior. Con el tiempo Tuning se ha convertido en un proceso, un enfoque para el rediseño, desarrollo, implementación, evaluación y mejora de la calidad educativa. El enfoque Tuning ha sido desarrollado y está destinado a las instituciones de educación superior. Tuning significa sintonía, es decir, que este proyecto busca armonizar a las universidades en sus planes de estudio, puntos de convergencia, de referencia y de comprensión. *Tomado en https://es.wikipedia.org/wiki/Proceso_de_Bolonia*

3) Créditos académicos.
4) Calidad de los programas.

Sobre las *competencias genéricas,* se busca emparejar aquellos atributos compartidos que pudieran generarse en cualquier graduación y que son considerados importantes por la sociedad además de ser comunes a todas o casi todas las profesiones. Por consiguiente, las *competencias específicas* son las que se relacionan con cada área temática y tienen una gran importancia para cualquier titulación porque están específicamente relacionadas con el conocimiento concreto de una misma disciplina. Se conocen también como destrezas y competencias relacionadas con las disciplinas académicas y son las que confieren identidad y consistencia a los programas. En relación a la segunda línea sobre los *enfoques de enseñanza, aprendizaje y evaluación*, implican un trabajo a profundidad que consiste en convertir las competencias genéricas y específicas en actividades dentro del proceso de evaluación y de enseñanza-aprendizaje. Entre tanto, se sugiere visualizar los métodos en cada uno de estos componentes que serán los más eficaces para el logro de los aprendizajes y las competencias identificadas. De ahí, la importancia de que en este momento cada estudiante perciba diversos enfoques, tipos y métodos de enseñanza-aprendizaje y tenga acceso a distintos contextos de aprendizaje. Finalmente, es importante resaltar que los conceptos, resultados de aprendizaje y competencias, dentro de la metodología Tuning, son los elementos más significativos en el diseño, construcción y evaluación de las cualificaciones. En la tercera línea de acción sobre los *créditos académicos*, se lleva a cabo una reflexión sobre la vinculación de las competencias con el trabajo del estudiante, su medida y vinculación con el tiempo calculado en créditos académicos. La cuarta línea referente a la *calidad de los programas*, refiere a la necesidad de integrar nuevas formas de enseñanza y aprendizaje por parte de los profesores, lo cual implica diversos *métodos y* juicios de evaluación. Si un grupo de académicos desean construir un programa de estudios o redefinirlo necesita un conjunto de elementos para brindar calidad a esos programas y sus profesionalizaciones. Esta

línea deja claro que la educación de alta calidad es un componente importante en el diseño curricular basado en competencias, como se reafirma en la III Cumbre UEALC en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, México en el año 2004, en cuya declaración se hace un llamado a contribuir en el mejoramiento de la calidad de la educación superior …"Si no ofrecemos educación de alta calidad en el siglo XXI tendremos profesionales incompetentes, sin proyección y sobre todo desconectados de su realidad"…

Conclusiones

Las instituciones de educación superior en Colombia, ya sea de carácter público o privado deben tener como uno de sus objetivos esenciales formar personas capaces, idóneas, comprometidas y competentes para asumir responsabilidades que respondan a las exigencias laborales, profesionales y culturales de la sociedad contemporánea. Este perfil se alcanza cuando existe la conexión entre educación, innovación y tecnología; es decir, cuando hay una interdisciplinariedad y transdisciplinariedad en los procesos educativos tanto en educación básica, media o profesional. La formación basada en competencias no reemplaza los indicadores de logro, ni mucho menos los modelos pedagógicos en los proyectos educativos institucionales; por el contrario se convierte en una resignificación de eso que se ha hecho en las últimas décadas, pero que no se ha reconocido de manera tácita y como una condición de posibilidad en los distintos métodos de enseñanza-aprendizaje.

La educación progresista que quiere superar el paradigma tradicional exige de los procesos educativos principios como la equidad, la tolerancia, la creatividad, el trabajo comunitario, el liderazgo cognoscitivo y sobre todo una verdadera y real aprehensión de eso que llamamos escuela nueva, educación pluricultural, educación flexible (no quiere decir que no haya disciplina o que no sea exigente), un modelo que sea sin fronteras, es decir, que trascienda las barreras del racismo, la discri-

minación, la exclusión y sobre todo la estratificación del derecho a la educación. Las competencias (generales y específicas) deben responder a necesidades contextuales (cultura y sociedad en movimiento) para poder preparar al estudiante en competencias laborales (hacer), actitudinales (ser), comportamentales (estar) y cognoscitivas (pensar) para configurar así verdaderamente el perfil del egresado, del sujeto que se enfrenta a un mundo bastante exigente en materia de profesionales cualificados.

La formación por competencias, tiene como principal contribución la búsqueda de *la calidad en las universidades*, de suerte que se asegure la pertinencia y permanencia del ejercicio docente, la investigación y las actividades de extensión, las cuales pueden ser consideradas como las funciones más importantes de la educación superior. La gestión de la calidad desde el enfoque de la formación por competencias, brinda la posibilidad de mejorar los procesos de autoevaluación, de regulación de los procesos académicos y administrativos, incluyendo la acreditación de los programas universitarios y el aprendizaje de los estudiantes. Esto garantiza que los estudiantes reciban educación de la mejor calidad que les permite formarse no solo como grandes profesionales, sino como grandes seres humanos, con calidad humana, con proyección externa y sobre todo con visión de transformación, con posibilidad de "ser, crear y actuar" en un mundo acelerado, diverso y exigente.

Ahora bien, la introducción de las competencias en la Educación Superior responde a la necesidad de alinear el mundo educativo con el mundo laboral. El mundo empresarial requiere hoy en día agentes de transformación y de visión, lo que exige que "las universidades formen estudiantes, autónomos y emprendedores" (Jiménez, 2009, pág. 8). El reto está en formar profesionales con compromiso social y ético, capaces de comprender el mundo y transformarlo en beneficio del bien común. ¿Cómo se puede hacer competente a un individuo? para ser competentes en cualquier actividad se deben tener en cuenta las siguientes características: el saber pensar, el saber hacer y el saber ser. El saber pensar

se refiere al conocimiento teórico de la actividad que se va a realizar; El saber hacer se refiere a las habilidades y destrezas requeridas para realizar una actividad; el saber ser se refiere a dos aspectos sumamente importantes: la actitud (La actitud es la forma de actuar frente a cualquier situación), y los valores (los valores o principios se refieren a las convicciones que orientan a nuestra conducta).

El enfoque por competencias no sustituye ningún modelo sino que lo redirecciona para el fin para el cual fue creado. El enfoque por competencias interviene en los procesos de enseñanza – aprendizaje para lograr un perfil adecuado del egresado, un perfil que se ajuste a las necesidades empresariales, a las necesidades laborales. Las competencias son la posibilidad de hacer bien las cosas en un determinado contexto, son la posibilidad de crear nuevos universos, nuevas modalidades de ser y de estar en el mundo a partir de una serie de características, herramientas, cualidades y habilidades que facilitan que una persona este integralmente formada. La competencia es lo que hace que un sujeto pueda obrar de manera adecuada y con una cualificación superior en un contexto determinado. En resumidas cuentas una persona competente debe tener estos elementos: conocimientos, actitudes y habilidades.

Finalmente, el proyecto Tuning-América Latina se ha convertido en una alternativa para que las universidades intercambien información e interactúen en tiempo real, de modo que puedan equiparar sus procesos académicos, investigativos y científicos en pro del desarrollo global. Este Proyecto propicia el desarrollo de la calidad, la efectividad y de la transparencia educativa, no solo en la educación pública, sino también en el sector privado. Hoy Tuning se ha convertido en una metodología internacionalmente reconocida, puesto que genera estándares de muy alto nivel en las instituciones; no hay que olvidar que este proyecto es una herramienta construida por las mismas universidades y para las universidades, un instrumento que nos permite resignificar y proyectar la Educación Superior. Hoy en día no podemos pensar que educar es

simplemente transmitir conocimientos o ideas, educar implica formar el interior, pero también el exterior de cada sujeto, redescubriendo sus posibilidades de ser y de estar en el mundo.

Bibliografía

Aristóteles (2011). Miguel Candel, ed. Obra completa. Biblioteca de Grandes Pensadores. Madrid: Editorial Gredos.

Aristóteles, (2001). Ética a Nicómaco. Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, Madrid 2001.

Díaz, B. (2006). *Enseñanza situada, vínculo entre la escuela y la vida. . .* México: Mc.Graw Hill.

Fingermann, H. (21 de 07 de 2010). *la guía*. Recuperado el 01 de 04 de 2016, de La guía: http://educacion.laguia2000.com/evaluacion/tipos-de-evaluacion-educativa

Díaz, B. (2006). *Enseñanza situada, vínculo entre la escuela y la vida. . .* México: Mc.Graw Hill.

DÍAZ, F. y. (2003). "Desarrollo del currículo" La investigación curricular en México. En M. C., *Consejo Mexicano de Investigación educativa: La década de los noventa.* (págs. 66-123). México: Comie.

Ferrater. (1994). Diccionario de Filosofía, Vol. III. En J. F. Mora, *Potencia* (pág. 2866). Barcelona: Círculo de Lectores.

Fingermann, H. (21 de 07 de 2010). *la guía*. Recuperado el 01 de 04 de 2016, de La guía: http://educacion.laguia2000.com/evaluacion/tipos-de-evaluacion-educativa

Freire. (2004). *Pedagogía de la autonomía.* Sao Paulo: Paz e terra.

Jiménez, A. (2009). *Reflexiones sobre la necesidad del acercamiento entre universidad y mercado laboral*. Recuperado el 28 de 03 de 2016, de http://www.rieoei.org/deloslectores/2895Vivas.pdf

Martinez, J. (15 de 03 de 2000). *Fundación Instituto de ciencias del hombre*. Recuperado el 01 de 04 de 2016, de Fundación Instituto de ciencias del hombre: http://www.uv.mx/personal/jomartinez/files/2011/08/LA_EVALUACION_EDUCATIVA.pdf

MEN. (07 de 02 de 2016). *Ministerio de Educacion*. Recuperado el 01 de 04 de 2016, de Mineducación: http://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-179264.html

Mertens, L. (2000). *www.cinterfor.org.uy.* Recuperado el 30 de 03 de 2016, de La Gestión por Competencia Laboral en la Empresa y la Formación Profesional: www.cinterfor.org.uy.

Santos, M. (1993). *La evaluación: un proceso de diálogo, comprensión y mejora.* Málaga.: Aljibe.

Savater, F. (1997). *El valor de Educar.* Barcelona, España: Ariel.

Webgrafía

- http://www.mercaba.org/Filosofia/HT/metafisica.PDF
- http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf
- https://es.wikipedia.org/wiki/Proceso_de_Bolonia
- http://capitalhumanounimetoriente.blogspot.com.co/2015/06/formacion-por-competencia.html
- http://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-propertyvalue-55324.html

- http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/espanol/hilemorfismo
- https://es.wikipedia.org/wiki/Fisiolog%C3%ADa
- http://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/leibniz.htm
- https://es.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Schelling
- http://www.biografiasyvidas.com/biografia/z/zubiri.htm http://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/chomsky.htm
- http://generativismo.blogspot.com.co/
- https://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_ling%C3%BC%C3%ADstica
- https://es.wikipedia.org/wiki/Funcionalismo_ling%C3%BC%C3%ADstico
- http://capitalhumanounimetoriente.blogspot.com.co/2015/06/formacion-por-competencia.html
- http://www.significados.com/evaluacion/
- http://www.significadode.org/experticia.htm
- http://uoctic-grupo6.wikispaces.com/Conductismo
- http://www.um.edu.ar/
- https://es.wikipedia.org/wiki/Proceso_de_Bolonia
- http://www.um.edu.ar/catedras/claroline/backends/download.php?url=L0JpYmxpb2dyYWbtYV9Db21wbGV0YS8yLl8xMS1fUmFtaXJlel9FZC1CYXMtQ29tcFR1bmluZy5wZGY%3D&cidReset=true&cidReq=FP001

Entre lo impuesto y lo propuesto. La alternativa de educación popular como escenario de construcción de paz en la justicia transicional*

*Leidy Catalina Duque Salazar***
*Gabriel Felipe Burbano Achicanoy****

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 10 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Duque, S., Leidy, C.; Burbano, A., Gabriel, F. (2015) Entre lo impuesto y lo propuesto. La alternativa de educación popular como escenario de construcción de paz en la justicia transnacional. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 275-295.

Resumen

En el conflicto social y armado que trasgrede a toda la sociedad colombiana, surge como una necesidad evaluar los escenarios de paz planteados

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación del eje de derechos humanos de la Biblioteca Popular L.E.O..

** Coordinadora del eje de Derechos Humanos de la Biblioteca Popular L.E.O. Abogada. Universidad la Gran Colombia. Investigadora del Observatorio de Derechos Humanos. Ponente nacional e internacional. E mail: leidycatalina.duque@ulagrancolombia.edu.co

*** Coordinador del eje de Tierras y Territorios de la Biblioteca Popular L.E.O. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia. Investigador del Observatorio de Derechos Humanos. Ponente nacional e internacional. E mail: gabriel.f.burbano@gmail.com

por el Gobierno de Colombia, y aquellos espacios que son propuestos desde la sociedad y organizaciones populares. El objetivo general es examinar el enfoque de la educación formal para la paz en Colombia para visibilizar las alternativas de educación popular y espacios de paz propuesta por organizaciones sociales. De tal modo que, la consecución del anterior propósito nace a partir del siguiente planteamiento: ¿Cuál es la efectividad de la educación formal y la educación popular para consolidar escenarios educativos de paz?

Para el ejercicio de lo anterior, fue utilizado el método de orden cualitativo, con un enfoque socio jurídico y técnicas de investigación de acción participativa con la comunidad del Barrio José Antonio Galán de la Localidad de Bosa en la ciudad de Bogotá.

Palabras Clave: Educación formal, educación popular, derechos humanos, justicia transicional.

Between the bound and the proposed. Popular alternative education as scenario peace building in transitional justice

Abstract

In the social and armed conflict that violates all of Colombian society, originates as a need to evaluate scenarios for peace poses by the Government of Colombia, and those areas that are proposed from society and popular organizations. The general purpose is to examine the focus of formal education for peace in Colombia to make visible alternative popular education and opportunities for peace proposed by social organizations. In this manner, the development for that purpose burns with the following question: What is the role of public politics in Human Rights in the urban setting in front of Transitional Justice's debates?

To exercise the above, we used the qualitative method with a socio-legal focus and techniques of participatory action research approach and the community of Barrio Jose Antonio Galan of the neighborhood of Bosa in Bogota.

Key Words: Formal Education, Popular Education, Human Rights, Transitional Justice.

Introducción

El presente artículo, recuenta el papel de la educación en el contexto del conflicto social y armado de Colombia y realiza una lectura desde el marco urbano con el fin de clarificar que la violencia estructural en Colombia no solo se expresa en el campo, sino que la ciudad como motor económico y acumulado social, presenta contradicciones y conflictos sociales que permiten entablar la discusión en el desarrollo de la Justicia Transicional y el modelo educativo actual que permite realizar consideraciones frente a los debates de un posible posconflicto.

En esa medida, se expone la Educación Popular como modelo de política pública que permita la transformación social a partir de la defensa de los derechos humanos y el territorio para limitar las desigualdades sociales y la violencia del conflicto armado.

Finalmente, serán sistematizados ejemplos de escenarios en la educación de los Derechos Humanos consagrados en las actividades que despliega la Biblioteca Popular LE.O, con niños y niñas en el barrio José Antonio Galán en la localidad de Bosa de la ciudad de Bogotá.

Lo anterior, es motivado en tanto el Gobierno Nacional ha determinado el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PLANEDH), con el fin de construir una sociedad culta en los derechos humanos. Sin embargo, el fenómeno de violaciones de derechos humanos no decae

sino, por el contrario, ha aumentado una reestructuración de los grupos paramilitares desmovilizados en las ciudades con intenciones delictivas, como también las detenciones arbitrarias con fines de reclutamiento por parte del Ejército Nacional y un problema de seguridad en asenso donde los mayores infractores son jóvenes.

Así las cosas, pese al plan educativo promovido por el Estado, no se evidencia que la política pública tenga un impacto que aporte a la transformación de la violencia, más cuando esta política no contiene iniciativas que permitan cambios profundos y que impulsen el replanteamiento del modelo económico y aporten a la reducción del desequilibrio social. Por tal razón queda circunscrita la pregunta base de investigación y resolver:

¿Cuál es el papel que cumplen las políticas públicas de Educación en Derechos Humanos en el escenario urbano frente a los debates de Justicia Transicional?

Metodología

El presente artículo responde a la investigación denominada "Políticas Públicas de educación en DDHH en el escenario urbano ante los debates de Justicia Transicional. 2011-2015", que responde a un orden mixto, con el fin de describir los factores que determinan el avance en la ejecución de las políticas públicas de educación en Derechos Humanos en el escenario urbano, para generar una teoría a partir de los datos obtenidos. Ha sido de índole interpretativo y expone la participación activa de las personas, con el propósito de transformar la realidad de la niñez en el marco del conflicto en la ciudad. En tal sentido, se emprendieron técnicas de investigación de tipo Acción Participación, con el fin de producir conocimiento y sistematizar las experiencias en el barrio José Antonio Galán de la localidad de Bosa en la ciudad de Bogotá ante la múltiple afectación a los Derechos Humanos, para que se oriente el rumbo de esta construcción académica.

"Todo el mundo habla de paz, pero nadie educa para la paz, la gente educa para la competencia, y la competencia es el principio de cualquier guerra"
Pablo Lipnizky en "la educación prohibida".

1. La política pública en derechos humanos en Latinoamérica

Dentro de la concepción de políticas públicas de educación en derechos humanos en Latinoamérica e Iberoamérica, han surgido diferentes planteamientos, dentro de ellos cabe resaltar la importancia y el sentido que se le da desde el campo social, cultural y económico, logrando así, que la educación en derechos humanos tenga gran impacto. Vale la pena conocer algunos de los análisis que surgen a partir de la implementación de dicha educación, en relación con el caso de Chile, la Cátedra UNESCO EDH/UAHC publica:

> "Los contextos son determinantes para el surgimiento y el desarrollo de las ideas-fuerza y el pensamiento de la educación en derechos humanos. Son el resultado de las múltiples interrelaciones con las formas variadas del medio y las vicisitudes políticas, sociales, culturales y económicas que los países confrontan. La educación en derechos humanos no está escindida de su entorno, por el contrario, se vincula en una mutua relación con éste, de suerte que es inseparable de su contexto, pero también lo retroinforma, lo retroalimenta y por sobretodo apunta a la transformación del contexto". (Magendzo, 2008)

Como se puede evidenciar, la educación en derechos humanos tiene la tarea de analizar y transformar la realidad en la que pensamientos y comportamientos heterogéneos hacen de esta una labor enriquecedora. En este sentido, es necesario observar las políticas públicas que en la actualidad

diferentes países aplican en el sistema educativo, con el fin de hacer un análisis crítico del mismo. Así las cosas, Ricardo Cetrulo expresa:

> "Creo que tenemos que comenzar preguntándonos qué hace el sistema educativo formal cuando dice que educa, ¿qué involucra ese acto educativo? y ¿qué supone como incidencia sobre los individuos y la sociedad, cuando su influencia se prolonga por un largo período de la vida? Sólo después podemos preguntarnos cómo puede incidir una práctica educativa liberadora (Paulo Freire) en las políticas educativas públicas dentro del sistema formal, y por tanto, cómo puede contribuir la educación a la construcción de un proyecto político alternativo". (Cetrulo, 2007)

En Colombia las políticas públicas no son ajenas al sistema educativo, es así que Santiago Álzate menciona lo siguiente:

"Las políticas públicas se han consolidado como una herramienta esencial en el ejercicio académico y practico de la gestión pública. En la actualidad este tipo de políticas son la plataforma de los planes, programas y proyectos dirigidos a resolver parte de los conflictos sociales existentes. Ahora bien, vale preguntarse: ¿Han sido las políticas públicas un instrumento efectivo para la resolución de anomalías y problemáticas de las comunidades, gremios y otros grupos de interés? O por el contrario ¿han sido un instrumento de legitimación electoral de la administración, con un bajo impacto en el sistema político"? (Álzate, 2010)

De esta manera, se puede percibir tras los anteriores planteamientos, que la aplicación de las políticas públicas educativas es excluyente y no se ve el verdadero interés de incluir al sujeto como actor fundamental de transformación de su sociedad. Es así que en las prácticas de una nueva educación liberadora como lo plantea Paulo Freire se transformarían los paradigmas de la educación y se abriría campo a múltiples saberes.

La educación de las masas es el problema fundamental de los países en desarrollo, una educación que, liberada de todos los rasgos alienantes, constituya una fuerza posibilitadora del cambio y sea impulso de libertad. Sólo en la educación puede nacer la verdadera sociedad humana y ningún hombre vive al margen de ella. Por consiguiente, la opción se da entre una "educación" para la "domesticación" alienada y una educación para la libertad. "Educación para el hombre-objeto o educación para el hombre-sujeto" (Freire)

A causa de las diferentes anomalías dentro del sistema educativo, es pertinente incluir políticas públicas de educación en derechos humanos y alternativas de enseñanza dentro de las aulas de clase, generando conciencia crítica y reflexiva de la sociedad en que vivimos. Ana María Rodino dentro de su monografía hace referencia a la implementación de la educación en derechos humanos, siendo así afirma:

> "La dimensión política de la educación en derechos humanos supone comprender y trabajar, por ejemplo, los marcos normativos de los derechos humanos, nacionales e internacionales; las regiones de gobierno, su posición y compromiso frente a los derechos humanos; la diversidad étnico-cultural de la población; las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, entre otros aspectos de la realidad de la naturaleza jurídico- política". (Magendzo, 2008)

Ana María además plantea que:

> "Desde la mirada política, para promover la educación en derechos humanos es esencial apoyarla en una plataforma filosófica, legal y de voluntad política consensuada por el Estado, porque ellos son en última instancia los obligados a hacerla realidad para sus poblaciones en forma masiva y sin discriminaciones". (Magendzo, 2008)

Cabe anotar la importancia que Ana María le da al rol del Estado dentro de las prácticas de educación, dimensionando diferentes estrategias para ampliar con rigor el nivel de educación y difusión de los derechos humanos. En cuanto a la enseñanza dentro de las aulas de clase, planteamos como bien decía Michael Foucault son prácticas de orden, disciplina y vigilancia con el fin último de homogeneizar rasgos o conductas particulares (Foucault, 1975). De esta misma manera Estanislao Zuleta señala:

> "La educación, tal y como existe en la actualidad, reprime el pensamiento, transmite datos, conocimientos, saberes y resultados de procesos que otros pensaron, pero no enseña ni permite pensar. A ello se debe que el estudiante adquiera un respeto por el maestro y por la educación que procede simplemente de la intimidación (...) Hay dos maneras de ser maestro: una es ser policía de la cultura y otra es ser un inductor y un promotor del deseo. Ambas cosas son contradictorias". (Zuleta, 2010)

Es por esto, que a partir de una nueva implementación de educación, forjamos niños y niñas capaces de transformar su entorno y sociedad. Por otro lado y en observancia a las propuestas legislativas y políticas desplegadas por el Estado colombiano para garantizar una cultura en los derechos humanos, aunado al proceso de la Justicia Transicional con el fin de responsabilizar, individualizar y penalizar a los infractores e infractoras por violaciones a los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Crímenes de Guerra y buscar un escenario de paz en Colombia, comienza a plantearse el campo educativo como aquel que puede ser un percutor de paz en la sociedad a partir de las políticas públicas del Estado, pero en especial y mayor importancia, las que son impulsadas por la misma sociedad y que logren concretar ejemplos educativos de paz.

2. Aproximaciones jurídicas entorno a la educación para la paz

Dando desarrollo al papel de la educación en la construcción de paz, resulta importante evaluar los proyectos emprendidos por el Gobierno nacional en miras a la propiciación de la paz a través del Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, quien diseñó el Programa Visión Colombia 2019, como ruta de ejecución de proyectos que contribuyan a la construcción de paz a partir de la adecuación de las necesidades básicas. Conforme a lo anterior, establece:

"En este sentido, la planeación se convierte en una herramienta fundamental para visualizar aquellas formas en las que es posible un país en paz, con mejores condiciones de vida, salud, educación y empleo; un país con mejor infraestructura, con ciudades más amables, un país respetuoso con el medio ambiente y con las libertades básicas fundamentales de sus ciudadanos. Un país que logra resultados gracias a la consecución de metas comunes y a una visión compartida donde el fin último es el bienestar general". (DNP, 2005)

Así, el PLANEDH (Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos), iniciativa implementada como política pública para la educación en derechos humanos, conecta los intereses de las instituciones al determinar que:

> "La conexión esencial que se ha tejido entre educación y derechos humanos viene dada, entre otros factores, porque la educación en su sentido más amplio, tiene como misión principal la de hacer crecer a las personas que, en perspectiva de derechos humanos, es crecer en dignidad, en libertad, en derechos y deberes, pero principalmente, en estimular una conciencia vivificadora de construcción de la paz como valor supremo de convivencia de la humanidad". (Min educación, 2012)

En suma, en un ámbito legislativo se encuentra la motivación realizada por el Gobierno Nacional mediante el Proyecto de ley 174 de 2014, con el que se pretenden establecer las Cátedras de Paz en todas las instituciones educativas del país como materialización del camino escogido para la educación en derechos humanos a nivel nacional. De tal manera que se propone:

> ARTICULO 1. Con el fin de garantizar la creación y el fortalecimiento de una cultura de Paz en Colombia, establézcase la Cátedra de la Paz en todas las instituciones educativas del país, como una asignatura independiente. (Congreso de la República, 2014)

Pero tales alcances institucionales son criticados en tanto no contribuye a un cambio profundo en el modelo de país, más cuando la educación colombiana se encuentra estandarizada y no permite el pensamiento crítico de sistema productivo capitalista. Resulta entonces una incompatibilidad entre la educación de los derechos humanos y la reproducción de estructuras educativas que están quebrantando la educación pública convirtiéndola en un negocio. Aquellos enunciados pueden ser vistos así:

> "La educación en derechos humanos en nuestra región tiene como cometido cuestionar críticamente y poner en entredicho las democracias tal como éstas se nos presentan -en algunos países más que en otros- con sus grandes imperfecciones: democracias de elite; democracias construidas con bajos niveles de participación de la sociedad civil : democracias en la que la política está desacreditada y los jóvenes se marginan de ésta; democracias marginadoras y excluyentes; democracias en que crecen las inequidades y desigualdades; democracias en que aún perduran las discriminaciones". (Magendzo, 2008, p. 8)

Sobre este entendido, es importante resaltar que el modelo educativo debe adaptarse a los caracteres de política transformadora, creando espacios que brinden al educando posibilidades hacer reflexiones críticas e imple-

mentar iniciativas que surgen desde las comunidades que se traducen en experiencias que logran contraponerse al modelo hegemónico del Estado.

> "La educación en derechos humanos, en su propósito último, es educación política, ya que intenta formar personas comprometidas con la transformación de la sociedad, en una más justa e igualitaria, en donde los derechos humanos sean parte integral de la cultura ciudadana". (Magendzo, 2008, p.9).

Por lo tanto, la educación se convierte en un reto para construir una sociedad verdaderamente justa que represente un escenario donde esta institución no sea un factor alienante para mantener un sistema económico absorbente y deshumanizador, basada en lógicas de productividad y competencia con el fin de sostener la división de clases sociales. De tal modo que, emana como propuesta política y pedagógica la educación popular como contestación a aquella educación que si bien, intenta por un lado instruir en valores humanos, lo cierto es que justamente reproduce todo lo contrario: competencia, desigualdad y división.

Bajo este telón, y como llamado de respuesta al conflicto social y armado que vive el país, organizaciones juveniles y populares proyectan iniciativas que se materializan en las localidades de Bogotá, con el objetivo de implementar experiencias de paz con el posicionamiento de la educación popular como alternativa a las cátedras de paz. Así, el hábito de educar en derechos humanos para la paz es un compromiso social y político que esas colectividades han emprendido partiendo del punto vista que:

> "Por su lado, a la sociedad civil y a las organizaciones No Gubernamentales les corresponde, por sobre todo, aunque no exclusivamente, la educación en derechos humanos en el sector de la educación no formal, de la educación popular, de la educación al interior de los movimientos sociales, en donde se inició la educación en derechos humanos bajo la influencia de Paulo Freire" (Magendzo, 2008, p.11)

Por ende, como quiera que el Estado es un actor en las transformaciones sociales, lo cierto es que el poder no radica en esta ficción jurídica como instituto único capaz de garantizar la paz en Colombia, ya que esta visión detiene el poder propio de las bases sociales. Eso es, pues, porque desconoce y deslegitima la participación y organización popular como un motor de cambios estructurales. Con ello, la educación en derechos humanos para reconciliar el país necesariamente debe tener una proyección política, toda vez que, la educación popular como herramienta liberadora construye personas capaces de comprometerse con los cambios sociales y estructurales de una nación.

Ahora bien, como medio de construcción de base social organizada, resalta la vista del movimiento del Congreso de los Pueblos como un espacio proyectado a luchar por reivindicaciones profundas en la sociedad colombiana. Se trata desde luego, de una organización joven que no supera los cinco años desde su constitución, pero que es el resultado de la unificación de procesos populares de base en toda Colombia, que aglutina diferentes sectores sociales como estudiantes, indígenas, comunidades afro descendientes, campesinos y campesinas, trabajadores y trabajadoras, madres comunitarias y víctimas del conflicto armado.

Vale destacar la aclaración que entre el Congreso de los Pueblos y el Congreso de la República de Colombia no existe ninguna similitud, ya que éste último realiza el acto de legislar a partir de los espacios burocratizados del Estado y en suma, es la cabeza principal del poder legislativo de Colombia y representación de partidos políticos. Mientras tanto, el Congreso de los Pueblos funciona como dinámica social que no legisla sino que "mandata" y tienen como dinámica la siguiente:

> "Al Congreso de los Pueblos hay que llevar los mandatos que tenemos, entendidos como acumulados de pensamiento y propuesta que son construidos de manera colectiva, tienen legitimidad social, destacan las contradicciones más importantes

> que afrontamos y desarrollan metodologías para su cumplimiento y seguimiento." (Congreso de los Pueblos, 2013)

Tal es, por lo demás, que en el año 2013 el Congreso de los Pueblos mandató por medio de la instalación del Congreso de Paz, teniendo en cuenta que la "búsqueda de la paz con justicia social es un asunto que le concierne al conjunto de la sociedad colombiana" (Congreso de los Pueblos, 2013). De lo anterior, este movimiento social mandató para la paz que:

> "Para nosotros y nosotras la paz tiene que ver con cambios estructurales, por ello nuestra agenda contiene un programa que persigue el fin del conflicto, la construcción de políticas que generen justicia social, la defensa de los territorios, las salidas a la crisis humanitaria, la democratización del régimen político y de la riqueza, la lucha contra la impunidad y la plena garantía de los derechos humanos." (Congreso de los Pueblos, 2013)

Con la anterior, el Congreso de los Pueblos fulminó varias propuestas que se concretaron para resolver la problemática humanitaria en Colombia, la militarización de los territorios, la participación política, movilización y respeto por la protesta social, para concluir que necesariamente hay que realizar transformaciones en el modelo económico, empezando por la distribución de la tierra y las riquezas, reforma a la salud, democratización de los medios de producción, protección de lo público, replantear el sistema de gobernabilidad, defensa del territorio y en especial sentido para esta ponencia, la lucha por la educación popular, amplia y de calidad para toda Colombia.

Descendiendo al cierre de éste punto teórico, pues se encuentra que existe un impulso por parte de las instituciones del Estado que fijan unas pautas para la educación en derechos humanos. El objetivo es que por medio del PLANEDH se logre una cultura en los derechos humanos desde la visión que tiene propuesta Colombia para el año 2019. En esa

medida, la materialización se realiza a partir de las cátedras de paz que se instaurarían como materias en los currículos escolares.

Pero éste debate debe darse en el marco del conflicto social y armado del país, que en el desarrollo de la justicia transicional está en juego no solo la paz o el cese del fuego armado sino el cambio radical en las estructura social. Es así que entonces las organizaciones sociales como Congreso de los Pueblos juegan una dinámica con el fin de posicionar debates nacionales como lo es la paz y lo que realmente consiste, es decir, no es suficiente el decreto de la misma por parte del Estado sino verdaderas transformaciones a nivel político y económico.

La educación popular se convierte por ende en una herramienta que permite analizar el contexto de país pero desde las necesidades de la sociedad y no desde una homogeneidad educativa. Implica un ejercicio que eduque en derechos humanos pero con la alternativa de poner en tela de juicio el modelo económico capitalista y el desarrollo del Estado liberal.

3. La experiencia de educación popular a través de la biblioteca popular L.E.O

Por lo tanto, la organización juvenil de la ciudad de Bogotá como la Biblioteca Popular L.E.O. (leo, escribo y me organizo), en aras de legitimar el mandato de paz construido en el Congreso de los Pueblos, ha diseñado tácticamente un método educativo, que parte de reconocer las necesidades de la población para así construir planes de vida digna mediante la pedagogía popular para fortalecer la paz desde espacios locales.

En primera medida, habría que informar que este espacio organizativo trabaja bajo tres principios. *(i)* La Cultura Popular como medio de conexión con las comunidades, ya que a través de ella es factible lograr concientizar sobre la problemática histórica y contextual del país, más

cuando se ha convertido en bandera la transformación social desde el arte, la música, la danza, la poesía, el graffiti y el teatro con sentido social. *(ii)* La Educación Popular como método latinoamericano, pedagógico y transformador que parte del reconocimiento de las diferencias entre iguales de un mismo espacio territorial, para construir desde los conocimientos y saberes populares una sociedad justa y exenta de los actuales conflictos estructurales que han desencadenado violencia en la sociedad, lo cual es permutado por medio de la educación popular como medio de liberación. *(iii)* La Investigación Militante o IAP (Investigación de acción participativa), que es el tipo de investigación que edifica saberes que proponen y transforman. Parte de la implicación del investigador en el contexto social para aprender ya no desde un espacio de observancia académica, sino asumir el rol de compromiso por la defensa de los derechos humanos y su vocación restaurativa de paz.

De tal suerte que, desde su constitución como cuerpo juvenil organizado, sus experiencias han sido satisfactorias, más aún cuando su inicio de trabajo popular afloró el 25 de noviembre del 2013 en el Barrio José Antonio Galán, día en el cual se conmemoraba el "Día Internacional de la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer" y por medio de un "canelazo" con la comunidad, participaron jóvenes, señoras y señores de todas las edades, con el fin de debatir acerca de la violencia de género a través de videos y muestras culturales de hip-hop.

En suma, para principios del año 2014, fue iniciada una prueba piloto por medio del cine con el propósito de identificar la población que más necesitaba atención. Lo anterior, dio como resultado que los niños y las niñas que permanecían mucho tiempo en las calles y los parques sin ninguna supervisión adulta encontraron un espacio constructivo en el que era factible dirimir alrededor de actividades y temáticas que generan conciencia crítica. Tal conclusión fue vista por medio de los y las asistentes a los cineclubs y los talleres pedagógicos que los proseguían, lo cual, era más influyente para infantes como para jóvenes o adultos.

Así comenzó un programa de educación popular dedicado a niños y niñas entre 6 y 12 años de edad. Las actividades fueron divididas por periodos. La primera fue el Territorio, el cual alcanzó a impactar en los menores la importancia de proteger el medio ambiente, la necesidad de cuidar la vida y los recursos naturales, y en mayor precisión, el imperioso trabajo para defender el territorio y poderlo construir y sostener en paz. Para este espacio, fueron utilizadas técnicas de investigación participativa, como mapas parlantes, cartografía social, periódicos murales, recorridos, diarios y cuentos de vida. Como también, éste colectivo se valió de lúdicas como bailes, juegos y deportes para despertar el interés de los niños y las niñas para entender la dinámica del territorio.

En las siguientes imágenes se evidencian las actividades implementadas a lo largo del trayecto de la Biblioteca Popular L.E.O que han girado en torno a fortalecer el empoderamiento de la niñez de cara a las realidades del territorio que habitan.

En la actualidad, la Biblioteca Popular L.E.O. desarrolla el periodo de los derechos humanos con el fin de enseñar a convivir con las diferencias de los demás, pero también reconocer un plano de igualdad y equidad entre quienes asisten a los talleres todos los días sábados. Las anteriores intenciones apenas empiezan a gestarse y que paralelamente a la cátedra de paz, los fines de semana los niños y las niñas del Barrio José Antonio Galán integrantes de la Biblioteca Popular L.E.O., comienzan a construir la visión del mundo que quieren a partir de sus inocentes miradas. Mundo que es recreado cada 8 días por medio de ejercicios de identidad, libertad de expresión y locomoción que impulse el ejercicio de construir paz desde las bases sociales.

A continuación, se hace muestra del diploma otorgado a los niños y las niñas participantes en la Biblioteca Popular L.E.O, donde se les realiza el reconocimiento como "defensores del territorio y los derechos humanos", en coordinación con el ejercicio comunal de Barrio José Antonio Galán.

Se ha evidenciado que la política pública PLANEDH impulsada por el Gobierno Colombiano no alcanza a transformar la realidad social en estándares económicos y políticos. Esto en tanto la política del neoliberalismo no permite que se desarrolle una cátedra de derechos humanos que permita a los niños y a las niñas ser críticos y conscientes de la realidad que los y las rodea, ya que está de manifiesta una comercialización de estándares educativos que no reproducen valores humanos sino que por el contrario se fundan en principios como la competencia, el desarrollo y la productividad. Tal situación solo incrementa las brechas sociales en el acceso educativo y la calidad del mismo.

Por tal, se presenta la idea de las bibliotecas populares como escenarios de construcción de paz, ante las dinámicas del conflicto armado y la construcción de la Justicia Transicional, en aras a hilar el tejido social a través de la educación popular.

Conclusiones

Los programas de paz instaurados por el Gobierno Nacional requieren de un real acercamiento a las realidades sociales, fenómeno que ofrece una lectura de su poca efectividad en el escenario del posconflicto, puesto que la paz propuesta por el Estado no ha solventado las expresiones de conflicto que aún se reproducen a gran escala pese a los procesos adelantados a nivel nacional.

El Plan Decenal de Educación, como proyecto de educación en "derechos humanos", requiere de la intervención de las bases sociales para que logre tener impacto en la comunidad, puesto que su ejecución se ha visto dilatada e invisibilizada, hecho que se traduce en la ausencia de cátedras de "derechos humanos" en los colegios del sur de Bogotá. Asimismo, las cátedras de paz propuestas en el Congreso de la República, responden a la adecuación de un discurso que no pretende modificar el modelo que

desde su estructura es violento, hecho que genera en la niñez y la juventud, la reproducción de violencia en el escenario local.

El modelo de educación en Colombia, se encuentra hegemonizado a los estándares del capital, motivo por el cual la competitividad, la desigualdad y la discriminación siguen siendo hilos conductores y portadores de violencia. En contraposición, se presenta la propuesta de la "educación popular", como espacio desde las organizaciones sociales, en el cual la piedra angular es la propulsión de iniciativas político-transformadoras a partir de los saberes propios y los conocimientos construidos en colectividad.

La educación para la paz, debe partir de la formación en derechos humanos pero no como algo simple y ambiguo que se presente en las aulas de clase y la comunidad. Por el contrario, necesariamente debe tener un enfoque político que altere las actuales estructuras sociales y económicas. De tal razón, que no puede dejarse sin motivación alguna la participación que realizan los movimientos sociales en el trabajo organizado y popular por la lucha y reivindicación de derechos sustanciales como la vida digna, la salud, el trabajo y la educación.

Así, se parte de que la concepción de paz no es el decreto de la misma, sino la construcción que dignifique la existencia de todo colombiano y toda colombiana. Por ello, hablar de escenarios de paz en la educación, no es la implementación de un programa que siga repitiendo la inequidad en la sociedad y que al tiempo sea inamovible y cerrado a la verdad estructural del conflicto social y armado.

Con todo, es menester de la Biblioteca Popular L.E.O. como colectivo popular que practica la ciencia de la educación propia, la ejecución de pedagogías que continúen revelando los hitos que construyan paz desde la visión de los derechos humanos como herramienta para buscar verdaderas transformaciones sociales. Tal sería el caso, que incursionaría en

una justicia transicional materializada desde lo local, con un enfoque popular y una práctica novedosa que se presenta como alternativa a la paz que promulgan el Estado colombiano.

Finamente, cabe resaltar que el trabajo con niños y niñas dan espereza a un modelo económico y de vida alternativo, oponiéndose a toda la lógica de la violencia estructural desencadenada por el eje económico imperante, y es allí, que desde el ejercicio de pequeñas cosas, los niños y las niñas del Barrio José Antonio Galán comienzan a tener conciencia de la paz a partir de la defensa del territorio y los derechos humanos.

Bibliografía

Congreso de la República, 174 (2014).

Congreso de los Pueblos. (15 de abril de 2013). *Congreso de los Pueblos*. Recuperado el 12 de septiembre de 2014, de http://congresodelospueblos.org/index.php/caminando-al-cntts-congreso-nacional-de-tierras-territorios-y-soberanias/congreso

Congreso de los Pueblos. (22 de abril de 2013). *Congreso de los Pueblos*. Recuperado el 12 de septiembre de 2014, de http://congresodelospueblos.org/index.php/pueblo-en-lucha/ultimas-noticias/301-declaracion-final-del-congreso-para-la-paz

Congreso de los Pueblos. (22 de abril de 2013). *Congreso de los Pueblos*. Recuperado el 12 de septiembre de 2014, de http://congresodelospueblos.org/index.php/pueblo-en-lucha/ultimas-noticias/301-declaracion-final-del-congreso-para-la-paz

DNP. (7 de Agosto de 2005). *dpn.gov.* Obtenido de Departamento Nacional de Planeación: https://www.dnp.gov.co/politicas-de-estado/vision-colombia-2019

Magendzo, A. (2008, p. 8). *Pensamiento e ideas-fuerza de la educación en derechos humanos en Iberoamérica.* Chile: Fundación IDEAS.

Magendzo, A. (2008,p.11). *Pensamiento e ideas-fuerza de la educación en derechos humanos en iberoamérica.*

Magenzo, A. (2008,p.9). *Pensamiento e Ideas-fuerza y pensamiento de la educación en derechos humanos en Iberoamérica.*

Mineducación. (18 de Enero de 2012). *plandecenal.edu.co.* Obtenido de plandecenal.edu.co: http://www.plandecenal.edu.co/html/1726/articles-307586_recurso_1.pdf

La laicidad en Francia*

*Luis Cebrian Fraile**

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 17 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Cebrian, F., Luis, A. (2015) Laicidad en Francia. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 297-332.

Resumen

Este estudio muestra una aproximación legal y constitucional sobre el tratamiento de la laicidad en Francia, pilar fundamental de su sistema jurídico pasado y reciente. La laicidad francesa ha sido tomada como una garantía de la neutralidad estatal en la esfera pública y también como defensa de la libertad religiosa general, de manera que se trataría de uno de los principios jurídicos de mayor peso en la República Francesa.

Palabras Clave: Laicidad, Francia, libertad religiosa.

---

* Trabajo clasificado como artículo de resultado. Desarrollado en el marco de la investigación de la Universidad de Castilla La Mancha – Cuenca España, la investigación fue realizada en Francia Université Paris-Est Créteil. Faculté de Droit. Créteil,.en el marco del programa Erasmus.

** Estudiante de Pregrado de Derecho. Investigador en semillero de Investigación. E mail: luis.cebrian@alu.uclm.es. E mail: luis.cebrian@u-pec.fr

Secularism in France

Abstract

This study shows a legal and constitutional approximation about the secularity's treatment in France, fondamental pillar of its past and present legal sistem. The french secularity has been taken as a warrant of the state's neutrality in the public matter and also as defense of the general religious freedom, so it would be considered as one of the most valuables legal statements in the French Republic.

Key Words: Secularity, France, religious freedom

Introducción

El término "laicidad", según la RAE, es una situación de independencia de la sociedad respecto del ámbito religioso. No debemos confundir "laicidad" con "laicismo", ya que la condición laicista tendría un carácter de separación más fuerte, al especificar que es el individuo el que se separa de la sociedad religiosa.

La laicidad en el marco legislativo asegura que la ley esté fuera del alcance de las confesiones religiosas, dejando en manos humanas cualquier configuración constitucional o legislativa, apartando los cánones religiosos o la moralidad de un determinado culto de todo lo que es público.

La condición de Estado laico no es contraria a la existencia de cultos religiosos en ordenamientos legislativos como pueden ser el español o francés ya que la existencia de estos cultos es necesaria para la sociedad y los individuos, constituyendo una libertad fundamental dicha existencia. El carácter de laico para un Estado supone que sea neutral en sus relaciones con las diversas religiones que estén integradas en su sociedad y que no se ensalce una por encima de las demás, al igual que no debe tomar parte en ritos o festividades religiosas, aunque debe permitirlas.

A lo largo de la historia particular de cada país, la laicidad se ha ido haciendo presente a medida que los Estados evolucionan; de esta manera, los Estados que antiguamente eran confesionales se van posicionando en torno a una idea de política y sociedad laicas. En el caso de España, por ejemplo, se mantendrá un sistema confesional hasta la Constitución de 1978, mientras que Francia abandona toda confesionalidad progresivamente a partir de la Revolución de 1789 y consolidándola a través de numerosas leyes y Constituciones.

La vecindad que resulta entre España y Francia ha ocasionado que se hayan compartido sucesos históricos, estando involucrada la libertad religiosa, los cuales han dejado huella en el marco legal y constitucional de cada país; la laicidad es una prueba de ello, aunque el tratamiento o su consideración sean completamente diferentes entre ambos sistemas.

La metodología seguida ha sido la analítico-sistemática: analítica porque se escogen leyes, casos, y sentencias que versan en torno a la laicidad en los dos países objeto de estudio; y sistemática porque haciendo uso de los datos que existen, se sistematizan con el fin de abordar la materia y unir los puntos que la conforman.

Igualmente, se ha empleado el método histórico-comparativo, pues el tema de estudio ha obligado a analizar los diversos caracteres de los ordenamientos jurídicos español y francés, tanto del siglo presente como de los inmediatamente precedentes.

1. La laicidad en Francia

1.1 Antecedentes Históricos

Hacia el final del siglo XVIII, Francia se encontraba en un período de gran convulsión política y social debido a la revolución. El antiguo

régimen había subsistido en Francia, imponiendo una división social de tres órdenes: la nobleza, el clero y el tercer estado. El descontento social con la monarquía, la crisis económica, así como las injusticias y dureza con las que el Estado trataba al pueblo provocaron numerosas insurrecciones en toda la geografía francesa. Las exenciones fiscales de la iglesia motivaron que del Tercer Estado surgieran grupos anticlericales, aunque también había diferencias dentro del pueblo llano, ya que algunos trabajos o profesionales estaban exentos de ciertos impuestos y no encontraban motivos para atacar al clero.

En este momento histórico, los judíos son sujetos percibidos con un estatuto discriminatorio, considerados como extranjeros de las llamadas "naciones judías", y los protestantes, al contrario que en el resto de Europa, son perseguidos por fanáticos cristianos.

La blasfemia estaba considerada como delito grave contra la institución de la Iglesia y personajes como el caballero de La Barre fue ejecutado por dicha transgresión en 1766 [1] (BAUBÉROT, J., 2000).

Los seguidores del movimiento conservador eran partidarios de mantener la monarquía absolutista, al igual que la posición de la iglesia en materia de Estado, junto con sus beneficios políticos y fiscales, apelando a los valores tradicionales que se habían mantenido desde hacía siglos en el reino.

Burke (1970), considerado el iniciador de la contrarrevolución, se mostró a favor de un Estado absoluto y cristiano, llegando a calificar

1. El caballero La Barre fue ejecutado por una la rivalidad que existía entre clanes en Abbeville y por una serie de malentendidos por parte del Estado. El caso tuvo su origen en el destrozo de una estatua de Cristo en un puente de la villa. La Barre fue acusado por unos jóvenes pertenecientes al clan rival, además de haber cantado canciones antirreligiosas y no mostrarse al descubierto en la procesión litúrgica del Santo Sacramento. A pesar del juicio confuso e infundado contra el noble, el rey Luis XIV no quiso otorgarle el indulto, por lo que fue condenado a muerte.

como "sinsentido" la búsqueda de los Derechos del Hombre en su libro "Reflexiones sobre la revolución de Francia". Burke afirmaba en su obra que los revolucionarios pierden toda credibilidad en su movimiento al emplear la violencia y el miedo como instrumento. Para él la religión y las clases sociales son naturales y la búsqueda de la igualdad no sería más que una quimera[2] (RICCI, J.C., 2014 p. 276-277).

Seguidores de BURKE fueron los franceses Joseph de Maistre y De Bonald, quienes consideraron que la revolución era "un mal absoluto" y que la razón y la soberanía popular pertenecían al rey y no al pueblo. De Bonald (1843) escribirá la "Teoría del poder político y religioso en la sociedad civil", obra en la que describe el periodo revolucionario como un castigo divino hacia el pueblo francés por haber traicionado la misión que Dios le había confiado (RICCI, J.C., 2014. p. 278-279).

Por otro lado, los revolucionarios se encontraban divididos sobre el mantenimiento de la monarquía como forma de gobierno o la instauración de una república, aunque en general perseguían la igualdad entre los ciudadanos y acabar con el poder de la iglesia en materia política y fiscal.

Autores a favor de la revolución, como Sieyès o la baronesa de Staël-Holmstein, querían un Estado en el que la iglesia no tuviera privilegios o poderes políticos. Sieyès (1788) en sus obras "Estudio sobre los privilegios" y "¿Qué es el Tercer Estado?" aborda los privilegios de la nobleza y el clero al igual que aporta su visión de un Estado galo laico, libre y soberano.

La Revolución va conceder la igualdad entre ciudadanos y la reestructuración de un sistema de gobierno que, desde hacía siglos,

2. Para BURKE el movimiento revolucionario era simplemente el resultado del malestar del pueblo y que, consecuentemente, sería de carácter temporal por los medios que estos empleaban para hacerse oír. BURKE no creía en la legitimidad de sus exigencias por lo violento y rápido que crecía la Revolución de manera que lo veía como un evento que sería aplastado con rapidez por el rey.

había sido monárquico y con un fuerte apoyo de la iglesia católica. Fruto temprano de la Revolución será la nacionalización de los bienes patrimoniales de la Iglesia, que dio su primer paso gracias a una moción en la Asamblea nacional el 2 de noviembre de 1789 y, posteriormente, con el Decreto de 14 de abril de 1790, pasando la administración de dichos bienes a ser llevada a cabo por los departamentos y sus distritos en que estuvieran situados (Miaille, M., 2015. P. 53).

La Asamblea Nacional firmó en 1791 la primera Constitución francesa (en adelante CF) escrita en la que se mantenía la figura del Rey, pero de manera simbólica y sin poderes legislativos, cediéndolos al pueblo francés y reconociendo derechos naturales y civiles. La Constitución de 1791 también contenía en su preámbulo la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano promulgada en 1789.

Un par de años después, se elaboró la Constitución del denominado Año I, al ser la primera Constitución que declaró la República; mas este texto nunca se llegó a aplicar, ya que el régimen del Terror que tuvo lugar en los años posteriores a la Revolución lo impidió (Mortimer-Ternaux, M.1864. Pp 318 y Ss.).

Una de las medidas laicistas más precoces fue la impuesta por el Decreto de 20 de septiembre de 1792, mediante el que se secularizaba el estado civil y pasaba a ser confiado a los municipios, al igual que se establece el matrimonio civil como un contrato con intercambio de consentimientos, en lugar de ser una institución monopolizada por la Iglesia (Miaille, M. Op. Cit. P. 55).

Por otro lado, la educación hasta la Revolución estaba basada en la religión católica, buscando formar a los jóvenes según las enseñanzas católicas. La falta de acuerdo en cuanto a una ley laica por parte de los poderes públicos ralentizó la instauración de una educación al margen de los cultos religiosos, aunque hubo tentativas como las “Memoires” de

Condorcet, que fueron publicadas en 1792, en las que definía un sistema educativo laico con un "sistema de progreso indefinido del espíritu humano"[3] (Baubérot, J.Op. Cit. P. 12-13).

Robespierre, uno de los grandes líderes del período revolucionario y del denominado Directorio (1795-1799), declaró que "atacar el culto es atacar la moralidad de la gente. Hasta el momento en el que las bases sagradas son reemplazadas por las leyes". Robespierre fue un fuerte defensor de la separación entre Estado e Iglesia y de la expulsión del clero del poder político, ya que, según ordenan los cánones religiosos y los votos de los sacerdotes, estos deberían alejarse de todo despotismo, cosa que no sucedía en la práctica (Mortimer-Ternaux, M.Op. Cit. Pp 401-402).

Durante el periodo del Directorio, una cuestión muy discutida fue el salario de los ministros de culto. En un momento en el que se debatía sobre la laicidad de Estado, había una gran incertidumbre sobre la calificación de funcionarios hacia los religiosos y sobre si el Estado debía proporcionar su remuneración.

La Constitución de 1795, denominada del año III, fue la tercera Carta Magna del periodo revolucionario, pero la primera aplicable en época republicana. En este texto constituyente había una grave contradicción: los franceses podían llegar a perder sus derechos, como ciudadanos por el hecho de afiliarse a una organización extranjera que requiriera votos religiosos. Esto entraría en conflicto con la libertad de culto y creencias de los individuos[4].

3. Es a partir de esta época en la que se vislumbran los comienzos de una institución pública de educación completamente laica, sin injerencias del clero que, hasta entonces había monopolizado la educación en Francia.
4. *CF 1795. Art. 12-2 : L'exercice des Droits de citoyen se perd par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, ou qui exigerait des vœux de religion.*

Los textos legislativos de la época son el claro ejemplo de la laicidad que los franceses han reclamado; el Código Civil de 1804 no habla en ningún momento de religión, pero resalta los derechos y libertades obtenidos mediante la Revolución, como la libertad de pensamiento o creencia. La forma del matrimonio sigue siendo civil y el divorcio, fruto de la revolución, también se mantiene vigente, a pesar de que es más favorable para el hombre que para la mujer. El préstamo con intereses, calificado por la institución eclesiástica como fuente de "usura", será considerado lícito por el Código Civil.

Napoleón va a crear dos instituciones que pueden estar apartadas de la religión con los permisos necesarios: la medicina y la educación. En cuanto a la medicina, los médicos ya tenían la posibilidad de estudiar e investigar con cadáveres, práctica que previamente había estado prohibida por las leyes de la Iglesia y llegó a penarse con la muerte. La institución educativa que Napoleón va a crear está compuesta por la educación secundaria y los estudios superiores. Las universidades gozarán de autonomía para debatir, pero en materia religiosa había límites a esta libertad. La enseñanza primaria sigue bajo la tutela de la iglesia católica, ya que estaba sujeta al Concordato que el Emperador había firmado con el Vaticano (Baubérot, J. Op. Cit. P. 21 y Ss.).

Las siguientes Constituciones como las de 1799, 1802 y 1804 buscarán mantener a Napoleón Bonaparte en el poder, hasta la primera Restauración en 1814 que, mediante otro texto constituyente, revalidará la laicidad, aunque se mantienen como funcionarios del Estado a los ministros de culto católicos, apostólicos y romanos, así como a los de otros cultos cristianos[5].

Durante el gobierno de Napoleón el catolicismo será "la religión mayoritaria de los franceses" pero no es considerada como religión oficial del Estado.

5. *CF 1830. Article 7. - Les ministres de la religion catholique, apostolique et romaine, et ceux des autres cultes chrétiens, reçoivent seuls des traitements du Trésor royal.*

Bajo el Antiguo Régimen el rey reconocía la divinidad de la religión católica, pero con el Concordato que Napoleón firmó en 1801 con la Santa Sede no se pronunciaba sobre el culto, pero lo consideraba de importancia al tener utilidad social para el pueblo francés (Leniaud, J-M.1988. P 17).

El retorno de la monarquía no alterará las libertades y derechos obtenidos con la Revolución, como la libertad de culto o creencia, pero la monarquía vuelve a tener el carácter divino que tuvo años atrás, considerándose el monarca en el art. 12 de la Constitución de 1830 como "sagrado".

La segunda República Francesa volverá con un nuevo texto fundamental en 1848 reconociendo las leyes positivas, es decir, las leyes vigentes hasta el momento. La libertad de culto se ve enunciada y reforzada en el art. 7. A pesar de que el Estado es aparentemente laico, se sigue manteniendo a los ministros de culto como funcionarios, así como a los religiosos de cultos que se reconozcan en el futuro[6].

Hasta 1880 no será cuando se derogue la ley de 1814 que prohibía trabajar en domingo y los días festivos, aunque el problema será más delicado cuando musulmanes y judíos reclamen poder aplicar esta norma en sus días festivos. Otra ley laica terminó con el carácter religioso de los funerales en 1881[7].

1884 será un año muy controvertido por la relegalización del divorcio mediante la ley Naquet, que había estado vigente durante la Revolución hasta 1816, suprimido previamente por la ley Bonald, al igual que se eliminan los rezos iniciales protocolarios de las Asambleas Parlamentarias (Boussinesq, J.1994. P.16).

6. *CF 1848. Article 7. - Chacun professe librement sa religion, et reçoit de l'Etat, pour l'exercice de son culte, une égale protection. - Les ministres, soit des cultes actuellement reconnus par la loi, soit de ceux qui seraient reconnus à l'avenir, ont le droit de recevoir un traitement de l'Etat.*
7. *Loi du 14 novembre 1881, dite loi sur la neutralité des cimetières.*

En 1904 la propuesta de una ley de separación entre Estado e Iglesia conduce al cese de relaciones entre el Vaticano y la República de Francia, por lo que el concordato firmado entre el Papa y Napoleón un siglo atrás queda derogado.

La ley de 1905 de separación entre Estado e Iglesia marcará una nueva época para Francia puesto que mediante ésta ley se eliminan definitivamente las subvenciones a los cultos y, con ello, los pagos a los sacerdotes y su consideración como funcionarios.

La ley fue bien recibida por los creyentes, en particular por los protestantes y judíos, quienes comenzaron a crear asociaciones culturales y religiosas para conservar la propiedad de los templos y lugares de culto, debido a que la misma ley prevé que las asociaciones que no se hicieran cargo de los lugares de culto en el plazo de un año pasarían a formar parte del patrimonio del Estado (Art. 9 Loi de 1905). Por otro lado, un gran número de cristianos consideraba legítima la resistencia a una ley que consideraban como un acto de "apostasía", y periódicos como La Croix o Bonne Presse harán eco de la aversión que los cristianos sienten hacia esta ley. Los obispos cristianos van a impulsar a los creyentes a "no ser pasivos y a hacer un movimiento que no sea una simple protesta", y, en tan sólo unos meses, las provincias y la capital francesas son escenarios de revueltas y ataques a iglesias como contestación a la actitud de los cristianos frente a la ley de 1905. Algunos miembros del Parlamento llegaron a describir el clima que vivía Francia como el preludio de una guerra de religión o civil. Los cristianos contarán con el apoyo del Papa Pio X quien condena la ley y acusa a "los enemigos de la Iglesia de querer destruirla y descristianizar Francia", al contrario que harán los sacerdotes franceses al aceptar la ley para continuar con su ejercicio conforme a ella[8] (Zarka, Y. C. 2005. Pp. 45-47).

8. Los simpatizantes de la política cristiana se hicieron escuchar por el Papa Pio X, quien ya tenía Francia en el punto de mira a medida que se iban aprobando Decretos que iban medrando en las competencias de la Iglesia y cuyo zénit sería la ley de 1905. Las declaraciones de la eminencia católica encendieron los ánimos de los creyentes fran-

Esta sumisión de los ministros de culto a la ley suavizará el ambiente de tensión que se vivía y cesan las revueltas, al igual que se crean asociaciones católicas con el mismo fin que las crean los judíos y los protestantes. La ley de 1905 se traduce para la Iglesia católica en enormes pérdidas económicas al dejar de percibir de forma definitiva los sueldos de los sacerdotes y las subvenciones públicas y el hecho de que numerosos templos pasan al control de la Administración francesa por inactividad.

1.2 El estado actual de la situación

A día de hoy, Francia es un país que se ha constituido en torno al principio de laicidad, contenido en el preámbulo y art. 1 de su actual Constitución, de igual manera que las libertades de conciencia y libertad religiosa son principios de rango constitucional y están reconocidas en diversos convenios internacionales ratificados por la República Francesa.

La ley de 1905 tiene actualmente un gran valor, ya que, a pesar de haber transcurrido más de un siglo, sigue vigente, aunque con ciertas modificaciones. La intención del legislador al crear esta ley fue establecer una paz religiosa, por la libertad de culto y la independencia política en cuanto a las distintas confesiones religiosas. En palabras de Briand en un pleno en el Parlamento: "Tengo temor de una guerra religiosa. El éxito de mis ideas, su realización depende de la pacificación, porque no deseo volver a ver a la Iglesia acomodarse en el poder"[9].

---

ceses más radicales que fueron causantes de numerosos disturbios tras la aprobación de la Ley de 1905 de separación entre el Estado y la Iglesia, llegando a haber cientos de heridos e incluso muertos en comunas como la de Monistrol d'Allier o la de Montregard.

9. BRIAND conocía el fervor religioso de la sociedad francesa y era consciente de que el momento histórico que estaba viviendo era religiosamente convulso ya que las creencias amenazaban en convertirse en una herramienta del poder como lo fueron antaño. Los eventos de violencia de la época se sucedían a medida que el Parlamento discutía la conveniencia de la neutralidad del Estado en cuanto al tratamiento de las religiones (BOUSSINESQ, J. Op. Cit. P.47).

Por ello, el tratamiento legislativo de la ley de 1905 se ha ido desarrollando con los años, como en el tratamiento a los edificios destinados a ser de culto, que fueron expropiados en el período revolucionario, o a la hora de llevar a cabo algunas actividades religiosas, por ejemplo, el sacrificio ritual de animales para su consumo por parte de los musulmanes (Halal)[10].

En la actualidad se han planteado dos interpretaciones de la laicidad contenida en la ley de 1905; una de ellas sería la concepción de la independencia del Estado respecto de cualquier confesión religiosa, y la otra supondría que la separación entre Estado e Iglesia se realiza como un ataque a cualquier culto, al ser suprimido de la esfera pública.

El punto de vista restringido buscaría simplemente la neutralidad administrativa en el tratamiento de la laicidad, tal y como se concibe en la ley de 1905; una interpretación más abierta generaría tensión a la hora de tratar con temas relacionados con la religión, siendo un punto de vista "combativo".

Este debate ha tenido en los últimos años un enorme protagonismo en la Asamblea parlamentaria, donde ha llegado a dividir a la izquierda de su vertiente más radical entre laicos intransigentes y laicos moderados.

De este debate surgió en 2013 el denominado "Observatorio nacional de la laicidad", un órgano estatal que tiene carácter consultivo para el poder legislativo a la hora de crear leyes o medidas que afecten a la libertad religiosa, de culto o creencia.

10. El término "Halal" engloba el conjunto de técnicas y prácticas aceptadas y permitidas por la comunidad musulmana, de manera que en materia de alimentos y, en particular, del tratamiento de la carne fue necesaria una regulación especial para que los creyentes pudieran disponer de alimentos procesados según sus ritos para el consumo.*Décret nº 97-903 du 1er octobre 1997. Art 8.*

Dicho órgano ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la derecha conservadora en la Asamblea parlamentaria, así como por distinguidos personajes como Hugues Portelli, senador, o Manuel Valls, actualmente Primer Ministro francés.

Es necesario mencionar los actos de terrorismo que sucedieron entre el 7 y 9 de enero, al atacar la sede del periódico Charlie Hebdo, y el 13 de noviembre de 2015, en los que hubo numerosos objetivos en París. Estos sucesos fueron llevados a cabo por musulmanes radicales y se concibieron como un ataque al Estado laico y a la libertad de expresión, así como a los valores que la CF promulga (Gaveau, C.2015).

De estos tristes hechos, por toda la geografía francesa ha surgido un movimiento islamófobo, que ha degenerado en actos violentos contra el colectivo musulmán, así como ataques a sus lugares de culto, como en la mezquita de Créteil (Val-de-Marne) (Bounoua, M.2015) o pintadas racistas en el ayuntamiento de Evreux (Eure) (Bounoua, M.2015).

Francia se encuentra en un clima de tensión racial, en el que ya ha habido numerosas manifestaciones en defensa de la religión y las libertades de culto y creencias, y también en contra del terrorismo, a pesar de que las manifestaciones fueron prohibidas temporalmente por el estado de emergencia impuesto por el gobierno de François Hollande (Barroux, R. 2015).

1.2.1. La Constitución Francesa

El artículo primero de la Constitución de 1958 declara que Francia es una Republica indivisible, laica, democrática y social en la que se respetan todas las creencias, donde se asegurará la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, independientemente de su origen, raza o religión[11].

11. *CF, 1958. Article 1ére : La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances.*

Es en este artículo donde radica la esencia del Estado francés, ya que indica su forma, su carácter democrático y su independencia respecto de cualquier culto o creencia, así como su indivisibilidad y carácter social.

Hasta la Segunda Guerra Mundial, Francia no había incluido textualmente la laicidad en su carta magna, sino que había sido incluida en leyes y decretos. Es en la Constitución de 1946 cuando se emplea textualmente la palabra "laicidad", exponiendo el modelo de Estado libre y respetuoso conforme a la religión.

Las anteriores Constituciones con las que ha contado la República han sido encabezadas por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, precisamente por el artículo 10, en el que se establece que ningún derecho del individuo se resentirá por las opiniones, creencias o la manifestación de estas. La Declaración, en palabras de Boussinesq, "insiste en el carácter humano de la soberanía; viene de la idea de que la delimitación concreta de las libertades y su ejercicio se lleva a cabo por ley positiva, expresión de la voluntad general" (Boussinesq, J.Op. Cit. P.24).

Su idea viene de que el ejercicio de las libertades y derechos no tiene que venir dado de una ley natural o impuesta por unas creencias en algo divino, sino que se debe ajustar a lo que la sociedad francesa demanda mediante ley positiva. La ley no debe estar manejada ni influida por creencias o cultos puesto que, de lo contrario, estaríamos rechazando derechos y libertades a cambio de imponer leyes que no se adapten a los tiempos actuales o, incluso, que pudieran llegar a atentar contra algún colectivo social.

La CF, al definirse como laica, está determinando que el único origen de la ley será humano y no acepta que la soberanía recaiga en una única persona o que quede regida por creencias en cualquier elemento ajeno a la naturaleza del ser humano.

En la Constitución de 1958, al igual que en la de 1946, además de estar encabezada por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, se incluyó el preámbulo de la Constitución de 1946. El preámbulo retoma los principios que se consiguieron en 1789 en cuanto a la naturaleza de la soberanía y el rol del derecho positivo en el ejercicio de las libertades en ella contenidas.

En el primer punto de dicho preámbulo, la República condena los atentados que han sufrido los franceses durante la Segunda Guerra Mundial y proclama de nuevo que ningún ser humano se verá privado de sus derechos en virtud de su raza, religión, ideología o creencias, ya que éstos son inalienables y sagrados[12].

Que un derecho sea "sagrado" no se considera en ningún momento en relación con la religión o con algún tipo de culto, sino que éste no puede serle arrebatado a ningún individuo y que está protegido constitucionalmente. Este matiz también se empleaba en la época revolucionaria para indicar la importancia de los valores que propugnaba la Constitución, lejos de indicar una conexión divina o religiosa con los derechos humanos.

El preámbulo también garantiza la enseñanza pública laica de forma gratuita, por lo que las escuelas públicas son laicas y no imparten de forma obligatoria la materia de religión, a excepción de las escuelas privadas.

1.2.2. Actuación de los poderes públicos

La laicidad, desde su consecución a partir de la Revolución francesa, ha ido evolucionando notoriamente, así como la concepción que ha tenido la sociedad y la administración pública de ella. La ley de 1905 se ha ido

12. *Préambule de la CF du 27 octobre 1946: 1. Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.*

renovando continuamente gracias a nuevas leyes y circulares que la iban completando a medida que los problemas sociales y nuevas cuestiones aparecían en el espectro de la laicidad.

La sociedad, por lo general, no es laica, es decir, que confiesa una pluralidad de cultos. Es por esto que la administración pública ha de permanecer sometida a un estricto régimen de neutralidad, presente en la Constitución, separando de esta manera las esferas pública y privada.

Los problemas que podían aparecer hace un siglo, o más, actualmente carecen de importancia, como puede ser el delito por blasfemia, abolido durante la Revolución francesa, y es por ello que la actuación de los poderes públicos debe estar sujeta al principio de seguridad jurídica y legalidad, siendo delito aquello que se considere como tal en la ley positiva, debiendo respetar en todo momento la libertad religiosa, presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la CF.

La Administración pública también se ha de regir por el principio de neutralidad, siendo indiferente quién se encuentre ante ella e independientemente de si es creyente o no. El Estado debe abogar por que el ambiente público sea también neutro, no profesando ninguna confesión ni apoyando un culto sobre otros. Por ello, la laicidad de los poderes públicos conlleva que todos los cultos sean tratados de la misma manera, al igual que los creyentes de una u otra religión.

Los trabajadores públicos no están impedidos para tener un culto o creencia, ya que es un derecho constitucionalmente garantizado, pero sí que están sujetos a actuar con neutralidad en el desempeño de su trabajo. Todos los usuarios de los servicios públicos son iguales antes la ley, y confesar cualquier culto no los excluirían, en tanto que respeten los límites de la neutralidad pública[13].

13. *Loi nº 83-634 de 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Arts 6, 18 et 26.*

Los agentes públicos han de ser estrictamente neutrales y el incumplimiento de esta premisa supone una falta grave a su condición, ya que debe vigilar por la aplicación y el cumplimiento de la laicidad. La libertad de conciencia y religión les está en todo momento garantizada y tendrán autorización para abstenerse de sus funciones en los días festivos de su culto, mientras que sea compatible con el normal funcionamiento de los servicios públicos[14].

Las prácticas religiosas se pueden manifestar libremente de cualquier manera, siempre y cuando no se pongan en peligro las normas de libertad religiosa y orden público.

Una de las leyes más controvertidas en los últimos años, en este sentido, fue la ley de 15 de marzo de 2004, por la que se añadía el artículo L-141-1-5 al CEF (Código de la Educación Francesa), que prohibía en las escuelas, institutos y universidades públicos "portar símbolos religiosos que conduzcan a un reconocimiento inmediato de la afiliación a cualquier culto como pueden ser el velo islámico, una kipá, o una cruz de dimensiones manifiestamente excesivas"[15]. El incumplimiento de esta norma se penaría con la expulsión disciplinaria del centro educativo al que se asiste.

Como se puede observar, la enseñanza es uno de los ámbitos más sensibles al principio de laicidad. De hecho, a lo largo de la historia, y no solamente de Francia, se puede ver la influencia que ha tenido la religión sobre la educación a lo largo de los siglos.

En cuanto a la salud, los problemas que pueden surgir se abordan desde el respeto de las creencias y la toma de decisiones que la conciencia de

14. *Circulaire nº 5209/SG du 13 avril 2007 du Premier ministre relative à la Charte de la laïcité dans les services publics.*
15. *Loi n° 2004-228 du 15-3-2004 (JO du 17-3-2004) Texte adressé aux rectrices et recteurs d'académie ; aux inspectrices et inspecteurs d'académie, directeurs et directrices des services départementaux de l'éducation nationale.*

un usuario pueda influir, aunque, en gran medida, no difiere de los otros servicios públicos. Es posible, en ciertos casos, que un paciente "escoja" al profesional que le atienda: caso en el que una mujer musulmana se somete a tratamientos ginecológicos y se niega a que la atienda un especialista varón (Debray, R., Leschi, D. 2015. P. 142-143).

Algunos servicios públicos, como ciertos transportes públicos, la gestión del agua, el gas o las telecomunicaciones, son llevados a cabo por empresas privadas, ajenas a la administración pública. Estas empresas y sus colaboradores, a pesar de su dependencia del Estado, no forman parte del funcionariado y por tanto no estarían sujetos al principio de neutralidad. Esto, en principio, constituiría una laguna legal o, al menos, sería una contradicción con el sistema laico existente y ya ha suscitado controversias como el caso de las madres con velos en excursiones escolares[16].

1.2.3. La doctrina científica

Desde 1905 hasta la actualidad ha habido un torrente de opiniones sobre la laicidad en Francia, su evolución y los problemas pasados, presentes y futuros.

Briand, político, diplomático y jurista, tuvo un papel fundamental para la aprobación de la ley de 1905 de separación entre Estado e Iglesia. Llegó a ser diputado por el partido socialista y consiguió unir a la derecha y la izquierda en los términos de dicha ley. Su visión sobre la religión de Estado y los debates de los que fue protagonista en 1904 llevaron al fin del Concordato entre la Santa Sede y la República Francesa.

16. Este caso en particular suscitó una gran controversia mediática al someter a las madres de los alumnos que acompañaban a sus hijos en excursiones escolares fuera del centro educativo al *Code de l'Education* a pesar de no encontrarse dentro de un centro educativo público. La neutralidad de la indumentaria de las madres fuera del centro no es algo exigible por parte de las autoridades educativas, aunque de hecho, se hiciera. *Ibidem. Vid. Tribunal Administratif de Montreuil* en 2011 (22 nov. 2011, n° 1012015).

Briand basaba su opinión en que el arraigo de la religión y las tradiciones no tenían cabida en un Estado en constante evolución y modernización como era Francia. Los textos legislativos y demás acuerdos que habían firmado con la Santa Sede los consideraba como una carga para Francia porque solamente reportaban beneficios para los cristianos y cargas para los franceses (Briand, A. 1908. P 19 y Ss.).

Para los juristas franceses es difícil hacer una separación de la religión desde el punto de vista del ciudadano, con sus opiniones e ideales personales, y desde el punto de vista del derecho, por lo que hay opiniones encontradas entre juristas, historiadores y políticos.

Algunos juristas como Gastón Jèze o León Duguit se posicionan de parte de Briand y abordan la ley de 1905 desde un punto de vista completamente jurídico, rechazando cualquier concepción política de dicha ley[17].

Duguit tiene un punto de vista complejo, utilizando la sociología y la filosofía para explicar el estado en el que se encuentra la libertad religiosa y de culto, partiendo desde la ley de 1905.

Adhémar Esmein publica en 1909 una obra titulada "Elements" en la que defiende la integridad constitucional de la ley de 1905. Esmein cree que una ley común a todos los cultos es más beneficiosa que un único acuerdo con cada una de ellas, siendo todas iguales entre sí.

Estos juristas están de acuerdo entre sí en que la idea de mantener un concordato con la Iglesia es imposible, ya que sería contrario a la igualdad que la Constitución proclama, siendo este culto promocionado por encima de los demás.

17. Cfr. Weil, P.: *Politiques de la laïcité au XX siècle.* Presses Universitaires de Paris. Paris. 2007. P. 181 y Ss.

Rolland, por el contrario, no apoya la ley de 1905, al no concebir la laicidad como uno de los principios que deberían gobernar los servicios públicos. Rolland considera necesario un "acuerdo" entre el Estado y los cultos, y no una ley de separación[18].

La ley de separación entre Estado e Iglesia o la laicidad han sido cuestiones que también han sido abordadas por especialistas extranjeros, aunque desde su punto de vista nacional ajeno a la sociedad francesa.

El historiador Rudolf Sohm, da su apoyo a la laicidad francesa, afirmando que "la Iglesia es simplemente una comunidad de creyentes, puramente espiritual, que no posee ningún derecho en la sociedad moderna". Por otro lado, Karl Rothenbücher en su libro, "Die Trennung von Stat und Kirche", visualiza la laicidad francesa de manera histórica, comparativa y teórica. Rothenbücher duda del carácter constitucional, e incluso normativo, que pueda tener la proclamación de la libertad de conciencia y religión en la ley de 1905. Él cree que el legislador de 1905 fue inspirado por una idea (errónea según él mismo) que trae el olvido de los cultos por el Estado y un laicismo impuesto a todos los ciudadanos, que iría en contra de su voluntad[19].

Para el profesor de derecho eclesiástico italiano, Francesco Ruffini, la ley de 1905 vendría a "reproclamar" el principio de libertad religiosa y no supondría una separación real entre el Estado francés y la Iglesia[20].

Jean Rivero, jurista canónico, analiza en "La notion juridique de laïcité" la jurisprudencia del Conseil d'Etat (en adelante CEt) en cuanto a la enseñanza pública, remontándose a 1882. Rivero se preocupa en sus comentarios sobre una actitud anticatólica por parte de los poderes públicos.

18. Cfr. Rolland, L.: *Cours de droit administratif,* Dalloz. 8ª ed. 1943.
19. Cfr. Weil, P.: *Politiques de la laïcité au XX siècle.* Op. Cit. P. 193-195.
20. Ibíd. P. 197 y ss.

Más actual es la opinión de Nicolás Sarkozy, expresidente de la República Francesa, quien introdujo el término "laicidad positiva" en un discurso en 2007, consistente en revalorizar las raíces cristianas del país. Esta concepción de la laicidad fue contestada por LE BARS como "laicidad restrictiva", siendo totalmente contraria al espíritu constitucional, ya que estaría apoyando un culto en detrimento de los demás (Le Bars, S.2011)

1.2.4. La Jurisprudencia Gala

A pesar de haber cumplido más de cien años la ley de separación entre Estado e Iglesia, a la que se le han ido sumando numerosos decretos y leyes que la iban completando, sigue habiendo problemas en cuanto a la interpretación de dicha ley y del artículo primero de la CF.

La jurisprudencia ha ido solventando muchas cuestiones en relación a la laicidad, aunque sigue habiendo problemas actuales que necesitan ser aclarados.

Ya se ha hablado anteriormente de la prohibición de portar símbolos religiosos o llevar atuendos con los que se pueda enmarcar al individuo dentro de un culto religioso en el ámbito educativo. En la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 3 de marzo de 2009, nº 27058/05 se debate sobre la justificación de la expulsión de una alumna musulmana a la que le fue vetada la asistencia a la clase de educación física mientras que llevase el velo musulmán. La alumna continuó portando el velo, por lo que recibió dos sanciones por parte del profesor y la junta académica acordará, siguiendo con las disposiciones administrativas, expulsarla del centro.

Esta decisión fue recurrida ante la CEDH, alegando una violación del art. 9 del Convenio de los Derechos Humanos, así como de su libertad de religión y de culto.

El Tribunal denegó el recurso ya que, aunque se ve afectada su libertad al no poder portar un determinado símbolo religioso, el Estado está capacitado para limitar los derechos y libertades si busca proteger los derechos y libertades de los demás, ya que la práctica de deporte con el velo podría, además de impedir el correcto desarrollo de la materia, provocar daños a terceros, bien el centro educativo, personal docente, alumnos, etc.

De la misma manera, en las sentencias CEDH de 11 enero de 2005 nº 35753/03, sobre seguridad en los aeropuertos, y CEDH de 4 de marzo de 2008 nº 15585/06, sobre seguridad en los consulados, la libertad religiosa se ve limitada ante la protección y seguridad de terceras personas.

En la misma línea se encuentra el fallo del Conseil d'Etat nº 289946 de 15 de diciembre sobre libertad religiosa y documentos de identidad. En este caso particular, la Asociación Unida Sij demandaba que sus fieles pudieran tener en la foto del carnet de identidad el rostro cubierto parcialmente. En este fallo no se considera violación de la libertad religiosa el hecho de que se exija una foto del rostro descubierto para el carnet de identidad, dado que es un tema de seguridad pública.

El TC francés emitió un análisis sobre la ley nº 2010-613 DC de 7 de octubre de 2010 que vino a conciliarla con la Constitución y fue muy polémica en la sociedad francesa, no solamente en referencia a la libertad religiosa. El texto legislativo prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público, lógicamente por motivos de seguridad. El TC acordó que dicha ley era acorde con la carta magna, a pesar de que podría afectar a numerosos creyentes.

Así, se conformó que está justificado el llevar el rostro cubierto en público en los siguientes casos: estuviera prescrito por razones legislativas o reglamentarias; por motivos de salud pública; por causa profesional o si se encontrase dentro de un marco deportivo, festivo o tradicional.

En 2008 se formuló uno de los fallos más mediáticos que ha recibido el periódico satírico Charlie Hebdo a lo largo de su historia. La Liga Mundial del Islam, junto con la Unión de las Organizaciones Islámicas en Francia y la Sociedad de los Lugares Santos del Islam interpusieron una demanda colectiva por violación de su libertad religiosa, conforme a la CF y la Carta de los Derechos Humanos y del Ciudadano, por la publicación una serie de viñetas satíricas que mostraba a Mahoma caricaturizado[21].

El Tribunal observó que, a pesar de que el objetivo de las caricaturas era ridiculizar el culto islámico, no constituía violación de la libertad religiosa de ninguna comunidad religiosa, ya que, además de ir dirigidas a una "porción" de la comunidad islámica, en el marco de un país laico en el que la blasfemia no está penada, la libertad de expresión ampara la publicación de esas viñetas. Por tanto, se desestimó la pretensión contra el periódico y sus dibujantes.

1.3 Alsacia y Lorena y los territorios en Alta Mar

La situación en Alsacia y Lorena y otros territorios de Francia es bien distinta respecto del tratamiento de la religión.

En el caso de las zonas del Bajo Rin, Alto Rin y Lorena, no están sometidos a la ley de 1905 de separación entre Estado e Iglesias, puesto que en 1905 se encontraban bajo dominación alemana y no formaban parte del territorio francés. Esta situación supone que cerca de 1400 ministros de culto son remunerados, irónicamente, por el Estado francés, a pesar de que el número de católicos practicantes desciende año tras año.

Los sacerdotes cristianos, protestantes y los rabinos judíos son pagados por el erario público, al contrario que los imanes musulmanes, ya que el culto islámico no estaba reconocido como culto oficial por Napoleón y no era una religión mayoritaria en Francia, como lo es hoy (Sauvaget, B.2013).

21. *TGI de Paris, Arrêt 07/02873 du 12 mars 2008*

Recientemente se ha llevado ante el Conseil d'Etat la causa religiosa en Alsacia y Lorena, mediante asociaciones pro-laicismo, para acabar con la financiación estatal a los cultos. El órgano judicial se ha decantado por mantener la situación especial en ese territorio, basándose en que las preferencias de los constituyentes de 1946 y 1958 permitieron el régimen de cohabitación para Alsacia y Lorena y los territorios de alta mar ajenos a la ley de 1905 (AFR.2013).

Fuera de Europa, las Antillas y la isla de Reunión estaban sometidas en 1802 al Concordato con la Iglesia católica, mientras que en la Guayana francesa, encontrándose bajo la ordenanza de Carlos X de 27 de agosto de 1828, el departamento pagaba a los sacerdotes. Para la metrópolis francesa, esto era una obra de evangelización por lo que, en teoría, no se podrían adquirir ni vender bienes en los territorios de ultramar.

La ley de 1905 llegó de manera tardía a las colonias francesas porque los representantes locales de la administración francesa podían mantener una separación religiosa de hecho y preferían tener cierto margen de libertad. De esta manera, la ley de 1905 no se transpuso efectivamente hasta 1911, pero solamente en las Antillas y en Reunión.

En la Guayana francesa sigue vigente el Concordato con la Iglesia católica, teniendo los sacerdotes carácter de agentes públicos, lo que podría suponer un problema de igualdad entre los cultos y de neutralidad por parte del Estado (Demetz. A.SFR. P. 254).

2. El estatuto de las confesiones religiosas

El tratamiento que se lleva a cabo, por ejemplo, en España y en Francia respecto de las confesiones religiosas difiere de enorme manera. Es esencial el hecho de que en España exista un Registro Estatal de Entidades Religiosas (REER) y que en Francia se lleve un sistema totalmente dife-

rente, gracias a la ley de 1901 sobre las asociaciones culturales y la ley de 1905 de separación entre Estado e Iglesia.

En España se requiere que, para que una confesión religiosa pueda actuar en España, sea reconocida a nivel Estatal e inscrita en el REER, y eso conlleva una serie de requisitos necesarios: lugares de culto, presencia en parte del territorio nacional, expresión de los fines religiosos, etc.

En cuanto al régimen galo, su sistema es totalmente diferente, ya que necesitan constituirse como una asociación cultural en territorio francés, necesitando unos estatutos, tener dos o más personas y un local, aunque tienen un régimen especial que las distingue de estas. Es posible que estas asociaciones religiosas tengan un fin comercial para subsistir y poder llevar a cabo sus objetivos, pero también están obligadas a llevar un inventario de su patrimonio, así como a presentar los balances anuales de la asociación, los miembros registrados en la asociación, sus datos personales (Nacionalidad, edad y lugar de nacimiento y residencia) y fecha de adhesión a la congregación[22].

Las congregaciones religiosas francesas deben ser reconocidas legalmente por decreto del CEt, al igual que para su extinción, que determinará las condiciones de su funcionamiento en la esfera pública, como poder educar conforme a sus creencias o celebrar sus ritos.

Hasta 1942, existió el llamado "delito de congregación", que penaba a los miembros de aquellas congregaciones religiosas que no se habían regularizado con hasta tres años de cárcel, siendo el doble para sus fundadores.

22. *Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. Art. 15 : Toute congrégation religieuse tient un état de ses recettes et dépenses ; elle dresse chaque année le compte financier de l'année écoulée et l'état inventorié de ses biens meubles et immeubles.*
La liste complète de ses membres, mentionnant leur nom de famille, ainsi que le nom sous lequel ils sont désignés dans la congrégation, leur nationalité, âge et lieu de naissance, la date de leur entrée, doit se trouver au siège de la congrégation.
Celle-ci est tenue de représenter sans déplacement, sur toute réquisition du préfet à lui-même ou à son délégué, les comptes, états et listes ci-dessus indiqués.

3. El ejercicio de la libertad religiosa

La libertad religiosa comprende no solamente a los individuos, sino también a las comunidades y confesiones religiosas, ya que éstas también son sujetos de derechos y libertades, y pueden, por tanto, manifestar una opinión o creencia. Esta afirmación es categórica en ambos países, estando defendido por sendos textos constituyentes.

La libertad religiosa se encuentra fuertemente protegida de injerencias por parte de la Administración pública, ello está presente, en el art. 10 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano (Incluida en la Constitución francesa de 1958), al establecer que nadie será perturbado por su opinión o creencia religiosa.

La libertad religiosa ampara la elección y profesión de un determinado culto, sin obligación de permanecer o dejar de confesarlo. En Francia, no existe una religión estatal que obligue a los ciudadanos a seguirla o a vivir conforme a sus mandamientos, sino que cada ciudadano puede, dentro del ámbito de su libertad, escoger el culto que le plazca o no seguir ninguno, entrando también en el ámbito de la libertad de conciencia.

El ámbito privado de la libertad religiosa es igualmente objeto de protección por los dos cuerpos legislativos. En Francia se encuentra protegido por el art. primero en su texto fundamental, al establecer que se respetan todas las creencias, sin distinguir ámbitos privado o público.

Es parecida la posición en torno a las asociaciones y las confesiones religiosas en España y Francia, debido a que el segundo establece un régimen especial para las asociaciones religiosas, mientras que España los separa precisamente por el matiz religioso de la comunidad[23].

23. STC 46/2001, de 15 de febrero: "Una comunidad de creyentes, iglesia o confesión no precisa formalizar su existencia como asociación para que se le reconozca la titulari-

La libertad religiosa tiene que ser puesta algunas veces en relación con la libertad de expresión porque, como se ha visto en la sentencia de Charlie Hebdo, la opinión puede encontrarse con la creencia, frente a frente, y llevar a cuestiones relativas al tratamiento de ambas y, en particular, a cuál de ellas prevalece sobre la otra. En Francia, la laicidad asegura que la libertad de expresión tenga mayor peso en la esfera jurídica, pero en España, la posición de la Constitución, considero, que no aseguraría la preeminencia que existe en la República, ya que no hay sentencias españolas de rango constitucional a este respecto. En relación a esto, el Tribunal Constitucional ha declarado que la libertad de expresión no tendría un valor absoluto, ya que hay que contraponerlos con el resto de valores constitucionales[24].

4. Otros ámbitos

4.1 En materia matrimonial

Dentro del ámbito del matrimonio religioso es sorprendente la diferenciación del carácter que le damos los españoles en comparación con los franceses, para quienes no tiene el mismo valor que se le otorga en nuestro país.

La regulación del matrimonio religioso en el caso de España se encuentra regulado por el Código Civil, en relación con los acuerdos firmados por las entidades religiosas con el Estado español, es decir, toda confesión religiosa inscrita en el Registro de Entidades Religiosas podrá prestar el consentimiento matrimonial, aunque solamente tendrá efectos civiles en aquellos cultos que tengan reconocido el "notorio arraigo" en España, conforme a los arts. 59, 60 y 63 del CCiv.

dad de su derecho fundamental a profesar un determinado credo, pues ha de tenerse en cuenta que la Constitución garantiza la libertad religiosa "sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"".

24. STC 241/1999, de 20 de diciembre.

Es, por tanto, que en España se le da una mayor importancia a los cultos que profesan los ciudadanos al otorgar efectos civiles a actos que realizan en el ámbito de sus funciones religiosas, pudiendo, consecuentemente, determinar el estado civil de sus creyentes sin pasar por la Administración pública.

En nuestro país está permitido que los cultos con notorio arraigo puedan oficiar matrimonios completamente válidos y con efectos civiles, lo cual no es seguido por nuestros vecinos franceses.

En Francia, el panorama es totalmente distinto, de forma que el matrimonio religioso sería simplemente un paripé o un evento confesional tras el matrimonio civil. El matrimonio religioso francés para poder tener efectos civiles debe ser posterior al matrimonio civil, lo que significa que, antes de ir a la Iglesia, hay que realizar la inscripción del matrimonio ante el juez, alcalde o autoridad administrativa. Es así que, en palabras de Debray, "un matrimonio religioso sin la autorización civil se queda en una simple bendición del concubinato entre dos personas" (Debray, R.Op. Cit. P. 113).

De esta manera, para el jurista francés, el matrimonio religioso no tiene más que un carácter anecdótico y eventual, sin ningún tipo de repercusión en el estado civil de los contrayentes, ya que, según su legislación, el matrimonio civil ya se habría realizado y no tendría relevancia el que se haga conforme al amparo de uno u otro culto, sin importar tampoco el ritual o ceremonia que escogieren los contrayentes.

El matrimonio religioso en sí está permitido por el Estado francés, solo que lo sucedido en un templo no tiene validez para el registro civil; es por ello que es necesaria la realización del matrimonio civil previo al matrimonio religioso, siendo este un requisito esencial para la legislación francesa, llegando a estar penado por la ley a los ministros de culto que oficien matrimonios sin tener previamente el expediente matrimonial de

la autoridad administrativa. Así, el Code Penal francés, en su art. 433-21, castiga a los sacerdotes que oficien un matrimonio sin dicha prueba previa de matrimonio civil y, con ella, del consentimiento de los esposos, por parte de la Administración pública, a una multa de hasta 7.500 euros y seis meses de prisión[25].

4.2 En materia educativa

En Francia se ha eliminado toda conexión con la religión en el marco de la enseñanza pública, aunque es posible cursar una materia llamada "L'enseignement du fait religieux dans l'École laïque", que vendría a ser un estudio teórico del papel de la religión en Francia, abordando el tema religioso desde la neutralidad pública. Por otro lado, existe la posibilidad de tener una educación confesional en centros privados, sean de la confesión que sean.

En Francia, se abordó el problema de las cantinas escolares y los menús "confesionales" debido a la población musulmana y judía que acuden a dichas cantinas y, a la vista de que hay ciertos alimentos que no pueden consumir debido a sus creencias, son excluidos de este servicio por la neutralidad del Estado. Esto tuvo una solución muy sencilla: preparación de alternativas vegetarianas o, incluso en algunos casos, alternativas confesionales, lo cual permite tener más alternativas de elección de menús, además de no apartar a un sector de los estudiantes (Debray, R.Op. Cit. Pp. 35-37).

En lo que a indumentaria en la escuela pública francesa se refiere, ya se ha hablado de la prohibición de portar símbolos religiosos en el marco de un centro escolar o educativo[26].

25. *CP. Art. 433-21 : Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.*
26. *Loi n° 2004-228 du 15-3-2004 (JO du 17-3-2004).*

4.3 En materia laboral

La relación laboral, en ocasiones, entra en contacto con la libertad religiosa y puede provocar fricciones entre el empleador y el trabajador, siendo un tema delicado de tratar.

En la legislación francesa impera la no discriminación de un trabajador por razón de sexo, ideología, creencia u opinión, incluido en la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano. Esto significa que un individuo no debe ser descalificado en virtud de sus creencias por el empleador para el desempeño de un determinado trabajo, debiendo respeto a su libertad religiosa.

El domingo es, por regla general, el día de descanso para los trabajadores, dependiendo del ámbito laboral. Pero en el caso de los trabajadores judíos, no es posible que su día de descanso sea el domingo, ya que su día sagrado es el sábado. El problema aparece cuando, por razón del tipo de trabajo, no es posible otorgar el día de descanso en sábado o en domingo, siendo un tema de difícil conciliación, ya que correspondería al trabajador disponer o no de su libertad religiosa para ejercer el derecho a las fiestas religiosas.

No es indiferente para las empresas francesas cuando la libertad religiosa de un trabajador se encuentra con la relación de trabajo, ya que es muy problemática en ésta legislación.

Es imperativo, aunque choque con la libertad religiosa, la regla de seguridad e higiene en el puesto de trabajo, ya que, independientemente de las creencias de un individuo, es necesario guardar unas normas de vestuario en determinados trabajos que son incompatibles con la indumentaria confesional de algunos cultos.

No es descabellado que, en virtud de una determinada tarea en empresas galas, se prohíba portar ciertos símbolos religiosos, como puede ser

el fular islámico a una trabajadora en un centro comercial o una técnica científica en un laboratorio[27].

Hay ocasiones en las que un trabajador se ve forzado a trabajar con elementos que pueden ser contrarios a sus creencias, aunque, en este caso, la solución es bien sencilla, ya que el trabajador es conocedor de las tareas a las que se verá sometido previamente en el contrato y, por tanto, si no está conforme, es posible la rescisión del contrato por su parte.

Las empresas han de observar los principios por los que se debe organizar la relación laboral, teniendo en cuenta la libertad religiosa de los trabajadores sin discriminación por sus creencias u opiniones personales.

Conclusiones

PRIMERA. El estudio de la historia francesa, amén de sus legislaciones pasadas y vigentes, es muy ilustrativo para la consideración que se debe tener del país sobre el tema religioso; en mi opinión, considero necesario observar a quienes instauraron en primer lugar la laicidad como pilar del Estado social y democrático y su manera de afrontar los contratiempos en la esfera social y legal. Con ello lo que se busca es tener una cierta objetividad histórica a la hora de plantear lo que es en realidad la laicidad, el laicismo y lo que ellos conllevan.

SEGUNDA. Sentencias como la citada a favor del semanal Charlie Hebdo han causado que haya una preeminencia de una libertad sobre otra, particularmente de la libertad de expresión sobre la libertad religiosa, algo prácticamente incomprensible en otros países, como España o Italia, en los que la religión goza de una posición y privilegios mucho mayores. Esta preponderancia de una libertad respecto de otra empuja a que el país en

27. *Cour d'Appel de Paris, 16/03/2001. Cour d'Appel de Versailles 21/11/2006.*

cuestión se aleje de la esfera religiosa, si cabe aún más, de forma que los creyentes se sienten, a medida que pasa el tiempo, más desprotegidos.

TERCERA. En Francia se han tenido las cosas claras desde el momento en que decidieron sublevarse en 1789, a pesar de las disputas fraternales que se han sucedido a lo largo y ancho de la Galia en torno al carácter confesional o laico de la República, ya que es una cuestión que quedó zanjada hace cien años. Los franceses han acogido la laicidad como uno de sus valores fundamentales al lado de la democracia, la justicia y la igualdad en su texto constituyente de 1958.

CUARTA. El problema de la laicidad a la francesa es que en la actualidad se intenta utilizar no como un derecho o valor, sino como un arma contra aquellos cultos que, de alguna manera, se han mostrado contrarios a la laicidad, más en particular, atacando al Islam y sus vertientes más radicales. El miedo que suscita a los franceses el fanatismo religioso está gestando en la sociedad un odio irracional contra todo tipo de culto y los actos terroristas de los pasados meses no han hecho más que generar miedo en la población y, en el ámbito político, discursos incendiarios en contra de la religión. El plano legal les sucede y es posible que la laicidad, que en Francia es símbolo de igualdad, neutralidad y hermanamiento, se convierta en un ataque contra los creyentes y su estilo de vida, deformándose en laicismo[28], [29].

QUINTA. Los hechos venideros en la República son convulsos, plagados de manifestaciones a favor de la libertad religiosa y también, debido a una política casi antirreligiosa, en contra de la libertad religiosa, forzando a un gran número de creyentes de diversos cultos a no poder mostrar sus símbolos en público y, en algunas ocasiones, a la desprotección jurídica.

28. CHAMBRAUD, C.: *Jean-Louis Bianco: «Ceux qui dénaturent la laïcité sont ceux qui en font un outil antireligieux»*. Le Monde. 19/01/2016.
29. CAMUS, E.: *Delphine Horvilleur: «Les religions doivent sortir du jeu de l'empathie prioritaire»*. Le Monde. 20/01/2016.

Bibliografía

AFR.: Les "sages" valident le financement public des cultes en Alsace-Moselle. Le Monde. 21/02/2013.

ANÓNIMO: La mosquée de Créteil taguée de croix rouge sang. Le Parisien. 14/11/2015.

ANÓNIMO: Lettres d'un prêtre catholique sur la reconnaissance de la République François. Metz. Francia. 1796.

ANÓNIMO: Doit-on obéissance á la Constitution de 1795? Paris. Francia. 1795.

BAUBÉROT, J.: Histoire de la laïcité en France, Que sais-je ? 6ª edición. Paris. Francia. 2000.

BAUBÉROT, J., D'HOLLANDER, P. Y ESTIVALÈZES, M.: Laïcité et séparation des Eglises et de l'Etat, Histoire et actualité. Presses Universitaires de Limoges. Limoges. 2006.

BISEAU, G.: Laïcité, la séparation de la gauch. Libération. 25/01/2016.

BOUSSINESQ, J.: La laïcité française. Inédit Essais. Paris. Francia. 1994.

BRIAND, A.: La séparation, Discussion de la loi. Paris. Francia. 1908.

BURKE, E.: Reflections on the revolution in France. Londres. Reino Unido. 1790.

CAMUS, E.: Á quoi sert l'Observatoire de la laïcité? Le Monde. 23/01/2016.

CAMUS, E.: Delphine Horvilleur: «Les religions doivent sortir du jeu de l'empathie prioritaire». Le Monde. 20/01/2016.

CHAMBRAUD, C.: Jean-Louis Bianco: «Ceux qui dénaturent la laïcité sont ceux qui en font un outil antireligieux». Le Monde. 19/01/2016.

DE BONALD, L.: Théorie du pouvoir politique et religieux dans la societé civile. Paris. 1843.

DEBRAY, R. Y LESCHI, D.: La Laïcité au quotidien. Éditions Gallimard. Italia. 2015.

DEMETZ. A.: Outre-mer (Décrets Mandel), Dictionnaire de la laïcité. SFR. P. 254.

DURAND-PRINBORGNE, C.: La Laïcité. Dalloz. Paris. 1996.

GASTON J.: Les principes généraux du droit administratif. Berger-Levrault. 2ª ed. Paris. 1914.

GAVEAU, C.: Attentats à Paris : pourquoi la France est une cible privilégié des jihadistes ?. RTL. 15/11/2015.

GUÉNOIS, J. M.: Portelli : «L'Observatoire de la laïcité ne sert á rien». Le Figaro. 22/01/2016.

KERN, R. Y DODGE, M.: Historical dictionary of Modern Spain (1700-1988). Greenwood Press. Connecticut. EEUU. 1990.

LAURENT, S. Y CAMUS, E.: Pour quoi deux interprétations de la laïcité coexistent-elles en France? Le Monde. 20/01/2016.

LE BARS, S.: La «laïcité positive» face aux risques de la «laïcité restrictive». Le Monde. 15/04/2011.

LEBRETON, G.: Libertés publiques et droits de l'Homme. Sirey Université. 8ª ed. Bélgica. 2008.

LENIAUD, J. M.: L'administration des cultes pendant la période concordataire. Paris. 1988.

MALAURIE, P. Y FULCHIRON, H.: La famille. Lextenso Éditions. Lonrai (Orne). 2011.

MIAILLE, M.: La laïcité, solutions d'hier et problèmes d'aujourd'hui. 2ª edición. Dalloz. Rezé. Francia. 2015.

MINISTÉRE DE L'INTERIEUR, DE L'OUTRE MER, DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE L'IMMIGRATION: Laïcité et liberté religieuse, Recueil de textes et jurisprudence. Les éditions des Journaux Officiels. Paris. Francia. 2011.

MORTIMER-TERNAUX, M.: Histoire de la Terreur (1792-1794) d'après des documents authentiques. Tomo 4. Paris. 1864.

MURAT, P.: Droit de la famille. Dalloz. 6ª ed. Toulouse. 2013.

ORTEGA DOLZ, P.: La islamofobia se convierte en el principal delito de odio. El País. 06/09/2015.

PIERRE, V.: La Terreur sous le Directoire, Histoire de la persécution politique et religieuse. Paris. Francia. 1887.

PORTIER, P.: Église et politique en France au XX siècle. Montchrestien. Paris. 1993.

Revue Études, Tomo 128, 5 de julio de 1911.

RICCI, J.C.: Histoire des idées politiques. 3eme édition. Dalloz. Paris. 2014.

RIVERO, J.: La notion juridique de laïcité. Dalloz. Paris. 1949.

SAUVAGET, B.: Concordat: le culte laissé en l'Etat. Libération. 22/02/2013.

SIEYÈS, E.J.: Essai sur les privilèges. Paris. 1788.

VOLFF, J.: Le droit des cultes. Dalloz. Francia. 2005.

WEIL, P.: Politiques de la laïcité au XX siècle. Presses Universitaires de Paris. Paris. 2007.

ZARKA, Y. C.: Faut-il réviser la loi de 1905, La séparation entre religions et État en question. Presses Universitaires de France. 2005.

Los ulemas en el derecho islámico clásico y en el constitucionalismo contemporáneo*

*Ricardo Peiró Corredor**

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 17 de diciembre 2015

Para citar este artículo / To cite this article
Peiró, C., Ricardo. (2015) Los Ulemas en el Derecho Islámico clásico y en el constitucionalismo contemporáneo. *Revista Alma Mater*, 11, pp. 333-376.

Resumen

El presente artículo muestra un estudio acerca de las funciones de la magistratura jurídico-religiosa islámica de los Ulemas, en el cual podremos observar la influencia de esta figura en la sociedad mediante un análisis histórico y constitucional de los países que conforman la OCI. Por tanto, el objetivo de este artículo será evidenciar el dominio que los gobiernos y los ulemas tienen sobre el pueblo mediante la emisión de sus dictámenes o fetuas.

Palabras clave: Ulema, Fatwa, Sharia, Derecho Islámico, Magistraturas islámicas.

---

* Trabajo clasificado como artículo de resultado de investigación. Desarrollado en el marco de la investigación de la Universidad de Castilla La Mancha.

** Graduando en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha. Correo: ricardo.peiro@alu.uclm.es

Ulema in the classic in Islamic law and contemporary constitutionalism

Abstract

This article presents a study on the functions of Islamic legal and religious magistracy of Ulema, which we can see the influence of this figure in society through a historical and constitutional analysis of the countries of the OIC. Therefore, the aim of this article is to demonstrate the domain governments and Ulema have upon the people by issuing its opinions or "fatwa".

Key Words: Ulema, "Fatwa" Sharia, Islamic law, Islamic Tribunals.

Introducción

El tema de los ulemas interesa al Derecho por varios motivos:

En primer lugar, porque se trata de una magistratura del Islam, por tanto, de un órgano, unipersonal o colectivo, que tiene dimensión jurídica en un ordenamiento confesional pero que, por ello, puede afectar al orden jurídico civil.

En segundo lugar, porque esta figura aparece en bastantes Constituciones del mundo islámico, por tanto, desde la perspectiva del Derecho Constitucional comparado, a los sabios de la Sharía les compete una serie de facultades y competencias jurídicas; además, al tratarse de un órgano constitucional, hay que incardinarlo en el funcionamiento con el resto de instituciones estatales.

En último término –sin perjuicio de otros que más adelante se apuntarán–, debo apuntar que, si bien el constitucionalidad árabe e islámico ha utilizado los modelos occidentales para redactar sus constituciones, existen elementos que los diferencias de los modelos propios de nuestra

cultura jurídica. De ahí el interés de incardinar esta figura dentro del constitucionalismo árabe e islámico a los efectos de tener un elemento identificador de los modelos estatales en su relación con la libertad de credo y con su categorización institucional y constitucional en tanto que perteneciente a la tradición musulmana.

Islam es una palabra árabe cuya etimología nos expresa que su significado es el de paz, obediencia, o sumisión a Dios.

Como religión, es la segunda más practicada del mundo con un 23% de la población, después de la religión cristiana que es seguida con un 31%, según un informe realizado por el centro de investigación estadounidense *Pew Research Center*. La mayor parte de la población musulmana la encontramos concentrada en parte de Asia, Oriente medio, África subsahariana y en el norte de África

Actualmente la figura más representativa y prestigiosa de mundo sunní, es la del rector de la Universidad Al-Azhar, el Director Ahmed al Tayyeb.

Los ulemas en el pueblo musulmán son las personas que ponen en orden y valor los principios de la fe, debido a ello tradicionalmente ha sido una función muy utilizada en el mundo islámico para la resolución de conflictos o dudas.

Tanto instituciones como personas individuales les plantean sus preguntas, pero… ¿en cada caso, con qué fin? Además, ¿son las respuestas de los ulemas objetivas, conforme al Derecho y religión islámicos?, ¿en todo caso resultan vinculantes? y, por último, ¿realmente el ulema es independiente? Si se configura como un órgano constitucional, ¿qué relaciones existen entra figura –individual o colegiada– y el resto de los órganos estatales?

En nuestra época, y mirándolo desde nuestra óptica, uno de los mayores problemas que subyace en el mundo moderno es, posiblemente, la carencia de unos referentes claros a los que poder seguir para profesar su fe.

El Islam no es una civilización ajena a la modernidad, a la globalización, a las modas. En estas circunstancias parece claro que el estudio de esta magistratura puede ofrecernos algunas de las claves de hacía dónde se dirige el Islam, pero no desde la perspectiva sociopolítica –que también es de interés– sino, sobre todo, en relación al Derecho.

Quizá el Islam no haya sabido diseñar un modelo político, ni social, por ello estaba empezando a tener cierta desafección entre el liderazgo político y religioso, –algo que históricamente había ido unido– de modo que podía ser previsible que surgieran revueltas populares de pueblos como el egipcio, el libio, o el tunecino, que se levantaron en la denominada "Primavera Árabe", con la que el mundo pudo asistir al derrocamiento de sus líderes, pero… ¿sería relevante la figura de los ulemas, por ejemplo, para controlar desde las esferas de poder estos levantamientos?

Si en el Islam la norma moral es norma jurídica –y viceversa–, si sus dictámenes tuvieran fuerza ejecutiva, si aparecen en las Cartas Magnas de muchos países, como un órgano más dotado de funciones y engranado con el resto de las prescripciones, entonces resulta claro que un estudio jurídico de esta figura entronca con la ciencia jurídica.

Una vez dicho esto y formulados los conflictos más importantes que subyacen de mi estudio, mi labor será darles respuesta de la manera más respetuosa y objetiva posible.

1. Concepto, antecedentes históricos y funciones de los ulemas

1.1 Significado etimológico de la palabra Ulema

Ulema es una palabra que procede del singular *"alim"* cuyo significado hace referencia a una persona dedicada al conocimiento adquirido o *"ilm"* (Maillo S. F. 2005. p. 426).

Consultando el significado etimológico de la palabra *"ulema"*, ésta es descrita como el "erudito o doctor"[1], es decir, la persona especializada en el estudio del Corán, por lo tanto, al ulema lo podemos definir como un especialista en la religión islámica y en el Derecho Ismaelita.

Teniendo en cuenta esta definición, podemos observar que será considerado ulema, toda aquella persona que posea las características de la descripción anteriormente dada. Sin embargo, existen otros eruditos de la Sharía y de la religión islámica, y eso nos obliga a diferenciarlos de otras magistraturas, instituciones y cargos afines.

Ejemplo de lo dicho son los muftíes, que son considerados como ulemas debido a que, aparte de ejercer las mismas funciones que éstos, el significado de la palabra "muftí" contiene la misma definición que encontramos para describir a un *"ulema"*.

Asimismo, el muftí a su vez es un alfaquí, ya que su figura tiene relación con la enseñanza del Derecho, de la que también se ocupan los alfaquíes.

Por todo ello, se puede llegar a la primera aproximación de que, la palabra *"ulema"* incluye la descripción de todas aquellas figuras del Islam expertas en Derecho Islámico dedicadas a la emisión de fetuas para la resolución de conflictos.

1.2 Cuándo surge la figura del Ulema en el Islam

La noción de *"ulema"* no es una idea originaria del Islam. Su significado se empieza a conformar después de unas primeras épocas convulsas, que dieron lugar a arduos conflictos entre los musulmanes en tiempos de "La Hégira"[2] por ostentar el control del poder.

1. "Erudito o un hombre culto desde la raíz", (ABDUL RAUF, FeisaL, 1999, p. 205).
2. "Hégira", (VERCELLIN, G. , 2003, p. 245).

La figura de los ulemas gozó desde su nacimiento de un gran reconocimiento religioso en el mundo ismaelita.

La labor de éstos se realizaba mediante las enseñanzas de la Sharia, desde el punto de vista de la interpretación de las leyes, dado que ellos eran los encargados de hacer el análisis de la Ley Islámica conforme al Derecho, algo que les otorgaba de cara a la sociedad un poder y una influencia muy significativa, puesto que ellos eran considerados los referentes morales y espirituales.

Desde los primeros años de su nacimiento se trataron de mantener al margen de los gobiernos, pero poco a poco y dada su importancia en la sociedad no fue posible, ya que ellos eran los que marcaban una determinada línea de conducta para la sociedad musulmana. Además actuaban como referentes o portavoces, por tanto –directa o indirectamente– ejercitaban una labor de control con respecto al comportamiento de la sociedad, y también establecían un dominio hacia las autoridades, a las que podían llegar a imponer algunos márgenes éticos de actuación.

Posteriormente y con el paso del tiempo, la figura del ulema pasó a ostentar una personalidad más seria y formal, con unas claras connotaciones tanto, legales como religiosas.

Actualmente, aun con su extenso significado etimológico, la palabra *"ulema"*, solo es utilizada en el Islam sunní, debido a que en la rama chií se utiliza el concepto de "*mulá"*. Lo mismo sucede con la palabra *"muftí"*, –figura considerada ulema– solo usada en el Islam sunní, debido a que en su fracción chií se le denomina *"mujtahid"*.

En época contemporánea, –aunque no es bueno en este caso generalizar–, se tienen por ulemas también a algunos miembros de otras profesiones de rango funcionarial, como son los cadíes, muftíes, o alfaquíes, no obstante, como posteriormente comprobaremos, tanto cadíes como alfaquíes tienen contrastadas diferencias con los ulemas, no así los muftíes, que, si

nos atenemos a la descripción de su significado, poseen las mismas características que los ulemas.

1.3 Requisitos y funciones de los ulemas en el Islam

Tanto en la antigüedad como en la actualidad para ostentar el cargo de ulema, además de tener los estudios suficientes desarrollados en la "*madrasa"* o escuela, se le exigían unas actitudes morales y espirituales –a la vez que académicas– para poder llevar de una manera apropiada el ejercicio de sus funciones.

Los ulemas desde su nacimiento hasta la actualidad han ido alcanzando mayores cotas de importancia. Pero desde que ostentan un mayor poder son considerados en el pueblo islámico grandes autoridades desde el punto de vista legal, asimismo desde la perspectiva religiosa han ganado más influencia, ya que en las primeras fechas del Islam sunní desarrollaban más bien una labor de mediación entre gobernantes y ciudadanos y, sin embargo, actualmente ejercitan una labor de interpretación de leyes.

Por otro lado, la figura del ulema desde la perspectiva chií del Islam no existe, si no que se usará la definición de *"mulá"*[3]. Con ésta palabra se describe a "los altos cargos religiosos", es decir, personas versadas tanto en el Corán como en los asuntos religiosos.

Esto conforma una cultura que lleva a hacerles vértice en la vida de todo musulmán, ya que lo que buscan los fieles es practicar su religión y seguirla por "buen camino". Para ello es pieza fundamental que los ulemas, gracias a la formación adquirida, resuelvan las dudas o conflictos, –tanto legales, como religiosos–, que les son presentados por parte de las personas que se someten a ellos.

3. "Los altos cargos religiosos" también denominados *"mulá"*, (GÓMEZ GARCÍA, L., 2009, p. 334).

Punto importante a destacar es que los ulemas no eran elegidos por ninguna autoridad, ni constituían ninguna jerarquía. Tal hecho será la causa por la cual sus directrices no sean vinculantes, ello no obsta para reflejar su importancia religiosa, jurídica y política, como tendremos ocasión de comprobar.

En la actualidad, una vez se ha desarrollado el concepto de *"ulema"*, podemos establecer que la principal función que conlleva su cargo se refiere a su ejercicio como doctores del Derecho mediante el saber adquirido también llamado *"ilm"*, y por consiguiente la emisión de fetuas.

1.4 Los Ulemas y la emisión de fetuas

La principal función de los ulemas en la actualidad, como he expresado en el párrafo anterior, es la emisión de las fetuas. La fatwa se define como un dictamen o directriz no vinculante basado en la jurisprudencia islámica, emitido por un jurisconsulto, que suele ser un ulema o un muftí, cuando es requerido por una institución, por una persona, o por un grupo de personas.

En sus orígenes la fetua abordaba un asunto privado, en el que una persona exponía un problema o una disyuntiva a uno de estos dos magistrados, y éstos le recomendaban una forma de conducta o de actuación que no era vinculante para el receptor de esta directriz.

Con la llegada del nuevo siglo y la era de las nuevas tecnologías, el significado de las fetuas se ha visto trastocado debido a que, antes, estos dictámenes únicamente le llegaban a las instituciones o personas que reclamaban su ayuda para la resolución de un asunto que les competía directa o indirectamente, pero en la actualidad, y con la mayor difusión que supone la televisión, la radio, internet y otros medios de comunicación, la emisión de fetuas le llegan a la mayor parte de la población, aunque no la haya requerido.

El grave problema que esto genera es que, cualquier persona, aunque no sea una autoridad versada y con los conocimientos necesarios de Derecho y religión islámicos, se podría ver capacitada para emitir estos dictámenes, dado que, al carecer de un nombramiento que le legitime para ejercer esta función, la inseguridad jurídica que provoca la institución es más que notable.

Veamos ahora las directrices que, a su vez, se exigen una forma solemne para su emisión.

El cuerpo de la fetua está compuesta en dos partes:

Una pregunta.
Una respuesta o fetua debidamente razonada.

Normalmente, la respuesta debe ir en la misma hoja en la que se presenta la pregunta, y no es necesario que el ulema o el muftí den inmediata respuesta a la pregunta, sino que se pueden tomar un tiempo para emitir el dictamen de una manera objetiva y razonada.

Una de las fetuas emitidas que adquirió mayor renombre internacional, y por tanto, que más problemas generó fue la dictada por el Ayatolá Rulloah Jomeini, cuyo veredicto en 1989 fue referido al libro del escritor Salman Rushdie, por su obra "Los versos satánicos". Texto donde dicho autor exponía que: *"Él había dejado de creer en el Islam"*, y donde según el Ayatolá Jomeini, Rushdie había cometido blasfemia como autor de dicha obra. Además se le culpó de apostasía, lo que suponía por tanto que debía ser ejecutado, llegándose a ofrecer dinero a quien lo matase.

Las palabras de Jomeini en la radio del régimen iraní dieron la vuelta al mundo, y por tanto fueron traducidas por el canal de noticias inglés BBC, –para posteriormente publicarlas en su página web oficial– donde podemos observar que la máxima autoridad clerical chií expresaba las siguientes frases:

> I inform the proud Muslim people of the world that the author of the Satanic Verses book, which is against Islam, the Prophet and the Koran, and all those involved in its publication who are aware of its content are sentenced to death. Fetua del ayatolá Rulloah Jomeini. (BBC, 2002)

Estas palabras obtuvieron contestación por parte de Salman Rusdhie, diciendo:

> I am very sad it should have happened. It is not true this book is a blasphemy against Islam. I doubt very much Khomeini or anyone else in Iran has read this book or anything more than selected extracts taken out of context. Contestación a la fetua de Salman Rushdie. (BBC, 2002)

Los citados hechos provocaron que Gran Bretaña le tuviera que dar protección al escritor, que estuvo escondido por mucho tiempo, ya que se produjeron numerosas quemas de librerías donde éste ejemplar se encontraba ofertado, e incluso se llegó a amenazar a las editoriales que publicaran esta obra; además se llevaron a cabo protestas frente a las embajadas británicas.

En los últimos tiempos, dictámenes como el anteriormente mencionado han hecho que se lleven a cabo Consejos u Organizaciones de ulemas institucionalizados para emitir fetuas que resulten importantes para la población. Éste es el caso del Consejo Europeo para la Fetua y la investigación (ECFR), que lleva a cabo la función de encargarse de la emisión de dictámenes que afectan a los musulmanes que viven en Europa[4]; aparte de ello, procuran intentar un acercamiento entre científicos, y trabajar

4. "La función del ECFR es la de encargarse de la emisión de fetuas que afectan a los musulmanes que viven en Europa", (European Council for Fatwa and Research, 2005).

para unificar los puntos de vista doctrinales entre sí en cuestiones que resulten de especial valor.

Como ejemplo de las directrices que se han llevado a cabo; mencionaré la controversia resuelta por el ECFR, el 30 de julio de 2008, que comenzó con la pregunta:

¿Debe la eutanasia o el suicidio asistido ser legal en el Islam?»

Razonamiento del ECFR:

El Consejo, tras examinar las diferentes posturas legales de los países occidentales decidió lo siguiente:

El Consejo dictamina que se prohíbe la eutanasia activa directa y la oposición a la vez del suicidio y la asistencia que se le preste al paciente para hacerlo realidad, en base a que: de acuerdo con la Sharia, "matar" a un paciente que padece una enfermedad terminal no es permisible para el médico, la familia del paciente, o el propio paciente.

Por tanto, el paciente, sea cual sea su enfermedad, no deberá ser sacrificado debido a la desesperación o la pérdida de la esperanza en su recuperación, ni tampoco para prevenir la transmisión de la enfermedad del paciente a los demás. Por lo que, quien cometa el acto de matar, será considerado un asesino.

El Corán –además– confirma sin ningún atisbo de duda la prohibición del homicidio, según lo dicho por Allah.

Conclusión del Consejo de Ulemas:

Con todo lo dicho anteriormente El Consejo dictaminó que: se consideraba ilegal que el paciente se suicidase, y también que alguien le ayudara a llevar a cabo el suicidio, incluso si se le daba permiso para "matarlo".

1.5 Unión Internacional de Eruditos o Ulemas Musulmanes. (IUMS)

La IUMS es una organización de eruditos o sabios musulmanes, fundada en el año 2004, con sede en Qatar, cuya cabeza visible y jefe es Yusuf al-Qaradawi (International Union of Muslim Scholars, 2005).

Yusuf al-Qaradawi nace el 9 de septiembre de 1926. Se forma como teólogo islámico en la Universidad al-Azhar de Egipto y, a finales de la década de los años 90 participa en la conformación del Consejo Europeo para la Fetua y la Investigación, institución con gran influencia para los musulmanes occidentales, y organización de la que posteriormente será él, su máximo representante.

Actualmente es uno de los ulemas más influyentes del mundo, pero también uno de los más criticados por su nivel de radicalización en la emisión de algunas fetuas y artículos remitidos al mundo islámico. Dos de los ejemplos más característicos son:

Reconocer en unas declaraciones su apoyo a la organización Hamás en su lucha contra el Estado de Israel, formación reconocida desde Occidente como terrorista.

Promocionar en algunos de sus libros posturas misóginas en relación a los derechos que ostentan las mujeres en el Islam.

1.6 Universidad Gameat al-Azhar como gran centro propagador de religión y cultura en el mundo islámico

La Universidad Gameat Al-Azhar al-Sarif, fundada en el año 973 es la más antigua del mundo islámico. Situada en la ciudad de El Cairo, constituye uno de los grandes centros de conocimiento de la religión, Derecho y cultura ismaelita.

Esta Universidad intenta propagar todo el conocimiento al pueblo musulmán, algo para lo que es trascendental la figura que encarnan los ulemas como estudiosos del Islam, y la labor que realizan mediante la emisión de fetuas. Esta difusión de los dictámenes, resolviendo los litigios o controversias que surgen en el mundo islámico, sirve para proporcionar a los fieles un mejor punto de vista desde el cual seguir los principios de ésta religión.

Actualmente se han podido comprobar las grandes diferencias existentes en cuanto a la opinión entre: Ahmed al Tayyeb, actual Rector de la Universidad de al-Azhar, y el líder de la IUMS, al Qaradawi en temas tan importantes como el terrorismo.

Claro ejemplo de estas discrepancias lo podemos ver reflejado en una conferencia concedida por al Tayyeb en un congreso que fue organizado por Indonesia, en el que dicho rector se reúne con el Consejo musulmán de ancianos para expresarles que; *"el terrorismo no es parte del islam"*.

En contraposición al planteamiento del Rector, al-Qaradawi, en una conferencia que se realizó por la Asociación de Jóvenes árabes musulmanes en Ohio en 1995 viene a decir que; "*la "Yihad" nos devuelve de nuevo a nuestra fe"*.

Como podemos comprobar, dos puntos de vista muy diferentes, donde el dirigente de la Universidad al-Azhar busca conciliar a todos los musulmanes de las diferentes ramas del islam en una posición moderada, y por otro lado, el líder de la IUMS expone un discurso un poco más beligerante mostrando su sorpresa cuando ve que algunos jeques publican fetuas que traicionan a los muyahidines en lugar de apoyarlos, o instarlos a sacrificarse y a ser mártires. Esto es una buena prueba de la división interna que vive la religión de la media luna.

Desde mi punto de vista esto suscita un gran problema para los musulmanes, ya que, las dos figuras a las que he hecho referencia en los párrafos

anteriores son emblemas y modelos de vida fundamentales para el mundo islámico, y quizá, dos versiones tan contrapuestas para temas tan similares solo creen confusión a la hora de practicar la religión islámica.

1.7 Diferenciación de la figura de Ulema con otras figuras en el mundo islámico

Es conveniente en este punto hacer una diferenciación precisa entre la magistratura del ulema con otras figuras que pueden resultar semejantes, pero que no desarrollan las mismas labores que los ulemas de cara a la sociedad, ya sea desde el punto de vista legal o religioso.

Las figuras afines a las que hago mención son:

Cadí: En los orígenes del Islam la labor del cadí se limitó a ser la autoridad que se encargaba de ejecutar las leyes de la Sharía que eran interpretadas por los alfaquíes. Este cargo fue nombrado por los Califas en base a unos parámetros de distribución que se basaban en el territorio, aunque para poder ser jueces y ejecutar las leyes a los cadíes se les exigía "una moralidad por la que se entendía que llegaría el respeto del pueblo a su figura."[5]

Actualmente, el cadí es nombrado por los gobernantes, y nos referimos al cadí como juez ordinario.

Alfaquí: Denominación que se utiliza para llamar a la persona experta en "*fiqh*" o jurisprudencia islámica. Un alfaquí normalmente es un profesor versado en las escuelas tradicionales del "*fiqh*", también denominadas "*madhabs*". En el Islam sunní podemos diferenciar las siguientes escuelas:

5. "Una moralidad por la que se entendía que llegaría el respeto", (GÓMEZ GARCÍA, L.,2009)

Hanafí: Es la escuela más antigua y debe su nombre a Abu Hanifah (Motilla, A.; Catalá, S., 2012, p. 61).

Hanbalí: Escuela del discípulo Ahmad ibn Hanbal (Motilla, A.; Catalá, S., 2012, p. 61).

Malikí: Escuela, obra del medinés Malik ibn Anas (Motilla, A.; Catalá, S., 2012, p. 61).

Shafi'í: Escuela del árabe qurayshí al Safii, del año 820 d.C. Autor respetado como el verdadero fundador del *"fiqh"* musulmán (Motilla, A.; Catalá, S., 2012, p. 61).

Algunos autores –aunque con matices– introducen esta figura en la categoría de ulema. La principal diferencia por la que yo no lo hago es porque considero que, aunque sí es un experto tanto en jurisprudencia islámica, es decir en *"fiqh"*, no se muestra en ninguna descripción de sus funciones que éste emita fetuas para la resolución de conflictos, o emita directrices para guiar la vida de los musulmanes, aspecto principal de los ulemas y por el que creo que no debe entrar en la categoría de ulema.

Muftí: Se denomina *"muftí"* a la figura del jurisconsulto que emite fetuas o dictámenes sobre jurisprudencia, que no son vinculantes para la población musulmana.

Asimismo, el muftí es también la persona que establece unas "líneas principales que sirven para la vida práctica"[6], pero no sentencian sobre los hechos que se han producido, ya que esa sentencia será labor del cadí.

6. "Líneas principales que sirven para la vida práctica", (MAÍLLO SALGADO, F., 2005 p. 241).

Normalmente suele ser el gobernador del país quien designa al muftí para que enseñe el culto en las grandes mezquitas del país.

Dicho esto, podemos observar como el muftí tiene la misma definición que el ulema, por lo que también ejercerá sus mismas funciones.

Walí: Cargo existente en muchos países del mundo musulmán, como por ejemplo, Marruecos o Afganistán, en el que su potestad equivale en el Islam a la de gobernador. El territorio que es gobernado por un Walí se denomina *"wilāya"*

Imán: En la primera época del Islam, entre el siglo octavo y noveno, la palabra *"Imán"* se usaba para definir a la persona cuyas características era el modelo a seguir para los musulmanes[7], y posteriormente se utilizó para delimitar a la persona que se encargaba de la dirección de la oración ritual. En la actualidad, el Imán es la persona que guía a la comunidad musulmana y la acompaña en sus deberes religiosos, es decir, el que actúa como guía espiritual.

2. Representación actual de ulemas en las constituciones de los países que constituyen la organización de la conferencia islámica

2.1 Organización de la conferencia islámica (OCI)

La Organización de la Conferencia Islámica es un organismo que integra a países considerados de confesión musulmana, por lo que dentro de este entramado están incluidos todos los Estados que conforman la Liga

7. *"Imán, persona cuyas características eran el modelo a seguir para los musulmanes"*, (MAÍLLO SALGADO, F., 2005 p. 156).

Árabe actualmente, aunque también en esta estructura se encuentran países laicos, como posteriormente podremos comprobar.

La Organización de la Conferencia Islámica se compone de cincuenta y siete Estados miembros los cuales son:

Afganistán, Albania, Arabia Saudita, Argelia, Azerbaiyán, Bahréin, Bangladés, Benín, Brunéi, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Comoras, Costa de Marfil, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, Guinea-Bissau, Guinea Conakry, Guyana, Indonesia, Irán, Irak, Jordania, Kazajistán, Kirguistán, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Maldivas, Malí, Marruecos, Malaui, Mozambique, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Palestina, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Surinam, Siria, Tayikistán, Togo, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Uganda, Uzbekistán, Yemen, Yibuti.

2.2 Análisis constitucional

Se trata de un investigación en la que realizaré un estudio de las Constituciones de los Estados que conforman la OCI, para establecer si tienen o no ulemas y las funciones que éstos ejercen mediante el encargo de los gobiernos, debido a que, cada Estado utiliza esta figura representativa de una manera diferente según su ley suprema.

En una primera aproximación, podremos observar que la mayoría de los gobiernos usan a los ulemas como una fuente de control y poder respecto de su pueblo. Además, podremos ver el especial grado de afectación que tienen sus fetuas en el mundo musulmán.

Por otro lado, aunque no le dedicaré una parte específica de mi trabajo a la labor del Gran muftí, sí destacaré esta figura de líder religioso y jurídico en algunas de las Cartas Magnas que estudiaré, debido a la importancia que ostenta este cargo en las naciones en las cuales se encuentra.

Hay que decir también que, aunque estos no se encuentren constitucionalmente reconocidos en muchas Cartas Magnas, hay una figura de Gran Muftí en cada país islámico[8] (SAMIL KALIL, S., 2006, P. 41) e incluso en países que son laicos. En los países musulmanes es el Rey, Presidente o gobernador el que ostenta el poder de nombrarlos

Líbano, Omán, Arabia Saudí, Egipto o Irán, son los países en los que destaca la labor del Gran Muftí por su relevancia en el paradigma mundial.

2.2.1. África occidental

En África occidental encontramos los siguientes países:

Benin, Burkina Faso, Camerún, Chad, Costa de marfil, Gabón, Gambia, Guinea Bissau, Guinea Conakry, Mali, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Togo.

Todos los países que están dentro de la OCI formando parte de África occidental son naciones laicas, o tienen separación Iglesia-Estado, dado que sus diferentes Constituciones así lo expresan en los primeros artículos de cada una de ellas; consecuencia de lo anterior, por tanto, es la carencia de Consejos de Ulemas, al menos como órgano constitucional.

2.2.2. África oriental

En África oriental y constituyendo parte de la OCI encontramos los siguientes países:

Comoras, Malaui, Mozambique, Somalia, Sudán, Uganda, Yibuti.

8. *"Hay una figura de Gran Muftí en cada país islámico".*

De estos siete países que conforman parte de África oriental, solo encontramos tres Estados islámicos que se declaran como tal constitucionalmente; Comoras, Somalia y Yibuti.

Además, Somalia expresa en su Constitución que una de las fuentes principales de su ordenamiento jurídico es la Sharia, algo que no pasa en Yibuti o en Comoras, ni por lo tanto en las otras cuatro naciones que no se pronuncian en tema religioso, como es el caso de Malaui, Mozambique o Uganda.

El caso Sudanés es diferente ya que tiene separación Iglesia-Estado.

La República Islámica de Comoras es el único país de los siete anteriormente citados en el que se encuentra un Consejo de Ulemas.

Comoras es un territorio en el que no se coloca a la Sharia expresamente como una fuente del Derecho, pero sí admite que las normas jurídicas del Islam puedan incorporarse al ordenamiento jurídico.

En este Estado, como he mencionado inicialmente, se contempla un Consejo Consultivo de Ulemas. El Consejo de Ulemas, en este caso, sirve para elaborar decisiones relativas a la religión del país, y será el Consejo ante el que se deban someter las cuestiones que tengan que ver con el orden moral y religioso del país.

2.2.3. África septentrional

África septentrional es una zona geográfica en la cual algunos países de su entorno pertenecen a la OCI, como son los casos de: Argelia, Egipto, Libia, Marruecos y Túnez.

Estos cinco Estados son árabes y musulmanes. Asimismo, cada una de estas cinco naciones –exceptuando Túnez–, cuenta con Consejos de

Ulemas, Consejos de Estado, o Altos Tribunales Islámicos, es decir, figuras un tanto similares que cuentan con ulemas dentro de sus organismos.

La República Popular de Argelia es un territorio árabe e islámico.

En los artículos 171 (WIPO, 1996) y 172 (WIPO, 1996) de su Constitución, se establece una institución un tanto afín al Consejo de Ulemas llamado, Alto tribunal islámico.

El Alto tribunal islámico en este caso lleva a cabo las mismas funciones que llevaría el Consejo de ulemas, es decir, la emisión de dictámenes sobre los asuntos sometidos a su conocimiento con respecto a las normas religiosas.

Además, este organismo está compuesto por quince miembros, entre los que se nombrará el Presidente, el cual será elegido por el Jefe de Gobierno de la República entre las élites nacionales de las diferentes ciencias.

Argelia al mismo tiempo establece en su ley principal un Consejo de Estado (WIPO, 1996) que lleva a cabo una de las funciones principales de los ulemas, como es la de asegurar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en todo el país y supervisar el respeto a la ley.

En cuanto a la República Árabe de Egipto se trata de una nación árabe e islámica y, por lo tanto, de un Estado confesional.

En la Constitución de Egipto, la Sharia es la fuente principal del Derecho, es decir, de donde surgen las normas reguladoras jurídicas.

En Egipto no encontramos un Consejo de Ulemas como tal o cualquier otra figura que pueda ejercer funciones similares, si no que encontramos una estructura mucho más importante dentro del mundo musulmán, organismo que –aparte de contar con ulemas entre sus diversos cuerpos–

también actúa como uno de los máximos referentes mundiales del Islam, se trata de la Universidad al-Azhar.

La Universidad de al-Azhar, como se menciona en el artículo 7 (OMPI, 1996) de la Carta Magna egipcia, es la mayor institución islámica científica independiente. Universidad que además cuenta con competencia exclusiva sobre sus propios asuntos. Es de destacar dicha autonomía pues, con frecuencia, nos encontramos instituciones políticas o de origen constitucional que de un modo u otro están controladas, directa o indirectamente, por el poder político.

Su Rector es la principal autoridad para ciencias de la religión y asuntos islámicos. Responsable de la predicación del Islam y la difusión de los dogmatismos de la religión, también ostenta la máxima representación de la lengua árabe en Egipto y en el mundo.

Además, como decíamos en párrafos anteriores, esta nación cuenta con un Gran Muftí y aquélla será la institución encargada también de elegirlo.

La primera elección del Gran muftí en la era democrática de Egipto sería tras el derrocamiento del dictador Hosni Mubarak, la cual se produjo en febrero de 2013, cuando los ulemas de la Universidad al-Azhar eligieron como Gran muftí y máxima autoridad religiosa del país a Shauki Ibrahim Abdelkarim, cuyo cargo anterior había sido el de profesor de jurisprudencia islámica en la Universidad de Tanta, al norte de la capital egipcia, y que sustituía así al anterior elegido por Hosni Mubarak, Ali Gomaa.

Después de esta elección –de Shauki Ibrahim Abdelkarim–, sería el expresidente Mohamed Morsi quien ratificaría en el cargo a dicho muftí, convirtiéndose, por tanto, en el decimonoveno el líder religioso del país.

Libia es una nación constitucionalmente árabe e islámica. Su principal fuente de derecho la encontramos en la Sharia, pero es un Estado en el que no se encuentran ni si quiera figuras similares a los ulemas.

El Reino de Marruecos**.** Es una monarquía definida en los primeros artículos de su Carta Magna como árabe e islámica.

En dicho territorio no encontramos la Sharia como fuente principal del ordenamiento jurídico.

En referencia a los ulemas, haciendo un estudio de este texto sí encontramos un Consejo, pero un tanto singular. Es un Consejo Superior de Ulemas regulado en el artículo 115 de la Constitución marroquí, prácticamente puesto a disposición del monarca, dado que –como se expresa en el texto constitucional–, este Consejo consultivo solo responderá a las consultas que provengan del monarca.[9]

Por un lado, al convertirse constitucionalmente el Rey en Emir de los creyentes marroquíes, es la primera autoridad religiosa y, por ende, no puede ser objeto de ataque –directo o indirecto– tanto en su condición de soberano como en la de líder religioso. Pero no bastando con ello, como hemos dicho anteriormente, la Constitución establece un Consejo Islámico a cuyos componentes el propio Rey designa para que resuelvan las cuestiones que él le somete, teniendo, además, el monopolio en la emisión de fetuas.

Pero no nos equivoquemos, este blindaje de la figura del Rey le proporciona, a su vez, capacidad para introducir reformas sin que las facciones más tradicionalistas y fundamentalistas puedan hacer legalmente nada.

Por tanto, si unimos lo dicho anteriormente con que es el Rey quien elige a las personas que compondrán este Consejo consultivo, podemos pensar que Marruecos utiliza el Consejo superior de Ulemas como una figura meramente instrumental al servicio del poder.

9. Artículo 115. *Bulletin officiel 28Chabaane 1432, 30 Juillet 2011.*

Túnez es una República cuya Constitución la define como árabe y confesional islámico, pero en la ley suprema de este país no encontramos ninguna figura que haga referencia a la figura de los ulemas u órganos similares.

Tampoco este Estado recoge en su Constitución a la Sharia como fuente principal de sus normas jurídicas, ni si quiera como una fuente de dichas normas. Ello no nos debe extrañar porque Túnez es, sin lugar a dudas, el país más occidentalizado del mundo árabe. Su legislación interna admite la adopción, por ejemplo, absolutamente prohibida en el Corán o, también, el consumo de alcohol, contra el criterio seguido en la mayor parte de los países de tradición ismaelita.

2.2.4. Asia central

Formando parte de la OCI, en Asia central encontramos los siguientes países: Kazajistán, Kirguizistán, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbequistán.

En estas cinco Repúblicas que forman parte de Asia central no encontramos representación de confesionalidad ya que se definen todas ellas como laicas, excepto el caso de Uzbequistán, que no especifica en materia de religión, y solo expresa en su Constitución el no reconocimiento de una ideológica como parte del estado.

2.2.5. Asia meridional

Algunos países de los que conforman Asia meridional, y que a su vez forman parte de la Organización de la conferencia islámica son: Afganistán, Bangladés, Irán, Maldivas y Paquistán.

La República Islámica de Afganistán es un Estado confesional islámico. En la Constitución Afgana no se menciona la Ley Islámica como fuente principal de su Derecho y tampoco como una fuente de Derecho. En este territorio no encontramos un Consejo de Ulemas definido como

tal, sino que en su Carta Magna aparece una Corte Suprema –más concretamente– en su artículo 118, lo que induciría a pensar que no existe la figura.

Sin embargo, en esta Corte Suprema nos encontramos que hay presencia de dicha magistratura. Si leemos el apartado 3 del artículo 118, éste establece que: "se exige que, para ser miembro de esta Corte Suprema, se debe disponer de la educación superior en los estudios jurídicos o jurisprudencia islámica, así como conocimientos y la experiencia adecuada en el sistema judicial de Afganistán para poder resolver controversias", es decir, la definición clara de lo que es la capacitación, el trabajo y las competencias de un ulema"[10].

En cuanto a Bangladés, se trata de un Estado confesional islámico, pero no es un país árabe. Esta República en su texto legislativo no hace referencia a ulemas ni figuras de las que se deduzca que pueden llevar a cabo la misma función que estos harían.

Por otro lado, uno de los países árabes más herméticos que conocemos en la actualidad, pero también uno de los Estados más representativos del mundo árabe es la República Islámica de Irán. Irán se delimita como una nación confesional islámica, pero no cita la Sharia como la fuente principal de su Derecho, sino que hace referencia a la justicia del Corán, por lo que entendemos que una de las fuentes productoras de sus normas jurídicas es el Corán.

Constitucionalmente Irán no cuenta con una figura como la de los ulemas, ni tampoco con muftíes así denominados porque, como explicamos anteriormente, los muftíes se denominan así solo en la rama Sunní del Islam. Por tanto, cuenta con una figura denominada *"Mujtahid"*, citado

10. Artículo 118. *Consulate General of Afghanistan (2012).*

así en el artículo 157[11] de su Carta Magna. A éste experto lo podemos definir como una persona bien versada en asuntos judiciales y legales, encargado, al igual que los ulemas o muftíes, de reflexionar sobre los asuntos que complementan al Corán o a la Sunna, función denominada *"ijtihād"*, expresión que podríamos traducir en términos jurídicos por "interpretación".

Irán sí que se provee de una Asamblea Consultiva Islámica. Ésta Asamblea –como se establece en la Constitución– ejerce la función de aprobar las leyes que se elaboran en el país. Si, posteriormente, hay un acuerdo entre la Asamblea Consultiva, y el presidente de la República, obligatoriamente el Jefe del Estado debe refrendar y firmar esta ley.

La Corte es una Cámara Legislativa que se utiliza para ejercer el control sobre las leyes que se crean en la nación, por lo que estará compuesta por figuras que estarán formadas académicamente –como son los estudiosos del Derecho islámico–, para que las normas jurídicas que emanen de la cámara no sean contradictorias con la religión.

Actualmente, la máxima autoridad clerical del país de mayoría chií es el Ayatolá sayyid Alí Hoseiní Jamenei, el cual ostenta el máximo título religioso del mundo chiíta.

Jameini es un Ayatolá versado en ciencias y jurisprudencia islámicas, que se benefició de mulás de gran prestigio en el mundo musulmán como el Ayatolá Ruhollah Jomeini, del que sería posteriormente su descendiente en el cargo.

En cuanto a Maldivas, es un Estado republicano y confesional islámico que –pese a ello– no tiene como fuente principal de su ordenamiento la Sharia, sino que –como expresan algunos párrafos de su Constitución–, el Islam será la de la base de todas las leyes de Maldivas, y por tanto no se

11. Artículo 157. *OMPI (1996)*.

dictará ninguna ley contraria al Islam. En esta República no se encuentran Consejos de Ulemas, ni tampoco otras figuras afines.

República Federal Islámica de Paquistán. Se trata de un territorio que se declara en los primeros artículos de su Carta Magna como confesional islámico cuya lengua es el árabe. No expresa en su texto que la Ley Islámica sea una de las fuentes de las normas jurídicas, sino que solo se refiere a los principios del Corán y la Sunna, que serán los que guiarán la vida de los musulmanes.

Con respecto a los ulemas, en Paquistán encontramos dos referencias:

La primera en su artículo 59 de la Constitución, en el cual se expresa la composición de la cámara alta del país, es decir, el Senado. El artículo 59[12] de la ley suprema paquistaní expone que: "El Senado estará compuesto por 104 miembros entre los cuales encontramos la elección obligatoria de cuatro ulemas elegidos por los miembros de las diferentes asambleas provinciales del país.

La segunda referencia que encontramos entorno a la figura de los ulemas en este texto supremo, la observamos en el Consejo de Islámico, así descrito en su artículo 228[13] de su ley principal. Las funciones y requisitos de este Consejo son los mismos que se establecen para los Consejos de ulemas, es decir, que tengan conocimiento de los principios y la filosofía del Islam tal como se enuncia en el Corán y la Sunna, o la comprensión de los problemas económicos, políticos, legales o administrativas de Paquistán, para poder resolverlos.

Además será el Presidente de Paquistán quien designe al Presidente del Consejo Islámico, lo que, de facto, supone que sea un consejo supeditado a lo que establezcan las máximas autoridades del Estado.

12. Artículo 59. *Embajada de Pakistán (2003).*
13. Artículo 228. *Embajada de Pakistán (2003).*

Las funciones del Consejo Islámico son:

Hacer recomendaciones al *"Majlis-e-Shura"* o Parlamento.

Hacer recomendaciones a las Asambleas Provinciales en cuanto a las formas y medios de facilitar y alentar a los musulmanes de Pakistán para ordenar su vida individual y su vida colectiva en todos los aspectos, de acuerdo con los principios y conceptos del Islam, como se enuncia en el Corán y la Sunna.

Por tanto, una de las funciones más importantes del Consejo islámico en Paquistán, será dar respuestas o consejos sobre las controversias que las diferentes asambleas o gobernadores e –incluso– el Presidente les formulen en base a la no contracción con los principios religiosos.

2.2.6. Sudoeste asiático

Los países de la Organización de la Conferencia Islámica que forman parte del sudoeste asiático, y por tanto de la llamada Península Arábiga, son: Arabia Saudí, Azerbaiyán, Bahréin, Emiratos Árabes Unidos, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Omán, Palestina, Qatar, Siria, y por último Yemen.

Todos ellos –excepto el Líbano– son países declarados confesionales islámicos, y algunos de ellos con las figuras que estamos buscando en nuestro trabajo, es decir Consejos de Ulemas, como seguidamente podemos ver.

Arabia Saudí es una monarquía confesional islámica y árabe.

En Arabia Saudí la Sharia es una de las fuentes reguladoras de las normas jurídicas, norma contra la que no podrá ir ninguna ley del territorio. Además, como base de su ordenamiento, encontraremos también el

Corán y la Sunna. En este reino sí que encontramos un Consejo de Ulemas, y aparte también un servicio de administración de la investigación religiosa: *"Ifta"*, reconocidas las dos en el artículo 45[14] de la Constitución.

Destacar que, aunque en su Carta Magna no lo veamos reflejado, en Arabia saudí la máxima autoridad religiosa es el Gran Muftí Abdul aziz bin Abdullah bin baaz Al Shiekh, cuyo nombramiento se hizo en 1999 por el Rey Fahd. Éste Gran muftí también ha sido autor del libro *"El verdadero credo islámico, lo que lo contradice y lo que lo invalida"*, donde expresa que hace ese libro porque quiere hablar sobre el "credo verdadero" (Aziz Bin Abdullah Bin Baaz, A., *s.f.*) y en él menciona las evidencias de la Sharia, el Corán y la Sunna. Actualmente, en ésta monarquía el Gran Muftí es el Presidente del Consejo de Ulemas, y del Consejo de Investigación para la Fetua.

En el caso de Azerbaiyán encontramos un Estado Republicano que, aunque figura dentro de la Organización de la Conferencia Islámica, es laico y, por tanto, no podemos encontrar en su Constitución ninguna referencia a la figura del ulema.

Por otro lado, el Reino de Bahréin es un territorio árabe –además de confesional islámico–, que tiene como fuente principal de su ordenamiento jurídico la Sharia. Bahréin no cuenta con un Consejo de Ulemas reconocido de una manera constitucional, pero sí con un Consejo Consultivo formado por 40 miembros que constituirán parte de la Cámara Legislativa de esta nación junto con la Cámara de Diputados. El Rey será quién designe al Presidente del Consejo consultivo.

El Estado federal de los Emiratos Árabes Unidos es definido como confesional islámico y, a su vez, árabe. La fuente principal de su ordenamiento jurídico es la Sharia, establecido así en los primeros párrafos de su Constitución. Con respecto a la presencia, o no, de ulemas, en su Carta Magna los EAU cuentan con un

14. Artículo 45. *OMPI (1996).*

Consejo Supremo que será el que apruebe, modifique, y controle las leyes que hacen las diferentes federaciones, para que estén de acuerdo con los principios de la Constitución basados en el Islam y la Ley Islámica.

Por otro lado, en Irak observamos un territorio árabe e islámico, republicano y federal. Como base de su legislación no se menciona a la Sharia. Además, es una nación que cuenta con un Consejo de Estado señalado en el artículo 101[15].

Un Consejo de Estado que bien podría ser llamado Consejo de Ulemas debido a que éste lleva a cabo las funciones de:

Control de la justicia administrativa.
Redacción y emisión de dictámenes que representan al Estado.
Llevar a cabo la realización de comisiones públicas.

El Reino Hachemita de Jordania se proclama como una nación árabe en la cual el Islam es la religión nacional según su Constitución, y en la que no se menciona a la Ley Islámica como una norma fuente de su regulación estatal. Dicha monarquía cuenta en su ley suprema con un Alto Tribunal Islámico que interpreta las disposiciones de la Constitución si así se solicita por una resolución emitida por el Consejo de Ministros, o por decisión de cualquiera de las Cámaras del Parlamento por mayoría absoluta. Éste dictamen será efectivo después de su publicación en la Gaceta Oficial.

El Alto Tribunal, con su función interpretativa de las leyes, lleva a cabo las mismas funciones que llevaría un Consejo de Ulemas. Conjuntamente también existe un Tribunal Especial: *"Diwan"*, que se encarga de interpretar las leyes que no se han interpretado en el Tribunal para posteriormente emitir sus decisiones o dictámenes.

15. Artículo 101. *WIPO (1996)*.

Formando parte del sudeste asiático, encontramos al pequeño Emirato, árabe e islámico, de Kuwait, cuya principal fuente dimanante de normas jurídicas se encuentra en la Sharia; en esta nación encontramos un Consejo Supremo en su artículo 168[16], pero, en este caso, no a los ulemas –o no podemos deducir la existencia de ellos–, dado que en las labores de este consejo no aparece ninguna afín a la de la magistratura que estamos analizando.

Líbano es un nuevo ejemplo de país republicano en cuya Constitución no se explicita la no confesionalidad del Estado. Sólo expresa en su Carta Magna que es un territorio árabe que respeta la libertad religiosa, el cual expone que todos los ciudadanos tendrán los mismos derechos y libertades. Por tanto en esta nación no encontramos referencias constitucionales de ulemas, aunque si de un Gran Muftí.

El Gran muftí, que ejerce de "guía" para la vida de los ismaelitas libaneses, es El Sheikh Abdel-Latif Derian, personalidad que recibió las felicitaciones del Primer Ministro libanés por la moderación en su discurso, algo muy importante actualmente dado el paradigma global que se vive en cuanto a la religión islámica.

El Sultanato de Omán es un país árabe e islámico, cuya base para la legislación del Estado es la Sharia. Nos encontramos en este caso ante un nuevo ejemplo de forma monárquica, si bien aquí muy típica del Islam histórico. En Omán hay presencia de ulemas en su ley suprema, pero sólo los podemos observar de una de una forma indirecta, en su artículo 69[17], ya que no están referidos como tal de una forma expresa.

En este artículo se habla de una figura que debe dar su opinión sobre la legalidad de las leyes y otras controversias a los ministerios, algo que es función de los ulemas en el mundo musulmán.

16. Artículo 168. *WIPO (1996)*.
17. Artículo 69. *OMPI (1996)*.

Este Sultanato, aunque no tiene –como hemos dicho anteriormente– la figura del ulema o del muftí, definida constitucionalmente como tal, sí que tiene una vez más un Gran Muftí, el Dr. Ahmed bin Hamad al-Khalili.

El caso de Palestina es un caso singular dado que no tiene Carta Magna, por lo que al menos institucionalmente no contaría con la existencia de ulemas.

En cuanto a Qatar es, asimismo, una forma monárquica propia del mundo arábigo, concretamente, un Emirato, que consolida una nación árabe e islámica, cuyo pilar de su legislación es la Sharía, pero que no cuenta con la existencia de ulemas en su Carta Magna.

Si nos vamos a la actualmente convulsa República Árabe de Siria, debemos decir que es una nación musulmana que, además, establece el respeto a las otras religiones.

Siria expone una singularidad en su principal ley en base al régimen regulador de las normas jurídicas, ya que dice que la base de sus normas será la jurisprudencia islámica. De lo cual podemos extraer la existencia e importancia de los ulemas, muftíes u otros cuerpos jurídicos, en esta sociedad, debido a que son ellos los emisores de los dictámenes jurisprudenciales.

La actual República de Yemen incluye lo que otrora fueron dos Estados: Yemen del Norte y Yemen del Sur, el cual ocupa lo que fue en su día la capital del Reino de Saba, muy citado en el Antiguo Testamento. Yemen es un país árabe y confesional islámico cuya fuente de toda legislación es la Sharia. En ésta República no hay reseñas de la existencia de ulemas en su ley principal ni figuras que realicen funciones que podríamos calificar de similares a las que ejercen éstos.

2.2.7. Sudeste asiático

El sudeste asiático consta con tres países de su núcleo geográfico que forman parte de la OCI, y son los siguientes: Brunei Darussalam, Indonesia, y Malasia.

De estos tres países sólo Brunei cuenta con los citados doctores de Sharía dentro de su Constitución, porque aunque tanto Malasia como Indonesia son países confesionales islámicos, no cuentan en su Constitución con ulemas.

Brunei Darussalam**.** En este pequeño país que apenas llega al medio millón de habitantes es posible apreciar en los primeros artículos de la Constitución su confesionalidad islámica.

Del análisis constitucional podemos extraer que cuenta con un ulema, mostrado así en su artículo 86[18]. Este magistrado está asentado como miembro del Tribunal de Interpretación, junto a otros miembros como son un Presidente, –que deberá ser una persona que desempeña o ha desempeñado funciones en altos cargos judiciales, o que haya dedicado un mínimo de veinte años a la práctica legal en cualquier país– y, por otro lado, un miembro que deberá tener un mínimo de diez años en la práctica legal.

Este Tribunal está diseñado para actuar cuando se tiene una duda sobre el significado, la interpretación, el propósito, la construcción, el ámbito o efecto de cualquiera de las disposiciones de la Constitución.

Surgida la incertidumbre, se le preguntará al Tribunal de Interpretación para que establezca la resolución. Su elucidación será considerada concluyente y vinculante para todas las personas, y no podrá ser cuestionada, ni si quiera ser objeto de ninguna revisión o apelación a otro Tribunal.

2.2.8. Europa

Europa cuenta con dos naciones dentro de la OCI, Albania, que no tiene una religión oficial reconocida y, por otro lado, Turquía, cuya Constitu-

18 Artículo 86. *WIPO (1996).*

ción lo define como un país laico, aunque sociológicamente más del 95% de la población sea musulmana.

En las dos Repúblicas europeas que forman parte de la OCI, no se encuentran ninguna figura que pueda parecerse a la del ulema.

2.2.9. América del sur

América del Sur cuenta con dos países dentro de la Organización de la conferencia islámica y son: Surinam y Guyana.

Son dos Repúblicas suramericanas, curiosamente islámicas debido a la enorme inmigración que se produjo en siglos pasados de mano de obra oriental de religión mayoritariamente musulmana, en las que se puede ver cómo la libertad religiosa queda garantizada en sus correspondientes Cartas Magnas. Por ello no podemos reconocer en sus Constituciones la figura institucional de los ulemas.

3. Problemas que suscita en la UMMA el control de los ulemas por parte del Gobierno

Comenzaba la introducción de mi trabajo con una serie de preguntas que me suscitaba la figura del ulema y sus figuras afines, pero a las que hasta ahora no podía dar respuesta –dado que no había hecho el análisis constitucional que debía llevar a cabo para contestar a esas controversias–.

Una vez hecho el estudio, podemos comprobar a primera vista cómo algunos de los gobiernos estatales usan esta institución a su antojo para emitir dictámenes que no deberían ser vinculantes, pero que, –como parten de reconocidas autoridades– sí lo son. Claro ejemplo de ello es Marruecos. En esta nación el Rey mediante el control de las fetuas hace que la población se incline hacia uno u otro pensamiento. Pero lo más

anecdótico es que, con esto también está consiguiendo que las facciones más fundamentalistas del país se mantengan fuera del control político de las ciudades, algo que en cierto modo resulta bueno para mantener la paz.

Por tanto, todo el análisis llevado a cabo desde mi perspectiva europea me suscita las siguientes cuestiones: ¿Por qué utilizar esta magistratura?, ¿Cuál es el fin?, ¿Qué beneficios obtienen los gobiernos?, ¿Qué rendimientos o pérdidas puede generar en el pueblo musulmán este tipo de dictámenes ideologizados?, ¿Realmente es bueno para la práctica de esta religión el nivel de atomización que supone tener a tantas personas emitiendo dictámenes contradictorios para casos que a veces se tornan similares? ¿Por qué según el territorio en el que se viva se emiten fetuas diferentes? ¿Incluso siendo el mismo territorio?, ¿Son buenas las diferentes respuestas de los ulemas a cuestiones que asemejan?

Los ulemas reconocidos legalmente y de una manera oficial son una de las partes fundamentales del Islam y vértice principal de la *"Umma"* o comunidad musulmana.

Un pueblo, que al igual que las instituciones, a veces tiene dudas acerca de ciertos comportamientos, tanto religiosos como jurídicos, y que para la resolución de dichas controversias cuenta con unas personas dispuestas a zanjarlas de la mejor manera, y así poder realizar de un mejor modo la práctica del Islam

Por tanto, esto responde a la primera pregunta formulada.

Teniendo en cuenta que la comunidad necesita soluciones, y son los ulemas quien se las proporciona en virtud de su interpretación de la religión y –también– con el saber que ostentan del Derecho islámico, quizá, si se ejerce un control desde el gobierno sobre los ulemas y sobre sus dictámenes, se pueda controlar a una población que pide respuestas.

Esto nos lleva a una segunda y a una tercera pregunta: ¿Cuál es el fin?, ¿Qué beneficios obtienen los gobiernos?

Comienzo mi respuesta con otra pregunta: ¿Realmente en la actualidad los ulemas o los muftíes que forman parte de un gobierno totalitario tienen la preparación que deberían para estar en ese cargo?, ¿O es mejor para el régimen que no la tengan para así poder ejercer un mejor dominio sobre ellos?, ¿O quizá es que no se debe a su formación?

En primer lugar, aclararé que estoy seguro de que la mayor parte de los ulemas están bien preparados para su profesión pero, realmente, y aun teniendo en cuenta las diferentes ramas del Islam, no comprendo por qué en casos muy similares los ulemas aplican de una manera tan diferente el Derecho.

Para responder la pregunta sólo encuentro tres opciones:

La primera opción sería que este dominio se usase para favorecer el régimen para el cual trabajan ya que a la vez se favorecen ellos mismos, debido a que cuanta más represión se ejerza sobre una población menos recursos tiene, y por tanto es más fácil que sigan a los líderes.

Como segunda alternativa, porque no pensar que unos pocos ulemas no tienen los conocimientos suficientes para ostentar ese cargo, y por eso no aplican bien el Derecho Islámico.

Pero, claro, he de diferenciar en este punto, que no es lo mismo un ulema institucionalizado, cuyo pensamiento y dictamen tiene un gran recorrido, que la fetua de un ulema cuyo medio de respuesta a la controversia de las personas es una página on-line en la que solo ve el dictamen la persona que necesita la respuesta, además de que quizá el dictamen esté descontextualizado por no tenerse en cuenta la situación que envuelve a la persona o a la sociedad de la que proviene.

Como última opción me quedaría pensar que algunos gobernantes –mediante estos dictámenes jurídicos ideologizados, que deberían ser objetivos y estar basados en Derecho Islámico– quieren que el pueblo entero se congratule en su pensamiento para seguir fielmente a su máximo mandatario por lo que así éste nunca sufriría revueltas como las que se dieron en la denominada "Primavera árabe".

¿Porque si no?; cómo explicamos la fetuas, en las que una parte de los ulemas–en primer lugar el Rector de la Universidad de al-Azhar– le dicen a la población que se condenan los atentados de organizaciones terroristas, mientras que otro ulema como es Yusuf al-Qaradawi, contradice a la vez que expresa su sorpresa, porque algunos ulemas y líderes no ensalcen la figura de los *"muyahidines"* –terroristas muertos en atentados– a la de mártires.

Pero realmente estos dictámenes tan ideologizados ¿qué rendimientos o pérdidas pueden generar en el pueblo musulmán?

Desde el punto de vista jurídico, la emisión de fetuas por parte de los ulemas debe ser absolutamente objetiva, basándose en el Derecho Islámico, es decir, no debería llevar mayor carga ideológica que la que lleva ya de por sí, dado que se trata de la interpretación de una norma jurídico-religiosa.

Si lo miramos desde una perspectiva del Derecho Occidental, no creo que se genere ningún beneficio porque, a mi juicio, lo que se consigue con esto es manipular el Derecho Islámico, pero solo para que unos pocos se vean favorecidos, porque, al final, cada Jefe de Estado tendrá su propia ideología y, por tanto, sus ulemas emitirán fetuas diferentes, con lo que conseguirá dividir a una "*Umma"* que actualmente vemos que está pagando las consecuencias.

Con todo lo dicho, la conclusión que se puede sacar es el gran nivel de atomización del pueblo islámico. Y con esto, me refiero al hecho de que

pueda haber tantas personas de diversa índole jurídica, de pensamiento, y con diferentes interpretaciones emitiendo dictámenes tan importantes para la vida de la población musulmana. Algo que explicaría o, al menos, puede explicar, los problemas que está teniendo en la actualidad el mundo árabe e islámico.

4. Entrevista con el presidente de las comunidades musulmanas de Castilla la Mancha

Habiendo visto anteriormente los problemas que suscita el control de la sociedad musulmana por parte de los gobiernos desde una óptica jurídica Occidental, ahora me gustaría con este apartado poder transmitir una visión desde el punto de vista de alguien muy cercano a la *"Umma"*, alguien con la autoridad, la cercanía, y la sabiduría suficientes como para poderme expresar lo que siente parte de la colectividad islámica en este momento hacia los ulemas. La visión que se tiene desde Occidente de los temas islámicos debe ser contrastada por la opinión que sobre las cuestiones de interés tienen los propios profesos de dicha fe, máxime cuando tienen una preparación específica, como es el caso. Pero recordemos que es sólo su visión, por tanto, no tiene por qué coincidir con la de otros compañeros o fieles.

La persona a la que me estoy refiriendo es el Imán de Castilla La Mancha, Presidente de la FEDCOM, Miembro fundador del comité de arbitraje del Islam, y Miembro del comité de defensa del Islam, Mohamed el Seyoufi.

Dicha autoridad me recibió en su mezquita, lugar donde le pude realizar una entrevista sobre todos los temas que competían a mi estudio, y nada más que dio comienzo la entrevista contradijo mi visión sobre el estudio. Esta refutación la llevó a cabo cuando fue preguntado por el problema que yo había observado en cuanto a la emisión de fetuas disimiles con respecto a casos muy similares.

El Sr. Mohamed me expresó: "Las fetuas han sido desde siempre distintas, y más ahora que los jeques deben buscar solución a los problemas que surgen en la actualidad. El problema es que como no es una institución jerarquizada algunos quieren sobresalir".

Él me vino a explicar que el Islam –aunque evoluciona– sigue cogiendo la base de la religión, por tanto, si modifica algo, sólo lo hace con lo superfluo para adaptarse a los nuevos tiempos que corren, debido a lo cual es normal que en cada Estado islámico se den fetuas diferentes, porque cada jeque intenta resolver los problemas de su país de una manera distinta, dado que cada uno tiene diferentes interpretaciones de la norma jurídico-religiosa.

Además, él también me dijo: "La fetua para nosotros es solo una respuesta"

A lo que yo pregunté: ¿Dado que la fetua para usted es solo una respuesta a una pregunta, que importancia pueden tener los ulemas en la actualidad según su opinión?

Él me contestó: "La importancia de los ulemas varia muchísimo dependiendo de las épocas y la situación en la que se viva. Además debemos tener en cuenta si esos ulemas son buenos o malos, por lo que su categoría podrá ser mayor o menor."

Asimismo también me apuntó: "Actualmente llevan muriendo un tiempo ulemas muy buenos e importantes y no entran otros con el mismo grado de sabiduría, lo cual puede suponer un problema."

Por otro lado, al ser cuestionado por el papel que jugaba la Universidad al-Azhar en la actualidad, él me contestó:

> En el presente, y para una parte de la sociedad musulmana, la Universidad al-Azhar no juega el papel que ha jugado siempre,

> dado que a raíz de la Revolución que tuvo lugar en Egipto en el año 1952 hubo un mayor grado de politización de dicha institución.

Con estas frases me dejó un poco sorprendido, porque cuando lees algo sobre la Universidad al-Azhar normalmente suele ser bueno, pero entiendo que si la ven sometida al poder político es natural que haya perdido prestigio pues es fundamental que los ulemas sean independientes.

Asimismo, Mohamed el Seyoufi, al ser cuestionado por la importancia actual del líder al-Qaradawi en el mundo musulmán y sus discrepancias con el Rector de la Universidad egipcia de al-Azhar, me expresó textualmente:

> A día de hoy, al-Qaradawi quizá tenga más influencia en el mundo musulmán, debido a que es un ulema más libre para emitir sus fetuas, por lo que no necesita a Egipto para poder vivir, como sí lo necesitan los ulemas que viven de la Universidad al-Azhar.

Sus palabras me causaron asombro, pero entiendo que si la sociedad ve más independiente al líder de la IUMS para emitir sus fetuas piense que estas son mejores, porque no conllevan tanta carga política.

Con todo esto, lo que he querido reflejar son dos panorámicas muy diferentes. Por un lado, una perspectiva ceñida al Derecho estricto desde nuestra perspectiva, es decir, una visión más teórica. Por otro lado, una óptica religiosa más práctica y sumamente cercana a lo que ha constituido el objeto de estudio.

Conclusiones

El objetivo de este estudio se ha centrado en tres cuestiones fundamentales.

El primer interrogante de este trabajo radicaba en saber el grado de afectación que puede tener una figura como la de los ulemas en la actualidad, dado que -como sabemos- el Islam es una religión que ha sido muy convulsa en los últimos tiempos.

A esta incógnita le he podido dar solución cuando he observado el prestigio de los mismos desde un plano histórico, a la vez que he realizado el estudio de las diferentes Constituciones.

Como hemos podido vislumbrar, la labor de los ulemas en la sociedad sigue siendo muy importante, porque son los guías en una comunidad con grandes contradicciones y, por tanto, necesita respuestas. Esta figura funciona como el eje vertebrador de la comunidad ismaelita mediante la emisión de los dictámenes jurisprudenciales; por tanto ellos son las personas que, en teoría, pueden proporcionar con sus fetuas el grado de cordura que necesita la *"Umma"*.

Por consiguiente, como primera conclusión hay que entender que el mayor problema a día de hoy con respecto a esta magistratura es que, no solo los ulemas o muftíes emiten fetuas, sino que otras figuras con menos reconocimiento y formación lo están haciendo. Ello se debe a que no hay un nivel jerárquico en la sociedad musulmana (en realidad, en el Islam no hay un modelo de Estado, ni de Gobierno ni propone una estructura institucional, sólo establece un modelo de sociedad); esto crea un gran nivel de desorientación a la hora de saber quién puede y debe legalmente emitir un dictamen.

La segunda pregunta de mi investigación iba referida a conocer si los gobiernos ejercían control sobre los ulemas y sus directrices para así ostentar un dominio sobre la población musulmana.

Esta incertidumbre ha obtenido su adecuada respuesta una vez se ha llevado a cabo el análisis de los textos constitucionales. En él hemos podido observar cómo la mayoría de los ulemas que están en estamentos o instituciones gubernamentales son utilizados por los Jefes de Estado para ser portavoces del pensamiento de dichos gobernantes mediante la emisión de sus fetuas. Ello se ha conseguido a través de un triple mecanismo:

1. Por un lado, se prevé la existencia de esta figura colegiada en los órganos del Estado, en ocasiones dotada de monopolio en la emisión de fetuas.

2. Por otro, el nombramiento de dichos jurisconsultos recae en el poder político (el Rey en el caso marroquí).

3. Por último, es el poder político el único que tiene competencia para someterle cuestiones.

Mi visión sobre este estudio de las leyes supremas de los diferentes países contrasta (como hemos podido) ver con la del Presidente de la FEDCOM, sobre todo en el caso de control más flagrante de los ulemas que yo había observado: el de Marruecos.

Pero estas discrepancias sobre el papel y la verdadera naturaleza de la institución pone en evidencia una realidad mucho más radical y tremenda: Que una parte de la población musulmana es proclive al líder al-Qaradawi, y otra quizá se oriente más por el líder de la Universidad al-Azhar. Sin entrar en la rama chií y en otros grupos minoritarios y sectarios del Islam, la diferente percepción del papel que debe jugar el Islam en el mundo se debate en diferentes polos opuestos donde afloran más que ideologías, corrientes de pensamiento muy diversas.

Dicho esto, me gustaría terminar resaltando en este punto la importancia de aplicar o interpretar bien una norma jurídico-religiosa, algo que va a

suponer en muchos casos el cruzar o no la línea que en ocasiones quizá suponga una postura un poco más beligerante, pero que, en la mayoría de ellas se escogerá el camino estricto del significado de la palabra Islam; "Paz, obediencia, y sumisión a Dios".

Por último, y para concluir mi estudio, me quedo con una frase que me transmitió el Imán Castilla La Mancha. Palabras que no pudieron ser más acertadas, y que resumen muy bien lo que he querido expresar en este artículo.

"La categoría del ulema es la fuerza de enfrentar al gobierno para decir la verdad, por tanto, él es la persona que debe ser sincera en tiempos difíciles."

Esto demuestra algo importante para nosotros: que frente al dualismo cristiano, en Occidente creemos que el Islam representa el monismo religioso, algo que un estudio más profundo nos llevaría a pensar que no es cierto y que, todo lo más, constituye una experiencia histórica.

Bibliografía

AZIZ BIN ABDULLAH BIN BAAZ, A., *El verdadero credo islámico, lo que lo contradice y lo que lo invalida*, ed. MINISTERIO DE ASUNTOS ISLÁMICOS, HABICES, PROPAGACIÓN Y ORIENTACIÓN, SUBSECRETARÍA DEL MINISTERIO DE ASUNTOS ISLÁMICOS (edición venal).

ABDUL RAUF, Feisal., *Islam: Sacred law. What every muslim should know about shariah*, ed. Threshold Books, 2000.

GÓMEZ GARCÍA, Luz., *Diccionario de islam e islamismo*, ed. S.L.U ESPASA LIBROS, Madrid, 2009.

MAÍLLO SALGADO, Felipe., *Diccionario de derecho islámico*, Bibliotheca arabo- románica et islámica, ed. TREA, Gijón, 2005.

MOTILLA, Agustín y CATALÁ, Santiago, EMPRESA, TRABAJO Y FACTOR RELIGIOSO, *El fenómeno religioso en el ámbito laboral y empresarial*, ed. Editorial Académica Española, Saarbrücken (Alemania), 2012.

SAMIL KALIL. Samir., *Cien preguntas sobre el islam*, ed. Ediciones Encuentro, Madrid, 2006.

VERCELLIN, Giorgio., *Instituciones del mundo musulmán*. Biblioteca del islam contemporáneo, ed. BELLATERRA, Barcelona, 2003.

WEBGRAFÍA

<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=311565> {Fecha de consulta: 07-10-2015}

<http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/14/newsid_2541000/2541149.stm> {Fecha de consulta: 14-10-2015}

<http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/february/14/newsid_2541000/2541149.stm> {Fecha de consulta: 14-10-2015}

<http://e-cfr.org/new/books/> {Fecha de consulta: 20-10-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=200063> {Fecha de consulta: 23-10-2015}

< http://iumsonline.org/en/ > {Fecha de consulta: 24-10-2015}

<http://www.afghanconsulate-munich.com/index.php/en/> {Fecha de consulta: 25-10-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7140> {Fecha de consulta: 10-11-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=8667> {Fecha de consulta: 12-11-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=230000> {Fecha de consulta: 17-11-2015}

<www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/dz/dz018fr.pdf > {Fecha de consulta: 18-11-2015}

<www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/dz/dz018fr.pdf > {Fecha de consulta: 18-11-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181003> {Fecha de consulta: 19-11-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=180952> {Fecha de consulta: 19-11-2015}

<http://www.wipo.int/tools/es/gsearch.html?cx=016458537594905406506%3Ahmturfwvzzq&cof=FORID%3A11&q=Constitution+of+Iran> {Fecha de consulta: 26-11-2015}

<http://www.embajada-pakistan.org/sp/services/passport.html#> {Fecha de consulta: 27-11-2015}

<http://www.embajada-pakistan.org/sp/services/passport.html#> {Fecha de consulta: 27-11-2015}

<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=198527> {Fecha de consulta: 28-11-2015}

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
REVISTA ALMA MATER
IBEROAMERICAN LAW AND SOCIO-LEGAL STUDIES REVIEW

INSTRUCCIÓN A LOS AUTORES

La **Revista ALMA MATER** es una publicación arbitrada, periódica, anual y con vocación de indexación; que está dirigida a estudiantes, profesores y profesionales del Derecho, cuyo objetivo es divulgar los resultados de investigación generados desde las Ciencias Jurídicas y Socios Jurídicas realizados por Investigadores, Grupos y Centros de Investigación a nivel local, regional y mundial.

Sus campos de discusión se centran en:

- Derecho Constitucional.
- Administración de Justicia.
- Derecho de Familia.
- Teoría del Derecho.
- Derecho Penal y Sistema Penal Acusatorio.
- Derecho Laboral.
- Contratación Estatal.
- Derecho Económico y Mercantil.

ALMA MATER, promueve la investigación ofreciendo un espacio para la publicación de artículos que deberán contener los siguientes criterios:

- Los artículos deberán ser originales, inéditos y el contenido de los mismos ser de exclusiva responsabilidad de los autores.

- El idioma oficial de la revista es el español, pero se podrán publicar artículos en otros idiomas.
- Aceptado el artículo, los autores deberán ceder los derechos de autor a la Universidad La Gran Colombia a través del formato institucional.
- Los artículos aceptados se catalogarán bajo la siguiente clasificación[1]:

Artículo de investigación científica y tecnológica. Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

Artículo de reflexión. Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

Artículo de revisión. Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

- El texto deberá contener:

    - Título en el idioma original
    - Resumen (abstract) en el idioma original

1. Las definiciones de la clasificación de artículos, son tomadas del documento Guía de Colciencias. file:///C:/Users/123/Documents/REVISTA%20ALMA%20MATER/informacionCompleta%20colciencias.pdf

- Palabras clave (key words), entre 5 y 7 palabras de acuerdo al catálogo UNESCO/OCDE.
- Introducción
- Discusión o Desarrollo del problema jurídico y de los objetivos, en epígrafes.
- Citas bibliográficas. Para la citación, se debe usar el sistema de normas APA sexta edición inglesa, tercera edición para Colombia. Siguiendo el Manual de estilo de Publicaciones de la American Psychological Association, http://www.apastyle.org/manual/index.aspx
- Conclusiones o resultados.
- Bibliografía o listado de referencias bibliográficas.

- La citación de las sentencias, decretos y leyes deberá seguir los siguientes ejemplos:

  Sentencia judicial: Colombia. Corte Suprema de Justicia (2014, 18 de noviembre), Sala de Casación Civil. "Sentencia SC-14018", M. P. Cabello Blanco, M., Bogotá.
  Leyes: Colombia. Congreso de la Republica (2012, 12 de julio) "Ley 1563 de 2012, por medio de la cual expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones", en Diario Oficial, núm. 48.489, 12 de julio de 2012, Bogotá.
  Decretos: Colombia, Ministerio del Interior (2005, 29 de Febrero), "Decreto número 321 del 25 de Febrero de 2005, por el cual se crea la Comisión Intersectorial Permanente para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario", Diario Oficial, núm. 25.659, 5 de Julio de 2005, Bogotá.

- La utilización de dibujos, fotografías, gráficos o tablas, deben ir acompañados de un breve texto o subtítulo que ilustre o explique la idea central de su contenido y la referencia de donde es tomado, esto en atención al respeto de derechos de autor.

- Los artículos deberán tener una extensión entre veinte (20) y treinta (30) páginas, incluyendo bibliografía; texto fuente Times New Roman 12 puntos, interlineado 1,5 puntos, en tamaño carta (DIN A4) y márgenes (superior, inferior, izquierdo y derecho) de 2,54 cm.
- Los autores deberán llenar el formato de solicitud de publicación, en el que se incluye el resumen de la hoja de vida.

PROCESO DE ARBITRAJE (REVISIÓN ANÓNIMA POR PARES)

Los artículos serán seleccionados por el Comité Editorial, previa revisión por el Comité arbitral, seleccionando aquéllos que cumplan con los criterios propios de un artículo científico para la edición de la revista y teniendo en cuenta la convocatoria.

El Comité Editorial se reserva el derecho de modificar la forma del artículo para que cumpla con los lineamientos editoriales, y la diagramación de la revista.

Aprobados por el Comité editorial se enviarán a pares evaluadores, integrantes del Comité arbitral (bajo la modalidad doble ciego), quiénes deberán tener experticia en la temática del artículo para la evaluación de la calidad científica del mismo. El árbitro o par evaluador podrá:

- Aprobarlo.
- Aprobarlo con observaciones.
- Rechazarlo.

Si el artículo es aprobado por el árbitro, pasará nuevamente al Comité Editorial, para participar en la selección final de artículos.

Si el artículo es aprobado con observaciones, el artículo se devolverá al autor, que tendrá 10 días hábiles para analizar y realizar los cambios

sugeridos por el árbitro. Si el autor acoge las sugerencias del árbitro, una vez realizados los cambios se enviará nuevamente al árbitro para su revisión y aprobación final.

Si el autor no está de acuerdo con las sugerencias del árbitro, deberá informarlo inmediatamente al Comité Editorial, quien designará segundo árbitro para la revisión y reiniciará el procedimiento.

Si dentro de los 10 días hábiles siguientes no se realizan las modificaciones solicitadas o no se manifiesta el desacuerdo, se entenderá que el autor ha desistido del proceso arbitral.

Si el artículo es rechazado, el autor tendrá 10 días hábiles para solicitar la segunda revisión del mismo al Comité Editorial, que designará segundo árbitro para la revisión y reiniciará el procedimiento.

Una vez aprobados todos los artículos por el comité arbitral, se presentarán nuevamente al Comité Editorial para la selección final. Los artículos que aprobados por el Comité Arbitral no fueren seleccionados por el Comité Editorial para la edición en curso, quedarán en turno para la siguiente publicación.

PUBLICACIÓN

La **Revista Alma Mater** es publicada anualmente (diciembre).

Los artículos podrán ser enviados al correo electrónico: revista.almamater@ugc.edu.co

La información de la Revista ALMA MATER, puede verificarse en la página web: www.ugc.edu.co