

ISSN: 2357 - 5247

CONTACTO IUS

Jurisdicción Contencioso Administrativa del Quindío

Septiembre/2015 - EDICIÓN: 003



Bastón del Emperador, Salento Quindío



JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DEL QUINDÍO - REVISTA CONTACTO IUS
ARMENIA - QUINDÍO - COLOMBIA
SEPTIEMBRE DE 2015



Via Armenia - Pereira



Director

Luis Javier Rosero Villota

Consejo Editorial

Iván Mauricio Fernández Arbeláez

Mario Fernando Rodríguez Reina

Luis Javier Rosero Villota

Claudia Milena Vélez Ortiz

Apoyo Editorial

Zulma Viviana Peña Salazar

Diseño y Diagramación

Yony Alejandro Cortaza Rodríguez

Fotografía

Yony Alejandro Cortaza Rodríguez

**LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA
PUBLICACIÓN SON RESPONSABILIDAD
EXCLUSIVA DE SUS AUTORES Y NO COM-
PROMETE LA POSICIÓN DE LA JURISDIC-
CIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
DEL QUINDÍO**

CONTENIDO

1
PÁG.

En defensa de la justicia:
el actuar del funcionario judicial y su incidencia en la imagen del ente institucional
VICTOR HUGO ARANGO

9
PÁG.

Pruebas de oficio
IVAN MAURICIO FERNANDEZ ARBELAEZ

17
PÁG.

Dignidad, noviolencia y derecho
OLIVERIO GÓMEZ HERNÁNDEZ

27
PÁG.

Los límites del juez de segunda instancia
ZULMA VIVIANA PEÑA SALAZAR

35
PÁG.

La connotación moral de las omisiones
en la teoría liberal socialista de los derechos humanos
LEONARDO EFRAIN CERON ERASO

43
PÁG.

La generalización de la crisis
CÉSAR AUGUSTO GUERRERO DÍAZ

49
PÁG.

Poesía
GIRA GELACIO

EDITORIAL

Después de 24 años de vigencia de un esquema administrativo de la Rama Judicial, encabezado por el Consejo Superior de la Judicatura, en sus dos Salas, Administrativa y Disciplinaria, se ha consolidado, a través del mecanismo de la reforma constitucional por intermedio del constituyente secundario (léase Congreso de la República), un ajuste al equilibrio de poderes, por iniciativa del Gobierno Nacional. Resulta evidente comprobar que la reforma se suscitó por un hecho coyuntural generado por fuertes críticas de la opinión pública a hechos bochornosos que se presentaron a nivel de altas Cortes. Hechos estos que no han sido juzgados aún, pero que sin embargo sirvieron para sojuzgar a toda la Rama, con unos ajustes que en términos generales, antes que permitir un avance hacia una justicia más pronta y cumplida, lo que hacen, al parecer, es restarle agilidad.

Este es uno de los temas centrales tratados en esta entrega de la Revista Contacto Ius, que ya llega a su número 3; junto con análisis de carácter iusfilosófico en torno al flagelo de la violencia; las omisiones en la teoría liberal socialista de los derechos humanos y su connotación moral; y la generalización de la crisis social.

Sin descuidar, desde luego, puntos de vista específicos sobre la aplicación de la justicia contenciosa administrativa, especialmente con la aplicación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011), que ya cumple tres años de vigencia y sigue suscitando en muchas de sus normas interpretaciones varias, que poco a poco han ido uniéndose a través del órgano de cierre de dicha jurisdicción, especialmente en el tema de pruebas y decisiones en segunda instancia.

La revista se remata con un contenido literario, que de una u otra forma siempre constituye un solaz en medio del maremágnum jurídico que inunda el diario vivir de los abogados.

Por otro lado, cada una de las páginas de la revista se ilustra con paisajes, atardeceres, flores e imágenes propias de esta tierra de encanto, tomadas en diferentes sitios de la geografía quindiana.

Luis Javier Rosero Villota





EN DEFENSA DE LA JUSTICIA:

EL ACTUAR DEL FUNCIONARIO JUDICIAL Y SU INCIDENCIA EN LA IMAGEN DEL ENTE INSTITUCIONAL

A landscape photograph showing rolling green hills under a cloudy sky. The hills are covered in dense green vegetation, with some patches of brown, possibly indicating deforestation or agricultural land. The sky is filled with large, white, fluffy clouds, and the overall lighting suggests a bright, sunny day. The hills in the foreground are more detailed, showing individual trees and small structures, while the hills in the background are more hazy and distant.

*"Tanto en el desarrollo político como en el científico,
el sentimiento de mal funcionamiento que
puede conducir a la crisis es un requisito
previo para a revolución".*

Thomas Kuhn, 1962.

Resumen

La realidad institucional es una construcción humana que a su vez es legitimada por las creencias y por la intencionalidad de aquellos sujetos que la crearon. El controversial acto legislativo 02 e 2015 bien podría pensarse es el más reciente ejemplo de una revolución institucional; pero pensar que dicha transformación surge a partir de la intencionalidad colectiva compuesta por la voluntad de aquellos ciudadanos colombianos distintos a quienes tienen a su cargo la aprobación del referido proyecto, escapa a la posibilidad de creer que en efecto es dicha intencionalidad colectiva la que determina los cambios que en los sistemas institucionales se están generando actualmente en nuestra sociedad.

Abstract

The institutional reality is a human construction which in turn is legitimized by the beliefs and the intention of those subjects who created it. The controversial legislation 02 and 2015 might well think is the most recent example of an institutional revolution; but think that this change comes from collective intentionality made by the will of those Colombian citizens other than those who are in charge of approving that project, escapes the possibility of believing that in effect is that collective intentionality that determines the changes in institutional systems are currently being generated in our society.

Palabras claves

Realidad. Institucional. Revolución. Intencionalidad. Colectiva.

Key words

Reality. Institutional. Revolution. Intentionality. Collective.



En *La construcción de la realidad social* (1997), el filósofo estadounidense John Searle, ofrece y cimienta todo un engranaje conceptual y teórico propicio para el análisis de las estructuras y el funcionamiento de las sociedades cuando de profundizar en los asuntos creados por la *intencionalidad colectiva* de sus miembros se trate; asuntos que sin estar compuestos de partículas de materia física, tal y como lo están las cosas de la naturaleza, y aunque si bien funcionan en la realidad de manera independiente a nuestra voluntad, están en todo caso legitimados por nosotros, a partir de la creencia y la confianza que consignamos sobre los mismos.

Dichos asuntos, los cuales para una mejor acepción hemos de entenderlos también con el nombre de *instituciones*, entre los cuales se encuentran el matrimonio, el dinero, los contratos y las leyes; al ser todas una construcción humana, son posibles gracias a la *intencionalidad* que colectivamente y como comunidad les atribuimos a partir de las creencias que tengamos sobre ellas, teniendo dicha intencionalidad dos funciones paralelas, a saber: la de ser constitutiva y creadora de instituciones tales como las legislaciones y los sistemas de gobierno; y la de atribuirles a estas un elemento adicional y fundamental sin el cual las mismas no serían reconocidas, esto es: la legitimación que según sea el caso, habrá de asignárseles a cada una de estas.

Al ser entonces la *realidad institucional* una construcción humana que a su vez es legitimada por las creencias y por la intencionalidad de aquellos sujetos que la crearon, resulta interesante pensar cómo si bien el funcionamiento de tales instituciones persisten gracias al poder vinculante que desde su origen tienen sobre quienes pertenecemos a un sistema social como el que nos rige, en el cual el Estado, como máxima forma de organización social, constituye el mejor ejemplo para comprender la abstracción que implica dicha realidad institucional; es viable considerar que a partir de dicha legitimidad, también es posible transformar y replantear instituciones que si bien en su momento fueron fundamentales para el normal funcionamiento de la sociedad, generan cuestionamientos sobre su efectividad y sobre el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron creadas, recono-

cidas y aceptadas.

Así, el funcionamiento de la realidad *institucional* de las sociedades humanas, cómo una creación propia de nuestra capacidad racional, lingüística y convencional; comprende entonces un sinnúmero de *hechos institucionales* así denominados por John Searle, los cuales abarcan toda la gama de manifestaciones y aspectos de la realidad institucional existente, que van desde el funcionamiento abstracto que tiene el dinero o el poder vinculante de los contratos, hasta los sistemas legales y de gobierno de una sociedad; los cuales, por sus dimensiones y por la importancia que tienen para los miembros de una colectividad, aparecen como una necesidad de renovación que con el pasar de los tiempos se hace indispensable, en relación con el funcionamiento de dichos sistemas. Sin embargo, y en relación a dicho cambio en las estructuras institucionales, por regla general se hace imperceptible que a partir de la legitimación que sobre los mismos ejercemos como agentes racionales, es posible efectuar tal renovación retirando la función de status o poder que tales instituciones tienen, mediante la reformulación de las creencias que sobre las mismas se tiene.

El análisis anteriormente efectuado, cobra plena aplicabilidad en la actualidad, a partir de la reflexión que desde este se puede hacer respecto al controversial acto legislativo 02 de 2015, reforma constitucional que surgió por iniciativa del Gobierno Nacional bajo el denominado "*reforma al equilibrio de poderes*", el cual si bien podría pensarse es el más reciente ejemplo de una *revolución institucional* en la estructura del máximo ente abstracto existente en nuestro país, esto es, el *Estado Colombiano*; pensar que dicha transformación surge a partir de la *intencionalidad colectiva* compuesta por la voluntad de aquellos ciudadanos colombianos distintos a quienes tienen a su cargo la aprobación del referido proyecto, escapa a la posibilidad de creer que en efecto es dicha intencionalidad colectiva la que determina los cambios que en los sistemas institucionales se están generando actualmente en nuestra sociedad.

Como muestra de ello, y en observancia a la incidencia directa que tiene la referida reforma en la compo-

sición y el funcionamiento de la Rama Judicial del Poder Público, situación que por ende concierne a toda la comunidad jurídica y del derecho; si bien podría pensarse que en la misma se resuelven en cierta medida algunas de las problemáticas que aquejan a la administración de justicia; es claro que una vez más en discusiones importantes como en la que aquí se hace referencia, se deja de lado el fondo del asunto discutiéndose tan sólo la forma, sin que se evidencie en dicha reforma propósito alguno por combatir estructuralmente el mayor obstáculo que la actividad judicial tiene en nuestro país, esto es la llamada *congestión judicial*, entre otras; desatendiéndose las necesidades que el sistema judicial colombiano padece frente a la prestación del servicio y la administración de justicia a los ciudadanos.

De la lectura del Acto Legislativo en comentario, "*Por medio del cual se adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones*", es posible evidenciar cómo en el mismo, se introdujo un número importante de reformas a la Constitución Política de 1991, entre las cuales por mencionar algunas está: la asignación de curules en las Corporaciones públicas a quienes ocupen el segundo puesto en los cargos de elección popular; la acusación de los Magistrados de las altas Cortes por parte de una Comisión de Aforados nombrada por el Congreso en Pleno; la eliminación de la reelección presidencial; el aumento en el tiempo de experiencia para ostentar el cargo de Magistrado de los altos Tribunales en 15 años; la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura y la creación de un Consejo de Gobierno Judicial así como de una Comisión Nacional de Disciplina Judicial que ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, comisión que estará compuesta por siete Magistrados los cuales serán elegidos por el Congreso en pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial y por el Presidente de la República, entre muchas otras reformas tales como la electoral en lo relativo al umbral, las cuales evidencian lo perjudicial que constituye en términos generales dicho Acto legislativo, por cuanto en una misma propuesta de reforma se incluyen aristas de índole político, electoral y judicial de manera indistinta, situación que surgió sin lugar a dudas de la in-

tención de atender una crisis coyuntural, terminando por abordarse así gran cantidad de temas de manera superficial, sin profundizar en los mismos efectuando un análisis estructural, y que en los términos actuales en nada resuelve las verdaderas necesidades que particularmente el acceso a la administración de justicia presenta en la actualidad.

Ante el escenario anteriormente planteado, y extrapolando la reflexión filosófica efectuada por Searle, es dable una vez más apelar a la posibilidad de replantear la realidad institucional acudiendo al elemento creador de la misma, esto es la *intencionalidad*; mostrando cómo respecto a la reformulación de modelos políticos y de gobierno entre los cuales se incluye la referida reforma al equilibrio de poderes, basta con que los administrados redireccionen su creencia sobre aquellas instituciones que necesariamente requieren ser replanteadas, proceso que si bien es paulatino y requiere de otras condiciones para su realización, no es un imposible pues por el contrario se insta en pertinente, si se dimensionan los cambios políticos ya no como un asunto de concientización cultural, sino como una necesidad de legitimación de las estructuras institucionales, partiendo de las creencias y acuerdos convencionales que tengamos sobre estas, y que para el caso concreto de reformas estructurales al sistema estatal, exige una participación activa frente a las iniciativas que en relación al manejo de los asuntos del Estado deben tener los administrados, bajo un régimen constitucional y democrático en el cual el ejercicio de la ciudadanía no solo implica derechos sino también deberes.

Sin embargo, al existir ontológicamente una realidad y no varias realidades, el devenir constante de la misma al estar compuesta entre otras por todas las cosas de la naturaleza y que bajo el lenguaje de Searle reciben el nombre de *hechos brutos*; constituyen estos el fundamento de dicha realidad institucional, la cual, gracias a la intencionalidad que respecto a su funcionalidad le es atribuida, la misma se hace objetiva al adquirir su funcionamiento autonomía e independencia, al punto que los miembros participantes de dicha realidad a pesar de encontrarse sujetos a sus mandatos, no conocen las reglas constitutivas que rigen el funcionamiento de dichas instituciones

de manera autónoma, señalando al respecto Searle que:

"Vivimos en un mundo compuesto enteramente de partículas físicas en campos de fuerza. Algunas de ellas están organizadas en sistemas. Algunos de esos sistemas son sistemas vivos, y algunos de esos sistemas vivos han adquirido evolucionariamente consciencia. Con la consciencia viene la intencionalidad, la capacidad del organismo para representarse objetos y estados de cosas mundanos. La cuestión es ahora: ¿cómo podemos dar cuenta de la existencia de hechos sociales dentro de esta ontología?" (Searle, 1997, p. 26).

Ante el interrogante planteado expresa Searle, que la respuesta al mismo parte de encajar la realidad social y la ontología procedente de la física, la química y la biología, mostrando *"la línea continua que va de las moléculas y las montañas hasta los destornilladores, las palancas y los atardeceres bellos, para llegar, luego, hasta las legislaciones, el dinero y los Estados-nación"*. Así, respecto a tal tarea y al papel fundamental de la intencionalidad en la construcción social de la realidad, expresa el filósofo que:

"El movimiento radical que nos lleva de hechos sociales simples, como que estamos sentados juntos en una banqueta, o inmersos en un combate de boxeo, hasta hechos institucionales, como el dinero, la propiedad y el matrimonio, es la imposición colectiva de función a entidades que -a diferencia de las palancas, las banquetas y los automóviles- no pueden cumplir las funciones merced a su mera estructura física. En algunos casos, el papel-moneda, por ejemplo, eso ocurre porque la estructura sólo está incidentalmente relacionada con la función (...)" (Searle, 1997, p. 55)

De lo anterior es posible inferir entonces, cómo si se quiere comprender la realidad social e institucional, dimensionando la importancia que tiene a pesar de las coyunturas políticas y personales que al interior de las mismas se puedan presentar, tal y como ocurrió recientemente con los episodios presentados en la Corte Constitucional con el caso Pretelt; es indispensable comprender cómo la intencionalidad colectiva, pero más aún la legitimidad que sobre instituciones

tales como las legislaciones, las altas Cortes, los sistemas de gobierno y el ejercicio de la función pública a través de investiduras tales como las Magistraturas; se constituye en la garantía de convivencia, tolerancia, estabilidad y seguridad jurídica así como de respeto entre iguales, sin que ello implique en modo alguno tolerar posibles arbitrariedades que dentro de dicha realidad y la estructura estatal se puedan presentar, y que en caso de ocurrir, debe ser la confianza legítima que se tenga en los códigos normativos, los que prescriban que cualquier injusticia sea reprobada como una afronta a la legitimidad colectiva misma, y por ende, a todo el sistema estatal.

La intencionalidad colectiva como un fenómeno biológico primitivo, se identifica entonces con aquellos estados de conducta que los seres humanos tenemos, respecto a los cuales además de asumir una conducta cooperativa, hace que activemos no sólo la intencionalidad individual que también nos caracteriza al momento de comprender la realidad, debiendo en todo caso ser el bien común la carta de navegación que rija nuestro actuar, máxime si en la cotidianidad el ejercicio comportamental se encuentra íntimamente ligado a la representación de la institucionalidad que la investidura de la función pública trae consigo, tal y como ocurre cuando se actúa como operador judicial, pero que de contrariarse, en ningún caso puede constituir un argumento a partir del cual se efectúen reformas constitucionales profundas que atenten contra el sistema de frenos y contrapesos sobre el cual se cimienta el Estado, tal y como ha ocurrido no solo ahora sino en toda la historia republicana del país, y sin que por ninguna razón pueda agravarse y deshonorarse la legitimidad de toda una institución plasmada en una Rama del Poder Público, tal y como ha ocurrido con la Rama Judicial.

Así, si bien cualquier conducta contraria al buen ejercicio de una dignidad pública es reprochable, la misma no puede ser constitutiva de afronta e ilegitimidad contra la institucionalidad que dentro del ente –Rama Judicial - se pueda presentar, máxime si se tiene en cuenta que el cimiento sobre el cual se ha construido la misma es la Ley, yendo así la intencionalidad que colectivamente le hemos atribuido a esta más allá de las actuaciones individuales de quie-

nes las representan y las administran, situación que al ocurrir en nuestro país a partir de recientes episodios lamentables al interior de la Rama Judicial, motivó la discusión de una reforma al equilibrio de poderes con la cual se pretende dar solución a situaciones coyunturales que sin lugar a duda requieren atención, pero que exigen un mayor debate de fondo sobre la estructura general de las necesidades que el aparato estatal tiene no solo en el aspecto judicial, sino también en el político y el electoral, situación que se hace evidente en la sola lectura de dicho acto legislativo, en el cual de los 26 Artículos aprobados, 11 tienen relación con la modificación de la estructura judicial.

Ahora bien, en complemento a lo hasta aquí expuesto, resulta oportuno traer a colación las consideraciones que el Filósofo de la ciencia Thomas Kuhn realiza en su obra *La estructura de las revoluciones científicas* escrito en 1962, el cual al realizar un análisis sobre el funcionamiento del cambio de paradigmas en las concepciones y teorías científicas a través de la historia mediante las denominadas revoluciones científicas, brinda una gran cantidad de elementos conceptuales y teóricos a partir de los cuales, al igual que los expuestos por Searle, es posible pensar en la posibilidad de replantear colectivamente y a través de la intencionalidad, algunos de los sistemas de la realidad institucional, en los cuales, si bien la reflexión efectuada por Kuhn tiene como finalidad los asuntos propios de la ciencia; la concepción de revoluciones científicas y de paradigmas para el caso de la realidad institucional resulta ser un buen complemento para esta discusión, en relación a que la intencionalidad colectiva como posibilitadora de la construcción de la realidad social, constituye así mismo el mecanismo desde el cual replantear los modelos de gobierno y los sistemas legislativos, políticos y hasta económicos de una sociedad.

Tales cambios de paradigma, entendidos como el replanteamiento de aquel modelo que durante cierto tiempo fue universalmente reconocido como preponderante al proporcionar problemas y a su vez soluciones a una comunidad determinada, aunque desde la óptica de Thomas Kuhn dicha terminología sea aplicable sólo al discurso de la ciencia; encaja también en los asuntos estatales y de gobierno, en

el entendido que al dejarse de creer con intencionalidad en algún hecho institucional, la configuración de la realidad institucional a su vez cambia, tal y como es posible observar se pretende efectuar con la referida reforma constitucional al equilibrio de poderes, a partir de la cual si bien se busca resolver un cúmulo de sucesos infortunados de la vida pública del país, no se logra plasmar la intencionalidad colectiva que la población colombiana a todas luces proclama en pro de su bienestar, respecto a las necesidades que específicamente el sistema judicial tiene.

Así como el paradigma obliga a los científicos a investigar alguna parte de la naturaleza de una manera detallada y profunda en determinadas situaciones, de la misma forma el replanteamiento y reformulación de hechos institucionales en la construcción de la realidad social frente a los asuntos de Estado, implica por parte de los miembros de una sociedad la exigencia y la voluntad suya para que las realidades estatales de sus sociedades cambien, donde la desaparición de un hecho institucional por la pérdida de creencia de estos en el mismo, implica que, al igual que en el cambio de un paradigma científico, las personas deban comprender la dificultad que trae el perfeccionamiento de ese hecho institucional replanteado, para darse cuenta así finalmente, cuan beneficioso resultan las mismas en razón a la modernización y actualización de las instituciones a los tiempos modernos.

Así, los cambios en la configuración de la construcción de la realidad institucional, y el dejar de creer en los entes que la componen al igual que el cambio de paradigma a nivel científico, tal y como hemos visto, es un proceso continuo que al igual que sucede con la imposición de la intencionalidad sobre los hechos institucionales, nunca debe conducir al desconcierto y la ambigüedad sino que por el contrario debe estar dirigida al fortalecimiento de la institucionalidad, contribuyendo a la salvaguarda de las concepciones más básicas sobre las cuales se ha edificado nuestra sociedad, debiendo aumentarse todos los esfuerzos por parte de la referida comunidad jurídica y del derecho, para que la imagen del principal bastión de la sociedad: la Justicia; no sea objeto de atropellos y de calificativos deslegitimadores a raíz de la conducta que individualmente puedan sus operadores, sin que

ello implique eximirlos de las responsabilidades penales, disciplinarias y hasta políticas en las que puedan llegar a incurrir, pero sin que ello sea óbice para que se promueva la falta de legitimidad en la administración de justicia y en el resto de instituciones, pues de lo contrario, nos encontraríamos frente a la inseguridad jurídica plena y a la desprotección de nuestras garantías y derechos fundamentales más valiosos, como un logro inexorable de la evolución humana.

Los hechos institucionales, al estar entonces estructurados por la intencionalidad colectiva, también pueden ser modificados y reformulados haciendo uso de la misma intencionalidad, con el fin de colectivamente dejar de observar y seguir hechos institucionales que en la práctica son evidentemente disfuncionales, cosa que se hace más evidente cuando el bienestar que un Estado debe procurar a su población con la prestación de los distintos servicios a su cargo, no se ejecuta ni se lleva a cabo, pero estando, en todo caso dichos cambios, dirigidos siempre al fortalecimiento de la institucionalidad y no a su deslegitimación, a pesar de que los esfuerzos efectuados hacia ello, como la denominada Reforma al Equilibrio de Poderes vaya encaminada a tal fin, aunque como se indicó resulte insuficiente, al discutirse la forma, pero no el fondo; persistiendo así un estado de cosas en el cual la realidad a la que aquí se ha hecho referencia, diste de las necesidades de los administrados en lo que a la prestación del servicio de justicia y otros asuntos, concierne.

VICTOR HUGO ARANGO
Auxiliar de Magistrado
Tribunal Administrativo del Quindío
Abogado y Filósofo



Cordillera central, Via Armenia - Pereira

PRUEBAS DE OFICIO





Valle del Cocora Salento - Quindío

Resumen

Lo que plantean las partes en un proceso judicial nunca es una verdad absoluta y el Juez no puede inclinarse a priori en uno u otro sentido, decretando las pruebas de oficio que estime viables, pues estaría parcializado en detrimento de la justicia. El administrador de justicia sólo puede acudir a la práctica de pruebas de oficio para evitar nulidades procesales insaneables o sentencias inhibitorias o cuando el asunto no es un problema de carga probatoria.

Abstract

What posed the parties to a lawsuit is never an absolute truth and the judge can not bend a priori in either direction, enacting trade tests deemed viable, as it would be biased to the detriment of justice. The administrator of justice can only come to the office practice tests to avoid procedural nullity or inhibitory insaneable sentences or when the matter is not an issue of burden of proof.

Palabras claves

Verdad. Pruebas. Oficio. Juez.

Key words

True. Tests. Office. Judge.

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de dilucidar si la facultad que tiene el Juez para practicar pruebas de oficio debe obedecer a ciertos límites o, por el contrario, debe ser ilimitada en procura de obtener la verdad, es necesario en primer lugar indagar qué se entiende por esta última.

Dice la doctrina que “la verdad como propiedad de ser verdadero, no puede predicarse directamente de

objetos o de hechos, sino de enunciados descriptivos o de creencias. La verdad es una propiedad de enunciados o de creencias, que tienen como función transmitir información acerca de la realidad. Este concepto de verdad es conocido con la designación de teoría de la verdad como correspondencia”(1).

Partiendo de la anterior premisa podemos inferir que la verdad no son los hechos o los objetos en sí mismos, sino los enunciados descriptivos(2) o de creencias(3) que los hombres se plantean de ellos para fincar una realidad. Ahora bien, tales enunciados son expuestos al interior de un proceso judicial en la demanda y en la contestación de la demanda, en otras palabras, la argumentación discursiva sobre el acaecimiento de los hechos se le presenta al juez a través de sendos escritos.

Siguiendo con este orden de ideas, la verdad, entonces, dentro de la dinámica judicial, no es la correspondencia de los hechos con lo que realmente sucedió sino la correspondencia de los hechos con lo que se describe por parte del demandante o del demandado. Tal situación pone al Juez en un interregno que no lo puede desequilibrar, es decir, el debe abordar la versión de los hechos con absoluta imparcialidad, en caso contrario, si da por sentada una de las dos verdades planteadas, sencillamente su dirección del proceso irá dirigida a sacar a flote dicha verdad. Esta es precisamente la posición que asumió el nuevo Código General del Proceso al consagrar:

*Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio **cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.** Sin embargo, para decretar*

(1) PEÑA AYAZO Jairo Iván, Prueba Judicial, Análisis y Valoración, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, página 24, 2008.

(2) Cuando se trata de percibir hechos, la fuente de los mismos son nuestros sentidos, pero a la luz de Descartes tales sentidos nos pueden engañar, como cuando no podemos distinguir la vigilia del sueño (lo que nos ocurre cuando creemos estar despiertos estando dormidos), o cuando introducimos un palo en el agua y parece quebrado, o cuando una torre me parece redonda en la lejanía y al acercarme observo que era cuadrada o cuando observo que dos personas aparentemente están peleando y en realidad están jugando o cuando degusto algo que me parece simple y en realidad esta salado, etc...

(3) Con la exposición del “símil de la caverna” a través de la cual comienza el libro VII del “Diálogo” sobre la esencia de las ideas (VII, 514a, 2– 517a 7), Platón nos da un buen ejemplo de cómo la verdad compagina con las creencias de las personas, pues en dicho símil un grupo de hombres perciben el mundo real a través del reflejo que se incrusta en una pared de una caverna, y cuando uno de ellos se libera y observa directamente dicho mundo a la luz del sol, regresa y al comentarlo a los otros, estos amenazan con matarlo por “revolucionario”. Así mismo, es pertinente traer a colación al maestro Galileo Galilei, quién fue un revolucionario de su época, y sostuvo la presencia de satélites alrededor de Júpiter y que La Tierra era redonda, a pesar de que no le creyeron los más connotados científicos, firmemente afincados en las creencias aristotélicas. Ver: Ámbito Jurídico, del 14 al 27 de marzo de 2011, de Legis, página 13, opinión, fragmento Berran Russell, tomado de la perspectiva científica (1949). Madrid: Sarpe, 1983.

de oficio la declaración de testigos será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas (Negrillas fuera de texto).

Veamos un ejemplo que nos permitirá visualizar lo expuesto en esta introducción: en un proceso de reparación directa donde se plantea que la Nación –Ministerio de Defensa- Policía Nacional- es responsable de la muerte de un ciudadano durante un operativo policial, la parte demandante plantea la siguiente versión de los hechos: “el policía le disparó a pesar de que portaba un arma de juguete con la que lo amenazó”. Seguidamente la parte demandada señala lo siguiente: “el policía le disparo porque a pesar de que portaba un arma de juguete ésta en apariencia era real”. Si se observa con detenimiento el caso se visualiza que ambas versiones compaginan en su esencia: “muerte a ciudadano que portaba arma de juguete por parte de un miembro de la policía”.

Ahora bien, los esfuerzos probatorios de la parte demandante estarán dispuestos en el sentido de demostrar que el arma de juguete no tenía la apariencia de una real arma de fuego y la parte demandada tendrá que realizar tales esfuerzos probatorios en el sentido contrario. Así las cosas cabe hacernos el siguiente cuestionamiento: ¿qué papel debe asumir el Juez en esta dinámica probatoria? Quienes abogan por la prueba de oficio sin ningún límite, señalarán que el juez debe practicar todas las pruebas técnicas para verificar la apariencia de tal artefacto. Por el contrario, quienes consideramos que las pruebas de oficio son excepcionales, manifestamos que el Juez debe estar atento del esfuerzo probatorio brindado por las partes y en caso de falencias en dicho esfuerzo, el proceso deberá salir adelante para quien logró demostrar el supuesto de hecho planteado en la demanda o en su contestación.

Consideramos que la respuesta debe ser así y no de otra manera porque las descripciones que se realizaron de los hechos en la demanda o en la contestación de la demanda, no corresponden a lo realmente sucedido sino a lo planteado por las partes, como ya se vio, por ende, si el Juez “ayuda probatoriamente” a alguna de las dos partes, estará prejuzgando, pues estará creyendo de antemano en la versión que una de las dos sostuvo. Piénsese por ejemplo que con relación al acontecer de los hechos cuyo ejemplo se viene abordando, las partes dejaron por fuera un evento fáctico, es decir, una situación que no fue planteada ni en la demanda ni en la contestación de la demanda y que resultaba crucial para resolver el problema jurídico. Sería el caso, por ejemplo, de que la víctima hubiera avisado con antelación al policía que portaba un arma de juguete y que, por ende, le solicitaba que no le hiciera daño y sin embargo dicho policía hubiera hecho caso omiso a tal advertencia y haya dado muerte al ciudadano. Si el Juez decidió practicar una prueba de oficio para dilucidar la apariencia del artefacto y como consecuencia concluyó que el mismo era muy similar a las armas de fuego tradicionales, absolvería a la Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional-, con base en la “verdad” que le planteó el Estado y no con lo que realmente sucedió que, entre otras cosas, no lo podría abordar en el proceso porque no haría parte de la causa petendi señalada en el plenario y como consecuencia, no sería objeto de prueba, en caso contrario se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la persona vencida en juicio, pues su condena se sustentaría en un hecho frente al cual no tuvo oportunidad de defenderse⁽⁴⁾.

En conclusión, la “verdad” que plantean las partes en un proceso judicial nunca es una verdad absoluta y el Juez no se puede prestar para inclinarse a priori en uno u otro sentido, pues estaría parcializado en detrimento de la justicia. Son las partes las que deben convencer al juez que su versión de los hechos es la que más se acerca a la realidad y el juez en la sentencia dilucidará lo pertinente, teniendo siempre

⁽⁴⁾Sobre la imposibilidad de exceder la causa petendi por parte del Juez Administrativo, la doctrina lo explica en los siguientes términos: “En la aplicación del principio iura novit curia el juez no puede violar el derecho de defensa de la parte demandada, permitiendo que su fallo se sustente en hechos nuevos que no fueron probados y conocidos en el proceso. Lo anterior ocurriría en los eventos en los cuales, sin haber formado parte del proceso un hecho constitutivo de falla del servicio, el juez decida que dicho hecho es el fundamento de una falla.” HENAO, Juan Carlos, Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, Memorias de las II jornadas colombianas venezolanas de derecho público, 1996, página 802.

presente que la verdad planteada en la causa petendi y que es la que se aborda en el proceso, puede no ser la que realmente sucedió en el mundo fenomológico .

LÍMITES A LAS PRUEBAS DE OFICIO

A continuación pasamos entonces a observar bajo qué parámetros deben operar las pruebas de oficio en el proceso contencioso administrativo, así:

El carácter inquisitivo en materia probatoria significa que no solo a las partes les corresponde aportar o solicitar pruebas, sino que la iniciativa probatoria también la posee el Juez Administrativo, quién tiene la facultad, en procura de lograr la verdad procesal proveniente de la causa petendi objeto de la controversia, de decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes, legales y útiles(5).

A pesar de lo explicado, es menester señalar que la capacidad oficiosa que tiene el juez para decretar pruebas en el contencioso administrativo, sólo opera para dilucidar puntos oscuros o dudosos cuya presencia puede generar sentencias inhibitorias o nulidades procesales, por tanto, por ningún motivo se pueden decretar pruebas que desequilibren la balanza entre demandante y demandado porque se desnaturalizaría el equilibrio de la contienda y el administrador de justicia, operaría violentando el debido proceso de la parte vencida en juicio gracias a la “ayuda probatoria” que le brindó al vencedor(6). Por ejemplo: es perfectamente viable decretar la práctica de una prueba de oficio para dilucidar el tema de la caducidad de la acción al momento de fallar, como sería el caso de la solicitud de que se allegue al expediente la constancia de notificación del acto administrativo acusado, cuando fue imposible aclarar el punto du-

rante el trámite del proceso. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Acerca de este punto, aclara la Sala que en procesos contenciosos o controversiales como el presente, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, puesto que se incurriría en una violación flagrante de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, así como también se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado.

Si bien es cierto que el juez debe cumplir un papel activo dentro del trámite procesal, pues a este le corresponde dirigir el proceso, no es menos cierto que debe actuar de conformidad con los límites y procedimientos señalados en la ley. De allí que no sea admisible que cada vez que alguna de las partes omita allegar al proceso las pruebas tendientes a probar los supuestos de hecho en que se fundamentan sus pretensiones o su defensa, sea el juez quien deba entrar a llenar tales vacíos o deficiencias probatorias, so pretexto de que actúa amparado bajo la facultad oficiosa que le asiste para decretar pruebas, puesto que tal prerrogativa solo puede ser ejercida cuando quieran que existan dudas o puntos oscuros respecto de un determinado tema (CCA, art. 169), lo cual, en nada exime del deber probatorio que radica en cabeza de las partes(7).

Esta posición fue ratificada en reciente providencia donde el Consejo de Estado advirtió que la totalidad de las ofertas presentadas en el proceso de selección debieron ser incorporadas al plenario, toda vez que el accionante pretendía acreditar que poseía la mejor

(5) Artículo 37 del Decreto 2304 de 1989 que modificó el alcance del artículo 169 del C.C.A. De conformidad a lo dispuesto en esta disposición, el Juez Administrativo puede decretar pruebas de oficio conjuntamente con las partes en el auto respectivo, empero, si no lo hiciere conjuntamente, lo podrá hacer al momento de fallar. Regla reiterada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 213 del C.P.A.

(6) En relación con los correos electrónicos, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que si los mismos carecen de firma digital, el interesado debe demostrar su autenticidad por otros medios, como el reconocimiento de la persona a quien se le atribuye. Ante la ausencia de ese reconocimiento, debe proponer un incidente de autenticidad y emprender la demostración pertinente. Agrega la máxima corporación de la justicia ordinaria que al Juez no le corresponde demostrar la autenticidad de dicho documento, pues las facultades oficiosas de los jueces no fueron previstas para suplir la inactividad de las partes. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11001311000520040107401 de diciembre 16 de 2010, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar.

(7) C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 16188. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de febrero de 2007, páginas 280 a 282.

oferta, asunto que sólo podía ser dilucidado mediante la comparación de ésta con las demás ofertas. En este proceso se negaron las pretensiones por falta de pruebas y en ningún caso el Consejo de Estado decreto pruebas de oficio para allegar al proceso las ofertas mencionadas, veamos:

Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen, como lo ha señalado esta sección, a lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable(8).

De los apartes jurisprudenciales se infieren algunos eventos en que procederían las pruebas de oficio en el contencioso y aunque es menester aclarar que las mismas pueden ser decretadas en cualquiera de las instancias en el momento procesal oportuno o antes de dictar sentencia (Incisos primero y segundo del artículo 213 del C.P.A.C.A.), esta diferencia no implica que en el primer caso dicha potestad sea ilimitada y en el segundo no, pues, se reitera, el Juez no puede "ayudar probatoriamente" a alguna de las partes en contienda. Ahora, los eventos en que el Juez puede decretar pruebas de oficio son los siguientes:

- Cuando se está en presencia de puntos oscuros o dudosos. Ahora bien, en atención a que el artículo pertinente no nos precisa lo que debemos entender por puntos oscuros o dudosos, en nuestra opinión se trata de aquellos asuntos contemplados en el numeral 4º

del artículo 37 del C.P.C., el cual se aplica en este punto por analogía, pues se trata de una disposición que complementa el artículo 169 del C.C.A. o el artículo 213 del C.P.A.C.A., dado que tales artículos tienen una propiedad en común: la posibilidad de decretar pruebas de oficio(9). Los asuntos que trae a colación dicha disposición son dos: para verificar la posible ocurrencia de sentencias inhibitorias y para dilucidar nulidades procesales insaneables. Por ejemplo: si se trata de establecer si en realidad el Juez de segunda instancia tiene competencia para conocer del recurso de apelación, o cuando se está en presencia de un experticio técnico de elevada erudición que impide al Juez valorarlo, pero que resulta clave para fallar de fondo, a tal punto que sin su presencia no se podría adoptar una decisión a favor o en contra de las pretensiones. Así mismo, cuando se esgrime la excepción de cosa juzgada y en el expediente no obra la providencia judicial pertinente que permita establecerla. Es importante anotar que estos puntos oscuros o dudosos normalmente se detectan al momento de proferir sentencia. Por otro lado, si se equivoca el acto acusado en el libelo, este yerro no se puede subsanar con pruebas de oficio, porque es carga de la parte demandante individualizar con toda precisión el acto administrativo demandado. Ahora, es importante acotar en este punto que el numeral 4º del artículo 42 del C.G.P., no precisa los casos en que proceden las pruebas de oficio, sin embargo, consideramos que las apreciaciones realizadas en este acápite siguen siendo válidas, toda vez que el Juez no puede afectar su imparcialidad, tal como se ha insistido a lo largo de este tema y, además, el artículo 213 del C.P.A.C.A. continúa expresando que el Juez debe practicar pruebas de oficio para dilucidar puntos oscuros o dudosos. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: *Por tanto, la prueba de oficio como un deber-poder de instrucción del juez, no es una potestad arbitraria sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción, esto es, para aumentar el estándar probatorio, porque el juez valora que no existe suficiente prueba para obtener convicción, y por tanto acude a esta herramienta que le brinda el ordenamiento, no en forma antojadiza o arbitraria, sino como medio para acopiar evidencia suficiente y dar por establecida la verdad sobre los hechos, evitando la decisión inhibi-*

(8)C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de febrero de 2012. Radicación 17001-23-31-000-1997-08034-01. C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de mayo de 2012, páginas 889 a 891.

(9)"La analogía supone que un caso que no recibe ninguna solución normativa tiene alguna propiedad común con otro caso que si la recibe por lo que estaría justificado aplicar al primero la solución normativa prevista para este último." UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andres Abel, Interpretación Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", página 261.

toria o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet)(10).

• Cuando las partes despliegan todos sus esfuerzos para allegar las pruebas decretadas y sin embargo, dichas pruebas no se allegan por causas ajenas a su voluntad. Este es el evento en que las partes estuvieron pendientes durante el término probatorio que los elementos de juicio fueran allegados al expediente, a tal punto que solicitaron ampliación del término probatorio y requerimientos adicionales a las autoridades o personas obligadas a acercarlos al expediente, sin embargo, dichos elementos nunca llegaron. En este punto, las partes no se apartaron de su deber probatorio y, por ende, el Juez está facultado para decretar de oficio dichas pruebas, dado que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, a lo que se suma que no se está alterando la balanza, porque el Juez responde a los esfuerzos desplegados bajo la órbita del artículo 177 del C.P.C. e inciso primero del artículo 167 del C.G.P. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en un caso donde al momento del fallo ofició a dos entidades para obtener la prueba de existencia y representación de la entidad demandada y así fallar de fondo, dado que las pruebas aportadas en el proceso indicaban que la omisión no se debió a un descuido del demandante, sino a que era físicamente imposible obtener los documentos necesarios para demostrar dicha existencia y representación(11). También ocurre que las entidades obligadas a expedir dictámenes médico laborales, en ocasiones no pueden aportar el experticio dentro del término probatorio o su ampliación, por el cúmulo de trabajo, situación que no se le puede endilgar a la parte petente de la prueba, en cuyo caso el juez debe incorporar de oficio el peritaje que se acerca al expediente de manera extemporánea y debe valorarlo al momento de fallar.

• Otro caso para decretar pruebas de oficio al momento de fallar era la posibilidad de decretar medios de convicción para desvirtuar las excepciones presentadas en la contestación de la demanda, pruebas que en la práctica debían ser pedidas en el escrito de alegatos dado que en materia contencioso administrativo no existía traslado de excepciones y, por ende, la contradicción de las excepciones se materializaba en la etapa para alegar. Aunque también se podía pensar en presentar memoriales antes de que se decretara el periodo probatorio, en cuyo caso, el juez podía decretar pruebas de oficio en dicho momento, con el objeto de darle trámite a la práctica de pruebas que buscaban desvirtuar las excepciones alegadas. Sin embar-

go, esta posibilidad de decretar pruebas de oficio en el contencioso desapareció en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dado que cuando se formulen excepciones se corre traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene y, obviamente, en dicho lapso la parte demandante podrá solicitar la práctica de pruebas pertinentes para desvirtuarlas (Párrafo 2º del artículo 175 del C.P.A.).

• La Corte Constitucional considera que también proceden las pruebas de oficio en los casos donde se buscan amparar derechos fundamentales y proteger los bienes del Estado, cuando los jueces conocen de procesos en los que se cuestiona su propiedad. En este último caso, por ejemplo, cuando se necesita establecer con certeza la naturaleza pública o privada del bien objeto de prescripción, lo cual es indispensable para desvirtuar la excepción de imprescriptibilidad. Este pronunciamiento lo hizo en la Sentencia T-1013 de diciembre 7 de 2010, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE.

• La Corte Constitucional considera que también proceden las pruebas de oficio a través de la solicitud de documentos originales cuando los mismos son de carácter público, sustentan las pretensiones y reposan en el plenario en simple copia. (Sentencia SU-774 de octubre 16 de 2014, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ).

IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ ARBELÁEZ

Juez Primero Administrativo del Circuito de Armenia

(10) C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de Casación SC 9493 de 18 de julio de 2014. Radicación 11001-31-03-020-2006-00122-01. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2014, páginas 2104 a 2106.

(11) C.S.J. Sala Civil, Sentencia 196 de julio 15 de 2008, M.P. WILLIAM NAMÉN V. Sin embargo, esta posición no es unánime, pues en otros pronunciamientos, la Corte señala que es deber del Juez decretar pruebas de oficio, al margen de que sea por el incumplimiento de las cargas que incumben a las partes o por su culpa o irresponsabilidad.

CONCLUSIÓN

La facultad que posee el Juez para decretar pruebas de oficio no es ilimitada dado que no puede alterar el equilibrio de la contienda. El Juez está sometido a los hechos planteados en la demanda y en la contestación de la demanda (verdad procesal) y a los esfuerzos probatorios que las partes están obligadas a realizar para convencer al operador jurídico. Es así que el administrador de justicia sólo puede acudir a la práctica de pruebas de oficio para evitar nulidades procesales insaneables o sentencias inhibitorias o cuando el asunto no es un problema de carga probatoria, a lo que se suman los casos puntuales que ha traído a colación la Corte Constitucional y a los cuales ya se hizo referencia anteriormente.

BIBLIOGRAFÍA

PEÑA AYAZO Jairo Iván, Prueba Judicial, Análisis y Valoración, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Ámbito Jurídico, del 14 al 27 de marzo de 2011, de Legis, página 13, opinión, fragmento Berran Russell, tomado de la perspectiva científica (1949). Madrid: Sarpe, 1983.

HENAO, Juan Carlos, Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, Memorias de las II jornadas colombo venezolanas de derecho público, 1996, página 802.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andres Abel, Interpretación Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Revista de jurisprudencia y doctrina de Legis.



**DIGNITY
NOVIOLATED
DERE**

A dramatic sunset over a body of water, with silhouetted trees in the foreground. The sky is filled with dark, heavy clouds, and the sun is low on the horizon, creating a vibrant orange and red glow that reflects on the water. The overall mood is serene and majestic.

LIBERTAD, EFICIENCIA Y PROGRESO

Atardecer La Tebaida - Quindío

RESUMEN

Desde un modelo regulativo de fundamentación de la noviolencia que valora la dignidad humana, la paz y los derechos humanos se alude a la relación entre Derecho y Violencia en el contexto de una crítica de las tesis justificatorias de la guerra, para avanzar en la búsqueda de alternativas que quiten todo atractivo a la “ley del más fuerte”.

PALABRAS CLAVE

Noviolencia, Paz, Derecho, Violencia, Guerra, Dignidad, Justicia, Legitimidad, Defensa

ABSTRACT

Since a fundamentation regulative model of the nonviolence that it value human dignity, peace and human rights refer us at relation between law and violence in the critic context of the war justification thesis, thus go forward in search alternatives that get off whole attraction to “the strongest one law”

KEY WORDS

Nonviolence, peace, law, violence, war, dignity, justice, legitimate, defense

El presente escrito suscribe la crítica a la “miopía realista” de cierta filosofía política y jurídica que acepta como inevitable la guerra y termina legitimándola y secundándola(2) . Desde esta convicción es que se expone el siguiente modelo de fundamentación de la Noviolencia(3) y la paz(4) y la consiguiente reflexión acerca de la Violencia y la guerra.

JUSTIFICACIONES Y FUNDAMENTACIONES

La afirmación de Heráclito, acerca de polemos, “padre de todas las cosas”, ha sido recurso para justificar una pretendida naturalidad de la violencia y la guerra a pesar que para éste pensador la lucha, la contraposición no se evidencia como una posición ético-política apologética”(5). De otra parte estará Calicles entre los que darán inicio a esa tradición que defenderá el derecho del más fuerte; este sofista, afirmará que la regla de lo justo “es que el más fuerte mande al más débil”(6).

La identificación medieval del Estado con el dere-

cho de ejercer la función represiva, la vis coactiva, en contraposición a la prerrogativa de la vis directiva asignada a la Iglesia(7), alimenta asimismo el supuesto de la asociación del poder político con el uso de la fuerza. Maquiavelo reconocerá la “realidad efectiva” de la política donde la búsqueda de su eficacia valida el recurso a la fuerza y supedita la moral a la lógica del logro y conservación del poder.

Los contractualistas aportarán una ficción donde el pacto de creación de la sociedad política y el pacto de subordinación permitirán salir de la guerra pero no excluyen el uso de la fuerza: ahora será el poder político el que disponga de la violencia disuasiva y punitiva.

Para Hegel la guerra, benéfica para “la salud ética de los pueblos(8)”, adquiere el rango de necesidad para su “espíritu de la libertad”, la fuerza de las armas será la garante de la integridad de los Estados. Marx le da a la violencia el privilegiado papel de “partera de toda vieja sociedad preñada de una nueva”(9). Nietzsche y su indolente apología de la “ley del más fuerte” concibe la guerra como el medio mediante el cual se puede comunicar a los pueblos “la soberbia indiferencia por la propia existencia y la de los seres queridos”(10).

Clausewitz concibe la guerra como “realización de

(1)Presentación de las tesis pertinentes del libro “Dignidad o Violencia” del autor en mención.

(2)FERRAJOLI, Luigi. Razones jurídicas del pacifismo. Madrid: Trotta, 2004, p.221.

(3)Inviolencia, disviolencia, aviolencia.

(4)Por cierto que la paz se asocia a una tranquilidad interior (paz interior), un equilibrio con el cosmos (paz metafísica), un orden colectivo ideal (paz social) y al cese de una confrontación violenta generalizada (paz política), es decir, no intranquilidad personal, no desarmonía exterior, no desorden social y no guerra. En este escrito se propondrá una definición estipulativa sobre las mismas.

(5)HERACLITO. Fragmentos. La sabiduría presocrática. Madrid: Sarpe, 1985, p44.

(6)PLATON. “Gorgias o de la retórica”. Diálogos. México: Porrúa, 1984, p.171.

(7)BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Bogotá: FCE, 1997, P. 107.

(8)HEGEL. G.W.F. Filosofía del derecho. México UNAM, 1985. p 319.

(9)MARX, Carlos. El Capital. México, Siglo XXI, 1998, Vol 3, p 940.

(10)NIETZSCHE, F. Humano, demasiado humano. Obras Completas TI. Buenos Aires: Aguilar, 1966, p421

la política por otros medios”(11), Weber lo señala de modo taxativo: el medio decisivo de la política es la violencia”(12), el Estado moderno se define principalmente por la pretensión a “el monopolio legítimo de la coacción física”(13). Bobbio alude a las teorías providencialistas y finalistas, y a los mitos de la “regeneración de la sangre” y la “fecundidad de la violencia”. Habría que agregar ciertas teorías belicistas sustentadas en el iuspositivismo justificatorias de la licitud de la guerra hecha por el poder soberano.

Hay algunas teorías justificantes de la agresión como instinto natural y de una teleología derivada del primado de los instintos que olvidan que el ser humano es un ser con Razón, con Inteligencia, es un ser de libertad, pero ante todo es un ser ético-moral. Estudios antropológicos muestran que la violencia y la guerra se dan como respuesta ante presiones productivas, reproductoras y ambientales específicas, que favorecen la formación de instituciones de supremacía masculina, de personalidades masculinas fuertes y del complejo de Edipo en algunas culturas(14); en tal sentido han concluido también sus investigaciones corrientes de la psicología que destacan la función del ambiente, la experiencia y el aprendizaje en la generación de la conducta agresiva. Freud afirma que los impulsos persisten “primitivos, salvajes y malignos” en el inconsciente(15), lo que lo lleva a sugerir que el Derecho y la política lleguen a ser continuación de la violencia y la guerra. Sin embargo en sus cartas con Einstein abre una esperanza cuando concluye que podrán evitarse aquellas cuando cada hombre subordine su instinto vital a los

dictados de la razón, haga uso del antídoto de Eros, así como que se acuerde una instancia central que dirima los conflictos centralizando la violencia(16). Arendt(17) cuestiona el que las conductas animales puedan “servir para justificar o condenar el comportamiento humano”.

Frente al argumento que asocia el empleo de la fuerza conforme a la ley o violencia legal con la idea de que ella per se es la buena, es pertinente recordar la inquietud de Alexandre Passerin quien deja para averiguar si “el hecho de utilizar la fuerza conforme a la ley cambia la calidad de la fuerza en si misma(18)” , a lo que también podría agregarse la inquietud de si toda ley per se es buena o asegura que esa fuerza es por antonomasia “violencia buena”.

Hay aportes a un “derecho a la guerra” (ius ad bellum), al “derecho en la guerra” (ius in bello), así como a un sugerente “derecho de postguerra” (ius postbellum). Cicerón aludirá a ciertas formalidades para hacer la guerra (bellum iustum) la que debe ser emprendida solo para conquistar una paz justa siempre y cuando haya “causas justas” para hacerla(19). Agustín sugiere el problema de la legitimidad del poder y cómo éste no se reduce al uso de la fuerza; ésta para ser justa requiere que un gobernante sea el que “empuñe la espada”, que sea correctiva, que sea un acto de defensa para vengar injurias o restituir lo robado, que se proceda distinto a como lo hace un “reino perverso”. Tomás de Aquino expondrá las tres causas clásicas: la legitimidad que le asista al gobernante que declara dicha acción bélica, la existencia

(11)CLAUSEWITZ, K. V. De la Guerra. Medellín, Zeta, 1972, p. 37. La guerra es “la continuación de las transacciones políticas con la entremezcla de otros medios”, tal es la traducción que aporta Sampson, Anthony; ella no altera la valoración que se hace de la misma en este texto. Ver: Sampson, Anthony. “Estado, violencia y guerra según Freud”. Los filósofos, la política y la guerra. Cali:UniValle, 2002, P. 162.

(12)WEBER, Max. Ciencia y política. Buenos Aires, Leviatán, 1989, p 80, 84.

(13)WEBER, M. Economía y sociedad. México, FCE, 1977, p. 44.

(14)Harris, Malvin. Caníbales y Reyes. Barcelona, Salvat, 1986. p. 44.

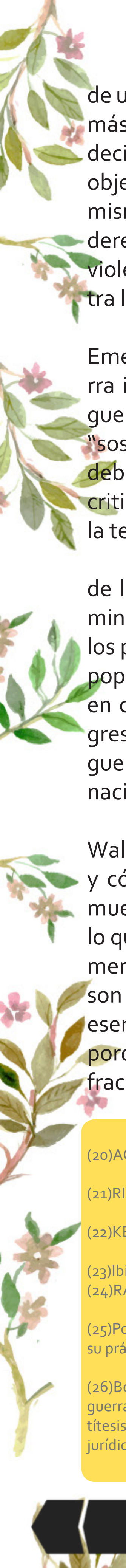
(15)FREUD, S. “Carta al Dr. Frederik van Eeden”. De guerra y muerte. Obras completas T. XIV. Buenos Aires: Altamir, 1990, p 302.

(16)EINSTEIN, A. Freud, S. ¿Por qué la guerra?. Habana: Ediciencias Sociales, 1991, p20.

(17)ARENDT, Hannah. Crisis de la República. Madrid: Taurus, 1998, p159.

(18)Citado en: Arendt, Hannah. “Sobre la violencia”. Crisis de la República. Madrid: Taurus, 1998, p140.

(19)CICERÓN, Marco Tulio. Los oficios. Madrid: Aguilar, 1945, p 47 “No hay guerra alguna justa sino la que se hace habiendo precedido la demanda y satisfacción de los agravios, o la intimación y declaración con las debidas formalidades”.



de una causa justa que justifique su desarrollo y, además, que sea evidente la recta intención de los que deciden entrar en la contienda(20); considera que el objetivo es la consecución de la paz y la justicia; asimismo advierte que hay que cumplir los pactos y el derecho de guerra, que es una virtud controlar “las violencias” y asegurar la paz, así como resistir contra los abusos de la tiranía.

Emer de Vattel y Francis Lieber caracterizan la guerra injusta como inmoral; Luigi Taparelli concibe la guerra justa como “defensa violenta del orden” para “sostener el derecho mediante la fuerza”, la que debe conducirse con “moderación”(21). Luigi Sturzo critica las justificaciones de las guerras coloniales y la teoría biosociológica impuesta por la voluntad

de los más fuertes que tienen pretensiones de dominio, la guerra por razón de Estado impuesta por los políticos y la guerra justa impuesta por las masas populares. Hans Kelsen, formula el uso de la fuerza en casos excepcionales “como reacción a una transgresión”(22) y afirma que el rechazo de la teoría de la guerra justa niega “la naturaleza del Derecho Internacional”.

Walzer sugiere que reconocer qué gente muere y cómo muere -a lo que puede agregarse por qué muere- o cuándo se ha producido una agresión, es lo que definiría el límite de una guerra justa o moralmente deseable; las guerras que tienen justificación son aquellas emprendidas para defender “valores esenciales que están en juego”(23), las que se hacen porque los demás medios diferentes a la guerra han fracasado; Rawls, por su parte, adscribe el derecho

a adelantar una guerra justa en defensa propia a los Estados y pueblos “bien ordenados” (liberales y decentes), extensible a “cualquier sociedad que no sea agresiva y respete los Derechos Humanos”;(24) el derecho de gentes(25) que concibe regula el ejercicio de esa guerra en defensa de los intereses nacionales “razonablemente” justificados, y dirigida al logro de una “paz justa”.

En Lenin, Mao, Giap, entre otros, su concepción aparece más asociada a la tradición del derecho de resistencia, al uso de la violencia revolucionaria considerada como un uso de la fuerza que argumenta su legitimidad ya en su justa aspiración de hacer valer sus derechos conculcados o ya en su pretensión de crear un nuevo derecho favorable a su concepción de justicia o vida buena; es la fuerza y guerra utilizadas como medio y fuente del Derecho(26).

Locke ya había argumentado a favor del derecho a resistir para modificar un orden en el que se abusa del poder para fines distintos al bien común(27). La teoría de los Derechos Humanos sostienen algunos, es el más serio referente para justificar moralmente la guerra.

En esta tradición de la violencia y guerra justa o legítima hay un vínculo innegable entre uso de la violencia y política, comparte ese hilo conductor con las demás concepciones que defienden el recurso a la fuerza así sea como extrema ratio. Pero no niega el vínculo entre moral y política-violencia y por extensión entre moral y política-guerra, pues esa relación está cruzada por la exigencia de la justicia y en general de la reivindicación de su concepción de bien.

(20)AQUINO, Tomás. Suma Teológica (II, II, C 40, a 1). TVII. Madrid: B. A. C. , 1959, p. 1075.

(21)RIGAUX, Francois.“La doctrina de la guerra justa”..No en mi nombre. Guerra y Derecho. Madrid: Trotta,2003, p115.

(22)KELSEN, Hans. La paz por medio del derecho. Madrid: Trotta, 2003, p 39. También en: Teoría general del Estado. México: Nacional, 1965, p164.

(23)Ibid. pág. 160.

(24)RAWLS, John. El derecho de gentes. Barcelona: Paidós, 2001, p 110.

(25)Por derecho de gentes entiendo una concepción política particular de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y las normas del derecho internacional y su práctica”. En: RAWLS, J. El derecho de gentes. Ed. Cit. P13.

(26)Bobbio defiende la idea que la guerra justa se asocia a una concepción de guerra- medio para la realización del derecho, es decir como derecho subjetivo; que las guerras de liberación nacional y las revoluciones se inscriben en el tipo de guerra-fuente del Derecho entendida como justicia. Concibe también los tipos de guerra-antítesis del Derecho comprendiendo por tal el ordenamiento jurídico en su totalidad y la guerra-objeto del Derecho, entendiendo éste como regla de conducta o norma jurídica. BOBBIO, N. El problema de la guerra y las vías de la paz. Ed. Cit. P. 36.

VIOLENCIA Y DERECHO

Se puede derivar la justificación del camino a la paz y a la Noviolencia por la vía del Derecho como opción frente al imperio de la fuerza. Sin embargo el fetichismo de la ley y el iuspositivismo no han podido impedir la reivindicación de la prioridad del principio ético frente al principio de legalidad, o sea de la moral frente a la norma positiva. La pretensión del “absolutismo jurídico” muestra sus limitaciones, la legalidad no excusa per se su legitimidad moral. El Derecho no es el summum bonum. Eso no significa desconocer que hay en él un sedimento civilizatorio, a pesar de las críticas(28) que olvidan la construcción del Derecho también como libertad concretizada.

Los extremos de la arbitrariedad legal, justificante del Totalitarismo, hace reaparecer la exigencia de la “ley justa” o también del “derecho bueno o justo” que significa la exigencia prioritaria de la moral sobre la norma. Este neoiusnaturalismo ya no reivindica las clásicas apelaciones a “verdades eternas”, a una ley inmutable, razón de la naturaleza, sino a la esencia del mismo que presupone un razonamiento justo (recta ratio) que es común y que prevalece si entra en conflicto frente al Derecho positivo; hay una implícita reserva frente al carácter conservador de la ley positiva. En cualquier caso continúa apelándose a otro tribunal, el de los valores superiores, no quedando supeditados al Derecho positivo. Otra fortaleza es la solución a la disyuntiva entre ley natural inmutable o ley mutable con un contenido que cambia pero siempre “orientado hacia ese concepto de Derecho que exige que la ley sea justa”(29) . Hoy se asiste a encontrar esa norma de justicia, insoslayable para la norma positiva, en un consenso que se ha ido construyendo alrededor de valores compartidos como la defensa de la Dignidad Humana y los Derechos Humanos fundamentales; desde esta “convención” se ha definido una titularidad de derechos “naturales”. Desde estos (reconociendo una “naturaleza humana” como depositaria y destinataria de ellos) es que se evidencia la contraposición absoluta con la violencia y la guerra precisamente por violar éstas esos valores superiores.

Habermas considera que la autonomización de lo jurídico ha llevado a que el Derecho natural racional

esté superado, sin que eso signifique que lo jurídico no mantenga una relación complementaria con la Moral y la Política; la legitimidad del Estado de Derecho se encuentra en una racionalidad moral de la norma “que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales”(30) . Pero su paso, de una moralidad suprapositiva normativa a una de naturaleza procedimental, no logra dar cuenta de por qué ya esa moralidad de la norma jurídica obtiene un contenido de valores superiores que la hace sustantiva y comprometida con un referente moral previo; por eso es que no puede suprimir la idea de una moral que “emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo”(31) ; su crítica no desvirtúa el neoiusnaturalismo y su exigencia de atender la norma de justicia de la Dignidad Humana.

Ferrajoli afirma que la “guerra justa” y las justificaciones iusnaturalistas entraron en crisis “en el plano del Derecho con la exclusión de la guerra de la Carta de la ONU” provocado por la existencia de “potentísimos medios destructivos” que no admite “justificaciones morales y políticas”(32) . Su latente iuspositivismo le hace reducir los contenidos iusnaturalistas a sus componentes antiguos, y, para el caso de la guerra, da por cerrada las posibilidades normativas desde la moral por un acto jurídico. La violencia y la guerra son consideradas como males absolutos antípodas de la “condición de humanidad”, pero ello sólo puede derivarse de una causa moral como la defensa de la dignidad y los derechos humanos, por eso lo que se evidencia en aquel ejemplar militante de la paz es una hipervaloración de la norma positiva y el desconocimiento de la prevalencia de la moral expresada

(27)LOCKE, J. Dos ensayos sobre el gobierno civil. Carta sobre la tolerancia y otros escritos. México: Grijalbo, 1975, p. 183.

(28)“El poder es la guerra, la guerra continuada con otros medios”. FOUCAULT, Michael. “Curso del 7 de Enero de 1976”. Microfísica del poder. Madrid: La Piqueta, 1992, p135. “El Derecho es una cierta manera de continuar la guerra” y “la política es la guerra continuada por otros medios”. Foucault, Michael. Genealogía del racismo. Citado por: ABELLO, Ignacio. “El concepto de la guerra en Foucault”. Revista de estudios sociales N° 14. Bogotá: Uniandes, 2003, p 71. También en el mismo sentido se ubica el planteamiento de Walter Benjamín en su escrito “Para una crítica de la violencia” de que “toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el Derecho”.

(29)FRIEDRICH, Carl J. La filosofía del Derecho. México: FCE, 1997, p. 259.

(30)HABERMAS, Jürgen. “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad”. Escritos sobre moralidad y eticidad. Barcelona: Piados, 1998, p. 159.

(31)HABERMAS, J. Op. Cit. p. 168.

(32)FERRAJOLI, L. Op. cit. p. 30, 31.

en la norma positiva a realizar, tal como lo defiende el neiusnaturalismo.

La violencia y la guerra encuentran su contraposición plena en la concepción y el sistema jurídico internacional de los Derechos Humanos. El Estado y el poder se configuran en los límites definidos por esos contenidos superiores, lo contrario es el Estado de Violencia; por eso se hace anacrónica la distinción del Estado moderno como detentador del “monopolio de la violencia”; la “razón de Estado”, la “primacía de la política”, es superada por el reconocimiento prevalente de la Dignidad Humana y la titularidad de los derechos “naturales”.

UN MODELO REGULATIVO

La elaboración de otra perspectiva conduce a pensar la contraposición entre Dignidad y Violencia, el reconocimiento del valor del ser humano lo convierte en destinatario de consideración especial frente a los demás seres de la naturaleza y busca protección y salvaguardas que garanticen el respeto, bienestar, convivencia y desarrollo de éste y sus atributos. Para la dimensión ética, jurídica y política inherente al sistema internacional de los Derechos Humanos, estos se constituyen en condiciones no sólo necesarias sino suficientes que concretan, en cada época y cultura, una existencia digna para todo ser humano,(33) constituye una aceptación de la primacía ontológica y axiológica del ser humano, es el reconocimiento de su valor como un ser cualitativamente distinto y estimablemente superior respecto a los demás seres de la naturaleza, con los cuales requiere tener una relación armoniosa que garantice las condiciones de posibilidad real para su existencia y la vida en general. El respeto de su Dignidad exige el reconocimiento de su igualdad como seres libres y de la diferencia inherente a su pertenencia a identidades colectivas; una concepción integral de los derechos hoy recoge la historia de las llamadas “generaciones de derechos”.

La violencia que repugna a la conciencia y los valores civilizados es aquella violencia proactiva, dirigida consciente e intencionalmente como agresión contra otr@s, hecha como fin o medio, como violencia expresiva o instrumental que afecta la dignidad y los

derechos de las personas. Si la práctica de ella es violencia reactiva como defensa frente a la agresión, así se atenúe su valoración negativa, en sí y por sí misma tiene relevancia social y no escapa a la “repugnancia moral” por el sufrimiento que provoca.(34)

Esa violencia es una acción impuesta contra quien es considerad@ su enemig@, para someterle a la voluntad del agresor y modificarle o alterarle física, psicológica o moralmente provocándole daño y sufrimiento, afectándole su dignidad y sus derechos. La fuerza es “la violencia cambiada de nombre pero no de esencia”(35), sugiere Bobbio.

Una expresión generalizada e intensa de aquella, la guerra, como violencia concentrada, es una acción violenta generalizada, reiterada y destructiva para someter a la voluntad del agresor a quien es considerad@ su enemig@, afectándole física, psicológica o moralmente menoscabando su dignidad y sus derechos.

Contra la “condición de humanidad” aparece el terrorismo, como violencia indolente, indiscriminada, con métodos inusuales, con fines específicos o sin ellos, donde las víctimas son fundamentalmente inocentes no combatientes; no sólo es físico, también psicológico y moral, ha sido terrorismo de Estado, grupal o individual, de “los de arriba” o de “los de abajo”, afecta las relaciones sociales y naturales, enajena manteniendo sus víctimas en el miedo generando impotencia, facilitando su control.

La asociación de la “condición bestial” a ese estado en que la violencia y la guerra son sus protagonistas más notables tiene la fortaleza de sugerir una diferenciación significativa entre lo humano y lo bestial,

(33)Esta definición en lo fundamental, con algunas diferencias, se encuentra expuesta en: PAPACCHINI, Angelo. Filosofía y derechos humanos. Cali: Univalle, 1994. P. 22.

(34)Introduzco las categorías “violencia proactiva” (expresiva e instrumental) y “violencia reactiva” (de defensa) apoyado en la denominación de los tipos de agresión proactiva (o instrumental) y reactiva. Señalo que falta, sin embargo, incluir una categoría para un tipo de agresión que no tiene necesariamente un objetivo establecido transformándose en un fin en sí misma, a ésta la denominó “violencia expresiva”. Para mayor ilustración ver p.e. CHAUX, Enrique. “Agresión reactiva, agresión instrumental y el ciclo de la violencia”. Guerra II. Revista de Estudios Sociales. Bogotá: UniAndes, Número 15, 2003, p 49.

(35)BOBBIO, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Ed. cit, p199.

entre lo civilizatorio y lo instintivo animal. Al ejercerse la violencia y la guerra se establece un modo de ser, pero éste es la negación de su ser-otro y, en esa “condición bestial” lo único que encuentra es su identidad con lo demás de la naturaleza y del mundo animal que tiene como signo distintivo la “ley del más fuerte” para relacionarse, identidad que es a la vez su diferencia y negación de sí mismo como ser digno.

Se ha aludido a esa contradicción entre “condición bestial” y “condición de humanidad”, es una perspectiva que ha ido en contravía del paradigma que concibe la violencia y la guerra como consustanciales a la política, redimensiona la relación entre ética y política en tanto se impone atenerse a los principios humanistas fundamentales y excluye la violencia y la guerra del ejercicio político por ser antivalores inhumanos. La “condición de humanidad”, en contraposición radical con la “condición bestial”, hace suya la herencia del humanismo, de la concepción de la dignidad y los derechos humanos, del modelo concordante entre ética y política. La prioridad ontológica por su condición de ser humano deviene de la singularidad de sus propiedades, la misma que lo faculta para constituirse en persona con un valor ad extra y un valor ad intra, como sujeto de derecho y de obligaciones y por eso el único con capacidad contractual, pero deviene así mismo de su excepcional apertura al mundo y a los demás no quedándose limitado y referido a su propia especie ni a una actividad vital específica sino proyectándose en una actividad vital genérica(36) . El valor de lo humano es devenido y deviene ontológica y axiológicamente, la condición propia de lo humano es la condición de “ser digno”; la dimensión ontológica revela una dignidad ontológica, radical, constitutiva de lo humano, la dimensión moral expresa una dignidad moral, relativa, en relación con y a los demás(37) . La “condición de humanidad” es la condición de la dignidad humana.

UNA NUEVA NOVIOLENCIA

La otra tradición, la que se reivindica aquí y cuyo significado y valor se destaca es la de la Noviolencia y el pacifismo. En esta participan resistentes civiles, partidarios de la desobediencia civil, de la neutralidad activa, de la Nocooperación, objetores de concien-

cia, pacifistas, y en general los defensores de la Noviolencia que no suscriben el recurso a la fuerza para el logro de la justicia, de la defensa de los derechos y la dignidad de los pueblos y las personas. La justificación moral de su lucha le ha convertido en la otra gran perspectiva antípoda y alternativa frente a los que fundamentan la ley del más fuerte.

Para exponentes de la noviolencia esta no se queda en una condena a la violencia, ni en la lucha contra ésta. Desde Gandhi ella es la organización y acción no basadas en la fuerza y sí sustentadas en el amor por la humanidad y la verdad; con Luther King Jr. puede colegirse que es una fuerza constructiva y creadora para convencer en el valor de la igualdad y la hermandad; Bobbio considera que es la sustitución de los medios violentos. No se concibe solo como negación sino ante todo en su dimensión constructiva que comienza en la preocupación por el otro, incluso el violento, para convertirlo en partidario de lo humano y se proyecta en el conjunto de lo que produce violencia estructural para transformarlo en condiciones amables para la existencia.

A las anteriores razones hay que agregar su inherente búsqueda de realización de la Dignidad humana que sintetiza su leitmotiv. Puede definirse la Noviolencia como la condición, intención y acción libremente desarrollada para impedir el daño, el sufrimiento y el menoscabo de la dignidad y los derechos de las personas, y, en sentido positivo, podría estipularse que la Noviolencia es la condición, intención y acción favorable a la integridad, el libre desarrollo y el respeto de la dignidad y los derechos de las personas. La paz(38) se identificaría con impedir ese daño y sufrimiento, así como la violación de la dignidad y los derechos humanos a gran escala, de manera general y reiterada, o asimismo, en sentido positivo, significaría una intención y acción generalizada, reiterada y constructiva favorable a la integridad, el libre desa-

(36)MARX, Karl. Manuscritos de economía y filosofía. Madrid: Alianza Ed., 1985, p.112.

(37)Aquí dispongo de una categorización muy afortunada de la dignidad, al margen de la orientación tomista de su autor. HERVADA, Javier. “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”. Citado en: HOYOS, Ilva. De la dignidad y de los derechos humanos. Bogotá, Temis, 2005, p.88.

(38)Esta es paz política; no paz metafísica, paz social, o paz interior. Contrapuesta a la guerra, también es utilizada como lo contrario de la violencia; en otras culturas se identifica, en cualquier caso, con la exclusión del uso de la fuerza (ahimsa, shalom, hoa binh, etc.).

rollo y el respeto a la dignidad y los derechos de las personas; es decir lo contrario de lo que es y produce la guerra.

La Noviolencia es integral, intrínsecamente fraterna, La solidaridad le es inherente pues significa un compromiso con los demás y con sus proyectos de realización; no se queda en la compasión sino que alienta el ejercicio de la ciudadanía para conseguir los derechos y preservarlos, es consustancialmente ética por su forma y contenido, al preocuparse tanto por los principios, como por los medios, los fines, las causas y consecuencias. Al contrario de otras morales negativas que exaltan el valor de la vindicta y la “ley del Talión”, la Noviolencia tiene como principio el perdón que permita la conversión, la conciencia y la superación de la indignidad causada o sufrida; es asimismo un compromiso con y por la vida, pues la antípoda de ésta emana de la violencia; su defensa y aprecio del derecho a la vida le distancia de concepciones que renuncian a ella y sus potencialidades, no invita a un abandono del mundo y por tanto no hace suyo el sacrificio que no defiende la vida aquí y ahora; es una Noviolencia secularizada en tanto se sustenta en valores compartidos incluso por perspectivas maximalistas. Se parte de reconocer el conflicto como inherente y como fuente de enriquecimiento de la experiencia humana; no confunde conflicto con violencia, ni paz con ausencia de aquel; trabaja por la solución noviolenta de los conflictos y por tanto favorable a la dignidad humana y sus proyectos de vida buena y justa. Esta filosofía humanista de la Noviolencia incluye muchos otros aspectos como teoría y práctica, como concepción de la existencia y como un cuerpo de definiciones ético-políticas; particular interés tiene la adopción de “un programa constructivo”(39) que aporte posibilidades, vías, alternativas, propuestas, soluciones.

Partiendo de este rechazo por principio de la violencia y la guerra, aquella no puede desconocer una tradición que ha reivindicado la legitimidad de defenderse contra la agresión de quien pretenda reducir las personas a una condición indigna y por tanto inhumana; desde esta convicción se reconoce la legítima defensa para proteger la vida como condición de posibilidad de lo demás y garantizar su dignidad como ser humano; ante lo inevitable de una injusta

agresión ofensiva y la inminencia del daño en la vida y la dignidad de la probable o real víctima se hace necesario y se justifica en virtud de esa finalidad esencial de protección. La legítima defensa como un derecho de excepción, se convierte así en un imperativo para no perecer como ser digno, se convierte en su último derecho humano(40) ; como dijera el pastor hugonote y resistente francés a la ocupación nazi Eduardo Theis, cuando es demasiado tarde para la noviolencia esta es equivalente al suicidio. (41) La prioridad y prevalencia de la Noviolencia puede también entenderse, desde otra perspectiva, como parte de una unidad contradictoria en la que la segunda niega el valor absoluto de la primera para afirmarla en un nuevo momento, una vez superada la agresión proactiva, en una síntesis que confirma el valor de ésta como condición de posibilidad, como garantía, de la universalidad y necesidad de la “condición de humanidad”. Este modelo que defiende la prioridad ética de la Noviolencia y la paz no es indolente a la tarea de mantener o restaurar las mismas. Exige también la superación de las condiciones que hacen que sean posibles la violencia y la guerra.

Esto último aparece entonces como tercer componente ineludible de una nueva Noviolencia: la búsqueda de alternativas a las condiciones que alimentan la violencia y la guerra, sin olvidar que toda acción justa desalienta la violencia. La Noviolencia autoriza actuar para construir alternativas en la existencia personal o grupal pero, asimismo, para estratégicamente “derrocar cualquier poder impuesto por la fuerza”(42) , una revolución noviolenta capaz de transformar las relaciones que, como Gandhi de manera anticipatoria lo expuso, “desemboque en una transferencia pacífica del poder”(43).

(39)LÓPEZ M., Mario. Noviolencia, política y ética. El poder de la fragilidad. Ed. cit. p. 117.

(40)Curiosamente Waltzer la defenderá como “el primer e indiscutible derecho de cualquier comunidad política”. WALTZER, M. Op. Cit. p126.

(41)COULON, Patrice. Revista “Non – Violence politique”, dossier 2. Trad. Oveja Negra, n.33. Jorge D’Alesio (Recop.) p26.

(42)ARIAS, Gonzalo. El proyecto político de la No-violencia. Madrid: Utopía, 1995, p. 149.

(43)GANDHI. Mi socialismo. Buenos Aires, Pléyade, 1976, p. 65.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, Gonzalo. El proyecto político de la noviolencia. Madrid: Utopía, 1995.
- BOBBIO, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Gedisa, 1992.
- BOLÍVAR, Simón. Obras Completas, Vol .11, Caracas, Piñango, sf.
- FREUD-EINSTEIN. ¿Por qué la guerra? Habana: Ediciencias Sociales, 1991.
- GALLIE, W. B. Filósofos de la guerra y de la paz. México: FCE, 1980.
- GANDHI, et al. ¿Defensa armada o defensa popular no-violenta? Buenos Aires: Orbis, 1982.
- KANT, E. Sobre la paz perpetua. Madrid: Espasa-Calpe, 1972.
- LOPEZ, Mario. La No-Violencia como alternativa política. La paz imperfecta. Granada: Ed.Universidad de Granada, 2001.
- LUTHER KING, Martin et. al. The power of non violence. Writings by advocates of peace. Beacon Press. Boston, 2002.
- MERTON, Thomas. Gandhi y la noviolencia. Barcelona: Paidós, 1998.
- VARVAROUSSIS, Paris. La idea de la paz. Bogotá: Temis, 1996.

Oliverio Gómez Hernández⁴⁴

(44)Sociólogo, Licenciado en Filosofía y Magister en Filosofía (Ética y Filosofía Política), adelanta cursos de doctorado en Derecho.

Atardecer La Tebaida - Quindío



LOS L
SEGU

Quimbaya - Quindío

LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

Resumen

La teoría jurídica otorga una parte importante de su análisis al rol de los jueces dentro de los procesos, por ello resulta relevante analizar qué tanto poder puede desplegar el juez civil y el administrativo al resolver los litigios y derivado de ese estudio, establecer la coherencia de las normas procesales con las constitucionales dentro del modelo constitucional propuesto. Se pretende demostrar la vulneración del artículo 328 del C.G.P. a los principios constitucionales y la contradicción con los de la jurisdicción administrativa.

Abstract

The legal theory provides an important part of its analysis to the role of judges within the processes, so it is important to analyze both the civil and administrative judges to resolve ligations and the result from this analysis establishes coherent constitutional procedural rules within the proposed constitutional model. It is intended to demonstrate that the article 328 of CGP is vulnerable to constitutional principles and contradictions with the administrative jurisdiction.

Palabras claves

Segunda. Instancia. Competencia. Límites. Facultad. Juez

Key words

Second. Instance. Competity. Limits. Faculty. judge

Dentro de la teoría jurídica resulta importante analizar el rol del juez, en términos del poder con que cuenta para dirimir un conflicto, de manera que su capacidad para actuar aún sin petición de parte, deja ver una mayor dimensión del funcionario dentro del diseño procesal de su desempeño.

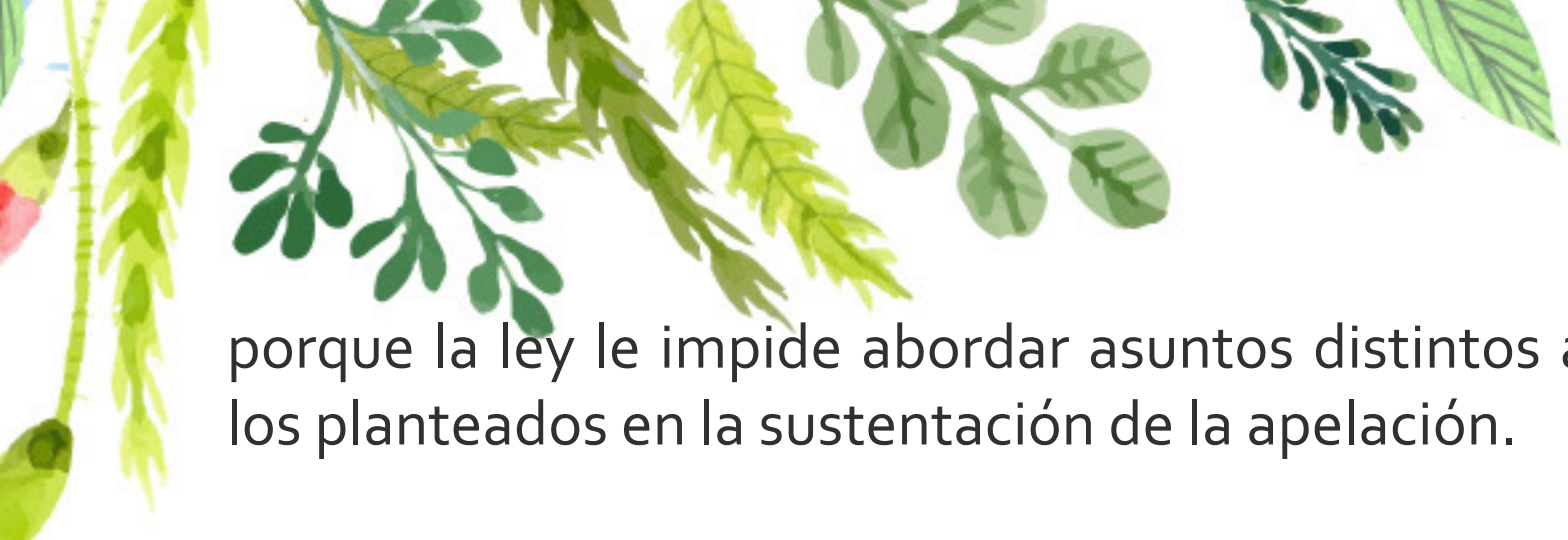
El artículo 328 del Código General del Proceso, dispone que “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”, expresión que establece un límite que impide al juez de segunda instancia estudiar el debate jurídico que contiene los aspectos desfavorables al recurrente.

Luego, aplicar esta restricción supone que el juzgador abandone el estudio de los derechos del impugnante para dirigir su discernimiento apenas a los argumentos de la apelación, pues si estos son desviados u omitieron formularse los que realmente variarían el sentido de la providencia impugnada, debe abstenerse de hacer alguna valoración jurídica al respecto si, precisamente, esos tópicos no fueron materia del recurso.

La normativa en referencia dispone como marco de competencia del tribunal el pronunciamiento limitado a los argumentos de la apelación, premisa normativa que restringe el resorte del ad quem, porque el recurrente que ha perdido en primera instancia, no solo deberá tener el derecho y haberlo probado, sino acertar en la censura a la providencia del juzgado, con los precisos argumentos jurídicos o probatorios adecuados para conseguir el cambio en el rumbo en el enfrentamiento judicial.

Esta limitación dispuesta por el Código General del Proceso, desvanece la posibilidad de hacer efectivos algunos de los fines esenciales del Estado contenidos en el artículo 2º de la Constitución Política cuando traza entre sus propósitos “...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y, particularmente, cuando se establece que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado...”.

Es precisamente el derecho de “acceder a la administración de justicia”(1) el que encuentra su mayor replego con la expresión traída por la Ley 1564 de 2012, pues una verdadera administración de justicia, entendida desde su concepción más básica como darle a cada quien lo que le corresponde(2) , se desconocería por completo, si no obstante advertir el juez que la decisión apelada desconoce los derechos del recurrente, considera que ésta debe permanecer incólume pues aunque se haya interpuesto oportunamente el recurso y señalado las razones de inconformidad con la decisión, debe abstenerse de corregirla



porque la ley le impide abordar asuntos distintos a los planteados en la sustentación de la apelación.

La proposición latina conocida como “tantum appellatum tantum devolutur”, muestra la amplitud de la intervención de los tribunales en los asuntos a su conocimiento, a propósito del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y cómo esa actividad caería radicalmente, si se exigiera, como concretamente lo hace el apartado del artículo 328 del CGP, que los argumentos del apelante sean los únicos en virtud de los cuales la sentencia debatida pueda ser modificada por los jueces de segunda instancia.

Para demostrar el cambio propuesto en la Ley 1564 sobre la actividad del juez de segunda instancia, se presenta una evolución acerca del camino recorrido por las normas respecto de las facultades atribuidas al tribunal para resolver los asuntos en la especialidad civil y como la restricción de ahora contraviene la garantía de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones procesales (artículo 228 de la C.N.).

El artículo 494 de la Ley 105 de 1931 (código judicial) estableció que la “apelación se entiende interpuesta sólo (sic) en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso (...)”, disposición que además de atribuir al juez el espacio para que determinara “lo desfavorable” al impugnante, surgía como garantía de que no se reformaría la decisión de primera instancia en perjuicio del apelante único, pues por entonces ninguna norma superior consagraba expresamente tal principio, como tampoco había deber de sustentar la apelación interpuesta.

El párrafo 1º del artículo 352 del Decreto 1400 de 1970 (código de procedimiento civil) dispuso, por primera vez, que el apelante debería sustentar el recurso so pena de que la impugnación se declarara desierta, disposición que debía armonizarse con otro precepto que presumía que la apelación se entendía interpuesta “en lo desfavorable al apelante”, reglas de las que puede inferirse que la reforma de 1970 permitió la concurrencia de dos vertientes en cuanto a la intervención del tribunal, pues de un lado, apelante debía presentar los perfiles de su inconformidad, sin

perjuicio de que el juez definiera “lo desfavorable” al recurrente.

El artículo 51 de la Ley 2ª de 1984 extendió el deber de sustentar la apelación a todas las materias, sin ninguna otra modificación destacable, salvo que según la exposición de motivos de la ley, fueron la celeridad y la lealtad procesales, los móviles que condujeron a la reforma acerca de la contribución de las partes en la construcción de las decisiones dentro del proceso civil.

El Decreto 2282 de 1989 derogó orgánicamente todas las normas anteriores sobre la apelación al regular integralmente la materia, en tal virtud la competencia del juez de segundo grado volvió a los términos preceptuados por el artículo 494 de la Ley 105 de 1931. Así, el rango de conocimiento del asunto en segunda instancia retornó a la amplitud que tuvo originalmente, en la medida en que el juez ad quem conservó la posibilidad de analizar la contienda, salvo en los puntos excluidos por el apelante; por lo demás, la sentencia del tribunal podía extenderse a cualquier razonamiento jurídico o fáctico.

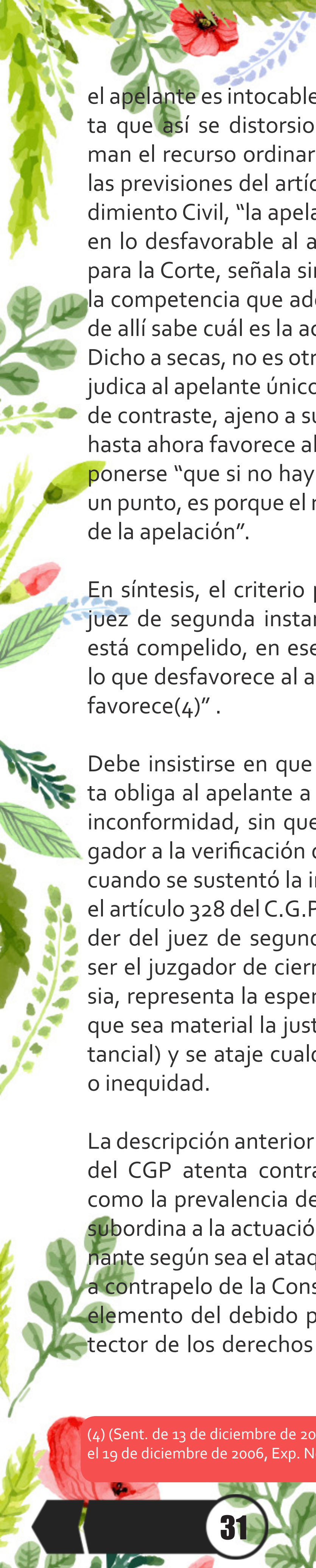
El artículo 36 de la Ley 794 de 2003 adicionó un párrafo al artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, mediante el cual se consagró el deber de sustentar la impugnación, so pena de declarar desierto el recurso, norma que fue interpretada en concordancia con el artículo 357 ibidem, para derivar de allí, los poderes con que cuenta el tribunal para definir “lo desfavorable” al apelante, análisis que dejó diferentes lecturas sobre el punto.

La propia Corte Suprema de Justicia⁽³⁾, reconoció la diferencia trascendental entre un juez ad quem que conoce los puntos de inconformidad, y otro competente solo para responder los argumentos expuestos por recurrente; así, la preclara fuente expuso que no era “atinado sostener en verdad que lo que no alegue

1) Artículo 229 de la Constitución Política.

(2) Ulpiano definió la justicia como la continua y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde.

(3) (Sent. de 12 de octubre de 2004, Exp. No. 7922)



el apelante es intocable por el superior, habida cuenta que así se distorsionan los principios que informan el recurso ordinario de apelación”, pues según las previsiones del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante”, regla cuyo sentido para la Corte, señala sin ambages “los contornos de la competencia que adquiere el superior, quien desde allí sabe cuál es la actividad judicial a emprender. Dicho a secas, no es otra que revisar todo lo que perjudica al apelante único. Para expresarlo con criterio de contraste, ajeno a su competencia es todo lo que hasta ahora favorece al apelante”, sin que pueda suponerse “que si no hay alegato expreso respecto de un punto, es porque el recurrente lo está excluyendo de la apelación”.

En síntesis, el criterio para fijar la competencia del juez de segunda instancia está en que “el fallador está compelido, en ese orden de ideas, a examinar lo que desfavorece al apelante y a respetar lo que le favorece(4)” .

Debe insistirse en que la postura doctrinal expuesta obliga al apelante a explicitar la dimensión de su inconformidad, sin que ello implique reducir al juzgador a la verificación de los argumentos expuestos cuando se sustentó la impugnación, como sí lo hace el artículo 328 del C.G.P., con claro desmedro del poder del juez de segunda instancia, que además de ser el juzgador de cierre del debate por antonomasia, representa la esperanza final del particular para que sea material la justicia que recibe (derecho sustancial) y se ataje cualquier asomo de arbitrariedad o inequidad.

La descripción anterior muestra cómo el artículo 328 del CGP atenta contra principios constitucionales como la prevalencia del derecho sustancial, pues lo subordina a la actuación procesal de la parte impugnante según sea el ataque a la providencia recurrida, a contrapelo de la Constitución que garantizó como elemento del debido proceso aquel postulado protector de los derechos de quienes acuden a la con-

tienda en condiciones de desigualdad en cuanto a la asistencia letrada.

Dicho de otro modo, la norma mencionada vulnera la Carta Política, pues aunque el apelante tuviese el derecho pero sus argumentos impugnantes se desvían de lo que el Juez requiere oír, irremediablemente será vencido mediante una sentencia, que apenas plasmaría la respuesta a su limitado razonamiento, sin atender los demás elementos del litigio que pudieran traducirse en efectivo resguardo a la justicia material que la constitución prometió a los intervinientes en los procesos.

Reitérase, existe una marcada diferencia entre establecer los puntos de inconformidad y solo pronunciarse sobre los argumentos de la apelación. Así, desde la perspectiva del apelante, antes bastaba con señalar qué decisiones de la sentencia originaban la protesta y plantear los razonamientos que la apoyaban, con la certeza de que si estos no conducían al derecho, pero otros sí, el fallo sería favorable; en cambio, ahora será insuficiente con que el impugnante tenga razón o derecho o que la sentencia apelada esté equivocada, porque el cambio de sentido en la providencia solo puede originarse en los planteamientos diseñados por la parte.

De otro lado, la exigencia legal de sustentar la apelación tampoco puede convertirse en un factor definitorio en contra del recurrente, pues solo constituye una carga procesal para identificar su crítica, pero elevar tal compromiso al instrumento único de control judicial del juez de primera instancia, vulnera el postulado de la prevalencia del derecho sustancial, pues le impone al recurso de apelación unas exigencias casi desconocidas para cualquier ciudadano que es incapaz de pagar un gabinete de juristas que adelanten su defensa.

En ese sentido, la norma referenciada termina por desconocer el acceso a la administración de justicia, que garantiza por regla general dos instancias (art. 31 C.N.), porque si una de ellas en la práctica, se hace inaccesible ante el rigor de la sustentación, esa exigencia malogra el precepto protector, mediante un requerimiento que solo puede extenderse a otros recursos de naturaleza excepcional; y no se diga que

(4) (Sent. de 13 de diciembre de 2005, Exp. No. 2001-003301, criterio reiterado el 19 de diciembre de 2006, Exp. No. 0001101).

la parte que pierde el proceso en primera instancia, mantiene su derecho a impugnar en las condiciones aludidas, pues en realidad, la concreción de la prerrogativa no puede ser simplemente acudir a un escaño adicional de la jurisdicción, sino la promesa institucional de que la presencia del derecho sustancial será bastante para lograr una decisión favorable ante el tribunal.

Ahora bien, esa restricción para el conocimiento del juez ad quem impacta por contradicción en la jurisdicción contencioso administrativa, pues esta toma el artículo 328 del CGP ante el vacío legislativo del CPACA sobre el aspecto comentado, por la remisión del artículo 306 ibidem, todo ello porque esta última codificación contiene un carácter distinto en cuanto a los principios que la inspiran, el papel del juez en la definición de excepciones o el decreto de pruebas y la averiguación de la verdad dentro de la contienda.

Así, el artículo 103 del CPACA dispone dentro del capítulo de los objetos y principios de la jurisdicción contenciosa, la efectividad de los derechos reconocidos en la constitución y la ley, y la preservación del orden jurídico, premisas que procuran garantías jurídicas que no pueden supeditarse a la exigencia formal de los argumentos del escrito de apelación.

En el mismo sentido, en cuanto a la definición de excepciones el artículo 187 ídem, sostiene que “el silencio del inferior no impide que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”; normatividad esta que faculta al juez que resuelve la apelación para pronunciarse sobre aspectos, no solo dejados de lado por el juez de primera instancia, sino inclusive, sobre aquellos que no fueron propuestos ni por el demandado ni por el apelante; apertura que en nada coincide con la restricción juzgadora del juez civil en el diseño del artículo 328 del CGP.

También, referente al decreto de pruebas y la posibilidad judicial de búsqueda de la verdad en el proceso, el juez contencioso de acuerdo con lo estipulado en el artículo 213 del CPACA, siempre ha tenido la facultad abierta en el decreto de pruebas en segunda

instancia, entonces, para esclarecer los puntos oscuros o difusos de la contienda, puede la Sala, antes de dictar la sentencia, practicar las pruebas que considere necesarias, sin embargo con la limitante del artículo 328 del CGP, no podría decretar pruebas diferentes a aquellas vinculadas con los puntos de apelación del impugnante, limitante ésta, que como se ha sostenido, va en contravía de los principios y derechos constitucionales referentes de la jurisdicción contenciosa.

En consecuencia, los valores y principios que inspiraron el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo resultan incompatibles con la aplicación del artículo 328 del CGP, que regula el poder con que cuenta el juzgador de segunda instancia, pues el reconocimiento de los derechos, la práctica de pruebas y la oficiosidad del juez administrativo, chocan abruptamente con la restricción contenida en la norma citada. Las limitantes del estipulado del artículo 328, dirigen el pronunciamiento del juez de segunda instancia hacia unos presupuestos de justicia rogada que pugnan con los principios constitucionales, representativos del estado garante prometido desde la constitución de 1991 y reflejado en la última reforma al proceso contencioso administrativo, Ley 1437 de 2012.

BIBLIOGRAFIA

- Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia XVII de 2005
- Constitución Política de Colombia
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
- Código General del Proceso

ZULMA VIVIANA PEÑA SALAZAR
Relatora Tribunal Administrativo del Quindío





Cordillera central, Via Armenia - Pereira



LA CONNOTACIÓN MORAL DE LAS OMISIONES EN LA TEORÍA LIBERAL SOCIALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cordillera central, Via Armenia - Pereira

Resumen

La teoría liberal socialista se funda en una concepción de bienestar general, de libertad real e igualdad material, por ello, para dicha teoría las omisiones son moralmente relevantes porque los derechos humanos pueden ser violados por los individuos o por el Estado, cuando estos no contribuyen eficazmente a la realización plena y autónoma de las personas. En cambio para la teoría liberal conservadora dichas violaciones sólo pueden darse por acción, debido a que el respeto a los derechos humanos se traduce exclusivamente en su no trasgresión.

Abstract

Liberal socialist theory is based on a conception of the common welfare, real freedom and material equality, therefore, for this theory omissions are morally relevant because human rights can be violated by individuals or by the State, when they do not contribute effectively to the realization of full and independent people; In contrast to the conservative liberal theory such violations can only be by action, because the respect for human rights is reflected not only in his transgression.

Palabras claves

Teoría. Liberal. Socialista. Conservadora. Derechos. Humanos. Omisión. Acción.

Key words

Theory. Liberal. Socialist. Conservative. Rights. Humans. Omission. Action.

INTRODUCCIÓN

Después de la revolución francesa los derechos individuales adquirieron una importancia sin precedentes, puesto que a la vez que servían de cortapisa a la arbitrariedad estatal, también se convertirían en herramientas teóricas sin igual en la ardua tarea de la reivindicación de la dignidad del hombre.

A partir de ese momento surgieron muchas teorías para explicar el fundamento y el contenido de esas

prerrogativas que comúnmente se denominaron Derechos Humanos y a pesar de que no son homogéneas y hay serias divergencias entre varias de ellas, es lo cierto que todas tienen en común la concepción de los individuos como agentes morales racionales, el individualismo, el igualitarismo y el universalismo. En este sentido y por cuanto las mismas conservan la consigna original francesa de libertad, igualdad y fraternidad, se las ha denominado genéricamente como teorías liberales.

En la doctrina se diferencia dos grandes corrientes al interior de estas teorías, cuales son las liberales conservadoras y las liberales socialistas, debido a que entre ellas, si bien, como se ha señalado, convergen en los anteriores puntos, hay fuertes diferencias en otros, en lo que tiene que ver con la concepción de la libertad, la igualdad, la autonomía, la dignidad, la propiedad privada, los derechos humanos y la importancia moral de las omisiones particulares y estatales en una teoría de los derechos humanos, entre otros aspectos.

Este último es el que hoy trataremos en este modesto ensayo, en el entendido que reviste una grandísima importancia pues dependiendo en mucho de él, se explican los otros y de ahí surgen las diferencias irreconciliables entre los libertarios como Robert Nozick y los liberales sociales o igualitarios del corte de John Rawls.

En síntesis, lo que se va a sustentar en este ensayo es que para la teoría liberal socialista por fundarse en una concepción de bienestar general, de libertad real e igualdad material, las omisiones son moralmente relevantes porque los derechos humanos pueden ser violados por los individuos o por el Estado, cuando estos no contribuyen eficazmente a la realización plena y autónoma de las personas, a diferencia de la teoría liberal conservadora para la cual dichas violaciones sólo pueden ser por acción, debido a que el respeto a los derechos humanos se traduce exclusivamente en su llana no trasgresión.

Para el efecto, haremos un corto recorrido por el trabajo científico de Nozick como paradigma del libertarismo, para luego y con apoyo en Rawls, hacer una pequeña descripción de una clásica teoría liberal



igualitaria o bienestarista, que nos permita llegar a las conclusiones que queremos y que ya esbozamos.

NOZICK, RAWLS Y LOS DERECHOS HUMANOS

En su gran obra *Anarquía, Estado y Utopía*, como bien se sabe, Nozick parte de un hecho en el cual funda toda su teoría y es la absoluta libertad del hombre. Pero esa libertad es referida antes que nada a un criterio economicista en el sentido de que el hombre, por el solo hecho de serlo es dueño de su cuerpo y por ende de su trabajo, con lo cual lo que consiga o produzca necesariamente es de él y tiene absoluta libertad de hacer lo que quiera con ello.

Planteado este primer aspecto basilar, el autor traza tres postulados fundamentales de su teoría cuales son: a.) Se requiere un Estado mínimo para preservar el orden, defender los derechos de las personas, solucionar los conflictos y hacer que los contratos celebrados voluntariamente se cumplan entre otras cosas, b.) sólo el Estado mínimo respeta los derechos de las personas y, c.) No hay porqué condenar la explotación económica ni defender la igualdad.

Con el primer postulado se trata de apartar de los anarquistas, pues es consciente que sin un poder que imponga un mínimo de orden no hay sociedad posible y el caos devendría ineluctablemente. Para ello, es decir, para poder sustentar su posición, acoge la teoría contractualista de John Locke en el sentido de que es necesario un poder dentro de cada comunidad que preserve sobre todo la propiedad privada de los coasociados y dirima los conflictos, con lo cual los hombres seden una porción mínima de libertad en aras de su seguridad y su tranquilidad. Ese es el paso del estado de naturaleza al estado de la sociedad civil u origen del Estado.

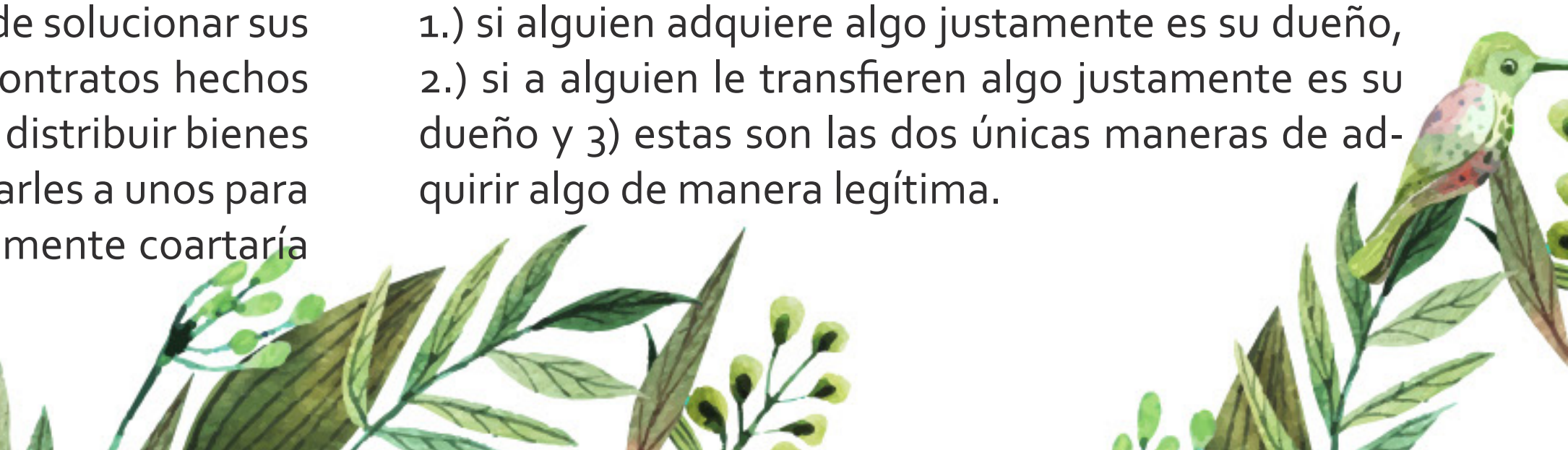
El segundo postulado de Nozick establece que cualquier Estado que no sea mínimo viola los derechos de las personas porque ya no se limitará a proteger a los ciudadanos de las agresiones, de solucionar sus conflictos o de hacer respetar los contratos hechos voluntariamente, sino que entrará a distribuir bienes y servicios y en esas tendrá que quitarles a unos para darles a otros, con lo cual arbitrariamente coartaría

el derecho incuestionable de toda persona de hacer con sus pertenencias lo que quiera. Por ello critica a la justicia distributiva, al explicar que un Estado bienestar es un sistema de trabajos forzados porque en últimas a la persona se la obliga a que entregue parte de su trabajo y producido económico a otras personas.

A pesar de que Nozick defiende los derechos, en su obra no hay ninguna teoría de explicación sobre ellos, solamente dice que son componentes de un orden moral, los derechos son restricciones morales indirectas, determinan lo que no debemos hacer. Esto refleja el segundo imperativo Kantiano del hombre como fin en si mismo y la prohibición de utilizarlo como medio para que otro hombre o la sociedad consiga sus fines. De esta manera Nozick rechaza el utilitarismo porque no hay un tal concepto absoluto de bien común y sólo hay personas con su propia y única vida.

Volviendo al tema de la justicia distributiva, Nozick clasifica los principios distributivos en históricos y de resultado final o porciones de tiempo actual. Este último no toma en cuenta los procesos por los cuales las personas poseen bienes, en tanto que aquel verifica los procesos que originan un determinado tipo de distribución y se dividen en dos principios, uno según el cual se debe establecer guías o cánones de distribución que lo denomina pautado, y dos, llamado el de la titularidad, según el cual se regula la propiedad sobre los bienes de acuerdo a los títulos que se posean.

El principio de la titularidad, que es el seguido por Nozick se basa en que no hay una distribución central, personas diferentes manejan recursos distintos y adquieren nuevos bienes mediante acciones voluntarias y siguiendo estos tres principios: de adquisición justa, de transferencia justa y el de rectificación de las injusticias. Según el autor, si este mundo fuera justo, la justicia en las adquisiciones se definiría así: 1.) si alguien adquiere algo justamente es su dueño, 2.) si a alguien le transfieren algo justamente es su dueño y 3) estas son las dos únicas maneras de adquirir algo de manera legítima.



Nozick para resolver el problema de cuando es justa una adquisición recurre a Locke, para quien hay justicia en una adquisición cuando 1.) Mezclamos nuestro trabajo con el objeto, 2.) Cuando no lo desperdiciamos y 3.) Cuando por nuestra apropiación no perjudicamos a nadie. Las dos primeras el autor las desecha, por lo que su teoría sobre la adquisición justa sólo toma como argumento la tercera exigencia. En este sentido una apropiación sería injusta en dos casos especiales a.) Cuando al apropiarme de la cosa las otras personas pierden la oportunidad de mejorar su situación y b.) Cuando al apropiarme de la cosa las otras personas ven desmejorada su situación por que ellos ya no tienen la posibilidad de usar la cosa que antes podían hacerlo libremente

Nozick concluye que una apropiación resulta ilegítima si las demás personas no tienen ninguna compensación a cambio; pero resultará justa si el nuevo poseedor permite que las otras personas la usen; así por ejemplo, si alguien se apropia de una playa baldía, si solamente el dueño la puede usar perjudica a los demás, en cambio si permite que las otras personas la usen y si por ello pagan una cuota y el dueño presta unos servicios adicionales, nadie saldría afectado y nadie podría quejarse que la apropiación fue injusta.

Por ello es que es positiva la propiedad privada y el capitalismo: (i) porque pone los recursos en manos de quienes los usan más eficientemente; (ii) porque como los bienes se controlan por separado no hay necesidad de convencer a nadie de una idea con lo que se fomenta la experimentación; (iii) porque la propiedad privada le permite a las personas elegir que riesgos quieren correr y tomar y (iv) porque, provee de empleos alternativos a personas poco populares pues no requieren convencer a nadie de que los emplee.

Hay dos cosas muy rescatables de la teoría de Nozick –y en general de los liberales ortodoxos– y es la reivindicación del hombre en toda su dimensión y dignidad ética y social y el rechazo al utilitarismo, que si bien puede tener cosas positivas, conlleva a graves atentados en contra del individuo y las minorías, como quiera que el hombre termina instrumentalizado a favor de las colectividades y a esa idea, inasible muchas veces, del bien común.

En conclusión, podemos decir, de un lado, que un modelo liberal conservador se fundamenta primeramente en un individualismo acérrimo y en segundo lugar en un Estado mínimo el cual se encarga de prestar algunos servicios públicos básicos, solucionar los conflictos entre particulares y proteger la propiedad privada de posibles agresiones de terceros, y de otro, que es un sistema político fundado en restricciones morales indirectas en donde se determina taxativamente lo que no debemos hacer bajo el apotegma de que lo que no está prohibido está permitido.

Este paradigma político necesariamente determina una concepción de los derechos humanos basados casi exclusivamente en la libertad y la autonomía del individuo y su dignidad como fin y no como medio o herramienta para la consecución de logros, así sean supremamente loables como por ejemplo el bienestar general o el interés colectivo. De estos postulados básicos emanarán toda una serie de prerrogativas del hombre como son su seguridad, inviolabilidad, su no instrumentalización, la protección a su vida, su propiedad, su honra, su libertad de locomoción y de expresión, la igualdad, la intimidad y toda esa serie de garantías que conocemos como los derechos humanos de primera generación.

Volviendo al tema de las prohibiciones, resulta claro, entonces, que como este esquema basa su protección de las garantías básicas de los hombres exclusivamente en el hecho de que todas las personas tenemos iguales derechos, los cuales no pueden ser atacados por ningún tercero, es decir, la protección de aquellos se basa en restricciones impuestas por el Estado, esto significa que estoy dentro de la órbita de la moral y la legalidad cuando no violo las proscripciones. En otras palabras, los derechos humanos sólo pueden ser violados por acciones y no por omisiones, pues obviamente estas últimas en lógica no existen para las restricciones.

Concluyendo, para el liberalismo conservador los derechos humanos son unas prerrogativas fundamentales inherentes a la naturaleza propia de las personas, los cuales se garantizan a plenitud evitando que terceros los transgredan, lo cual se logra mediante normas restrictivas sancionatorias. De ahí en ade-

lante ya depende de cada ser humano el destino que quiera darle a su vida y sobre lo cual el Estado no puede tener ningún tipo de ingerencia a riesgo de que se viole la libertad de los hombres, cual es uno de los derechos humanos más preciados.

Revisando esta postura se puede estar de acuerdo con la reivindicación que de la libertad hace Nozick, pero la falla de su teoría está en considerar que los hombres por el solo hecho de ser iguales de manera formal o aparente, están en condiciones para desarrollarse a plenitud y de acuerdo con el plan de vida que han escogido; es decir, que esa igualdad presuponga libertad, lo que evidentemente no es cierto porque es una verdad indiscutible que los seres humanos no nacemos todos en similares circunstancias y por lo mismo no partimos en la vida en condiciones de igualdad. Como lo ha puesto de relieve Rawls, en el mundo existe una lotería natural la cual hace unas distribuciones inequitativas no solo de talentos naturales (inteligencia, fuerza física, carisma, belleza, etc.) sino de condiciones sociales (riqueza, posición social, nacionalidad, etc.) que implican que los hombres no tengan las mismas posibilidades de desarrollarse, hacer lo que deseen, construir un plan de vida o incluso simplemente el poder vivir dignamente, porque no es lo mismo, por ejemplo, nacer en la zona norte de Bogotá en el seno de una familia con gran status político, social y económico que le permita al individuo estudiar en instituciones nacionales o extranjeras prestigiosas y que una vez terminada esta fase de su educación tenga listo un gran empleo; que nacer prácticamente en las calles del centro de esta ciudad, sin una familia estable, que desde que se tenga uso de razón ya se esté aspirando “boxer” (pegante sintético alucinógeno) para calmar el hambre y que la única escuela posible a la que se pueda acceder sea esa misma calle, en donde se aprende a delinquir para poder sobrevivir.

Esta es una realidad que no puede admitir discusión y que no es exclusiva de Colombia sino de todos los países del mundo sin excepción: hay personas que nacen en cuna de oro y otras en lecho de paja, unas privilegiadas en su naturaleza y otras que con grandes déficit.

Tal situación nos lleva entonces necesariamente a

profundizar en la diferencia que debe existir entre ser igual por condiciones de especie y ser igual a nivel individual; entre ser igual y tener condiciones de igualdad, entre igualdad formal e igualdad material y entre libertad positiva y libertad negativa.

Todas las personas sin distingo de raza, color, coeficiente intelectual, capacidad física, sexo, condición social, estatus económico, religión, política, nacionalidad etc. por el solo hecho de ser seres humanos somos iguales y no puede haber ningún tipo de discriminación. A esto es a lo que denominaremos igualdad de especie, que nada tiene que ver con el hecho de que cada ser humano, dadas las especiales condiciones en que nació (naturales y sociales) sea único y diferente de los demás en virtud de esa lotería natural de la que habla Rawls, por tanto, se puede decir que los hombres se caracterizan por la diferencia en la igualdad. Somos iguales por pertenecer al género humano, pero es esa misma naturaleza humana la que nos hace a cada persona una unidad particular y única.

Esto nos lleva a otra conclusión importante y es que la igualdad de especie no nos garantiza que todos los seres humanos o por lo menos los miembros de una comunidad estemos en pie de igualdad, o en condiciones de igualdad; por el contrario, las particularidades naturales y sociales de cada individuo hacen que las diferencias entre las personas sean ostensibles e incluso odiosas por sus exagerados contrastes. Nadie puede negar que el príncipe de Gales Carlos y el reciclador colombiano Juan Pérez son iguales en tanto que seres humanos y merecen el mismo respeto por la dignidad de humanos que ostentan; pero es obvio que este hecho no implica de ninguna manera que estas dos personas estén en pie de igualdad por evidentes razones. Son iguales, pero a la vez su individualidad las lleva a que estén en condiciones de desigualdad monstruosas.

Lo anterior nos permite predicar que no es la condición de especie la pauta que rige las sociedades, sino son las individualidades las que las gobiernan y que nos arrastran a situaciones de desigualdad alarmantes. Somos iguales pero siempre estamos en condiciones de desigualdad.

La igualdad de especie se puede asimilar a la igualdad formal que desde la Ilustración viene siendo pregonada e incluso incluida en muchas Cartas Políticas como una de las máximas garantías que tienen los coasociados en una comunidad; pero, como hemos visto, no puede ser suficiente dentro de sociedades con esquemas políticos que se precien de ser justos, equitativos y solidarios como es la meta perseguida por los sistemas contemporáneos, ni tampoco el sustento teórico de una concepción avanzada de los derechos humanos; porque si asumimos que estos son ese conjunto de prerrogativas básicas o mínimas que deben tener los hombres para vivir y desarrollarse de acuerdo a esa exclusiva categoría, la desigualdad natural, pero cruel que se va y debe presentar en todas las sociedades, debe necesariamente ser menguada por una intervención activa del Estado e incluso de los particulares como miembros políticos de una comunidad, que debe estar necesariamente interesada no en el bien común, si se quiere, sino en el bienestar de todos.

La igualdad de especie va a dar pie a la libertad negativa, que es la garantía que tiene toda persona de que la sociedad no va a intervenir en sus decisiones ni coartar sus acciones salvo ciertos límites establecidos para la conservación, estabilidad y desarrollo del ente colectivo, como quiera que todos los seres humanos deben tener independencia (por lo menos en el campo formal) para desarrollarse y ser consecuentes con sus decisiones. El problema de este tipo de libertad es que es meramente simbólica y eso genera un grave problema de impracticabilidad, pues no hay mucha diferencia en que se me prohíba algo a que se me permita hacerlo, pero que no se me entreguen las condiciones mínimas para poder realizarlo. Por ejemplo, en nuestra sociedad puede haber libertad de profesión y oficio lo que implica que nadie me va a poder impedir que estudie derecho y me convierta en abogado si esa es la carrera que he elegido y me gusta; pero tal libertad de elección profesional no me va a servir si las universidades que ofrecen ese programa cobran altos costos de matrícula por semestre y yo soy una persona de escasos recursos económicos que a duras penas tengo para medio alimentarme y vivir bajo un techo. En estos casos, da lo mismo que la ley les prohíba a los pobres

ser abogados a que se lo permita pero no les ofrezca condiciones materiales para hacerlo.

La libertad positiva en cambio, es ese conjunto de posibilidades reales que se les dan a los seres humanos para que tomen sus propias decisiones y edifiquen su destino. Con ello es claro entonces que la igualdad material y la libertad positiva van de la mano y serán ellas rasgos distintivos de sociedades realmente justas y equitativas, como las que se pretende en los sistemas democráticos.

El problema con el liberalismo conservador es que se queda simplemente con la igualdad formal y la libertad negativa y por eso su modelo de sociedad realmente y en un momento determinado puede ser altamente productivo en términos económicos y en verdad que lo es, tal como lo demuestran la realidad de muchos países industrializados; pero el costo social y moral que se paga es muy alto. Las individualidades sociales y materiales de las que venimos hablando dan pie a un grupo selecto y minoritario de ciudadanos con condiciones sociales y económicas inmejorables que por su propia condición se apoderan de casi todos los bienes y tiene un nivel de vida envidiable frente a una gran masa poblacional que a duras penas puede llevar si acaso una vida digna, en el mejor de los casos.

También estas pequeñas élites terminan avasallando a las clases desposeídas a quienes se explota sin ningún cargo de conciencia y a sabiendas que a estas personas no les queda una alternativa diferente que someterse al sistema. De otra parte, este fenómeno que podríamos llamarlo interno, hoy por hoy y gracias a fenómenos políticos como el imperialismo y la globalización permiten que adquiera dimensiones internacionales en donde ya no son personas explotando a otras personas, sino Estados y transnacionales abusando y tiranizando a otros en medio del juego del capitalismo salvaje en donde, en últimas, no hay reglas éticas y morales puesto que lo esencial y único es la producción y los beneficios individuales.

Nozick plantea que el remedio de un Estado intervencionista o bienestarista resulta peor que la enfermedad de la desigualdad social, porque en últimas termina coartando arbitrariamente la libertad de los

coasociados o sometiéndolos a trabajos forzados a favor de otros; pero aquí cabría preguntarle ¿la libertad de quién?, de las grandes mayorías desposeídas o de unos pequeños sectores poblacionales, que en muchos casos el origen de sus fortunas es cuando menos dudoso. Es claro, que las tesis del ilustre profesor de Harvard están destinadas a la protección de este segundo sector social y por ello es reprochable, no porque se propugne por el bienestar sólo de esa clase sino porque el objetivo de justicia que buscan los nuevos sistemas políticos es el bienestar de todos: de mayorías y minorías.

Frente a este exacerbado individualismo que, evidentemente raya con el egoísmo, propuesto por el liberalismo conservador, es que se erige como una alternativa plenamente válida y muy atractiva el liberalismo social o igualitario, en donde se propugna no por el bienestar de unos pocos privilegiados sino por el de todos, traducido en el hecho de que todas las personas sin excepción deban contar con las condiciones mínimas para vivir dignamente y desarrollarse de acuerdo al plan de vida que han elegido. Este nuevo enfoque de la filosofía política (que da pie al denominado Estado bienestar) estructura de igual manera una nueva concepción de los derechos humanos.

En ese sentido, el objetivo en las sociedades humanas no es la simple competición, ni la exaltación del individualismo que termine en el egoísmo; es cierto que lo más importante en el mundo es el ser humano como una unidad; pero para poder lograr su consagración y desarrollo pleno se necesita perentoriamente de comunidades políticas en donde la justicia, la equidad, la solidaridad, la caridad, el respeto, el afecto, la lealtad sean sus rasgos distintivos y ello en principio lo contiene un Estado bienestar, que sin caer en paternalismos le trate de ofrecer condiciones mínimas a los coasociados para que se puedan desarrollar dignamente y de acuerdo al plan de vida que se han trazado. Si las personas teniendo esos bienes básicos no los aprovechan o los usan de diversa forma es su exclusivo problema y el Estado ya no puede inmiscuirse porque eso sí sería coartar la libertad de los individuos.

La verdadera libertad sólo se puede ejercer cuando

existan las condiciones materiales para tomar autónomamente las decisiones y como en las sociedades son naturales las desigualdades, el Estado debe intervenir, no para coartar la libertad de las personas, sino para crear el contexto en donde la población toda tenga por lo menos unas mínimas posibilidades de realizarse, en el entendido que las sociedades no son de unos pocos, sino que a las mismas pertenecen a todos sus coasociados quienes merecen que el Estado propugne por su bienestar

Acercándonos ya concretamente a nuestro punto de análisis, podemos decir que hay unas clarísimas diferencias en los conceptos de libertad, igualdad y fraternidad en el liberalismo conservador y en el socialista, como quiera que para el primero la libertad buscada es la negativa, resultado de la simple disipación del camino al individuo en la búsqueda de sus metas escogidas autónomamente, que la igualdad es la garantía de no discriminación frente a la ley y que la fraternidad es un concepto casi inexistente, pues lo importante es el individuo y no la colectividad; en tanto que para el segundo, la libertad sólo se puede ejercer cuando se posean los medios materiales para que la elección que la persona haya tomado la pueda ejercitar realmente, la igualdad se refiere al compromiso del Estado de proveer por unas condiciones legales y materiales que conlleven a que todos los seres humanos gocen de unas condiciones mínimas y la fraternidad por tanto, será el eje de las políticas públicas.

En ese sentido un Estado que se apoye en esta segunda concepción filosófica política, tiene que ser uno altamente comprometido con la felicidad de todos los coasociados, lo cual evidentemente no se logra con un simple catálogo de prohibiciones de no trasgresión de derechos por parte de él mismo o de terceros, sino de un accionar muy activo que busque mediante diversas estrategias y planes la consecución de estándares mínimos de vida digna para todos los coasociados. En este modelo es que cobran verdadera importancia los derechos económicos y sociales como garantías fundamentales del hombre, pues sin ellos, los derechos humanos originales carecen de sentido o de sustrato para materializarse.

La fraternidad, desdeñada por el liberalismo con-

servador readquiere una importancia inusitada y se vuelve casi el eje de la doctrina del liberalismo social, en el entendido de que ya no es suficiente con abstenerse de violar los derechos ajenos sino que es vital y de suma importancia que el Estado y los particulares moral y legalmente se vean obligados a hacer cosas por el bienestar de todos los coasociados. Los derechos humanos ya no sólo se satisfacen cuando el Estado se abstiene de lesionarlos o ponerlos en peligro y prohíbe a los particulares hacer otro tanto, sino cuando aquel provee las condiciones necesarias para preservar esos bienes y obliga a los particulares a contribuir a esas metas.

Como se puede observar, en el liberalismo conservador sólo hay lugar a las obligaciones de no hacer, a conductas pasivas, es decir, a las prohibiciones; en cambio para el socialista son iguales o aún más importantes, las obligaciones de hacer. Resulta claro entonces, que la gran diferencia entre estas dos concepciones de los derechos humanos es la solidaridad, por cuanto esta noción le impone a los Estados y a los particulares ya no solo obligaciones negativas sino muy especialmente las positivas: hay que respetar los derechos de los demás, pero por sobre todo hay que buscar activamente las condiciones para que todos los individuos de una comunidad puedan desarrollarse plenamente.

En la concepción liberal socialista están implícitas tanto obligaciones de hacer como de no hacer: no se puede violar los derechos de otras personas, pero a la vez hay la obligación perentoria por parte del Estado y de los particulares de actuar activamente para lograr condiciones de felicidad para todos. En ese sentido y para responder la pregunta motivo de este escrito, las omisiones tienen una importancia preponderante en esta teoría, porque los derechos humanos, entonces, no sólo se violan cuando se los quebranta sino además cuando desconociendo un principio fundamental de los mismos, cual es la solidaridad, no se hace nada para solucionar una situación injusta que no permita a uno o alguno de sus miembros tener el bienestar que los demás gozan y que no ha sido producto de su propia decisión.

LEONARDO EFRAIN CERON ERASO¹

(1) Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín



LA GENERALIZACIÓN DE LA CRISIS



Resumen

El concepto platónico escrito en la República, con elementos de análisis histórico y de posmodernidad económica, permite desembocar en la vigencia del postulado de que los pueblos deben ser regentados por una élite de filósofos que ejerzan los poderes políticos, como única metodología para permitir la sobrevivencia del ser humano, que por ahora, se cierne como una amenaza para la tierra que habita.

Abstract

It is the application of a Platonic concept written in the Republic, with elements of historical analysis and economic postmodernism to lead the life of the proposition that people should be run by an elite of philosophers who exercise political power, as the only methodology to allow the survival of the human being, which now looms as a threat to the land they inhabit.

Palabras claves

Crisis. Posmodernidad. Economía. Ecología. Política. Filosofía.

Key words

Crisis. Postmodernism. Economy. Ecology . Politics. Philosophy.

Este escrito pretende demostrar que la salida más adecuada a los problemas actuales que enfrentamos se encuentra en la idea Platónica —expuesta en el Libro V y VI de la República— de que en un Estado ideal, el poder político debe ser asumido por los miembros de la élite del pensamiento humano, que son los cultores de la filosofía, para lo cual es preciso presentar ligeramente una evolución desde los albores de la especie hasta llegar a lo que denominamos posmodernidad.

Las diferentes rupturas que se presentan en este tiempo, suponen cambios a todo nivel, que reclaman la aplicación de una nueva perspectiva sobre todos ámbitos de la vida pública y privada de los ciudadanos que componen las naciones sobre la tierra, pues

nuestra forma de vida amenaza grave e inminente-mente nuestra existencia sobre el planeta, de donde debe inferirse que la sostenibilidad de la especie humana se encuentra en peligro, por riesgos que vienen de nuestro paradigma de vida política, social, económica, familiar e individual.

Debemos tener en cuenta que la supervivencia inicial que ocupó a los primitivos hombres, fue reemplazada por la dominación y expansión desarrollada por las primeras civilizaciones —edad antigua—, cuya búsqueda de soporte se apoyó el Reino de Dios, que sostuvo a la humanidad por más de diez siglos —edad media— dentro de los cuales ocurrieron fenómenos de gran importancia, como la creación de las universidades, la exaltación del método escolástico de estudio, la búsqueda de pruebas sobre la existencia de Dios, los juicios de inquisición orales, el renacimiento de la cultura jurídica o los debates sobre la transustanciación durante la misa, todo con claro sesgo de manejo religioso, incluidos ciertos espacios de legitimación política de los reyes, entronizados por los Papas, como vicarios de la divinidad en la tierra.

Dicha etapa luego fue relevada por el descubrimiento de una dimensión superior del hombre, nuevo, único e irrepetible, autónomo, soberano, dueño de sus instituciones, de su pasado y de su futuro, con pretensión de señor del universo, con individualidad suficiente para subordinar la naturaleza a su servicio, mismo que acababa de inventar el Estado como el ámbito en que mejor podría ejercer el razonamiento, que lo diferenciaba de los demás seres vivos, todo lo cual invocaba con la promesa política de conducirlo a la libertad.

En efecto, la vida en la “edad moderna” descubre al ciudadano como protagonista, que prescinde de parte de su autonomía para otorgar poder a un entramado artificial que define acerca del futuro y el de su progenie, ese poder que se caracteriza por la capacidad de subordinación voluntaria o forzada a las normas, que como expresión de la razón soberana, generó reglas de conducta generales, impersonales y abstractas para posibilitar la vida en comunidad y reducir la tendencia atávica de agresión entre congéneres; como fue diseñada originalmente, los objetivos de la justicia, consistía simplemente en imponer

los efectos de las disposiciones a los casos particulares mediante un “operador judicial” que fue concebido apenas como la “voz de la ley”.

Esa organización política tenía como soporte, el respeto a la libertad individual y la menor intromisión en el ámbito privado del sujeto, pues superada la concentración del poder en cabeza de los reyes, se abrió paso la división del mismo con la legitimación brindada por el voto popular; sin embargo, esa libertad individual, caracterizada por la contractual, laboral, familiar y de testamento, puso al descubierto que el acceso a la propiedad privada socavaría la oferta de igualdad, elevada como uno de los estandartes de la revolución francesa y americana.

En efecto, los contextos político y económico del Estado liberal, permitió que la iniciativa privada y el ánimo de lucro construyeran enormes imperios y acumularan colosales ganancias, que sacudieron las instituciones del Estado recién nacido, motivando la moderación de la velocidad en que se movía hacia el desarrollo económico y replanteándose luego el papel de la organización política bajo un esquema de Estado Social, como respuesta acomodaticia del emergente capitalismo a los postulados básicos del socialismo, que planteó una propuesta de visión histórica a partir de la lucha de clases y el fenómeno económico como central en la vida de los hombres.

Ese llamado Estado Social si bien permitía, propiciaba o garantizaba la ganancia en el libre juego de la oferta y la demanda, se interesaba además por la satisfacción de expectativas de los más necesitados, vinculadas con prestaciones que el Estado debía facilitar, propiciar o suministrar, valores sociales como educación, salud, empleo, vivienda y seguridad social con lo cual se intentó hacer realidad, la garantía de la proclama norteamericana de los derechos del hombre consistente en la “búsqueda de la felicidad” .

Con todo, la consolidación de dicho Estado de bienestar tuvo poco de pacífica o automática, pues dentro del proceso se presentaron dos guerras mundiales, una gran crisis económica, millones de muertos, agregados a la amenaza permanente de un comunismo alerta por extender su forma de manejar las

relaciones económicas, tensión que se tradujo en una disputa por el manejo del mundo -guerra fría- y llevó a que el Estado repensara la libertad como paradigma único y otorgara un espacio a la solidaridad, gracias a la cual se estructuró una gran clase media, tanto en Europa como en los Estados Unidos.

Pero la caída del Muro de Berlín en noviembre de 1989, adefesio que había sido puesto allí en 1961 por efecto de la aludida guerra fría, impuso un cambio hacia la globalización que arrastró a un nuevo orden del escenario político internacional, que tuvo dos manifestaciones particularmente importantes: 1) La reducción de la soberanía nacional o autonomía estatales, para subyugarla a la capacidad de maniobra de los organismos multilaterales y dinámicas de integración regional y, con ello, la pérdida de la independencia del Estado frente al manejo económico, en especial, en lo relacionado con la protección de los llamados derechos sociales – como educación, salud, empleo, vivienda y seguridad social-; y, 2) la redefinición del objetivo del Estado, que pasará de la “felicidad” de sus ciudadanos, al progreso de la producción, es decir, un giro en el interés desde la persona, hacia las Corporaciones creadas en desarrollo de la libertad de empresa, cuyo único interés es la expansión de su patrimonio.

Este cambio de perspectiva en la visión del Estado ha puesto en crisis dos logros de la modernidad, a saber, el desarrollo de la libertad de la persona para su bienestar y el Estado como organización política para lograr ese objetivo; en su lugar, se ha implantado el poder en manos de la especulación económica y la sofisticación de la codicia, que han terminado por definir ahora el futuro de los congéneres.

Además de lo anterior, destacamos que la globalización disminuyó la capacidad de generación de normas internas de los países, pues los tratados internacionales, fruto de la imposición de un modelo orbital, estrechan cada vez más, las otrora fronteras de la soberanía nacional, para dar paso a una forma única de vivir, de concebir la política y sobretodo, de consumir, como expresión económica máxima de esta época, caracterizada por el cambio de “persona de interés”, que va del ciudadano a la Corporación y luego al mero consumidor.

Este sujeto es el centro de todo, pero no en cuanto a la dimensión humana o valor como persona, sino en cuanto es capaz de adquirir bienes y servicios, ojalá desmesuradamente, inclusive antes de trabajar y lograr el ingreso que permita su compra, pues para este ser, el crédito autoriza el acceso a ellos, adquisición que terminó por convertirse en “la nueva felicidad”, al paso que genera el motor de la economía y una clase emergente se convierte en “endeudada”.

Y todo ese esquema sería inofensivo o solo frívolo, sino fuera porque la economía está basada en el consumo, en todo sentido, del propio planeta; el agua, cada vez escasea más en condición de potable, arremete con furia inusitada a las poblaciones humanas, causando muerte y desolación, pues el clima se ha vuelto extremo e impredecible en buena parte del año, como secuela de la contaminación del aire ante la polución derivada del uso de combustibles fósiles, cuyo reemplazo tendrá como fecha, el agotamiento de los hidrocarburos, recurso que se ha convertido en la mercancía de manejo político más importante de las potentes multinacionales del petróleo.

En ese contexto, los beneficiarios de la toxicidad del planeta son solo algunos, mientras todos los demás padecemos los resultados de la concupiscencia voraz del nuevo medio de producción capitalista, transformado en enfermedades, como hambre, obesidad, cáncer, afecciones respiratorias, malformaciones, además de padecimientos mentales cada vez más agudos y destructivos.

Entonces, atravesamos por una época de crisis que se ha ido extendiendo a todos los círculos que componen la vida en el Siglo XXI, que parte de las inequidades ya descritas, pero también están en la falta de credibilidad en las instituciones democráticas como respuesta a la problemática humana y como mecanismo de ejercicio legítimo del poder, y de este, como metodología para la toma de decisiones respecto del futuro de las naciones; también del modo de vida y del medio de producción capitalista frente a la pervivencia o sostenibilidad de la especie humana, crisis del derecho a la intimidad, del esfuerzo como mecanismo para obtener los bienes socialmente apreciables; de la familia como espacio de control social, y acaso crisis de la seguridad como garantía estatal,

en un Estado del que se desconfía y teme como autor de los peores crímenes.

Entonces, nos encontramos como el hombre primitivo, en la lucha por la supervivencia de la especie, solo que ahora contamos con el activo intelectual que hemos construido durante todos estos siglos de pensamiento, mismo que debe utilizarse para resolver los apremiantes problemas que aparecen como retos vitales, pues se presentan como flagelos que pueden estar al final de los tiempos.

Este panorama sombrío sirve al propósito de alertar sobre la amenaza de supervivencia de la especie y las ideas que es preciso buscar como alternativa humana de vida equilibrada, que procure mirar a esta en el sentido íntegro, como verdadero valor susceptible de protección, de donde infiero, de un lado, que corresponde a los pensadores este desafío ineludible, pues casi no hay para qué decirlo, los políticos carecen de posibilidades para caminar una yarda sin que su lucro personal esté en medio, y de otro, como propuesta o augurio, que la sociedad futura solo sobrevivirá, en la medida en que los políticos sean los filósofos...

Bibliografía:

BAUMAN Zygmunt, Modernidad Líquida, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

JESSOP, Bob. Crisis del Estado de bienestar hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales. Siglo del Hombre editores, Bogotá, 1999.

PLATÓN, La República, Alianza Editorial, Madrid, 2005, Libros V y VI.

STIGLITZ, Joseph E. Cómo hacer para que funcione la globalización. Taurus, Argentina, 2006.

WEBER, Max. La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Sociología Alianza Editorial, Madrid 2006.

CÉSAR AUGUSTO GUERRERO DÍAZ
Magistrado Tribunal Superior de Armenia



Atardecer Armenia - Quindío



Poet



S.

esia

Gira Gelacio



CORTEJO FUNEBRE

La verde loma
Las sintió venir
A paso lento.
Una a una se divisaron
En el horizonte gris,
Cuando ya la luz
Tenue del ocaso
Se ocultaba en silencio.

Vestidas de negro,
Blanco, café o beige.
Venían de luto
Se notaba a lo lejos.
Sin un gemido,
Sin un lamento.

Cabeza gacha
Caminando en fila
Hacia un punto fijo
Bañado aún con la tierra húmeda.
La visión fue espectral
Rodearon la tumba, todas,
Una al lado de la otra
Sin decir ni mu.
Cabeza gacha
Parecía que elevaban una oración
O tal vez tan solo un adiós.
Luego se retiraron
Ya la noche caía,
Cada una buscó el mejor rincón
Bajo el manto oscuro.

Sí, algo dejaron para ella
En ese instante.
Y pensar que al medio día,
Cuando la enterraron
Cada una, en su rincón,
Rumiaron la yerba
Como si nada,
Mientras la sepultaban
Bajo la expectativa cósmica
De cientos de aves negras.

Circasia, enero 26/2014

LA NOCHE

Descendió la noche
Taciturna y ligera.
Se aferró a la tierra
Con sus garras negras
Sembrando un silencio
De inquietud jadeante.

Parecía reír
En su holocausto mudo.
Parecía mirar
con sus ojos brunos.
Parecía marchar
En su rigidez nefasta.
Parecía abrigar
Con su hielo oscuro.

Descendió la noche
Arrogante y necia
Asolando el nido
De un ocaso florido.

Inclemente y cínica
Marchitó la limpieza
De una tarde lírica,
Y espantó la belleza
Que danzaba tranquila.

Descendió la noche
Decidida y terca
Queriendo guardar
en su manto el día.

Descendió la noche
Y lo consiguió:
Acunó en sus brazos
El amanecer
Que siguió durmiendo
Soñando con volver;
mientras ella, la noche,
dominó los cielos,
la tierra y el mar.

Y no hubo más luz.
Tan sólo una estrella lejana
Y una luna llena...
Al final del mes.

Pasto, 7 de mayo de 1986.

AGOTAMIENTO MORTAL

Podía decir que estoy cansado,
Y efectivamente lo estoy.
Pero no quiero convencerme de ello
Pues entonces, estaría perdido.

Mi mente divaga en preguntas confusas
La siento explotar en sus marchitas musas.

Ya no resisto la angustia
Ya no puedo seguir
Pensando y repensando
En lo mismo de ayer
Detenido en un tiempo
Que no quiere correr;
Cual animal atrapado
En una cueva oscura
Retumba en mi cabeza
De extremo a extremo
Una sola idea, una sola duda.

Qué daría por saltar la valla
Que me ha impuesto estos días
Qué daría por escapar
De ese aire inmóvil
Que ahoga mi vida.
Qué daría por gritar!
Sacudirme en todo mi ser
Y sentirme desnudo
De todo este nudo.

Pero no puedo.
Ese látigo funesto
Se adueñó de mí,
Le abrí las puertas
Como si fuera un amigo,
Mas estando ya adentro
Hizo de las suyas
Desagarró mi cerebro
Desangró mis venas
Quemó los recuerdos
Y dominó mis caprichos.

Sí, me engañó

Confié en su apariencia
De cándida figura
Y resultó ser un germen
Que invadió mis entrañas.

Cómo deshacerme
Del maligno intruso?
Cómo desterrarlo
De mis propios dominios
Si ahora es él quien ordena
Es él quien decide
Mi más mínima acción?

Estoy hastiado,
Me siento cansado
Y no quiero admitirlo
Pues de hacerlo estaría perdido.

Debo enfrentarme a su fuerza bruta
Y ofrecer resistencia
A su omnipotencia.
No puedo caer
Ni rendirme a sus pies.
No puedo creer
Que pierda mi fe.
No quiero pensar
Que no crea en mí.

Sin embargo,
La lucha que le ofrezco
Se reduce a cero.
En su trono,
O mejor,
En el trono que se construyó
Se vuelve más fuerte
Mientras agoniza
En veloz colapso
El ímpetu del aire creativo
Que guardaba escondió
Entre la espesura
De mi dulce locura.

Pasto, mayo 7 de 1986







Mirador Salento - Quindío

Valle del Cocora Salento - Quindío



JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DEL QUINDÍO - REVISTA CONTACTO IUS
www.tribunaladministrativodelquindio.gov.co
ARMENIA - QUINDÍO - COLOMBIA